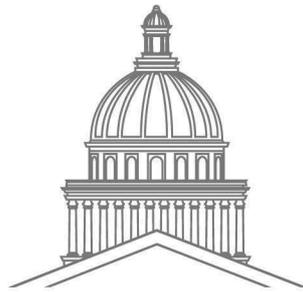


Université Paris II- Panthéon-Assas

école doctorale Georges Vedel

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 8 décembre 2017

**Une histoire du Tribunal des conflits : le
Tribunal des conflits et la protection de
l'administration**



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Auteur : Adrien BROCHARD

Sous la direction de Yves GAUDEMET

Membres du jury :

Ramu de BELLESCIZE, Maître de conférences à l'Université de Rouen

Camille BROUELLE, Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas

Antoine CLAEYS, Professeur à l'Université de Poitiers

Yves GAUDEMET, Professeur émérite à l'Université Paris II Panthéon Assas

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je remercie le Professeur Yves Gaudemet de m'avoir fait l'honneur de diriger ma thèse et pour ses conseils et ses encouragements tout au long de ce travail.

Je remercie ma mère, ma grand-mère, ma sœur et mes frères pour leur soutien sans faille.

Merci à Martin, Capucine, Ouiam, Bertrand, Guillaume et Claire. Merci également à Artem et Christos.

Résumé (1700 caractères) :

Le Tribunal des conflits a été créé pour trancher les conflits d'attribution qui, avant lui, étaient réglés par le Conseil d'Etat. Institution liée à l'arrivée de la justice déléguée et composée de membres des cours suprêmes de deux ordres juridictionnels, son rôle dans l'ordre juridique français pose question. S'agit-il d'un arbitre neutre entre les deux ordres de juridiction ou d'une institution intégrée au système institutionnel administratif ayant pour mission de protéger l'action administrative à travers la protection de la compétence du juge administratif ? La thèse démontre que le Tribunal des conflits a été créé comme un organe de protection de l'administration et que cette mission historique a perduré au-delà des évolutions que l'institution a connu. Si l'office du Tribunal des conflits a évolué au fil du temps, son rôle dans l'ordre juridique français est marqué par la continuité.

Descripteurs : Tribunal des conflits – Répartition des compétences – Dualité de juridiction – Institutions administratives

Principales abréviations

AJDA : Actualité juridique du droit administratif

AN : Assemblée Nationale

Art. : article

Ass. : assemblée

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

Cass. : Cour de cassation

CC : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

Conv. EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Concl. : Conclusions

D. : Recueil Dalloz

Ed : Edition

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

Mél : Mélanges

N° : Numéro

Op. cit. : œuvre précitée

p. : page

préc. : précité

PUF : Presses universitaires de France

RDCA : Répertoire Dalloz de contentieux administratif

RDP : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

Rec. : Recueil Lebon

S. : Recueil Sirey

ss. dir. : Sous la direction de

TC : Tribunal des conflits

v. : voir

Sommaire

Partie 1 LA PROTECTION DE L'ADMINISTRATION ET LA CREATION DU TRIBUNAL DES CONFLITS

Titre 1 La création du Tribunal des conflits en 1848

Chapitre 1 Les motifs de la création du Tribunal des conflits en 1848

Chapitre 2 Les caractéristiques du Tribunal des conflits créé en 1848

Titre 2 La création du Tribunal des conflits en 1872

Chapitre 1 Les motifs de la création du Tribunal des conflits en 1872

Chapitre 2 Les caractéristiques du Tribunal des conflits créé en 1872

Partie 2 LA PROTECTION DE L'ADMINISTRATION ET L'EVOLUTION DU TRIBUNAL DES CONFLITS

Titre 1 L'évolution de l'office du Tribunal des conflits

Chapitre 1 L'évolution de l'office du Tribunal des conflits relative au déni de justice

Chapitre 2 L'évolution de l'office du Tribunal des conflits au-delà du déni de justice

Titre 2 La continuité du rôle du Tribunal des conflits

Chapitre 1 La relativisation des fondements de l'évolution du Tribunal des conflits

Chapitre 2 Les motifs de la continuité du rôle du Tribunal des conflits

INTRODUCTION

1. Le Tribunal des conflits a été créé par l'article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848, au moment de l'arrivée de la Seconde République. Il a récemment été réformé, par la loi du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (ainsi que par le décret du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles).

2. Si cette récente réforme vivifie le sujet de cette étude, elle n'est pas seule à le justifier (A), comme le montrera l'exposé de la problématique qui le touche (B), de la démonstration y répondant et des enjeux (C) de cette problématique, ces derniers comme ces premières dépassant le cadre de cette réforme. Cette introduction s'attachera à expliquer ces différents points ainsi que la méthode d'analyse du sujet, puis à annoncer le plan de cette thèse (D).

A. Justification de l'étude

3. L'étude peut être justifiée du point de vue de l'espace doctrinal existant sur le sujet (1) et d'un point de vue plus matériel (2).

1) Justification de l'étude : état de la doctrine sur le Tribunal des conflits

4. Le Tribunal des conflits est donc une institution ancienne, bien installée dans l'ordre juridique français. Aucun dysfonctionnement majeur n'est venu marquer, au moins récemment, son fonctionnement. La réforme de l'année 2015 avait, à cet égard, pour principal motif la disparition d'une des particularités du Tribunal : sa présidence par le Ministre de la justice. Il s'agissait de mettre fin à ce qui apparaissait comme un pur archaïsme. La présidence d'une institution juridictionnelle par une autorité politique paraît

en effet bien incompatible avec les garanties modernes d'une bonne administration de la justice.

5. Institution ancienne au fonctionnement satisfaisant et institution ayant déjà fait l'objet de plusieurs études doctrinales, récentes¹ ou plus anciennes². Pourtant, la nécessité d'une réflexion doctrinale sur le Tribunal des conflits existait. En ce qui concerne les travaux les plus récents, l'angle de réflexion choisi est celui de la production matérielle de l'institution. Elles portent en effet toutes sur la jurisprudence du Tribunal des conflits et sur son apport au droit administratif. L'angle institutionnel n'est donc pas spécifiquement abordé. Quant aux travaux plus anciens, ils ne prennent d'abord, naturellement, pas en compte les évolutions récentes du Tribunal des conflits et ils se contentent ensuite soit de propos assez généraux et descriptifs sur le Tribunal soit ils s'intéressent uniquement à la question de la présidence de l'institution. Seule la thèse de D. Bardonnnet s'écarte du thème de la présidence mais elle demeure elle aussi une étude spécialisée puisqu'elle se concentre uniquement sur un des modes de saisine du Tribunal des conflits, celui issu de la loi du 20 avril 1932 permettant au Tribunal des conflits de juger un litige au fond lorsqu'il a donné lieu à des décisions émanant des deux ordres de juridictions et dont la contradiction sur le fond entraîne la constitution d'un déni de justice. Semblait donc manquer à cet ensemble doctrinal une approche institutionnelle et analytique du Tribunal des conflits. Une étude visant à clarifier la place et le rôle du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français.

2) Justification de l'étude : la confusion sur le rôle du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français

¹ Deux thèses récentes ont été soutenues sur le Tribunal des conflits : François Champion, *Le Tribunal des conflits et l'élaboration du droit administratif*, sous la direction de M. Deguegue, Université de Tours, 2000 ; Jérôme Bourserie, *L'action administrative au regard de la jurisprudence du Tribunal des conflits*, sous la direction de F. Chauvin, Université de Rennes I, 2003. Une troisième est sur le point d'être soutenue : Renaud Souche, *Les critères de répartition des compétences contentieuses dans la jurisprudence du Tribunal des conflits*, sous la direction de G. Clamour, Université de Montpellier, 2017.

² Ainsi par exemple : Jean-Marie Alfred Gorsse, *Réforme de la présidence du Tribunal des conflits*, Paris, PUF, 1932 ; Bernard Auger, *Le Tribunal des conflits sous la deuxième République*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1911 ; Serge Mougne, *La présidence du Tribunal des conflits*, Rennes, Edonheur, 1926 ; André Petit, *La présidence du Tribunal des conflits*, Paris, A. Rousseau, 1909 ; Daniel Bardonnnet, *Le Tribunal des conflits, juge du fond*, 1957.

6. Encore faut-il convaincre à présent que l'absence d'une telle étude doctrinale, sous cet angle plus institutionnel que matériel, n'est pas due à l'absence de nécessité, sur le fond d'une telle étude. Le rôle du Tribunal des conflits est peut-être suffisamment clair pour que ne mérite d'être étudiée que sa jurisprudence ou encore certains de ses modes de saisine ou sa présidence, lorsqu'elle était encore si particulière.

a. Un hiatus qui interroge

7. A cet égard, rien n'est plus convaincant que l'observation du hiatus considérable existant entre la description de l'institution au moment où elle fut créée et celle qui a désormais cours. De l'analyse de ce hiatus naissent directement les différentes questions d'ordre institutionnel qui, par leur état de suspension, conviennent qu'une étude institutionnelle du Tribunal des conflits peut sembler utile.

8. Au moment de sa création, le Tribunal des conflits est considéré comme un organe de nature gouvernemental. Il est décrit comme une institution chargée d'une mission de haute administration et devant être rattaché au gouvernement. Aujourd'hui, le Tribunal des conflits est unanimement décrit comme une juridiction dont la mission est caractérisée par la neutralité et qui se situe dès lors entre les deux ordres juridictionnels entre lesquels il est censé arbitrer.

9. Comment un même organe peut-il être décrit de façon aussi radicalement différente entre le moment de sa création et la période actuelle ? Quels sont les facteurs de ce changement ? Auparavant décrit comme lié au système administratif, proche du Conseil d'Etat et du pouvoir exécutif, il serait devenu une institution autonome, détachée de l'influence de l'administration ou du juge administratif.

b) Des questions de qualification en suspens

10. En réalité, derrière ce hiatus, se cachent de nombreuses questions d'ordre institutionnel, c'est-à-dire concernant la qualification du Tribunal des conflits et son rapport avec les autres institutions, qui restent en suspens.

11. Sa nature pleinement juridictionnelle n'a d'abord jamais été véritablement démontrée. Tout au plus a-t-elle été de plus en plus régulièrement affirmée. Sans doute la dernière affirmation en date la plus marquante étant celle contenue dans les conclusions du rapporteur public M. Desportes, en 2005, sur la demande de récusation³ d'un des membres du Tribunal. On ne peut sur cette question que constater un glissement progressif du vocabulaire. Longtemps ainsi le Tribunal des conflits a été qualifiée de juridiction « particulière ». Cette particularité n'étant pas conceptualisée, elle était en définitive utilisée pour refuser l'application d'une garantie juridictionnelle devant lui. Lorsqu'une garantie était accordée, le Tribunal des conflits était juridiction. Lorsqu'elle était refusée, il était juridiction « particulière ». Il s'agira donc dans l'étude de tenter de clarifier d'un point de vue conceptuel la question de la nature juridictionnelle du Tribunal des conflits.

12. Benoit Plessix résume bien la situation lorsqu'il explique que « la situation juridique de l'institution est difficilement analysable⁴ ».

13. Outre la qualification de juridiction, se pose la question de la qualification du Tribunal des conflits comme ordre de juridiction à part entière. Si elle est exclue par le Professeur Plessix parce que le Tribunal est seul⁵, cet argument ne convainc pas pleinement. Si le Conseil constitutionnel a pu être qualifié d'ordre de juridiction, le Tribunal des conflits pourrait l'être également. Il s'agira là encore de clarifier cette question de qualification.

14. Le Tribunal des conflits a également pu être qualifié de cour suprême des compétences. Ainsi, R. Chapus s'insurgea-t-il contre la désobéissance de la chambre criminelle de la cour de cassation en matière de contrôle de légalité des actes administratifs unilatéraux lorsque cette dernière refusa de se plier à la jurisprudence du Tribunal des conflits au motif que « le Tribunal des conflits est le juge suprême des

³ Conclusions M. Desportes sur TC, 18 mai 2005, n°3995.

⁴ B. Plessix, *Droit administratif*, Lexis Nexis, Paris, 2016, p. 532.

⁵ Ibid.

compétences⁶ ». Sur cette même question, le site internet officiel du Tribunal des conflits n'est pas sans ambiguïté dans sa description de l'institution. Ce dernier explique que le Tribunal des conflits est *une juridiction chargée de résoudre les conflits de compétence entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif*. Cette formulation peut laisser à penser qu'il dispose pour ce faire d'un pouvoir hiérarchique sur les deux ordres de juridiction en matière de répartition des compétences. Le terme de *conflit* peut en effet renvoyer à une conception procédurale limitée ou, plus largement à une conception matérielle.

15. Le passage d'une conception procédurale à une conception matérielle est constitutif d'un bouleversement existentiel de la dualité de juridiction. Si le Tribunal des conflits a un rôle limité à certaines procédures particulières, alors l'indépendance des ordres de juridiction et, partant, l'existence même de la dualité de juridiction est sauve. Si le Tribunal des conflits est doté d'une compétence supérieure matérielle, c'est-à-dire que sa jurisprudence prime juridiquement sur les deux autres ordres de juridiction, alors il est le lieu de réunion des deux ordres de juridiction car il n'existe pas de frontière matérielle entre les questions juridiques de fond et de compétence. En d'autres termes, si le Tribunal des conflits est juge suprême des compétences, il est juge suprême de l'ordre juridique français. Les modes de saisine du Tribunal des conflits montrent à quel point il existe une incertitude et même une confusion sur cette question. Certains modes de saisine relèvent en effet d'incidents procéduraux et se rattachent donc très clairement à une mission procéduralement spécialisée du Tribunal des conflits. D'autres modes de saisine renvoient au contraire à une volonté d'unifier matériellement la jurisprudence relative à la répartition des compétences contentieuses, ce qui renvoie donc à une conception d'unification matérielle de l'ensemble de l'ordre juridique français.

16. La question s'est d'ailleurs posée très directement lors de la réforme de l'année 2015 puisqu'a été envisagée puis rejetée la possibilité d'instaurer un recours contre les décisions des cours suprêmes de chaque ordre juridictionnel devant le Tribunal des conflits

⁶ R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Monchrestien, Paris, 15^{ème} édition, p. 929.

en matière de répartition des compétences contentieuses. Il est d'ailleurs parfaitement logique qu'une telle possibilité soit envisagée puisque c'est la suite logique de la considération du Tribunal des conflits comme cour suprême des compétences, qui elle-même est la suite logique de la considération du Tribunal des conflits comme organe spécialisé dans les questions matérielles (et non simplement procédurales) de compétences, considération qui est elle-même la suite logique de l'idée selon laquelle le Tribunal des conflits est une instance de dialogue permettant de résoudre les difficultés techniques de répartition des compétences.

17. En d'autres termes, le basculement d'une conception procédurale de la mission du Tribunal des conflits à une conception matérielle de cette dernière entraîne avec lui un basculement de la conception entière de l'organisation juridictionnelle française.

18. C'est le privilège et le fardeau du Tribunal des conflits que de se trouver au cœur d'enjeux si structurels qui rendent si ardues les tentatives de qualification juridique le concernant. Ainsi donc au cours de son histoire aura-t-il été qualifié d'organe gouvernemental en charge d'une mission de haute administration, d'institution administrative, de juridiction particulière, de juridiction, d'ordre de juridiction, d'arbitre, de spécialiste et de cour suprême des compétences.

19. Les questions purement institutionnelles, de qualification de l'institution, semblent donc mériter une étude spécifique afin d'être clarifiées. Cette recherche ne se fera pas indépendamment de la production jurisprudentielle du Tribunal des conflits mais cette dernière ne sera donc pas l'objet premier de l'étude.

B) Formulation de la problématique et exposé de la démonstration

20. La problématique de cette étude est donc établie. Il s'agit de tenter de comprendre le rôle du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français.

21. C'est en comprenant ce rôle, c'est-à-dire non seulement ses compétences mais le sens général dans lequel il est censé les exercer pour participer de façon cohérente au fonctionnement de l'ordre juridique français, en lien donc avec le rôle des autres

institutions avec lesquelles il est amené à interagir directement, que pourront être résolues les questions de qualification juridique. Ces dernières sont en effet non seulement importantes pour opérer des choix concrets dans l'application de divers éléments de régime juridique (relatifs par exemple aux garanties juridictionnelles accordées devant le Tribunal des conflits) mais encore révélatrices des difficultés théoriques de perception du rôle de l'institution.

1) Les deux conceptions du rôle du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français

22. Malgré l'apparente plénitude de la confusion touchant la question de la qualification du Tribunal des conflits, deux grandes tendances peuvent être perçues. Aucune de ces deux conceptions n'a finalement disposé d'une influence hégémonique sur le fonctionnement ou les évolutions de l'institution, les deux ayant, malgré leur caractère contradictoire, eu des conséquences sur le fonctionnement du Tribunal.

23. La première, la plus récente, la plus *moderne*, consiste à envisager le Tribunal des conflits comme une juridiction neutre et extérieure aux deux ordres de juridiction. C'est la vision la plus commune actuellement en doctrine, c'est celle de la récente réforme et c'est celle du discours de l'institution sur elle-même dans ses communications officielles (rapports publics et site internet). Cette vision consiste également à appréhender le Tribunal des conflits comme un organe autonome, au service direct des justiciables et respectueux des principes du procès équitable et de la séparation des pouvoirs.

24. La seconde vision est plus historique et consiste à appréhender le Tribunal des conflits comme institution intégrée au système institutionnel administratif français. Il peut alors être perçu comme une institution administrative. C'est la vision qui sera défendue par cette thèse.

2) Exposé de la démonstration et de sa méthode

25. La démonstration doit être exposée (a) et la méthode doit en être explicitée (b).

a) Exposé de la démonstration

26. La particularité de la vision administrative et historique du Tribunal des conflits est de ne pas lui reconnaître de véritable autonomie. Elle prend acte de certaines de ses compétences qui lui sont particulières et qui fondent une indéniable spécificité de l'institution mais elle les considère comme marginales. La fonction principale du Tribunal des conflits est la protection de l'administration et elle se décline dans le conflit positif comme dans le conflit négatif. Elle est plus prégnante dans le conflit positif puisque c'est l'administration elle-même qui déclenche la fonction de protection de la compétence du juge administratif et non un incident procédural dans une affaire qui n'avait pas éveillé son intérêt. C'est pourquoi le Tribunal des conflits a été construit autour du conflit positif. Parce qu'il n'était, l'institution dans son ensemble n'était, qu'une façon particulière, offrant des garanties au juge judiciaire *agressé* par la procédure, de trancher le conflit positif d'attribution. Les autres compétences du Tribunal des conflits, de celles datant de sa création à celles qui lui ont été attribuées par la loi du 20 janvier 2015, sont des ajouts faits afin de résoudre les incidents procéduraux ou des difficultés de toutes natures que la dualité de juridiction engendre et qui ne peuvent être résolues par l'un des deux ordres juridictionnels sans menacer d'une façon trop directe l'indépendance de l'autre.

27. Cette démonstration repose avant tout sur un constat logique. Elle s'appuie ensuite sur une vision historique du fonctionnement de l'ordre juridique français. Elle entend ensuite se vérifier par son caractère explicatif des solutions matérielles émanant de l'institution.

b) Méthode de la démonstration : l'inscription (logique et historique) du Tribunal des conflits dans son contexte institutionnel et politique

28. Le constat logique et la dimension historique se rejoignent naturellement. En effet, la démarche logique se veut inclusive et peut être décrite en trois étapes. Il s'agit tout d'abord de replacer le Tribunal des conflits dans le cadre de la dualité de juridiction. Il s'agit ensuite de replacer la dualité de juridiction dans le cadre du système administratif institutionnel français. Il s'agit enfin de replacer le système administratif institutionnel

français dans le cadre de la mission de l'administration dans le projet politique libéral qui se développe avec une certaine continuité, bien que sous différents régimes politiques, depuis la Révolution. Cette démarche rejoint donc la dimension historique puisque le système institutionnel administratif français est le produit d'une histoire administrative de la France depuis longtemps marquée par la continuité. C'est en effet sous l'Ancien Régime que l'on peut en trouver les premières traces, dès lors que commence le processus de centralisation. Si l'on devait choisir une période précise, ce qui n'est jamais une opération évidente, ce serait sans doute celle du règne de Louis XIII et du déploiement des intendants du Roi sur l'ensemble du royaume.

29. L'histoire administrative de la France est le produit de la rencontre entre une tradition de centralisation administrative très forte et le projet révolutionnaire libéral, individualiste.

30. Si les structures administratives françaises ont préexisté à ce dernier, il leur a néanmoins donné ensuite un souffle nouveau. L'administration n'était plus seulement une source de pouvoir, de police ou de justice entendue de façon abstraite et, partant, surtout organique, mais elle servait alors des buts plus précis et plus concrets. Ces buts, variables dans leur contenu comme dans leur intensité, sont recouverts par l'expression d'intérêt général. Cette poursuite de l'intérêt général se décline dans des objectifs anciens tels que les pouvoirs de police mais aussi dans la notion plus nouvelle (bien qu'elle ne le soit pas complètement⁷) de service public. Ces buts, dont l'ambition est considérable puisqu'il s'agit d'œuvrer à l'émancipation des individus, tâche intrinsèquement inachevée, ont donné une raison d'être à la puissance administrative historique de la France. Ainsi, le projet politique libéral est-il lié au modèle français de forte intervention de l'administration.

31. En France, le rôle de l'administration est donc considérable. Sa puissance, son indépendance, la liberté d'action dont elle jouit par rapport aux normes auxquelles elle doit

⁷ Jean-Louis Mestre, *La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée constituante*, Études et documents du Conseil d'État, 1989, pp. 187-209

se soumettre et aux institutions qui sont en charge de la contrôler doit donc être symétriquement étendue. Pour mener à bien sa mission, elle doit bénéficier d'une grande puissance. L'existence même de la dualité de juridiction est un facteur déterminant de cette puissance. La dualité de juridiction a donc un fondement éminemment politique. Il s'agit de protéger l'action administrative de l'immixtion d'un organe concurrent. C'est donc un enjeu d'unité de l'Etat.

32. Or, la dualité de juridiction est un système qui est susceptible d'être remis en cause. L'histoire constitutionnelle de la France, en particulier au 19^{ème} siècle est marquée par des tentatives de remise en cause des modes de résolution du contentieux administratif. Hormis l'Empire, toutes les monarchies et les régimes républicains ont envisagé ou tenté, à un degré ou un autre, de supprimer le privilège de juridiction de l'administration. Historiquement, le traitement du contentieux administratif par une institution administrative est un mode de fonctionnement impérial. La dualité de juridiction issue du passage à la justice déléguée n'est que la forme dégradée de ce mode de fonctionnement, forme dégradée afin d'être rendue compatible avec le régime de forme républicaine.

33. Le Tribunal des conflits, successeur du Conseil d'Etat dans le traitement des conflits d'attribution, a donc un rôle éminemment politique de protection de ce système exorbitant du traitement du contentieux administratif.

34. Cette dimension politique de son rôle est aujourd'hui largement occultée. Lui est substituée un discours semblant faire de la dualité de juridiction une modalité purement technique de la répartition des compétences juridictionnelles. Ainsi selon B. Stirn par exemple, le Tribunal des conflits se présente comme une « instance de rencontre et de dialogue. Loin des débats trop passionnés, détaché des nécessités pressantes de l'urgence, éclairé par l'échange de réflexions qui ont des sources différentes, il a pour mission de faire régner l'harmonie entre les composantes de notre droit⁸ ». Si une telle description décrit bien la pratique courante au Tribunal des conflits, elle ne renvoie en réalité qu'à la dimension non

⁸ B. Stirn, conclusions sur TC, 6 juin 1989, affaire Ville de Pamiers, RFDA 1989, p. 465

conflictuelle et purement technique de la dualité de juridiction, c'est-à-dire en définitive au résultat de la domination de la dimension politique de protection de l'action administrative.

35. Pour autant, cette description ne saurait expliquer le véritable rôle du Tribunal des conflits et ne peut se révéler convaincante lorsque poussée au bout de sa logique que dans un système d'unité de juridiction. On touche là au paradoxe fondamental de l'évolution de la dualité de juridiction. Plus la puissance de l'administration (et du système qui protège son action) est forte, moins elle est visible. Pour autant, le système ne change ni de structure ni de nature.

C. Enjeux de la démonstration

36. L'enjeu premier de la compréhension du rôle du Tribunal des conflits réside dans la clarification du discours sur l'institution. Si la mise en avant de l'aspect non conflictuel de la dualité de juridiction et de la mission du Tribunal des conflits correspond à une réalité pratique qu'il ne s'agit en aucun cas de nier, elle ne doit pas transformer le marginal en principal.

37. Il en résulte ensuite, la thèse s'attachera à le montrer, un certain nombre de conséquences pratiques quant au régime applicable au Tribunal des conflits. Qu'il s'agisse de sa composition, de ses modes de saisine, des garanties procédurales octroyées devant lui, tous ces éléments peuvent être soumis à une revue critique au vu non seulement de leur cohérence avec le véritable rôle du Tribunal des conflits mais encore du point de vue de la cohérence d'ensemble du régime.

38. La compréhension du rôle du Tribunal des conflits et de sa continuité historique permet également de clarifier la nature juridique de cette institution. Tout d'abord, en explicitant qu'il s'agit d'une institution administrative en raison de la finalité de sa mission. Ensuite, en déduisant de ce rôle des solutions quant à sa qualification juridique ou encore une relativisation de l'importance de ces qualifications. En d'autres termes, la thèse tâchera de montrer que le Tribunal des conflits peut être qualifié de juridiction, dans une certaine mesure, variable selon ses modes de saisine. Qu'il peut également être qualifié d'ordre de juridiction, dès lors que l'on s'accorde sur une définition procédurale de l'ordre

de juridiction. Cependant qu'en définitive, ces questions de qualification, bien que pouvant être résolues, sont moins pertinentes pour la compréhension de l'institution que celle de son rôle dans l'ordre juridique français.

D. Annonce du plan

39. Le Tribunal des conflits est un organe de protection de l'administration. Pour s'en convaincre, il faut étudier le lien qui existe entre cette finalité et, d'une part la création de l'institution.

40. La première partie sera donc consacrée au rapport entre la création du Tribunal des conflits et la protection de l'administration.

41. La seconde partie de la thèse étudiera ensuite le rapport existant entre l'évolution du Tribunal des conflits et la protection de l'administration.

PREMIERE PARTIE.

LA PROTECTION DE L'ADMINISTRATION ET LA CREATION DU TRIBUNAL DES CONFLITS

42. Le Tribunal des conflits a d'abord été créé par la Constitution du 4 novembre 1848, en son article 89. Son apparition est donc liée à l'arrivée du régime républicain et sa disparition ne l'est pas moins. Le Tribunal est en effet supprimé au retour de l'Empire. Puis, témoignant de ce lien, il réapparaît lorsque revient le régime républicain.

43. Le Tribunal des conflits présente donc ce paradoxe d'avoir été créé deux fois. Il est intéressant d'étudier ces deux naissances. En effet, ce n'est pas tout à fait le même organe qui est créé à chaque fois. Le Tribunal des conflits de 1848 et celui de 1872 présente des similarités et des différences et l'examen de ces dernières permet de mieux comprendre l'organe qui a été créé.

44. La première différence est naturellement celle des contextes institutionnels dans lesquels apparaît le Tribunal des conflits. Ces contextes ont une influence très forte sur l'institution créée. Ce qui frappe en 1848, c'est que le Tribunal des conflits naît d'une chaîne de bouleversements institutionnels qui commence avec l'arrivée du monocréalisme et qui trouve son point culminant avec la volonté des constituants de transformer radicalement le Conseil d'Etat. D'organe central de l'administration, il devient, de façon fort heureusement éphémère, un organe politique lié à l'Assemblée Nationale et ayant pour mission d'atténuer le monocréalisme. Cela a deux conséquences qui vont causer la naissance et affecter le rôle du Tribunal des conflits. La première conséquence est la volonté de vider le Conseil d'Etat de ses attributions administratives. Parmi elles, les conflits d'attribution. C'est ce qui donne l'impulsion à la création d'un nouvel organe.

C'est aussi ce qui donne une idée du rôle que les constituants imaginent pour lui. Un organe de remplacement du Conseil d'Etat.

45. En 1872, le contexte est bien différent et la réinstauration du Tribunal des conflits apparaît comme une conséquence logique du retour du régime républicain et du système de la justice déléguée. Le Tribunal des conflits est cependant reformé à l'issue d'un compromis entre les volontés de l'Assemblée et du gouvernement. La première veut un organe d'équilibre tandis que le second souhaite réitérer l'expérience de 1848 et d'un organe très administratif, cette fois-ci placé aux côtés du Conseil d'Etat. C'est bien entendu la deuxième hypothèse qui se réalisera et ce malgré les réformes du fonctionnement de l'institution.

46. Ainsi, si le caractère administratif du Tribunal des conflits de 1848 est fondamentalement souhaité, celui de 1872 est intéressant à un autre égard puisqu'il est le fruit de l'inertie administrative du fonctionnement du système français. Autant que l'on veuille le changer, la pratique des institutions frappe par sa continuité et le Tribunal des conflits de 1872 est un parfait symbole de ce phénomène. Il faut dire qu'une différence de contexte majeure existe entre les deux institutions : le Second Empire. Période de consolidation définitive de la domination du pouvoir administratif sur le pouvoir judiciaire, elle donne une impulsion à la puissance administrative en France qui ne s'est pour l'instant jamais démentie.

47. C'est à travers cette grille d'analyse qu'il faut donc étudier les rapports entre la protection de l'administration et la création du Tribunal des conflits, en 1848 (Titre 1) puis en 1872 (Titre 2).

TITRE PREMIER.

LA CREATION DU TRIBUNAL DES CONFLITS EN 1848

Le motif principal de la création du Tribunal des conflits en 1848 est la mutation du Conseil d'Etat. De l'organe central du système administratif il devient un organe politique chargé d'équilibrer les rapports entre le gouvernement et l'Assemblée menacés d'être bouleversés par l'arrivée du monocréalisme. Le Tribunal des conflits devient l'organe chargé non seulement des conflits d'attribution mais également de participer à l'établissement de l'équilibre au sein du système administratif. Cet aspect de son rôle est resté très théorique puisque les compétences de contrôle des actes administratifs et même des jugements administratifs qui devaient lui permettre de le remplir ne lui ont finalement pas été confiées. Elles révèlent cependant la vision que se faisaient les constituants de l'organe qu'ils créaient.

Symétriquement à cette dimension très intégrée au système administratif, il est aussi le fruit d'un long processus de juridictionnalisation des conflits, c'est-à-dire de traitement de ces derniers dans les formes juridictionnelles. Ce processus est né au sein du système administratif, il a commencé sous l'Empire et n'est donc pas, a priori, contradictoire avec ce dernier, à condition d'être limité à un phénomène formel donc les objectifs restent secondaires par rapport aux nécessités de l'action administrative. En revanche, l'essentialisation du phénomène de juridictionnalisation conduit bel et bien à une telle contradiction.

Le Tribunal des conflits, dès 1848, est traversé par les deux idées. L'intégration au système administratif et à sa spécialité politique au sein de l'ordre juridique français d'une part et la juridictionnalisation paradoxale de sa mission consistant à trancher les conflits d'attribution. La seconde idée se caractérisant principalement par cette grande originalité dans sa composition, invitant les membres de la Cour de cassation, cour suprême de l'ordre juridictionnel visé par la procédure de conflit positif,

Si cette dualité se retrouve dans ses compétences et son mode de fonctionnement, le caractère administratif n'en demeure pas moins largement dominant et caractérise avant

tout l'organe, consrtuit en tout premier lieu pour prendre en charge le conflit positif. Ce dernier est alors en effet le cœur des conflits d'attribution, le conflit négatif n'étant considéré que comme un incident procédural marginal qui est très peu régelmenté. Cette prééminence administrative apparaît tant lors de l'étude des motifs de sa création (Chapitre 1) que de celle de ses caractéristiques (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les motifs de la création du Tribunal des conflits en 1848

48. La création du Tribunal des conflits par l'article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848 est le produit de la rencontre entre deux facteurs. D'une part le mouvement de juridictionnalisation des conflits d'attribution, c'est-à-dire l'apport de formes juridictionnelles au traitement du conflit, et d'autre part une chaîne de bouleversements institutionnels.

49. Le mouvement de juridictionnalisation des conflits d'attribution n'est pas né d'une volonté d'apporter des garanties au justiciable ou à l'autorité judiciaire. Il est né d'une volonté d'efficacité de l'action administrative d'une part, passant par une spécialisation de cette dernière et donc d'un traitement différencié des questions relevant de la matière contentieuse. La juridictionnalisation des conflits d'attribution est donc avant tout due à la matière traitée. C'est parce que l'arrêté d'élévation du conflit interrompt le cours d'un procès qu'il se rapproche peu à peu d'un acte juridictionnel par sa forme et qu'il en va de même de la forme prise par son contrôle. La crise politique de 1827 due à un abus politique très étranger à la marche normale du conflit d'attribution agira ensuite comme catalyseur, révélant les nécessités intrinsèques d'encadrement du conflit d'attribution. C'est cet enchaînement de motifs dont il faudra d'abord démontrer qu'il est à l'origine de la juridictionnalisation des conflits avant la création du Tribunal des conflits, qui est, dans une certaine mesure, l'aboutissement de ce mouvement (Section 1).

Le second facteur de création du Tribunal des conflits est tout à fait singulier puisqu'il est totalement exogène au traitement du conflit lui-même. Ce n'est pas un dysfonctionnement dans ce dernier qui est à l'origine de la volonté de créer un nouvel organe. Le Conseil d'état se chargeait parfaitement de cette tâche sans que son rôle en la matière ne soit contesté. C'est au contraire la volonté de changer le Conseil d'Etat en organe politique et non plus administratif qui conduit à vouloir le vider de ses compétences de nature administrative et notamment du conflit d'attribution et de créer, dès lors, un organe spécial. Cette origine du Tribunal des conflits doit être identifiée et soulignée (Section 2)

car elle a des conséquences déterminantes sur la nature recherchée de l'organe créé et sur son rôle attendu dans l'ordre juridique.

Section 1 La juridictionnalisation des conflits d'attribution avant la création du Tribunal des conflits

50. Le phénomène de juridictionnalisation est né et s'est développé au sein du Conseil d'Etat (Paragraphe 1), sous différents régimes, pour différentes raisons et dans différentes formes, parfois pour des motifs intrinsèques à la procédure, parfois pour des motifs extrinsèques. Il a ensuite été catalysé (Paragraphe 2) par la crise de 1827-1828 qui, elle, était spécifique aux conflits d'attribution.

Paragraphe 1. La juridictionnalisation des conflits au sein du Conseil d'Etat

51. La juridictionnalisation des conflits s'est d'abord faite au sein de la commission du contentieux (ou comité contentieux) du Conseil d'Etat. Elle correspond à la même volonté que celle qui commande à la création de cette commission. Il s'agit d'organiser l'arbitraire administratif, pas de le limiter. Lui donner des règles pour lui donner de l'efficacité. Il s'agit de bonne administration. C'est dans ce contexte que sont traitées les premières hésitations quant au traitement du conflit (Sous-paragraphe 1) et qu'est rendu l'avis fondateur de 1821 qui opère une remarquable synthèse (Sous-paragraphe 2).

Sous paragraphe 1. Les premières hésitations sur le traitement du conflit

52. Le traitement du conflit d'attribution au sein du Conseil d'Etat a été l'objet de nombreuses hésitations, qu'il s'agisse de la façon dont le conflit devait être tranché ou de celle dont il devait être élevé. Trois étapes déterminantes doivent être mises en avant. La période de 1806-1811 tout d'abord (1), voit le conflit être traité dans les formes administratives. Puis, deux décisions du Conseil d'Etat, de 1811 et 1813 (2), désignent les formes contentieuses, semblant, sans cependant se prononcer explicitement sur ce point, assimiler les conflits d'attribution au contentieux administratif.

1) *Le traitement du conflit d'attribution entre 1806 et 1811*

53. Le Conseil d'Etat est rétabli par la Constitution du 22 frimaire an VIII et chargé de résoudre les conflits par un règlement d'administration intérieure du 5 nivose an VIII (article 11). Il n'y avait rien dans l'arrêté consulaire confiant le conflit au Conseil d'Etat sur l'élévation du conflit. L'instruction au Conseil était initialement purement administrative et les affaires, conflit ou contentieuses, se répartissaient parmi les cinq sections du Conseil en fonction de la matière concernée.

54. Ainsi, « le Conseil d'Etat annulait même sans conflit, et sur le rapport des ministres ou de l'administration des domaines, des jugements qui lui semblaient rendus en violation des règles constitutionnelles sur la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire⁹ ». Le premier point sur lequel le conflit pouvait faire l'objet d'un encadrement était donc son élévation. Un arrêté du 13 brumaire an X tenta de limiter cette dernière aux seuls préfets. Pour autant, comme l'explique M. Félix, « cette unification dans l'élévation du conflit (par l'arrête du 13 brumaire an X), quoique édictée par un texte formel, ne se réalisa pas immédiatement. Les ministres continuèrent, pendant plusieurs années encore, à déférer au Conseil d'Etat, soit spontanément, soit sur les dénonciations des préfets ou des parties, les jugements des tribunaux ou les arrêts des Cours, qui lui paraissaient avoir empiété sur les attributions de l'autorité administrative¹⁰ ». Il explique de même à propos de l'élévation du conflit par les ministres que « cette pratique n'a cessé complètement qu'après l'avis du 19 janvier 1813¹¹ ».

55. De nombreux exemples sont donnés par M. Félix d'élévation du conflit par le ministre postérieurement à l'arrêté limitant ce pouvoir aux seuls préfets¹².

⁹ M. Félix, *L'histoire du conflit d'attribution (étude historique du contentieux administratif)*, Paris, Arthur Rousseau, 1899, p. 274

¹⁰ M. Félix, *préc.*, p. 275

¹¹ M. Félix, *préc.*, p. 275

¹² M. Félix, *préc.*, p. 275, note de bas de page n°2 : « Ainsi, du décret du 4 prairial an XIII statuant sur le recours introduit par le ministre de l'intérieur à la demande des administrateurs du bureau de bienfaisance d'Aurillac et annulant un jugement du 20 floréal an XI. Décret du 6 janvier 1807 prononçant sur le recours du ministre des finances annulant un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes. Décret du 25 janvier 1807,

56. La question de l'élévation du conflit se posa également à propos des simples particuliers. Des exemples montrent qu'ils étaient aussi admis à signaler des décisions de l'autorité judiciaire et de provoquer ainsi l'intervention du Conseil d'Etat dans le déroulement du procès judiciaire. Sans qu'il s'agisse à proprement parler d'une élévation du conflit dans la mesure où l'action du particulier n'a pas d'effet direct sur la procédure, le procédé aboutit au même résultat¹³.

57. C'est seulement en 1811 que le Conseil d'Etat condamnera explicitement ce procédé en faisant une distinction entre l'exception d'incompétence - le procédé normal de contestation d'une décision judiciaire sur la compétence pour un particulier - et l'élévation du conflit. Le Conseil explique en effet que « Considérant que (...) c'est au gouvernement qu'il appartient de prononcer sur la compétence des tribunaux ou des corps administratifs, cette règle n'est applicable néanmoins qu'aux seuls cas où il existe un conflit positif, résultant de la revendication faite par l'autorité administrative (ou un conflit négatif); que, hors de ces cas, l'autorité supérieure dans la hiérarchie, soit judiciaire, soit administrative, doit prononcer sur les exceptions d'incompétence qui lui sont présentées (...)»¹⁴.

58. S'est également posée la question de l'élévation du conflit par les conseils de préfecture. Comme l'indique M. Félix, ces derniers « conservèrent pendant presque tout le cours du régime impérial, la faculté d'élever le conflit, concurremment avec les préfets¹⁵ ».

annulant un jugement du tribunal civil de la Flèche sur le recours du ministre de l'intérieur introduit sur la dénonciation que le préfet lui avait faite du jugement du tribunal. Décret du 25 mars 1807 prononçant sur le recours formé par le ministre des finances contre un jugement du tribunal civil de Monfort, un arrêt de la Cour d'appel de Rennes et un arrêt de la Cour de cassation ».

¹³ M. Félix, *préc.*, p. 275 : « Ainsi arrêté du gouvernement du 29 floréal an X annulant, sur la réclamation du sieur Tondu-Muiroger, deux jugements rendus par le tribunal civil de Soissons, les 15 et 16 prairial an XI. Décret du 19 octobre 1808, dame Hardouin contre C. Saint Pastou ».

¹⁴ Conseil d'Etat, Avis du 23 avril 1811 cit par M. Félix, *préc.* p 276.

¹⁵ M. Félix, *préc.*, p. 276, donne également des exemples de telles élévations, admises par le Conseil : Arrêté du gouvernement du 15 brumaire an X, confirmant le conflit élevé par le Conseil de préfecture du Doubs. Arrêté du gouvernement du 26 fructidor an X, confirmant le conflit élevé par les arrêtés du 11 pluviôse et 13 germinal an X du Conseil de préfecture de la Moselle. Arrêté du gouvernement du 16 frimaire an XIV par le Conseil de préfecture de l'Hérault. Décret du 29 juin 1811, permettant au Conseil de préfecture d'attaquer les jugements des tribunaux par la voie du conflit. Un décret du 23 janvier 1814 semble

59. Ces décisions relatives à l'élévation du conflit illustrent parfaitement les hésitations qui régnaient autour de son régime juridique. Peut même être signalée, une curieuse série de jurisprudence du Conseil d'Etat qui a brièvement reconnu le pouvoir d'élever le conflit à l'autorité judiciaire¹⁶ avant de revenir sur cette solution très rapidement après par un décret du 22 décembre 1811 (à l'occasion d'une décision du tribunal de Coulommiers) : « Considérant que, dans cette contestation, il n'a point été élevé de conflit par l'autorité administrative; que, dans le cas où une des parties croit avoir à se plaindre du jugement d'un tribunal inférieur, elle doit se pourvoir par appel à la Cour supérieure ». Ce décret, sans être explicite, semblait bien cependant condamner le droit pour l'autorité judiciaire d'élever le conflit. Cette condamnation résulte d'une manière indiscutable d'un décret du 3 juillet 1822 « que, si le tribunal de St-Lô, par son jugement du 16 janvier 1821, a déclaré élever le conflit contre le susdit arrêté du préfet, ce jugement ne peut être annulé que par les tribunaux supérieurs, à la requête soit des parties, soit de notre procureur général¹⁷ ».

60. Au-delà de la question des titulaires du pouvoir d'élever le conflit, c'est la question plus générale des formes du traitement du conflit d'attribution qui semble, déjà sous l'Empire, poser problème. Procédure ayant une finalité administrative, elle intervient néanmoins dans un environnement judiciaire. Ses effets vont au-delà de la pratique administrative puisqu'ils atteignent les particuliers dans leurs procès et menacent l'autorité judiciaire, agressée par la procédure, au détriment de la séparation théorique des pouvoirs pourtant proclamée au moment de la Révolution. Révolution dont Napoléon Bonaparte entend être un protecteur des principes.

condamner cette pratique, en décidant (...) de la compétence exclusive des préfets. Une ordonnance royale du Conseil d'Etat du 9 avril 1817 la répudia formellement, en annulant pour excès de pouvoir l'arrêté du 1er février du Conseil de préfecture du Cantal élevant le conflit.

¹⁶ M. Félix, *préc.*, p. 279 : décret du 29 juin 1811 à propos du tribunal de Neufchâteau

¹⁷ M. Félix, *préc.*, p. 280.

61. En toute logique, le conflit va évoluer de façon parallèle au traitement du contentieux de l'administration au sein du Conseil d'Etat. Le conflit suit les évolutions du traitement du contentieux au Conseil d'état puisque d'une part il est traité au sein de cette commission et que d'autre part, il a lui-même un indéniable caractère juridictionnel, même si sa mesure n'est pas encore clairement prise à l'époque. Il ne peut donc qu'être affecté par des évolutions du traitement du contentieux administratif.

62. Le rôle de la commission du contentieux doit donc être étudié en détail. Le conflit va bénéficier de la distinction qui se fait progressivement au sein du Conseil d'Etat entre les affaires de pure administration et les affaires contentieuses. Une fois cette distinction faite, la question sera posée de la place du conflit en son sein. Cette distinction apparaît pour deux raisons principales. Elle permet de mieux organiser le Conseil d'Etat et d'augmenter donc son efficacité. Elle permet ensuite et par conséquent de renforcer son rôle auprès de l'Empereur face à celui des Ministres. Le traitement des affaires contentieuses permet aussi d'apporter des garanties à l'administré, ce qui n'est pas une idée à laquelle l'Empereur est hostile dès lors qu'elle n'entrave pas l'arbitraire administratif nécessaire. Au sein de la commission du contentieux, la réglementation, qui passe par la juridictionnalisation, se fait donc au service de l'arbitraire et non pour le limiter. C'est le paradoxe de cette période qui va initier la longue histoire de réglementation du conflit sans pour autant la fonder sur la protection des droits des particuliers ou la limitation du pouvoir de l'administration.

63. Faisant apparaître les premiers motifs de rationalisation et donc de distinction entre administration active et contentieux administratif, Roederer, Président de la Section de l'Intérieur, regrette le mélange des affaires. Il explique en effet, dès l'an X, que il y a un temps considérable de perdu pour chaque membre du Conseil dans chaque séance générale et dans les séances de section. Le contentieux n'est écouté que par cinq ou six membres du Conseil ». Il explique encore que « dans chaque section, le contentieux est distribué entre chaque membre, et tous ne sont pas également familiers avec les lois et les formes, et les rapports prennent beaucoup de temps aux uns qui en coûteraient peu aux autres. (...) De plus, en entremêlant le contentieux avec le législatif et le réglementaire dans chaque séance

générale du Conseil, on oblige tous les membres à se trouver à toutes les séances¹⁸ ». Cormenin explique opportunément que l'une des avancées majeures de l'époque de la commission du contentieux est l'établissement de distinctions¹⁹.

64. Roederer propose ainsi de créer un rapporteur pour les affaires contentieuses au sein de chaque sous-section. C'est la première forme de traitement particulier du contentieux au sein du Conseil d'Etat. De la même façon, un écrit de Martineau²⁰, avocat au Tribunal de cassation, ancien avocat au Conseil du Roi, daté du début de 1806 et intitulé *Idées sur l'organisation du Conseil d'Etat*, propose la création d'un « Comité contentieux » (Martineau renvoie au Comité contentieux créé en 1777) et il en donne un motif intéressant. Selon lui, le Conseil d'Etat n'étant « ni divisé, ni subdivisé, il en est résulté qu'il peut vaquer à tout et que la majeure partie des affaires reste à la décision des Ministres²¹ ».

65. Cet écrit illustre un motif intéressant et inattendu dans une perspective moderne de distinction entre le contentieux et les affaires purement administratives puisqu'il renvoie à l'efficacité du Conseil d'Etat, non pas dans l'exercice de son action à proprement parler, mais vis-à-vis des Ministres qui risquent d'affaiblir le Conseil. Est ainsi encore illustrée la diversité des motifs de traitement spécifique du contentieux administratif.

66. C'est le décret du 11 juin 1806 qui créa la commission du contentieux. La discussion eut lieu au cours des mois de mars et avril 1806, durant trois séances. D'après des propos rapportés, l'Empereur aurait expliqué très clairement le but de cette commission. Apparaît dans ces propos le souci principal de l'Empereur, celui d'une administration efficace : « Il y a dans tout cela (l'Empereur vient d'énumérer un certain nombre de matières contentieuses) un arbitraire inévitable; je veux instituer un corps demi-

¹⁸ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1974, p. 132

¹⁹ Louis-Marie de Lahaye de Cormenin, *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Pilet, 1818, p. 37

²⁰ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, p. 132-133

²¹ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 132-133

administratif, demi-judiciaire, qui règlera l'emploi de cette portion d'arbitraire nécessaire dans l'administration de l'Etat; on ne peut laisser cet arbitraire entre les mains du Prince, parce qu'il l'exercera mal ou négligera de l'exercer. (...) Ce tribunal administratif peut être appelé conseil des parties, conseil des dépêches ou conseil du contentieux²² ». L'Empereur ajoute : « je lui donnerai à juger la contestation entre l'intendant de ma liste civile et mon tapissier qui veut me faire payer mon trône et six fauteuils cent mille écus; j'ai refusé de payer cette somme exorbitante²³ ». La commission du contentieux est donc créé au soutien de l'arbitraire administratif, en aucun dans le but de le limiter.

67. L'empereur ajoute cependant une dernière raison, indépendante de l'organisation administrative lorsqu'il déclare « je veux créer dans le Conseil d'Etat une commission pour le jugement des affaires contentieuses²⁴ ». Ce motif de création de la commission a trait aux parties. Il explique en effet que « il y a en ce moment en France un grand vice dans le jugement des affaires contentieuses au Conseil d'Etat, puisqu'elles sont jugées sans entendre les parties²⁵ ». Les garanties juridictionnelles motivent donc aussi, subsidiairement, la création de la commission du contentieux. Il est intéressant de trouver dans le même discours l'idée de telles garanties et celle du nécessaire arbitraire administratif. Deux interprétations de cette surprenante combinaison peuvent être avancées. D'une part, qu'il s'agit là de la manifestation d'un pouvoir qui a tant confiance en lui qu'il n'a pas peur d'entendre les arguments des administrés. D'autre part, que le développement de telles garanties peut être perçu à la fois comme une menace et comme une garantie pour maintenir l'arbitraire. Une menace parce que favoriser les garanties suppose de disposer de fondements solides pour imposer une décision arbitraire. Cela suppose que l'arbitraire ne soit pas remis en cause lorsqu'il intervient. Une garantie parce que l'arbitraire qui a respecté une procédure contradictoire est d'autant plus légitime. Quoiqu'il en soit, le système Napoléonien apparait bien ici. Un arbitraire qui ne se cache

²² *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc. p. 134 : citant un témoignage de Pelet de la Lozère, rapportant les propos de l'Empereur.

²³ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc. p. 134

²⁴ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc. p. 134

²⁵ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc. p. 134

pas et qui s'organise pour être efficace et légitime, pour être finalement un arbitraire le plus juste possible. Aussi l'arbitraire reste prédominant. Ainsi, l'Empereur pouvait, à son gré, retirer une affaire à la commission du contentieux²⁶.

68. Les deux apports principaux des décrets des 11 juin et 22 juillet 1806 furent donc l'instauration de la saisine du Conseil par les justiciables et non plus seulement par l'Empereur (ce qui donnait auparavant de facto un grand pouvoir aux ministres qui connaissaient ainsi d'un plus grand nombre d'affaires administratives - sans distinction qu'il s'agisse de contentieux ou non) et l'organisation d'une procédure contradictoire.

69. Le décret du 11 juin organisa le système des rapporteurs en décidant²⁷ que les « maîtres des requêtes », institués par ce même décret, se chargeraient²⁸ du rapport sur les affaires contentieuses²⁹. Il instaura, en son titre IV, article 24 « une commission présidée par le grand-juge, ministre de la justice, et composée de six maîtres des requêtes et de six auditeurs ». Commission qui « fera l'instruction et préparera le rapport de toutes les affaires contentieuses ». La lecture du décret de 1806 permet de constater que les liens entre la commission du contentieux, le ministre de la justice et le Conseil d'Etat reste naturellement très fort, préservant l'unité du système administratif. Il s'agit bien de faire des distinctions au sein d'un même système. Toutes les évolutions futures consisteront à faire évoluer ces liens, sans jamais les briser complètement. Le décret du 22 juillet décide quant à lui la création des avocats au Conseil d'Etat. Il pose également l'absence d'effet suspensif des recours, sauf si la commission le décide.

²⁶ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 139, note de bas de page : « La commission du contentieux pouvait ne pas voir été saisie, et il pouvait aussi se faire qu'une affaire lui soit retirée ». NBP suite : Affaire des prames, bateaux plats construits aux temps du camp de Boulogne. Le constructeur réclamait le paiement à l'Etat. 13 avril 1808, la commission indique que « la décision de son Excellence (ministre de la Marine) ayant été motivée sur un ordre de l'Empereur, il n'y a pas à délibérer sur la requête ». Pasquier, Mémoires, tome I, p. 315 - CH. Durand, Fonctionnement du Conseil d'Etat Napoléonien, p. 234) ».

²⁷ Article 7 du Chapitre II du Titre Premier du décret du 11 juin 1806

²⁸ Si une affaire l'exige en raison de circonstances particulières, le ministre peut tout de même faire un rapport directement à l'Empereur et non au grand-juge.

²⁹ Exception faite de la liquidation de la dette publique et des affaires relatives aux domaines nationaux parce que ces deux types d'affaires étaient déjà traités dans des formes particulières auxquelles il n'y avait rien à changer.

70. Le Conseil d'Etat a donc été chargé de régler les conflits d'attribution dès la Constitution de l'An VIII et le conflit à cette époque est un outil essentiel de la politique menée par le pouvoir exécutif. Déjà très utilisé sous le Directoire, le conflit va connaître une véritable expansion sous le Consulat et l'Empire. Ainsi, Cormenin indique-t-il que d'environ cent quarante cas de conflits sous le Directoire, leur nombre est passé à plus de mille quatre-cent pour la période du Consulat et de l'Empire. Le conflit sert alors à protéger l'acte administratif et les administrateurs de façon très large. Matériellement, les principaux cas de conflits concernent la vente des biens nationaux, le sort des émigrés ou encore la garantie constitutionnelle protégeant les agents de l'administration. Pour autant, le conflit pouvait intervenir dans des matières extrêmement diverses.

71. Jusqu'à la création de la commission du contentieux en 1806, le conflit est traité par les différentes sections du Conseil d'Etat en fonction de la matière concernée. La création de la commission du contentieux va répondre à un objectif de rationalisation de l'action administrative. Il s'agit, pour le régime impérial, de gagner en efficacité, en évitant que les affaires contentieuses soient mêlées aux affaires de l'administration active.

72. On comprend ainsi que ce sont des considérations très pratiques qui ont commandé, dans un premier temps, à la création d'une section spécifique pour le traitement du contentieux de l'administration. Cette dernière devait en effet répondre aux exigences formelles et assurer les connaissances techniques exigées par le contentieux. Une décision est rendue en 1811 à propos du traitement du conflit dans les formes contentieuses. Elle sera confirmée par un avis de 1813.

*2) Les positions du Conseil d'Etat spécifiques au traitement du conflit :
1811 et 1813*

73. A partir de 1806, les débats engagés sur la façon dont doit être traité le conflit amèneront aux prémices d'un questionnement sur la possibilité d'assortir le conflit de certaines garanties. Dès 1806, Cambacérès interroge l'Empereur sur ce point : « On a discuté au Conseil d'Etat si les conflits font partie des affaires qui doivent être portées à la commission du contentieux. Sa Majesté est priée d'ordonner que cette question soit

examinée au Conseil³⁰ (...). » En 1811, un arrêt du 4 novembre Cambi contre Régie des domaines se prononce en faveur des formes contentieuses pour régler le conflit. Ainsi, le Sieur Ugolin de Cambi, qui n'avait pas été entendu lorsqu'avait été prononcé sur un conflit élevé à l'occasion d'un procès auquel il était partie, donna l'occasion au Conseil d'Etat d'indiquer : « que le décret du 22 Juillet 1806, en accordant aux parties la voie de l'opposition contre les décisions rendues par défaut en matières contentieuses, ne fait point d'exception, lorsqu'il s'agit de prononcer sur un conflit d'attribution entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. »

74. La question du droit de faire opposition sera bien souvent au centre des débats sur le traitement des conflits. En effet, elle est le parfait exemple d'une garantie processuelle accordée naturellement dans le cadre d'une activité contentieuse mais posant question dans le cadre du conflit. Quelques jours après l'arrêt du 4 novembre, un arrêt du Conseil d'Etat, Commune de Brest, du 12 novembre, déclara l'irrecevabilité d'une requête faite par la ville au motif que cette dernière ne pouvait élever directement le conflit.

75. Il devenait donc de plus en plus pressant de résoudre la question des formes du traitement du conflit. C'est en 1813 que la question est tranchée par un avis du Conseil d'Etat, approuvé par l'empereur. Cet avis du 19 janvier 1813 se prononce en faveur du renvoi de tous les conflits à la commission du contentieux en indiquant que : « considérant que les conflits d'attribution entrent dans le contentieux administratif dont l'examen et l'instruction sont confiés à la commission du contentieux avant d'être portés au Conseil d'Etat (...) que les conflits entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire doivent être renvoyés à la commission du contentieux, pour y être instruits conformément au règlement »³¹.

76. La solution adoptée paraît autant relever d'une question de rationalisation et d'efficacité que d'une question d'encadrement du conflit. En effet, la commission du

³⁰ *Archives nationales AF IV, dossier 1806*, p. 17, cité par *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 143.

³¹ Duvergier, tome 18, p. 324 (cité par *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 145)

contentieux est connue, à cette époque, pour ces deux facettes de l'amélioration de l'action administrative en matière contentieuse. Elle a non seulement permis le traitement efficace des affaires contentieuses mais elle a encore œuvré, sans freiner la marche de l'administration, et la grande part d'arbitraire que cela revêtait sous l'Empire, à en préciser les contours. Ses décisions forment en effet déjà l'ébauche d'une jurisprudence en faveur de la soumission de l'administration au droit. Ainsi le conflit n'échappe-t-il pas à cette logique. L'avis de 1813 ouvre aux particuliers les garanties processuelles du traitement contentieux des litiges administratifs. Cependant, le conflit n'en restera pas moins un outil de gouvernement, et son encadrement n'en restera pas moins extrêmement limité, comme les années suivant cette décision le montreront.

77. De surcroît, elles verront le conflit d'attribution être très nettement distingué du contentieux administratif.

Sous-paragraphe 2. La synthèse de l'avis de 1821

78. Par un avis de 1821, le Conseil d'Etat va offrir une argumentation très fournie permettant de distinguer le conflit d'attribution du contentieux administratif (Sous Paragraphe 1). Pour autant, cela ne signifiera pas l'abandon des formes juridictionnelles (Sous Paragraphe 2).

1) L'avis de 1821 et la nature du conflit d'attribution, un avis fondateur

79. La Restauration va reprendre les solutions du régime précédent. Une ordonnance royale du 29 juin 1814 portant sur l'organisation du Conseil d'Etat confie au comité du contentieux le soin de régler les conflits d'attribution, reprenant ainsi la solution de l'avis de 1813. Cette solution comportait cependant un inconvénient majeur, puisque le cours de la justice était interrompu pendant un délai rendu particulièrement long par les formes contentieuses. Elle fut remise en cause quelques années plus tard. Une ordonnance royale du 4 août 1817, annulant un arrêté de conflit du préfet de la Somme, dans une affaire opposant une Dame de Sablé au Sieur Courtin, fut considérée par la régie de

l'enregistrement comme un arrêt, entraînant ainsi le paiement, par la Dame Sablé, des droits d'enregistrement. La question a priori anodine donna lieu à une réclamation devant le ministre des finances, qui en référa au Garde des Sceaux, qui lui-même s'adressa aux comités de législation et du contentieux. Ces derniers estimèrent que sa résolution impliquait de déterminer la nature des décisions rendues sur conflit. Ainsi, il ne s'agissait plus seulement de savoir quelles formes devaient être adoptées pour traiter le conflit, mais bien de s'interroger sur sa nature même.

80. C'est un avis du 6 février 1821 qui tranche très clairement la question dans un argumentaire comprenant les éléments essentiels de la question de la nature du conflit d'attribution et des modalités de son traitement. Si les réponses à ces questions ont varié de nombreuses fois depuis la Révolution, et continuent à changer (notamment à travers la réforme du Tribunal des Conflits de 2015), les éléments du débat restent fondamentalement les mêmes.

81. L'avis indique d'abord : « que l'on ne peut comprendre sous la dénomination de jugements ou arrêts que des décisions rendues sur des intérêts privés avec des formes judiciaires, et, par conséquent, sur une demande introduite par une partie, jugée contradictoirement avec une autre partie citée pour se défendre ; que l'on reconnaît ce caractère dans toutes ordonnances rendues sur l'avis du Conseil d'Etat au sujet de recours exercés contre les arrêtés des conseils de préfectures et des décisions ministérielles, puisque ces ordonnances jugent réellement des procès, et le jugent suivant les formes usitées pour l'instruction des procès, mais qu'aucun de ces caractères ne se rencontre dans les ordonnances relatives aux conflits ».

82. Le premier critère de distinction est sans doute le plus fondamental. Il tient au rôle des parties dans le conflit. S'il est indéniable que les parties sont affectées puisque c'est notamment à cause de l'interruption de la marche de la justice que la question de la nature du conflit a été posée, le degré auquel on peut reconnaître qu'elles sont concernées peut varier.

83. Si, comme c'est le cas dans l'avis de 1821, on se place avant tout du point de vue de l'opération juridique effectuée au moment de la solution du conflit, on ne peut que considérer les parties comme extérieures au conflit. Elles n'ont pas de droit à faire valoir, elles n'ont pas de revendications, elles ne présentent ni conclusions ni moyens, elles ne sont tout simplement pas partie à la résolution du conflit. Il s'agit simplement d'un règlement de compétences qui affecte, en l'interrompant, leur affaire.

84. L'avis conclut sur ce point en expliquant : « qu'en effet, les conflits ne forment pas une contestation entre particuliers, mais entre les deux autorités publiques administrative et judiciaire, qui chacune revendiquent la même affaire ou refusent de la juger ».

85. L'avis poursuit et pose : « que dans ces sortes de débat, il ne s'agit ni d'intérêts privés, ni de l'application des lois civiles, mais du maintien de l'ordre public et de l'exécution des lois constitutionnelles ». Il s'agit de contestations dont l'issue est donc indifférente à toute réclamation des particuliers. Ces derniers ne disposent d'aucun droit à la compétence d'un juge ou d'un autre. C'est ce qu'indique l'usage des expressions d'ordre public et de lois constitutionnelles.

86. L'avis indique encore « qu'aussi ces affaires ne sont introduites ni par requête ni par citation, le Conseil d'Etat, ne pouvant en être saisi que par le gouvernement lui-même, qui seul a le droit de déférer à son examen l'arrêté de conflit (...) qu'il est donc évident que le droit de prononcer sur les conflits entre l'administration et les tribunaux est une des prérogatives de la puissance royale dont l'objet est de maintenir la division des pouvoirs (...) et, par conséquent, que les ordonnances en cette manière sont des actes de haute administration, qui, de leur nature, par leurs effets, et dans l'ordre constitutionnel, ne peuvent être assimilés à des arrêts³² ». Il faut noter que se trouve ainsi expliquée - autant que justifiée - le monopole étatique relatif à la procédure d'élévation du conflit. Il découle de la nature même de la procédure.

³² Alfred Blanche, *Conflits*, Dictionnaire général d'administration, Paris, 1884-1885, p. 506

87. Deux expressions ressortent de cet avis. Celles d'ordre public et de haute administration. Il faut dès à présent définir cette notion de « haute administration ». Il s'agit de désigner par ces termes une mission visant à garantir un ordre public constitutionnel, c'est-à-dire au maintien des différents pouvoirs publics dans le champ de leurs compétences, c'est-à-dire au respect de la séparation des pouvoirs. Cette expression vise aussi à rapprocher le traitement du conflit d'attribution du pouvoir exécutif car elle implique qu'il s'agit là d'une mission gouvernementale pour des motifs que la suite de ce propos permettra de comprendre. Trancher le conflit est donc considéré comme relevant d'un pouvoir rattaché à la puissance de maintenir la séparation des pouvoirs. C'est une mission d'ordre constitutionnel.

88. Le titulaire de ce pouvoir dépend donc du régime constitutionnel dans lequel se situe le conflit. Ainsi s'expliquent les multiples variations des modalités de traitement du conflit d'attribution. Si l'élévation est toujours de facto entre les mains de l'administration et plus précisément de l'administration au niveau local, en charge d'intervenir auprès des tribunaux, la résolution du conflit appartient à différentes autorités selon le régime constitutionnel. En 1821, le pouvoir royal est celui qui apparaît comme logiquement compétent pour résoudre les conflits.

89. Il ne s'agit donc pas d'actes de justice, même de justice administrative. Si la justice administrative reste retenue entre les mains du Roi, elle se distingue alors clairement des compétences administratives pures - d'administration active - du Roi et de ses ministres, tout particulièrement au regard de la différence entre les droits des justiciables, même « administratifs » et les droits des administrés.

90. L'avis de 1821 affirme donc la dualité de l'acte de résolution du conflit d'attribution. Acte juridictionnel dans ses formes, il reste un acte administratif - ou plutôt un acte de gouvernement - dans sa nature. Un acte administratif particulier puisque concernant la séparation des pouvoirs, la régulation des pouvoirs publics, un acte qui sera dorénavant qualifié d'acte de haute administration. Un autre argument soulevé par l'avis de 1821 est que l'effet de la décision sur le conflit d'attribution est toujours d'ordonner à l'administration, soit de juger soit de ne pas juger et que, dès lors, il ne peut s'agir que

d'un acte « d'administrateur suprême », en d'autres termes, de supérieur hiérarchique de l'administration (et plus précisément du Conseil d'Etat).

91. Le Conseil opérera par ailleurs, pour confirmer l'avis de 1821, un parallèle intéressant entre l'acte donnant sa solution au conflit d'attribution et la mise en jugements des fonctionnaires. Ce dernier acte est également un acte de pure administration. Il s'agit pour l'autorité administrative d'autoriser ou de refuser le jugement d'un agent de l'administration. Pour autant, comme l'indique l'avis, il est rendu dans les formes juridictionnelles. Il s'agit d'une catégorie d'actes que l'on peut désigner par l'expression d'actes d'administration de la justice. En définitive, il s'agit d'un acte de gouvernement juridictionnel.

92. L'avis de 1821 répond également à un parallèle souvent fait entre les actes rendus sur conflit et les conflits de juges réglés par la Cour de cassation. Il s'agit de bien distinguer ces deux hypothèses. Leur point commun réside dans leur appartenance à la catégorie des actes d'administration de la justice mais ils divergent fondamentalement dans la mesure où les premiers résolvent des conflits au sein d'un même organe tandis que les autres ont trait à des conflits entre pouvoirs publics. La résolution des conflits d'attribution appelle donc en ce sens l'intervention du titulaire d'un pouvoir situé au dessus des organes entre lesquels il opère un départage. Le Roi est donc le titulaire naturel d'un tel pouvoir.

93. La question sera nécessairement plus compliquée sous un régime parlementaire puisque si la loi peut fixer les normes, la détermination de l'organe qui va les appliquer ne peut être que problématique. La nature du conflit empêche a priori, comme l'illustre l'argumentaire de cet avis de 1821, qu'un organe juridictionnel s'en charge. Pour autant, le pouvoir exécutif, chargé de l'application des lois, ne saurait intervenir sans être juge et partie. Le sort du conflit d'attribution est donc par nature une équation complexe pour un régime parlementaire visant à appliquer réellement la séparation des pouvoirs. Il est en revanche un compétence naturelle pour tout régime sous domination du pouvoir exécutif. La place du conflit positif dans un régime parlementaire dépendra donc de celle de l'exécutif. Le traitement du conflit, comme l'existence et le degré d'indépendance de la

juridiction administrative, est une concession faite au pouvoir exécutif par le parlementarisme, c'est un élément de l'équation constitutionnelle de chaque régime.

2) Le maintien des formes contentieuses pour le traitement du conflit d'attribution : la dualité du conflit d'attribution

94. La première conséquence de l'avis de 1821 aurait pu être l'abandon des formes contentieuses pour le conflit d'attribution. Il s'agissait en effet dans cet avis d'affirmer avec force la nature administrative du conflit.

95. Les avocats au Conseil ont protesté contre cet avis, souhaitant que le conflit soit encore traité dans les formes contentieuses afin de garantir l'intérêt des parties qui, selon eux, ne sont pas indifférentes au juge officiant sur leur affaire. Usant de tous les arguments, ils ont d'abord fait valoir le parallélisme des formes. Ils soutinrent que l'avis de 1813 commandant le traitement du conflit par les voies contentieuses ayant été approuvé par l'Empereur, il ne pouvait être remis en cause sans l'approbation du Roi. Selon eux, le sort du conflit d'attribution appelait donc l'intervention d'une ordonnance royale. Ainsi, une ordonnance royale du 12 décembre 1821 fixa des délais aux préfets pour transmettre leurs arrêtés d'élévation du conflit à l'administration centrale et encadra la possibilité pour les parties de faire des observations, restant entendu qu'à défaut de celles-ci le traitement du conflit pourraient se poursuivre et ce sans ouvrir un droit à faire opposition. Les parties obtinrent donc certaines garanties mais ils restèrent relatif à des éléments secondaires de la procédure. L'argument invoqué pour inclure les observations des parties, à défaut de leur reconnaître un droit fondé sur l'existence d'un procès, était celui de l'information de l'autorité en charge de résoudre le conflit, les observations de ces dernières l'éclairant sur l'affaire.

96. Par ailleurs, l'ordonnance de 1821 ajouta certaines avancées dans la réglementation du conflit issues de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ce dernier a en effet, à travers le travail de la commission du contentieux, oeuvré à limiter au maximum l'extension du pouvoir administratif hors de ses bornes naturelles. Il protégea ainsi par exemple la compétence de l'autorité judiciaire en matière de propriété privée. C'est

Cormenin qui a contribué à faire reconnaître ses travaux dans son ouvrage de 1818, *Du Conseil d'Etat*, envisagé comme Conseil et comme juridiction. Depuis lors, chacun s'accorde à souligner l'importance de cette commission et son rôle primordial dans la construction des prémisses du droit administratif. Elle contribua quoi qu'il en soit à faire tempérer l'autoritarisme napoléonien, notamment parce que ce dernier était d'avantage dirigé vers l'organisation des pouvoirs publics que vers le règlement de cas particuliers.

97. En matière de conflits d'attribution, elle apporta une nouveauté significative. Selon Blanche en effet, « un assez grand nombre de magistrats siégeaient dans le conseil et dans le comité du contentieux en particulier, et que, quand il s'agissait du règlement des conflits, ils étaient écoutés avec une déférence qui fit mainte fois pencher la balance en faveur de l'autorité judiciaire³³ ». En effet, de nombreux magistrats participaient aux travaux du Conseil d'Etat³⁴. Cette composition est particulièrement intéressante puisqu'elle contribue en effet à expliquer celle d'un organe en charge des conflits composé de membres du conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Une sorte de Tribunal des conflits avant le Tribunal des conflits, ou, à tout le moins, de dialogue avec les membres de l'autorité judiciaire sous le contrôle du Conseil d'Etat.

98. Les débats relatifs au traitement du conflit par la commission du contentieux et aux formes qu'il exige permettent de souligner un point essentiel. Au-delà des modalités de traitement du conflit, il apparaît sans aucun doute qu'il s'agit d'une matière tout à fait distincte du contentieux administratif. Il s'agit d'une matière à part qui appelle des solutions originales. Le tribunal des conflits sera bien sûr une de ces réponses mais le traitement du conflit dans les formes contentieuses est également une originalité pour un acte qualifié de haute administration.

³³ Alfred Blanche, préc., p. 507.

³⁴ Léon Aucoc, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel. Étude historique et bibliographique*, Paris, Imprimerie Nationale, 1876, p. 107 : par exemple Henrion de Pansey

99. Cormenin ne tarit pas d'éloges sur la commission dont il a largement contribué à faire connaître les travaux³⁵. D'une manière générale³⁶, mais aussi relativement aux confits d'attribution. Il explique ainsi que la commission « établit comme fondement de sa jurisprudence et garda avec une scrupuleuse sévérité cette règle que toutes les questions de propriété appartiennent essentiellement aux tribunaux : règle universelle, dont les exceptions ne peuvent être déterminées que par des lois³⁷ ». Sur le fond, il indique que la commission « restitua à ces mêmes tribunaux les questions relatives à l'interprétation, à la validité et à l'exécution des baux même administratifs. Elle contraignit, en matière de domaines nationaux (finalement traités par la commission??), les conseils de préfecture à ne puiser les motifs de leur décision que dans les actes qui avaient préparé et consommé la vente (par opposition à quels actes??). Elle réprima les entreprises des conseils de préfecture sur les tribunaux, des préfets et des ministres sur les conseils de préfecture. Elle abrégua les voies de l'instruction, en séparant ce qui est administratif de ce qui est contentieux³⁸ » ou encore que « les conflits entre l'administration et les tribunaux, qui trop souvent suspendaient la distribution de la justice furent également mieux réglés et par conséquent devinrent moins nombreux³⁹ ». Il explique encore que le contentieux administratif est, de façon générale, mieux organisé grâce à des distinctions sur le fond du droit⁴⁰.

³⁵ Louis-Marie de Lahaye de Cormenin, *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Pillet, 1818, p. 37.

³⁶ Ibid., p. 37 : « J'éprouve véritablement le besoin de faire connaître les obstacles qu'elle a surmontés et les améliorations qu'elle a introduites dans la distribution de la justice administrative ». Ou encore : « L'institution de la commission du contentieux fut un bienfait public. Les citoyens se rassurèrent, des avocats probes et éclairés défendirent leurs intérêts, les bureaux perdirent leur influence, et la Commission se développa et s'affermir dans sa marche ». On note ici que Cormenin reprend l'idée énoncée par Martineau de l'accroissement de l'influence du Conseil d'Etat par rapport à celle des ministres.

³⁷ Ibid. p. 37

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid. : « C'est ainsi que, par degrés, il se forma un corps de jurisprudence assez complet et que toutes les matières du contentieux administratif commencèrent à être gouvernées par des principes à peu près aussi réguliers que ces sortes de matières, si variables de leur nature, et essentiellement subordonnées au système général de l'administration, peuvent le comporter ».

100. D'autres soulignent l'importance du rôle de la commission, pour le contentieux administratif en général⁴¹ et pour les conflits en particulier. Sur les conflits, Pasquier explique ainsi que « ce qui a surtout signalé l'existence des maîtres des requêtes, c'est le redressement des habitudes si abusives qu'avait prises l'autorité administrative d'empiéter sur la juridiction des tribunaux, en étendant celle des conseils de préfecture. MM. les préfets soutenaient d'autant plus ces conseils, qu'ils se montraient soumis à la volonté de leur chef⁴² » et que « le comité du contentieux mit fin à ce désordre et parvint, en fort peu de temps, à établir une bonne jurisprudence sur la limite qui devait séparer l'action des pouvoirs administratifs et judiciaire. Les ministres eux-mêmes ne furent pas à couvert des avis de ce comité, confirmés par le Conseil⁴³ ».

101. La commission a donc joué un rôle essentiel dans le règlement des conflits. La juridictionnalisation a permis la rationalisation, l'élaboration de critères. Elle a aussi entraîné une réflexion sur la nature du conflit. On voit donc deux distinctions successives. Celle entre l'administration active et le contentieux administratif et celle entre la première et le conflit. On remarque aussi le lien très fort entre fond et forme. La forme du traitement entraîne des modifications de fond. Indépendamment de toute interrogation sur la nature.

102. Cependant, la nécessité d'encadrer le traitement du conflit d'attribution va devenir de plus en plus pressante. En effet, le gouvernement va tenter, en 1827, d'utiliser le conflit à des fins purement politiques en profitant de la faiblesse de sa réglementation. Décrié, le conflit devra se reformer pour perdurer.

⁴¹ Pasquier, *Mémoires*, (cité par *Le Conseil d'Etat ...* p. 141), 7 ed Paris 1914 t 1 p 261 : « (Le) Recours au Conseil devint une affaire encore plus sérieuse pour les Ministres comme pour les administrateurs, lorsqu'il fut ouvert à tous les particuliers par la voie du comité du contentieux, et cela indépendamment des renvois accoutumés qui émanaient du cabinet de l'Empereur ». Ou encore ; « Comme il se trouva composé, sous la présidence du grand-juge, des maîtres des requêtes dont il avait motivé la création, ceux-ci, ayant à faire leurs preuves, durent entrer avec zèle dans l'accomplissement des devoirs qui leur étaient imposés. Ils furent, en général, d'une consciencieuse, d'une rigoureuse équité, et, outre le redressement de beaucoup d'écarts dans la marche de l'administration, on leur dut un assez bon nombre de décisions dont les particuliers recueillirent le bénéfice et qui ont rendu les administrateurs infiniment plus attentifs sur la légalité de leurs actes ».

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

103. Conclusion de la section. Idée principale : cette période permet d'associer réglementation du conflit et juridictionnalisation. Les progrès de réglementation du conflit passent avant tout par sa juridictionnalisation, son traitement dans les formes juridictionnelles. L'idée naît sous l'Empire, ce qui lui donne une force incontestable. Si même sous l'Empire et l'arbitraire qu'il suppose, l'amélioration du conflit passe par la juridictionnalisation, ce sera a fortiori le cas dans les régimes plus libéraux.

Paragraphe 2. La juridictionnalisation des conflits suite à la crise de 1827-1828

104. La crise de 1827-1828 est un catalyseur pour la réglementation du conflit, c'est-à-dire sa juridictionnalisation. Il faut cependant remarquer que sa cause est paradoxalement étrangère à l'usage normal du conflit et même à ses abus « classiques » (Sous paragraphe 1). Elle conduit à un encadrement du conflit qui confirme le mouvement de juridictionnalisation mais qui marque aussi la spécificité du traitement des conflits. De toutes les réformes que connaissent à l'époque les compétences du Conseil d'état, celle des conflits est la plus significative (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1. Une crise étrangère à l'usage normal du conflit

105. Les conflits sont réformés par l'ordonnance de 1828. Les origines de cette ordonnance se trouvent dans la crise relatives aux élections de 1827 mais pas seulement. Le conflit est en effet une part importante de l'activité du Conseil d'état au titre de son activité contentieuse - bien que cette qualification doivent être entendue très largement pour y intégrer les conflits. Les critiques qui pèsent sur le Conseil d'Etat et la justice administrative pèsent donc aussi, et parfois même en premier lieu, sur le conflit d'attribution. Le conflit est donc partie à un processus de rationalisation de la justice administrative engagé pour répondre aux vives critiques formulées à son égard. Ce mouvement de réglementation s'accompagne d'un mouvement jurisprudentiel, conséquent mais pas convaincant. En définitive, l'ordonnance sur les conflits constituera sans aucun doute la réforme la plus significative de la période de la Restauration, suivie quelques années plus tard par les ordonnances de 1831.

106. La crise de 1828 intervient dans un contexte générale de limitation de l'arbitraire qui vise à réglementer la justice administrative et le conflit d'attribution (Sous Paragraphe 1). La crise électorale va ainsi révéler des abus qui, s'ils étaient acceptés dans les faits, restaient la source de vives critiques allant au-delà des causes de la crise elle même (Sous paragraphe 2).

1) Un mouvement général de limitation de l'arbitraire : 1815-1830

107. Durant la période 1815-1830 la justice administrative est constamment menacée car jugée trop liée à l'Empire. L'étude de la période 1815-1830 permet de comprendre le contexte de l'ordonnance de 1828 et de faire le lien avec les réformes de 1830 de la juridiction administrative. L'ordonnance relative aux conflits d'attribution et celles relatives à la justice administrative correspondent en effet à la même idée. Il s'agit de réformer le Conseil d'Etat qui est la cible de très vives contestations. Il est jugé trop proche du pouvoir et pas assez conforme aux idées libérales du régime qui commencent à prendre de l'ampleur.

108. Le conflit est sous l'influence de ces évolutions et cela se traduit par sa juridictionnalisation, directe ou indirecte. En effet, les conflits sont l'une des matières principales du travail du Conseil d'Etat au contentieux. Cormenin énumérait ainsi, en 1818, les « principales matières qui sont soumises actuellement au Conseil d'Etat⁴⁴ : « les marchés de fournitures et entreprises de travaux publics ; les conflits ; les matières de biens nationaux et d'émigration, de voirie, de biens communaux ; les mises en jugement ; les prises ; l'interprétation des lois⁴⁵ ». Peu de projets de loi sont soumis au Conseil d'Etat mais des conseillers d'Etat sont dans les commissions de préparation des grandes lois (code forestier, loi sur la pêche...). C'est donc son rôle administratif et contentieux qui lui confèrent un rôle important.

⁴⁴ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 269 citant Louis-Marie de Lahaye de Cormenin, *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Pillet, 1818, p. 178.

⁴⁵ L'interprétation des lois : étant précisé l'usage prudent, limité à l'espèce et la suppression en 1828 de cette compétence.

109. Le Conseil d'Etat est toutefois affaibli par sa dispersion auprès des ministres et l'affaiblissement symétrique du rôle de l'Assemblée générale. « Aujourd'hui, les ministres se bornent à consulter les comités attachés à leurs départements respectifs, et les ordonnances qui résultent de ces délibérations portent la formule usurpée : le Conseil d'Etat entendu. Ce mode de procéder est vicieux, déraisonnable ; il dénature le Conseil d'Etat, le rabaisse et le fait déchoir et dévier de sa destination » disait ainsi Méchin, en 1827⁴⁶.

110. Par conséquent, ceux qui entendent redonner une place importante au Conseil d'Etat prônent une extension du rôle de l'Assemblée générale pour éviter la dispersion en comités qui n'ont que très peu de poids face aux ministres. Pasquier disait déjà ainsi, en 1817 dans son Rapport au Roi : « C'est beaucoup de s'assurer que dès qu'un projet de loi sera présenté, dès qu'une ordonnance importante sera publiée, soixante hommes au moins, tous considérables par leur existence ou par leurs lumières, emploieront toute leur influence pour les soutenir, les faire comprendre, approuver, et au besoin les défendre⁴⁷ ». Ces propos en faveur du renforcement des compétences d'une assemblée générale méritent d'être soulignés car ils correspondent tout à fait à l'esprit de l'institution, au point qu'elle pourrait être appliquée au Conseil d'Etat actuel et à sa place dans la Vème République. L'ordonnance du 5 novembre 1828 posa que seraient traitées en assemblée générale de nombreuses affaires jusqu'alors traitées en comité. Ce qui fut mal perçu par les ministres, affaiblis par cette nouvelle organisation.

111. Son rôle contentieux est en revanche considéré comme particulièrement étendu. « Les attributions du Conseil d'état étaient déjà si étendues en 1828, qu'un député (...) pouvait dire que toute la fortune privée de la France était entre les mains de ce grand corps, à la fois administratif et judiciaire. Après avoir parlé des contributions, des bois, des mines, des carrières, des chemins (...) avez-vous quelque juste plainte à former contre le

⁴⁶ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, réc., p. 270, Méchin devant la chambre, 1827 ; Arch. Parl. Seconde Restauration, Ch. dép. 15 mai 1827, p. 38.

⁴⁷ Arch. Nat. BB30, 729

curé de votre village (...) c'est encore le Conseil d'Etat qui est compétent en vertu de la loi du 18 germinal an X ⁴⁸».

112. La jurisprudence est considérée comme libérale dans la mesure où elle s'efforce de continuer l'oeuvre de rationalisation, d'organisation des règles de soumission de l'administration au droit mais elle reste timide et très protectrice de l'administration. Laferrière explique ainsi que « la jurisprudence de cette époque révèle beaucoup de timidité. (...). C'est à elle qu'on doit les seules applications qui ont été jamais faites de l'article 49 du décret du 22 juillet 1806, qui menace d'amende et de suspension les avocats qui introduisent des pourvois téméraires, « notamment s'ils présentent comme contentieuses des affaires qui ne le sont pas. Plusieurs arrêts de 1822 et 1825 » prononcent en effet cette condamnation ⁴⁹ ».

113. Sur les conflits : cité par CNRS p 274, Laferrière, Des Tribunaux administratifs, Revue française, 1828, pp. 113-114 : « les traces de l'envahissement primitif (de l'administration sur les tribunaux) se rencontrent encore à chaque pas; et dans le nombre de règles qu'elle (la jurisprudence du Conseil) a posées, il n'en est aucune qui ne souffre de nombreuses et fâcheuses exceptions ».

114. Le contentieux administratif ne fait pas de progrès notables entre 1815 et 1830. Cependant, les critiques vont entraîner l'apparition de règles qui seront importantes pour les progrès ultérieurs : création de l'Ordre des avocats au Conseil, respect scrupuleux de règles de procédure, recueil des arrêts.

115. La réglementation des conflits se situe donc dans ce mouvement mais elle constitue un progrès bien plus significatif que les évolutions de cette époque. Il faut dire que l'abus des conflits fut le plus grand reproche fait au Conseil d'Etat par les libéraux. « Le nombre des conflits qui n'avait pas excédé quarante en moyenne dans les premières

⁴⁸ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, réc., p. 270

⁴⁹ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 274 cite Laferrière, Traité tome 1.

années de la Restauration, dépassa la centaine pour l'année 1827 et les premiers mois de l'année 1828⁵⁰ ».

116. Dupin aîné déclare à l'époque que « au Conseil d'Etat, tout est précaire : la procédure elle-même, les délais, les nullités, les déchéances, les amendes ; tout cela devrait être réglé pas des lois fixes, et tout cela ne repose que sur des ordonnances mutables à volonté⁵¹ » ou encore que « rien n'égale le désespoir des plaideurs quand on leur annonce qu'ils seront jugés par le Conseil d'Etat. (...) L'opinion communément répandue (...) est défavorable à la juridiction administrative⁵² ». Il insiste avant tout sur l'absence de publicité des débats. « La partie ne voit point son juge sur le tribunal; le juge n'entend point la partie : trop heureux s'il a daigné lire son mémoire⁵³ ».

117. Déjà à l'époque, Cormenin suggère⁵⁴ de confier à un tribunal supérieur, indépendant du Conseil d'Etat mais présidé par le Ministre de la justice, le contentieux administratif. Il envisage cette solution pour sauvegarder l'existence de la justice administrative, mise en cause à l'époque. Proposition est même faite en 1830 de passer au système de la justice administrative déléguée. Le Conseil d'Etat connaît donc une transition difficile depuis la période impériale. On peut cependant mentionner Hély d'Oissel qui soutient la compétence du conseil d'Etat⁵⁵.

⁵⁰ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 281.

⁵¹ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 291-292, Dupin aîné, sur les critiques adressées au Conseil d'Etat

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Louis-Marie de Lahaye de Cormenin, *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, préc., p. 132-134.

⁵⁵ Argumentaire du bien fondé de la compétence du conseil d'Etat pour chaque matière. voir si on peut y trouver des infos sur la pratique entre 1821 et 1828. ajouter M. Felix. Liste d'Hély d'Oissel citée par *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 295 : sur chaque attribution principale du Conseil d'Etat : arch parl ch dep. 26.6.1.1828, p. 369 : conflits d'attribution, garantie des fonctionnaires, appels comme d'abus, enregistrement des actes de la cour de Rome, vente des biens nationaux, litiges en matière de travaux publics, baux administratifs, prises maritimes. puis il défend l'utilité de la compétence du Conseil d'Etat pour le recours pour excès de pouvoir, même s'il ne s'appelle pas encore comme ça.

118. Ainsi, à l'issue de la Seconde Restauration et à la veille de la monarchie de juillet, le Conseil d'Etat est très critiqué, notamment pour la pratique des conflits. Ce qui choque c'est finalement l'arbitraire, l'absence de bornes définies. Finalement, la situation est assez paradoxale puisque le conflit est traité par la commission du contentieux mais les mauvaises pratiques de cette dernière vont le desservir. Il est utilisé trop largement, trop arbitrairement surtout et sans règles de fonctionnement suffisamment arrêtées. Peut-être d'ailleurs est-ce finalement là la critique principale adressée au Conseil d'Etat, qu'il s'agisse du conflit, du contentieux ou des matières d'administration pure. L'absence de procédures suffisamment claires et stables. C'est l'idée de l'extrait du texte de Dupin et elle semble juste. Ainsi, le conflit va se régler comme le contentieux administratif le fera à travers les ordonnances de 1830.

119. La situation des conflits d'attribution peu avant la crise de 1828 est donc relativement paradoxale. D'une part, on constate, sous l'influence de la commission du contentieux du Conseil d'Etat, un mouvement d'encadrement du conflit. Ce mouvement lui-même est paradoxal puisqu'il se nourrit peu à peu des garanties du contentieux administratif tandis que la nature administrative (non contentieuse) du conflit s'affirme parallèlement. D'autre part, le conflit reste toutefois peu réglementé dans la mesure où rien n'empêche le gouvernement d'en abuser. On peut donc dire que, dans son exercice normal, le conflit semble évoluer vers plus de garanties, mais que rien ne garantit son exercice normal.

120. La crise de 1828 révèle cette situation paradoxale. Le gouvernement, mis en difficulté, va se servir du conflit à des fins politiques. Il va, ce faisant, dénaturer la procédure du conflit. La réglementation du conflit d'attribution, par l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, ira au-delà des causes de la crise. Elle permettra d'une part d'éviter la nouvelle survenance d'une telle crise, et prolongera d'autre part le mouvement d'encadrement du conflit initié dès les premières interrogations autour des modalités de son traitement et de sa nature. Qui plus est, il semble que l'éparpillement des règles d'encadrement du conflit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat ait finalement empêché leur véritable application. En effet, Cormenin explique par exemple que : « chaque ministre peut, sans entendre les

parties, sans instruction préalable, sous la forme d'une simple lettre, quelque fois par délégation, en toutes matières et d'office, prendre des décisions devant lesquelles les juges doivent humblement s'incliner, jusqu'à ce qu'il ait plu au Conseil d'Etat d'en expliquer le sens et les effets⁵⁶ ». Pourtant, l'arrêté du 13 brumaire an X réservait déjà au seul préfet l'élévation du conflit. Il est cependant possible que Cormenin fasse ici référence à une simple lettre adressée au préfet. Quoiqu'il en soit, le tableau qu'il dépeint, à l'unisson avec les autres auteurs sur ce sujet, de l'abus des conflits d'attribution est en décalage avec la description qu'il fait ensuite de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière dont Cormenin dit lui-même qu'il s'agit « d'un véritable corps de doctrine⁵⁷ ». Il mentionne ainsi par exemple les interdictions des autorités autres que le préfet pour élever le conflit. Il mentionne également, et l'exemple est frappant, les conditions dans lesquelles un conflit peut être élevé même après que le jugement ne soit plus susceptible d'être attaqué par les parties. Il faut en ce cas que le jugement n'ait prononcé que sur la question de compétence et qu'il n'y ait pas encore eu de jugement définitif. Ces conditions, posées par l'ordonnance du 21 août 1816 et des décisions s'y rattachant (1^{er} septembre 1819 ; 23 avril 1823 et autres⁵⁸), tranchent nettement avec les présentations faisant du conflit un outil complètement arbitraire, faisant renaître des affaires sans conditions. Le conflit était donc réglementé. Sans doute pas suffisamment et sans doute sans que cette réglementation soit respectée. On ne peut cependant le présenter comme une procédure totalement chaotique.

121. Quoiqu'il en soit de ce mouvement balbutiant d'encadrement des conflits, ces derniers étaient tout de même très mal perçus par l'opinion publique. Même dans son exercice « normal », le conflit était perçu comme une procédure brutale. Le discrédit qui frappait ainsi le conflit avait d'ailleurs tendance à s'étendre à toute la justice administrative. Le célèbre article de De Broglie de mars 1828 et l'ouvrage de Bavoux de la

⁵⁶ A.-H. Taillandier, « Rapport de M. de Cormenin, lu dans la première séance de la Commission des conflits », *Commentaire sur l'ordonnance des conflits (1^{er} juin 1828)*, Paris, J. L. J Brière, 1829, p. 59.

⁵⁷ A.-H. Taillandier, « Rapport de M. de Cormenin, lu dans la première séance de la Commission des conflits », *Commentaire sur l'ordonnance des conflits (1^{er} juin 1828)*, Paris, J. L. J Brière, 1829, p. 39.

⁵⁸ Ibid. p. 42

même année prônaient ainsi par exemple tous deux la suppression de la justice administrative.

122. Le conflit servait très souvent à dessaisir les tribunaux pour protéger les fonctionnaires. Il en était aussi fait usage en matière d'élections. C'est d'ailleurs en cette manière qu'éclata la crise de 1828, dans un contexte déjà très hostile au conflit. Le conflit d'attribution est en effet un des aspects les plus critiqués du système de la justice administrative, auquel il est rattaché.

123. En 1827, le roi Charles X dissout la Chambre et provoque ainsi de nouvelles élections, qui se tiennent au mois de novembre de cette même année. Pour la tenue de ces élections, des listes d'électeurs doivent être établies par les préfets. Ces derniers vont constituer des listes permettant d'établir des collèges électoraux favorables au gouvernement. Comme le rapporte Grégoire Bigot, une circonstance particulière intervient au moment de ces élections. En application d'une loi du 29 juin 1820, un grand nombre de veuves délèguent à leurs gendres leur imposition pour leur permettre de voter. Une question juridique se pose alors sur la légalité de cette délégation en présence d'un fils ou d'un petit-fils mineur. Les préfets, ayant à cœur d'éviter les nouvelles inscriptions sur les listes électorales, ignorent ces demandes. Celles-ci se trouvent donc portées devant les cours d'appel, rendues compétentes par une loi du 5 février 1817 sur les contestations qui s'élèvent sur les droits civils et politiques des citoyens relativement aux élections. Les juges acceptent cette délégation et commandent l'inscription de ces nouveaux électeurs sur les listes, allant ainsi à l'encontre du refus des préfets. Ces derniers élèvent le conflit dans chacune de ces affaires. Grégoire Bigot rapporte ainsi que : « le Conseil d'Etat annule dans des proportions inquiétantes les arrêts des cours royaumes pour un motif difficile à admettre⁵⁹ » et cite un arrêt du Conseil d'Etat du 14 novembre 1827 : « considérant qu'il ne s'agit pas, dans l'espèce, de difficultés relatives à la jouissance des droits civils et politiques (...) ; qu'il s'agit de l'admissibilité d'une délégation de contributions par une

⁵⁹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999, p. 191

belle-mère à son gendre : ce qui constitue une difficulté concernant les contributions en matière électorale⁶⁰ ».

124. Le raisonnement peut être perçu comme abusif. Cependant, d'un point de vue juridique, il semble néanmoins se tenir. Ce qui choque en réalité c'est à quel point il sert les intérêts du gouvernement. Le raisonnement n'est pas intrinsèquement faux, il échoue cependant à masquer les intentions politiques qu'il vise à satisfaire. L'année 1827 connaît ainsi, à cause de cette lutte en matière électorale, une forte augmentation du nombre de conflits.

125. Les cours royales ne se plient pas aux décisions du Conseil d'Etat. Elles vont jusqu'à ignorer l'élévation du conflit par le préfet, jugeant ainsi de l'affaire et refusant de surseoir à statuer. Cette situation exceptionnelle n'est pas sans rappeler celles qui survenaient fréquemment sous l'Ancien régime entre le pouvoir royal et les Parlements. Les révolutionnaires ont organisé l'ordre juridique français précisément pour éviter ce genre de rivalité entre deux organes menaçant l'unité de l'Etat. Face à cette menace et sous la pression de l'opinion publique, le Gouvernement entreprend de réformer la procédure de conflits.

126. On ne peut que constater que le contexte politique ayant entraîné la crise de 1828 est issu d'une véritable dénaturation du conflit. Il a été utilisé à des fins totalement étrangère à la protection de l'administration face à l'autorité judiciaire. Il ne s'agissait en aucun cas d'une matière dans laquelle l'autorité judiciaire menaçait d'entraver la marche normale de l'administration. Il s'agissait d'influer sur le résultat des élections législatives afin que ces dernières soient favorables au gouvernement. Il n'y a donc pas de projet administratif, d'exigences de bon fonctionnement de l'administration qui viendrait justifier un usage du conflit, même abusif. Il s'agit purement et simplement d'un détournement du pouvoir d'élever le conflit. Ce n'était pas le cas dans la majorité des cas de conflit. Pour

⁶⁰ Ibid.

autant, cette crise purement politique va faire ressurgir les carences bien réelles existant dans la procédure du conflit.

2) La révélation des carences de l'encadrement de la procédure du conflit d'attribution

127. De nombreux griefs sont retenus contre les conflits. Tout d'abord, l'indétermination de la matière administrative. En effet, les lois sont nombreuses et interviennent dans des domaines très variés sans que se dégage une cohérence d'ensemble. Il n'existe par ailleurs aucune codification qui regrouperait les lois et la jurisprudence en matière de compétences de la juridiction administrative. Cette insécurité juridique est dénoncée à plusieurs reprises par Cormenin⁶¹. Ce dernier va même jusqu'à indiquer que « ni les administrateurs, ni les juges, ne connaissent bien précisément ni la nature, ni l'autorité, ni les effets, ni les limites⁶² » des règles servant de fondement aux conflits.

128. Ainsi, le Conseil d'Etat, soit parce qu'elles étaient liées à des matières fiscales, soit en raison de la présence d'un acte administratif, s'est prononcé sur des affaires relatives à des questions de titres ou de capacités par exemple, matières par nature étrangères à l'action administrative à proprement parler.

129. Par ailleurs, la justice administrative elle-même, que le conflit contribue à protéger, est mise en cause dans son fonctionnement. Elle est notamment critiquée car elle n'apporte pas de garanties suffisantes d'impartialité. Quels que puissent être les efforts de la jurisprudence sur le fond ou en matière procédurale, il n'en reste pas moins que, devant le juge administratif, l'administration se présente comme juge et partie.

130. Le conflit a également choqué lorsque bien souvent il faisait renaître dans l'ordre administratif des contestations depuis longtemps éteintes devant l'autorité judiciaire, méconnaissant ainsi totalement l'autorité de la chose jugée.

⁶¹ A.-H. Taillandier, « Rapport de M. de Cormenin, lu dans la première séance de la Commission des conflits », *Commentaire sur l'ordonnance des conflits (1^{er} juin 1828)*, Paris, J. L. J Brière, 1829, p. 60

⁶² A.-H. Taillandier, « Rapport de M. de Cormenin, lu dans la première séance de la Commission des conflits », *Commentaire sur l'ordonnance des conflits (1^{er} juin 1828)*, Paris, J. L. J Brière, 1829, p. 60

131. Les préfets étaient également au centre des critiques. Il s'agissait en effet d'administrateurs qui n'étaient spécialisés ni dans le contentieux administratif ni dans l'application des lois civiles. Pourtant, ils étaient bel et bien l'autorité qui déclenchait le conflit. Ainsi s'explique peut-être le décalage évoqué plus haut entre une jurisprudence du Conseil d'Etat progressant vers l'encadrement du conflit et une pratique plus brutale émanant des préfets ou des ministres au-dessus d'eux.

132. Ainsi, Cormenin peut-il dire à propos de la dégradation de l'image de la justice administrative et du conflit, avec son sens de la formule et en forçant un peu le trait, que « l'opinion alarmée s'est retirée peu à peu de l'administration (...) (et) s'est jetée sous la sauvegarde de la magistrature, et il semble aujourd'hui, plus que jamais, qu'élever le conflit, c'est briser les portes des tribunaux et arracher les citoyens d'un asile⁶³ ».

133. Cormenin souligne un autre point intéressant bien que discutable lorsqu'il explique que, emporté par ces contestations, le conflit aurait pu disparaître. Que l'abus de la procédure du conflit, au contraire de renforcer l'administration, l'a finalement affaiblie. Cette logique est discutable pour deux raisons. Tout d'abord, les abus de la procédure du conflit ont tout de même permis à l'administration d'étendre considérablement son champ d'intervention. D'autre part, encore une fois, les abus qui ont déclenché la crise de 1828 relèvent davantage d'une dénaturation du conflit que d'un abus de celui-ci. Pour autant, le texte de Cormenin doit être replacé dans le contexte dans lequel il a été écrit. Il s'agit bien d'un commentaire sur l'ordonnance réformant le conflit d'attribution. Il n'est donc pas étonnant d'y trouver des arguments au soutien de la nécessité de cette réforme.

134. Quoiqu'il en soit, le raisonnement soutenu par Cormenin est intéressant puisque il illustre une dynamique générale de la justice administrative. Il s'est toujours agit pour elle de conquérir sa place dans l'ordre juridique, au prix parfois de certains excès, puis, en quelque sorte, de sécuriser ses conquêtes en acceptant certaines limites et certaines garanties. En d'autres termes, le conflit doit être réformé parce qu'il doit être sauvé.

⁶³A.-H. Taillandier, « Rapport de M. de Cormenin, lu dans la première séance de la Commission des conflits », *Commentaire sur l'ordonnance des conflits (1^{er} juin 1828)*, Paris, J. L. J Brière, 1829, p. 62

Sous-paragraphe 2. Une crise provoquant l'encadrement du conflit : l'ordonnance de 1828

135. Les mesures d'encadrement du conflit d'attribution touchent à son champ et à sa procédure (1). Ces mesures vont par ailleurs contribuer à relancer les débats sur le traitement du conflit d'attribution et laissent largement en suspend certaines questions relatives au conflit (2).

1) Encadrement du champ et de la procédure du conflit d'attribution

136. Une commission de dix membres fut instituée en janvier 1828. Son président était Henrion de Pansey et son rapporteur Cormenin. Elle était par ailleurs composée de hauts magistrats. Ses principales mesures furent l'interdiction d'élever le conflit pour toute autre autorité que le préfet, l'interdiction d'élever le conflit après un jugement rendu en dernier ressort, l'interdiction d'élever le conflit en matière criminelle, la limitation de l'élévation du conflit en matière correctionnelle, l'instauration du déclinatoire de compétences et l'instauration de délais au sein de la procédure. Cette ordonnance est restée en vigueur jusqu'à la réforme du tribunal des conflits par la loi du 1er avril 2015. Elle comportait dix-sept articles.

a) La réglementation du champ d'application du conflit

137. Il faut commencer par signaler que toutes les mesures d'encadrement du conflit sont organiques ou procédurales. Aucune tentative n'est faite pour borner matériellement le conflit, tandis qu'il s'agissait d'une des préoccupations principales de l'époque. Il y a donc dans cette ordonnance une volonté de donner de véritables gages aux adversaires du conflit mais aussi une conscience de l'impossibilité de borner a priori la matière administrative. Le Conseil d'Etat, chargé des conflits, est donc laissé libre de cette détermination matérielle par l'ordonnance. Aucun mouvement législatif n'interviendra non plus à l'époque pour adopter des lois de compétence juridictionnelle.

138. Le premier article portait sur l'interdiction absolue de l'élévation du conflit en manière criminelle. Les termes en sont très clairs puisqu'il est décidé que le conflit « ne

sera jamais élevé en matière criminelle ». Cette restriction est toutefois de faible portée pour l'administration. Tel n'est en effet pas son champ d'intervention privilégié.

139. Le deuxième article porte sur l'élévation du conflit en matière correctionnelle et la limite à deux situations⁶⁴. Celui où la répression du délit ressort de la compétence de l'autorité administrative en raison d'une loi et celui où le sort du jugement dépend d'une question préjudicielle devant être posée à l'autorité administrative. Étant précisé que le conflit ne pourra dès lors porter que sur la question préjudicielle.

140. Le troisième article⁶⁵ exclut le conflit du défaut d'autorisation de poursuites contre les fonctionnaires et du défaut d'accomplissement des formalités administratives devant précéder les poursuites judiciaires. Cet article, en limitant le conflit quant aux poursuites contre les fonctionnaires procède à une avancée significative puisqu'il s'agissait d'une matière dans laquelle les abus étaient fréquents.

141. De même, l'article 4⁶⁶ indique de façon catégorique qu'aucun conflit ne pourra être élevé après des jugements rendus en dernier ressort. Il s'agit là encore d'une avancée fondamentale permettant de faire cesser une des pratiques les plus choquantes en matière de conflits d'attribution. Ces premiers articles concernent donc le champ du conflit positif. La suite de l'ordonnance est pour sa part relative à la procédure d'élévation du conflit.

b) Réglementation de la procédure d'élévation du conflit

⁶⁴ Article 2 : « Il ne pourra être élevé de conflit en matière de police correctionnelle que dans les deux cas suivants : 1° Lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative ; 2° Lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendrait à l'autorité administrative, en vertu d'une disposition législative. Dans ce dernier cas, le conflit ne pourra être élevé que sur la question préjudicielle ».

⁶⁵ Article 3 : « Ne donneront pas lieu au conflit, 1° le défaut d'autorisation, soit de la part du gouvernement, lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre ses agents, soit de la part du conseil de préfecture, lorsqu'il s'agira de contestations judiciaires dans lesquelles les communes ou les établissements publics seront parties; 2° le défaut d'accomplissement des formalités à remplir devant l'administration préalablement aux poursuites judiciaires ».

⁶⁶ Article 4 : « Hors le cas prévu ci-après par le dernier paragraphe de l'article VIII de la présente ordonnance, il ne pourra jamais être élevé de conflits après que des jugements rendus en dernier ressort ou acquiescés, ni après des arrêts définitifs. Néanmoins le conflit pourra être élevé en cause d'appel, s'il ne l'a pas été en première instance, ou s'il l'a été irrégulièrement après les délais prescrits par l'article VIII de la présente ordonnance ».

142. L'article 6⁶⁷ impose aux préfets une formalité préalable à l'édition d'un arrêté d'élévation du conflit. Il s'agit du déclinatoire de compétences. Ce dernier doit être transmis au procureur de la République sous la forme d'un mémoire devant contenir la disposition législative attribuant à l'administration la compétence pour connaître du litige. Le déclinatoire de compétences est une formalité particulièrement significative puisqu'il s'agit du meilleur exemple qui puisse être trouvé de la juridictionnalisation de l'action administrative. En effet, le déclinatoire se présente sous la forme d'un mémoire, c'est à dire sous la forme classique des actes de procédure émis par les parties au cours du procès.

143. En d'autres termes, elle impose aux préfets de se conformer aux formes judiciaires et d'agir, à ce stade, comme le ferait une partie. Le déclinatoire de compétences est également révélateur en ce qu'il implique la participation du procureur de la République. C'est à dire d'une institution à la frontière entre la justice et l'administration. Le procureur est certes un agent de l'administration sous la direction du ministre de la justice, mais il est cependant, en raison de sa situation au sein de la magistrature, par nature, plus indépendant qu'une autorité administrative comme le préfet.

144. En ce sens d'ailleurs, il est intéressant de souligner qu'à l'occasion de la réforme de 1828, la question s'est posée de savoir s'il ne fallait pas mettre entre les mains du procureur le pouvoir d'élever le conflit. Cette solution a été rejetée au motif que le procureur était, précisément, trop indépendant de l'administration. Le conflit devait en effet rester entre les mains d'un agent disposant d'une marge d'appréciation moins large. L'autre inconvénient qu'il fallait éviter était le risque de multiplication des cas de conflit. Apparaît clairement avec la question du rôle du procureur toute l'ambiguïté de la procédure du conflit positif. Une procédure devant entretenir une proximité avec le fonctionnement judiciaire mais devant également être sous la dépendance de l'administration. Ainsi, le préfet, autorité locale, agent déconcentré de l'Etat, ne pouvait-il être remplacé. Le procureur fait ensuite connaître la demande du préfet au tribunal. Le tribunal doit ensuite statuer sur le déclinatoire de compétences.

⁶⁷ citer l'article

145. L'article 7⁶⁸ donne cinq jours au procureur de la République pour transmettre au préfet ses propres conclusions et la décision du tribunal sur la compétence. L'article huit donne quinze jours au préfet pour élever le conflit si le déclinatoire a été rejeté. L'instauration de délais précis pour chaque stade de la procédure est aussi une avancée fondamentale.

146. L'arrêté d'élévation du conflit doit par ailleurs être motivé (article 9 de l'ordonnance⁶⁹) et le préfet doit transmettre son arrêté au tribunal (article 10⁷⁰). Il reviendra alors au procureur de la République de communiquer au tribunal l'élévation du conflit et de requérir le sursis de la procédure. Le procureur doit également prévenir les parties, qui ont quinze jours⁷¹ pour produire des observations. C'est encore le procureur qui informe le Garde des Sceaux de l'accomplissement des formalités et qui lui transmet ses observations et celles des parties⁷². Le ministre de la justice transmet ensuite ces éléments au Conseil d'Etat qui a trois mois pour statuer. Le procureur est donc le relais entre le préfet et le juge. Il est le lien entre l'administration et l'autorité judiciaire.

147. L'ordonnance de 1828 organise un système de dialogue entre le préfet, le procureur de la République, le juge judiciaire, les parties concernées, le ministre de la justice et le Conseil d'Etat. Les deux apports principaux de cette ordonnance sont la réduction du champ du conflit et l'apport de garanties à l'autorité judiciaire, à travers un formalisme très détaillé et des délais clairement fixés. L'objectif de l'ordonnance de 1828 est la rationalisation du conflit d'attribution. Cette rationalisation passe par sa juridictionnalisation. Ce phénomène de juridictionnalisation touche désormais l'élévation du conflit autant que sa solution. Le conflit s'est donc naturellement adapté à son objet, c'est-à-dire à l'intervention au cœur d'une procédure judiciaire. L'encadrement du conflit ne pouvait ainsi qu'aller dans le sens d'un rapprochement avec les formes judiciaires.

⁶⁸ Citer article

⁶⁹ citer l'article

⁷⁰ citer l'article

⁷¹ délai posé par l'ordonnance?

⁷² règles posées par l'ordonnance? citer.

148. Par ailleurs, l'ordonnance de 1828 marque aussi une forme de « codification », de publicité à la réglementation du conflit qui était jusque là soit inexistante, soit éparse, peu connue et peu respectée. Elle est donc un gage d'effectivité de la réglementation des conflits.

149. L'ordonnance de 1828 a été complétée par deux circulaires, du 5 juillet et du 30 août 1828, qui montrent bien l'esprit dans lequel l'administration entend exercer le conflit à la suite de l'ordonnance. La circulaire du 30 août indique que : « l'administration (...) ayant pour unique but de redresser des erreurs, [doit se mettre] avec soin à l'abri du reproche d'en commettre elle-même et d'entraver la marche des tribunaux » et que « il ne pourra jamais être élevé de conflit après des jugements en dernier ressort, ni après des arrêts définitifs⁷³ ». L'administration entend donner des gages d'une pratique raisonnable du conflit. Elle entend montrer qu'il n'est plus un outil d'arbitraire en faveur du pouvoir exécutif mais une simple procédure permettant de faire respecter les règles de la séparation des pouvoirs sans méconnaître les droits des justiciables.

2) Les questions non résolues par l'ordonnance

150. Au moment de l'ordonnance de 1828, la question s'est posée de savoir si la Cour de cassation ne devait pas être désignée comme l'organe en charge du conflit d'attribution. Là encore, cette hypothèse est très révélatrice du phénomène de juridictionnalisation des conflits d'attribution. En effet, si on a songé à les confier à la cour de cassation, c'est parce qu'elle paraissait naturellement apte à traiter ce qui semblait finalement relever d'un règlement de compétences par des critères juridiques.

151. Le débat a été tranché au regard de la différence qui existe entre le conflit d'attribution et le conflit de juridiction. Le conflit de juridiction est la situation dans laquelle deux juges appartenant à un même ordre juridictionnel connaissent un conflit de compétences. Le conflit d'attribution se caractérise par une opposition entre deux organes

⁷³ Cité par Bernard Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003, p. 77.

indépendants l'un de l'autre. Il ne s'agit donc pas d'un simple règlement de compétences qui aurait un caractère purement judiciaire mais bien d'une question ayant trait à la séparation des pouvoirs. Sont en effet en jeu les limites entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

152. Pour autant, le conflit, et l'ordonnance de 1828 en atteste, est censé être fondé sur une loi attributive de compétence. Trancher le conflit, c'est donc bel et bien appliquer la loi lorsqu'un désaccord survient à propos de celle-ci. Or, l'organe le plus naturel pour cette mission est bien le juge. C'est à un juge qu'il revient d'appliquer la loi à un litige. Deux visions s'opposent donc. Celle qui fait du conflit un litige sans réelles parties (ou seulement secondairement) et celle qui fait du conflit une procédure constitutionnelle, d'ordre public, touchant à la séparation des pouvoirs. Les deux visions sont exactes. Le traitement du conflit dépend donc de la volonté de faire primer l'une sur l'autre. En d'autres termes, le conflit peut être perçu soit comme un acte juridictionnel, soit comme un acte « de gouvernement ». La solution finalement retenue peut être comprise comme l'idée que le conflit est en définitive un acte de gouvernement juridictionnel. C'est-à-dire un acte de gouvernement pris dans les formes et dans la matière juridictionnelle. Une mesure gouvernementale - de haute administration - d'administration de la justice.

153. Par ailleurs, sur ce débat concernant la compétence de la cour de cassation pour connaître du conflit, Cuvier avance l'argument selon lequel : « le conflit est le moyen accordé au pouvoir amovible et responsable, pour se défendre contre les invasions du pouvoir inamovible et irresponsable.⁷⁴ » Ainsi, la compétence du ministre se justifierait-elle par la responsabilité de celui devant le pouvoir législatif tandis que la compétence de la Cour de cassation reviendrait à lui donner un pouvoir trop dangereux pour être détenu par un organe inamovible et irresponsable. Le conflit serait un outil d'équilibre entre les pouvoirs administratifs et judiciaire. Le raisonnement est un peu abusif au regard de l'histoire du conflit (puisque le conflit s'est toujours d'avantage présenté comme un outil

⁷⁴ A.-H. Taillandier, « Rapport de M. de Cormenin, lu dans la première séance de la Commission des conflits », *Commentaire sur l'ordonnance des conflits (1^{er} juin 1828)*, Paris, J. L. J Brière, 1829, p. 106-109. Cité par Bernard Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003, p. 77,

au service du pouvoir exécutif) mais reste rigoureux sur le plan théorique. Il n'est d'ailleurs pas sans rappeler la solution de la loi de 1790 qui confia le contentieux de l'administration à l'administration elle-même, sans doute en partie parce que l'Assemblée exerçait un contrôle sur cette dernière qu'elle n'exerçait pas sur l'autorité judiciaire, certes rabaisée mais néanmoins indépendante.

154. L'idée consistant à confier les conflits à la Cour de cassation est finalement écartée. Pour autant, sa simple évocation est déjà une prémisse de la création du Tribunal des conflits. Si la Cour de cassation est disqualifiée parce que partie au conflit – ce qui ne disqualifiera pas le ministre avant la réforme de 2015 -, l'idée d'un traitement du conflit par une juridiction est néanmoins réaffirmée, au moins en tant que possibilité et l'idée d'un traitement juridictionnel – c'est-à-dire dans les formes juridictionnelles du conflit – est entérinée. La disqualification de la cour de cassation doit être comprise comme allant de soi. Les discussions théoriques de l'époque conduisent à considérer sa compétence en matière de conflits d'attribution comme une possibilité à étudier. Cependant, le conflit est une matière administrative pour des motifs historiques et logiques. Il n'est tout simplement pas cohérent ou même imaginable de confier les conflits, outils de gouvernement, à l'autorité judiciaire qu'il a été imaginé pour surveiller.

155. La réforme de 1828 maintient entre les mains du Roi le pouvoir de trancher sur les conflits parce que le Roi est garant de la séparation des pouvoirs. Le conflit étant perçu comme une procédure de garantie de la séparation des pouvoirs, il apparaît comme le titulaire naturel de cette compétence. La question se posera donc naturellement dans des termes nouveaux à l'avènement de la République.

156. La volonté d'encadrement du conflit qui s'exprime ne conduit pas, à elle seule, à l'idée de création d'un nouvel organe. Cette idée va venir des changements institutionnels qui vont survenir après la Révolution de 1848. La naissance de cette idée en 1848 et les conditions de sa réalisation puis de sa réapparition en 1872 doivent donc à présent être étudiées.

157. En réalité, le problème de fond du conflit, c'est le fond, c'est le pouvoir que cela donne à l'organe qui les tranche à défaut d'un droit administratif établi par la législation. Sa réglementation est un pas important mais il ne sera jamais suffisant. La question que pose le conflit c'est celle de la détermination des bornes de la juridiction administrative, c'est donc celle de son existence même.

Section 2. Le contexte institutionnel ayant entraîné la création du Tribunal des conflits en 1848

158. La période ayant précédé la création du premier Tribunal des conflits révèle l'émergence de deux objectifs contradictoires. Il existe d'une part un mouvement d'encadrement de la justice administrative et des conflits qui, s'il a existé sous l'Empire, s'accroît considérablement sous les royautés successives. Le conflit est encadré parce qu'il est menacé. Comme la justice administrative, il doit prouver sa comptabilité avec les évolutions libérales des régimes qui se succèdent jusqu'à l'avènement, éphémère, de la République. Le Tribunal des conflits se situera donc dans cette mouvance ancienne de juridictionnalisation des conflits d'attribution, renforcée par le contexte politique et les bouleversements institutionnels de la Monarchie de Juillet (Paragraphe 1). Pour autant, lorsque survient la Révolution de 1848 et qu'est instaurée la République, la forme que prend le nouveau régime est radicalement nouvelle et inquiète certains constituants. Ils cherchent alors à pondérer certaines dispositions prises pour le nouveau régime. La transformation du Conseil d'Etat en organe politique laisse une place vacante dans l'organisation administrative et le passage de la justice retenue à la justice déléguée fait alors craindre des abus de la part d'une justice administrative risquant de devenir trop indépendante. Les inquiétudes d'hier visant la magistrature judiciaire ressurgissent envers le juge administratif au moment de lui donner son indépendance. Le Tribunal des conflits se trouve dès lors aussi pensé comme un organe susceptible de pondérer ces deux phénomènes. Il est donc construit comme un organe capable d'entretenir une proximité avec le pouvoir exécutif et l'administration active (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Avant 1848 : vers le développement des garanties juridictionnelles

159. Des garanties juridictionnelles se développent peu à peu et viennent encadrer le conflit d'attribution, directement ou indirectement. Elles sont dues à un contexte institutionnel très défavorable, voire menaçant, vis-à-vis de la justice administrative et du conflit (Sous Paragraphe 1). Face à ce contexte, la justice administrative évolue pour survivre. Cette situation amène des avancées matérielles du droit administratif et donc de la répartition des compétences entre les autorités judiciaire et administrative (Sous Paragraphe 2).

Sous paragraphe 1. Un contexte menaçant pour le conflit

160. En 1814 déjà, Louis XVIII avait hésité à supprimer le Conseil d'Etat. C'est notamment Henrion de Pansey qui permit que l'institution soit maintenue, arguant de la spécialisation du Conseil d'Etat et de l'efficacité en résultant pour la bonne marche de l'administration et de son contentieux. La période de la Restauration fut néanmoins mouvementée pour l'institution, il connut des épurations massives, des démissions et les auditeurs étaient par exemple considérés comme de « simples stagiaires⁷⁵ ». Il s'agissait en effet de remanier une institution utile mais ayant des liens historiques trop forts avec l'Empire. Sous le règne de Charles X, ce sont les milieux libéraux qui critiquent le Conseil d'Etat, le qualifiant de « créature ministérielle⁷⁶ ». La crise de 1828 renforce ce sentiment de dépendance à l'égard des ministres.

161. De même, le règne de Louis Philippe est marqué par une défiance envers l'institution. Son existence même est de nouveau menacée, et c'est cette fois De Broglie⁷⁷, l'adversaire d'hier, qui défend le Conseil d'Etat en invoquant de nouveau son efficacité, notamment dans la conduite des affaires de l'administration. Force est de constater qu'à

⁷⁵ Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002, p. 84

⁷⁶ Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002, p. 85

⁷⁷ Tandis qu'il était un des partisans de la suppression quelques années plus tôt.

chaque fois que ses opposants ont essayé de supprimer le Conseil d'Etat, ils se sont trouvés confrontés à la grande difficulté de s'en priver.

162. C'est à cette époque, en 1831, que De Broglie propose, en ce qui concerne le contentieux administratif, que la compétence soit maintenue au Conseil d'Etat à condition que des réformes soient opérées. On note ainsi le parallèle entre la justice administrative et le conflit d'attribution. Tous deux furent l'objet de vives critiques à cette période mais furent maintenus à la condition d'être réformés. Le conflit a déjà été réglé et limité sous le régime précédent par l'ordonnance du 1er Juin 1828 et la justice administrative va connaître à son tour de profondes modifications sous l'effet des ordonnances de 1831. Les ordonnances de 1831, entre autres, introduisirent la possibilité pour les avocats des parties de faire des observations orales, imposèrent la publicité des audiences et créèrent un ministère public auprès de la justice administrative, représenté par un commissaire du Roi. Ces changements procéduraux ont naturellement affecté le conflit d'attribution. En témoigne parfaitement le fait que la première décision du Conseil rendue après une audience publique le fut à propos d'un conflit d'attribution.

163. Le Conseil d'Etat, menacé dans son existence s'est recentré sur le contentieux administratif et a entrepris de développer une jurisprudence d'encadrement de l'action administrative. Il s'écartait ainsi peu à peu de l'accusation de proximité trop grande avec les ministres et l'administration. Les commissaires du Roi se révélèrent très indépendant et développèrent un corpus jurisprudentiel en faveur de la soumission de l'administration au droit. C'est une époque très faste dans la construction du droit administratif.

164. De Broglie contribue largement au maintien du Conseil d'Etat en acceptant le ministère de l'Instruction publique et des cultes - poste de moindre importance qui n'est a priori pas à la hauteur de sa réputation - mais en demandant qu'y soit rattaché la Présidence du Conseil d'Etat, ce qui évite sa suppression et le transfert voulu par Dupont de l'Eure (vieux libéral très influent, ministre de la Justice) aux tribunaux judiciaires. Les

réformes de 1831 (deux ordonnances⁷⁸) et le travail des commissaires du gouvernement (issus de ces réformes) de soumission de l'action administrative à la légalité vont permettre le maintien de la justice administrative. Elle doit donner des gages au régime libéral. Cela commence d'ailleurs par une épuration. Le conflit est directement affecté par cette période de défiance à l'égard de la justice administrative. Il est en effet envisagé de le remettre à l'autorité judiciaire, c'est-à-dire de le faire disparaître en tant que procédure de protection de l'administration.

165. De Broglie explique ses projets pour le Conseil d'Etat qu'il vient de sauver et qu'il est chargé de réformer en présidant la commission de réforme (« j'y étais de tout coeur⁷⁹ » dira-t-il de sa participation à cette commission) : « mais pour en venir à mes fins de tout cela (c'est-à-dire de son projet très ambitieux pour le Conseil d'Etat à l'image du Conseil privé en Angleterre, un Conseil d'Etat « oeil et bras de l'autorité suprême »), ou du moins pour en frayer la voie, il fallait avant tout déblayer le terrain; il fallait restituer à la justice ordinaire tout ce dont le Conseil d'Etat de l'Empire et celui de la Restauration l'avait dépouillé, coup sur coup et comme à l'envi, sous le vain prétexte de contentieux administratif; poser à nouveau sur cette matière les vrais principes, tels que je les avais expliqués moi-même quelques années auparavant, et faire pour la première fois de ces principes une application intelligente et sévère⁸⁰ ». Il poursuit ainsi : « Il me fallait, par là, réduire à son minimum toute occasion de conflits entre l'administration et la justice, et restituer le peu qui en pourrait subsister à l'arbitrage de la Cour de cassation (!). Il me fallait enfin rayer et biffer de nos institutions cet article 75 de la constitution de l'an VIII qui en est l'opprobre et la dérision, rendre à la justice son cours légitime à l'égard des fonctionnaires publics⁸¹ ».

⁷⁸ préciser

⁷⁹ De Broglie, *Souvenirs*, Paris 1886, t. IV, pp 96 et s., cité par *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 316-317.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ bid.

166. Le conflit est donc directement menacé. D'une part, de Broglie - personnage central du nouveau régime - entend établir un véritable corpus de règles de répartition des compétences facilement identifiables. D'autre part, il veut confier les possibilités de divergences restantes à la Cour de cassation. Son projet ne fut pas suivi mais le conflit allait devoir tendre vers l'établissement de ces règles.

167. Le projet de de Broglie n'est pas repris. Lui est préféré l'ajout de garanties juridictionnelles. C'est là le mouvement général de la période 1830-1845. Les réformes structurelles sont finalement rares, en revanche des garanties procédurales ou des avancées matérielles émergent et se développent. Cette situation est bien illustrée par les discussions sur la réforme du Conseil d'Etat. Elle est en débat pendant douze années où les projets de lois se succèdent sans jamais aboutir. La juridiction administrative n'est pas en danger mais elle n'est pas non plus parfaitement établie.

Sous-paragraphes 2. Une réaction face à ce contexte affectant le conflit d'attribution

168. La réaction de la justice administrative à ce climat d'hostilité est très efficace. Le Conseil d'Etat se recentre sur sa mission contentieuse et montre qu'il est capable de soumettre l'administration au droit. Le travail des commissaires du gouvernement est inédit et exemplaire et il l'a été sous l'effet de la seule volonté de ces derniers. L'institution avait en effet été créée pour donner un avocat à l'administration. Les occupants de ces fonctions ont transformé leur mission pour devenir de véritables des avocats de la loi, ou en tout cas d'un intérêt administratif supérieur à celui de la défense d'un acte administratif particulier - des avocats de l'intérêt général. C'est aussi le moment des premières heures du recours pour excès de pouvoir.

169. Sous la monarchie de Juillet en effet, le Conseil d'Etat est très peu utilisé en matière législative et de façon très réduite en matière administrative. Peu de lois d'intérêt national sont soumises au Conseil. Il est d'avantage sur les lois concernant des intérêts locaux car, selon Vivien, « les chambres, qui les votent en masse, ne leur accordent qu'une

attention très secondaire⁸² ». Vivien explique encore que « le (...) Conseil d'Etat n'était jamais consulté sur le projets d'initiative parlementaire, il ne l'était que très rarement sur ceux du Gouvernement, si rarement qu'on peut dire que cette partie de ses attributions était en quelque sorte tombée en désuétude⁸³ ».

170. En ce qui concerne les activités contentieuses du Conseil, elles se sont développées en raison notamment de ses attributions locales et du développement de l'action administrative dans certaines matières, en particulier les travaux publics. Les réformes procédurales ont peut-être également joué un rôle attractif pour les plaideurs. Cormenin s'étonne ainsi du changement lors de son retour au Conseil d'Etat, « dans ma jeunesse, se remémore-t-il, (...) nous ne nous occupions que des émigrés, des biens nationaux, des domaines engagés, de la dette publique et des déchéances à opposer aux créanciers de l'Etat ; aujourd'hui l'on ne parle plus que de travaux publics, de chemins de fer, de chemins vicinaux, de cours d'eau, de contributions directes et d'élections⁸⁴ ».

171. Le contentieux administratif ne connaît pas de modifications majeures, ni sur le fond, ni sur la procédure après les réformes de 1831. Cependant, une nouveauté qui deviendra une procédure essentielle du droit administratif est créée à cette époque, le recours pour excès de pouvoir. D'abord pensé comme une procédure purement administrative, il est néanmoins traité par le comité du contentieux, sous l'autorité du Roi, au titre de la loi des 7-14 octobre 1790.

172. C'est aussi l'époque de l'apparition des prédécesseurs des commissaires du gouvernement. Sont en effet créés par l'ordonnance du 12 mars 1831, des ministères publics devant le Conseil d'Etat qui ont pour mission de défendre les intérêts de l'administration. Leur rôle est sans ambiguïté lors de leur création, en témoigne ce qu'en dit Cormenin : « l'institution du ministère public est très secourable pour l'Etat dont les

⁸² *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1974, p. 343 citant Vivien

⁸³ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 345

⁸⁴ Cité par Aucoc, cité dans *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 356

commissaires sont spécialement chargés de faire ressortir et de soutenir l'intérêt »⁸⁵. Cependant qu'elle avait été conçue pour défendre l'administration, l'institution des commissaires du gouvernement se modifia dès son commencement. Les commissaires du gouvernement rendirent en effet leurs conclusions en toute indépendance. Dès 1832 peut-on ainsi relever une affaire en date du 9 janvier dans laquelle le ministère public conclue contre l'administration. L'idée de « commissaire de la loi » apparaît alors.

173. Les commissaires du gouvernement ne se comportent pas comme des avocats. Deux raisons les poussent à développer un sens de l'indépendance vis-à-vis de la position défendue par l'administration dans chaque affaire. L'administration n'est d'abord pas un défendeur comme les autres. Elle agit dans l'intérêt général et il ne serait tout simplement pas conforme à sa mission qu'on la défende sans prendre en compte cet intérêt général. C'est donc un motif structurel, lié à la mission de défense de l'administration elle-même. Si la défense d'un particulier exige d'insister sur les torts de la partie adverse et d'ignorer ou d'atténuer celles de son client, la défense de l'administration ne saurait logiquement s'aligner sur cette logique. Elle s'articule nécessairement autour d'une interprétation de la notion d'intérêt général. Ensuite, le contexte est sensible. Le Conseil d'Etat a été sauvé des menaces de disparition issues de longues années de sévères critiques à son encontre durant la seconde restauration. Par ailleurs, ses missions de conseil du législateur ou du gouvernement sont extrêmement réduites. Il se recentre donc sur le contentieux administratif. En développant une jurisprudence libérale car exigeante du point de vue du respect de la légalité, il assoit sa position dans le nouveau régime. Ainsi, les commissaires du gouvernement situe parfaitement la position du juge administratif. Un administrateur qui contrôle sévèrement les agissements de l'administration grâce à son extériorité vis-à-vis des décisions prises et soumises à son contrôle. Il est un juge parce qu'il est extérieur à l'action, parce qu'il intervient postérieurement aux faits, mais pas parce qu'il est impartial. L'impartialité est remplacée par l'intérêt général et il participe à son interprétation.

⁸⁵ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 354 citant Cormenin, *Droit administratif*, 1840, p. 59

Paragraphe 2. La nécessité d'un nouvel organe administratif

174. La création du Tribunal des conflits est permise par les différentes avancées de la justice administrative et de la justice des conflits au sein du Conseil d'Etat. Ces dernières ont montré qu'il n'était pas une procédure inextricablement liée à l'arbitraire administratif et qu'il pouvait, comme la justice administrative, être pratiqué dans le cadre de certaines garanties procédurales. Cela explique que l'idée d'un Tribunal composé de membres des deux ordres de juridiction puisse être envisageable. Cela n'explique pas comment est née l'idée.

175. La création du Tribunal des conflits se trouve au bout d'une chaîne de bouleversements institutionnels qui commence par les évolutions de la justice administrative sous la Monarchie de Juillet, se poursuit par l'avènement de la République et du légicentrisme, la volonté d'instaurer un monocalaméralisme et la pondération de ce dernier par un Conseil d'Etat plus politisé que jamais dans son histoire. Elle est d'abord due au changement de nature du Conseil d'Etat (Sous paragraphe 1) qu'il faut pondérer par la création d'un organe administratif. Cette nécessité de pondération est également forte à propos du passage à la justice administrative déléguée. Cette dernière réveille des craintes pour l'indépendance de l'administration qu'il reviendra au Tribunal des conflits d'apaiser (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1) La création du Tribunal des conflits engendrée par la mutation du Conseil d'Etat

176. La création du Tribunal des conflits est due à la mutation du Conseil d'Etat (1), qui a engendré la volonté de créer trois institutions nouvelles (2), le Tribunal des conflits, un juge administratif départemental et un Tribunal administratif supérieur.

1. La mutation du Conseil d'Etat

177. D'une part, le nouveau Conseil d'Etat, tel qu'il est envisagé, ne peut plus être chargé des conflits d'attribution, fonction considérée comme trop administrative pour cet

organe devenu politique. D'autre part, cette nature politique nouvelle doit être contrebalancée par l'apparition d'un nouvel organe administratif.

178. L'arrivée du monocaméralisme aura donc des conséquences inattendues sur le traitement du conflit d'attribution. La révolution de 1848 met fin à la Monarchie de Juillet et au règne du roi Louis Philippe. Elle s'inscrit dans le courant des révolutions libérales qui ont lieu en Europe cette année là. Il s'agit d'une révolution sociale, visant à renverser une monarchie parlementaire où le Roi nomme le Président du Conseil. Le gouvernement est dirigé par Guizot et ce dernier laisse peu de place à l'expression libre des divers courants politiques. Ces derniers sont pourtant nombreux. On trouve ainsi à l'époque les orléanistes, favorables à Louis Philippe, les bonapartistes, les légitimistes mais surtout, depuis les années 1830, les républicains, qui appellent de leurs vœux le retour de la République. La révolution est consécutive à une crise économique qui commence dès 1846 et qui va rendre difficilement supportable les restrictions apportées à l'expression des opinions politiques. L'épisode de la campagne des banquets est l'illustration la plus connue de cette situation.

179. Le gouvernement provisoire du 24 février 1848 est composé de républicains modérés et de démocrates. L'élection du Président de la République et des députés au suffrage universel révèle combien le nouveau régime se veut libéral, et combien l'Assemblée y tiendra un rôle fondamental. C'est ainsi qu'est décidé l'institution d'un monocaméralisme, afin d'établir un pouvoir législatif fort.

180. La Révolution de 1848 n'est pas une menace pour la justice administrative. En effet, une proposition consistant à confier le contentieux de l'administration aux juges judiciaires fut rejetée, presque à l'unanimité, par l'Assemblée nationale. Les efforts de la commission du contentieux et surtout des commissaires du gouvernement depuis les années 1830 en vue de renforcer la crédibilité de la justice administrative ont ainsi permis d'éviter qu'elle soit de nouveau menacée dans son existence même au moment du changement de régime. De même, la révolution de 1848 ne représente pas une menace pour l'existence du Conseil d'Etat à proprement parler. Il est considéré comme une institution pouvant être utile au nouvel équilibre constitutionnel mis en place. Pour cela, il

est cependant nécessaire de le façonner. Ce sera fait dans le texte constitutionnel lui-même⁸⁶. Le Conseil d'Etat est rattaché au pouvoir législatif.

181. Le Conseil d'Etat est pensé comme une institution pouvant prévenir les faiblesses du monocaméralisme. Ainsi Marrast explique t-il par exemple, dans son rapport de présentation du deuxième projet « qu'à côté de l'assemblée unique, la Constitution place un Conseil d'Etat choisi par elle, émanation de sa volonté (...). Ce corps, placé entre l'Assemblée qui fait la loi et le pouvoir qui l'exécute, tenant en premier par sa racine, en second par son contrôle sur l'Administration, aura naturellement une autorité qui tempèrera ce que l'assemblée unique pourrait avoir de trop hardi, ce que le gouvernement pourrait avoir d'arbitraire⁸⁷ ». Il devient ainsi, en quelque sorte, une deuxième chambre. L'avantage politique de cette solution étant aussi de contenter les partisans du monocaméralisme tout en ménageant les inquiétudes des tenants du bicaméralisme.

182. Il est également pensé comme un organe permettant de tempérer une opposition qui apparaissait comme potentiellement dangereuse entre le Président de la République et l'Assemblée Nationale. Il s'agissait de placer entre ces deux organes issues du suffrage universel, une institution perçue, selon les termes de Vivien, comme « un corps intermédiaire (dont il était opportun qu'il se plaçât entre ces deux pouvoirs, leur prêtât son appui, les éclairât de ses connaissances propres, allégeât leur responsabilité par concours, facilitât leurs relations mutuelles et tempérât ce que l'Assemblée unique pouvait avoir de trop hardi, ce que le gouvernement pouvait avoir de trop arbitraire⁸⁸ ».

183. Le Conseil d'Etat devient donc un organe politique, c'est-à-dire inséré de façon autonome dans le jeu institutionnel⁸⁹. Cette mutation était inattendue et illustre l'esprit de

⁸⁶ Constitution du 4 novembre 1848, chapitre 6, "Du Conseil d'Etat", articles 71 à 75.

⁸⁷ Cité par François Luchaire, *Naissance d'une constitution : 1848*, Paris, Fayard, 1998, chapitre 4, p. 145.

⁸⁸ Vivien, rapport sur la constitution, cité par Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869, 1^{ère} éd., tome I, p. 123.

⁸⁹ Le caractère politique peut être assimilé au caractère direct. Normalement le Conseil d'Etat se contente d'exercer une influence, c'est tout à fait le modèle de son intervention actuelle dans le système français : indirecte, invisible, non soumise à l'opinion publique.

renouveau qui souffle en 1848. Si des réformes du Conseil d'Etat et de la juridiction administrative ont souvent été évoquées, l'idée de transformer le Conseil d'Etat en organe politique est inédite. Cette situation très particulière s'illustre concrètement. Le Conseil d'Etat va dépendre fonctionnellement du pouvoir législatif. Son Président est le vice-Président de la République, élu par les députés. De la même façon, tous les membres du Conseil d'Etat sont élus par les députés et ne peuvent être révoqués que par ces derniers. Le Conseil d'Etat devient donc aussi un corps politique dans la mesure où il est soumis au jeu des partis politiques. Outre sa modification par la Constitution, un certain nombre de mesures viennent le modifier afin que la mutation s'exerce en douceur. Il connaît d'abord une épuration, le 12 mars 1848, où six conseillers et cinq maîtres des requêtes sont exclus et où, par exemple, Boulatignier passe de maître des requêtes à conseiller. Le nombre de conseillers en service ordinaire est réduit et le 18 avril, un décret supprime le service extraordinaire. Par un décret du 28 octobre 1848, précédant donc de quelques jours l'adoption de la Constitution, une commission de trente membres était constituée pour exercer les attributions du Conseil d'Etat, des membres élus par l'Assemblée.

184. Vivien a pu alors parler de l'établissement d' « un lien de confiance, presque de solidarité entre le Conseil d'Etat et l'Assemblée⁹⁰ » et il explique encore que « la Constitution (...) a voulu qu'il fût toujours pour l'Assemblée nationale un auxiliaire fidèle et sympathique⁹¹ ».

185. Ainsi rapproché du pouvoir législatif, il devenait moins certain que le Conseil d'Etat dusse être chargé du contentieux administratif et des conflits. Le but de cette réforme était en effet de vider le Conseil d'Etat de ses attributions liées à l'administration. Ainsi allait se poser la question de la création d'un nouvel organe. Elle devient en effet nécessaire pour que le nouveau rôle du Conseil d'Etat puisse exister. Ce bouleversement dans le rôle du Conseil d'Etat est donc un élément déclencheur fondamental pour la création du Tribunal des conflits. Il va aussi expliquer la perception de la place du Tribunal

⁹⁰ Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2003, p. 121

⁹¹ Vivien, *Rapport sur la loi du 3 mars 1849*, cité par *ibid.*

des conflits dans les institutions. Ce dernier est considéré comme un nouveau Conseil d'Etat. Il n'en a ni les attributions, ni l'influence mais il en a une des caractéristiques fondamentales : sa proximité avec l'administration.

2. La volonté de créer des institutions nouvelles et l'abandon de certaines

186. La commission de constitution de 1848 avait cependant pour projet de réformer la justice administrative et de renforcer son indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, ce qui est parfaitement logique dans le cadre du projet républicain de limitation du pouvoir exécutif. Elle décida donc de passer du système de la justice retenue au système de la justice déléguée. Il ne s'agit pas d'une rupture complète puisque le Conseil d'Etat a peu à peu acquis une certaine d'autonomie matérielle, sinon institutionnelle, vis à vis du pouvoir exécutif qui a pris la forme d'une jurisprudence libérale et d'une autonomie de fonctionnement. Dans le cadre de cette réforme, la commission avait prévu la création de trois institutions nouvelles. Elle souhaitait voir s'installer dans le chef-lieu de chaque département un tribunal administratif. Elle voulait également créer un tribunal administratif supérieur chargé de prononcer sur tout le contentieux de l'administration. Enfin, il s'agissait de créer un Tribunal des conflits chargé de résoudre les conflits d'attribution. . Il a ainsi été envisagé que les recours pour incompétence et excès de pouvoir contre les arrêts du tribunal administratif supérieur soient portés devant le Tribunal des conflits. Cette idée révèle à quel point le Tribunal des conflits pouvait être perçu comme un remplaçant du Conseil d'Etat comme garant ultime - non pas dans le fonctionnement quotidien comme le Conseil - de l'unité du système administratif nouveau.

187. L'idée de créer un tribunal administratif supérieur fut finalement abandonnée car jugée compliquée et inutile. Crémieux joua un rôle important dans l'abandon du projet. Il intervint en effet à l'Assemblée Nationale en s'inquiétant que l'on mette à côté du Conseil d'Etat un organe chargé d'une de ses attributions pourtant les plus importantes : « vous lui enlevez le contentieux de l'administration, et quand vous lui enlevez le contentieux de l'administration, non seulement vous êtes injustes envers le Conseil d'Etat actuel, mais en plaçant une seconde juridiction à côté de la juridiction qui existe, vous jetez le trouble dans

ce qui a existé jusque aujourd'hui⁹² ». Il s'agissait, en quelque sorte, pour les légistes de l'époque, de ne pas « punir » ou « pénaliser » outre mesure le Conseil d'Etat. Les interventions de Rouher et de Barthe⁹³ eurent également un rôle important dans l'abandon du projet. Ces derniers soulignèrent avec force le déséquilibre en faveur du pouvoir législatif que de constituerait un Conseil d'Etat dépourvu de tout lien avec l'administration. La solution est cependant paradoxale. Si l'on constate l'existence d'un Conseil d'Etat nouveau, rattaché à l'Assemblée, lui laisser le contentieux administratif peut comporter le risque que ce dernier s'en serve en défaveur du pouvoir exécutif. Pari a en définitive été pris qu'en lui laissant ce contentieux, le Conseil resterait de ce fait attaché à la protection de l'administration.

188. Il est apparu plus simple à la commission de constitution de renforcer les garanties dans le traitement du contentieux administratif par le comité du contentieux (comité ayant remplacé la commission du contentieux en 1814). Cette conception de la justice administrative se concrétisa dans la loi du 3 mars 1849 relative à la nouvelle organisation de la juridiction contentieuse supérieure.

189. La loi de 1849 constituait un compromis entre la volonté de créer un tribunal administratif supérieur et la volonté de maintenir le contentieux au sein du Conseil d'Etat. Fut ainsi créée une section unique composée de neuf conseillers d'Etat et dont les membres des autres sections étaient exclus. Entendu qu'afin d'assurer l'homogénéité de la jurisprudence, un roulement fut prévu au sein du Conseil d'Etat, entre les membres des différentes sections. L'unité du Conseil d'Etat était ainsi préservée, tout en isolant le contentieux administratif dans le système de la justice déléguée.

190. Contrairement aux deux autres projets, l'idée de créer le Tribunal des conflits a été maintenue. L'abandon de la création de tribunaux administratifs locaux tient sans doute à la volonté de centralisation de la juridiction administrative. L'abandon du projet de création d'un Tribunal administratif supérieur a sans doute emporté avec lui le projet

⁹² Crémieux, Ass. Nat. Séance du 13 octobre 1848, C.r. séances A.N., t IV p. 850

⁹³ *Le Conseil d'Etat. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc. p. 413.

relatifs aux tribunaux inférieurs. Le maintien de l'idée d'un nouvel organe pour les conflits tient à de nombreux facteurs. Il est d'ores et déjà possible d'en souligner un à ce stade. Le conflit apparaît comme une matière se prêtant bien à l'introduction de garanties. Il met en opposition deux parties et il est tentant pour les tenants de projets de réforme de tendre vers un équilibre, une parité entre ces deux parties. Cette « tentation paritaire » va à l'encontre de la nature même du conflit d'attribution et de l'organisation juridique française mais elle se retrouve dans toute l'histoire du conflit. Elle est une force qui permet des évolutions salutaires mais elle manque de la conscience de son incohérence structurelle.

Sous-paragraphe 2. Le passage à la justice déléguée et la nécessité d'un nouvel organe administratif

191. Outre la mutation du Conseil d'Etat, c'est la crainte vis-à-vis du passage à la justice déléguée qui va générer un Tribunal des conflits perçu avant tout comme un organe administratif, car essentiellement chargé de protéger l'administration. Les craintes très fortes vis-à-vis de la justice déléguée (1) entraînent la création de procédures nouvelles devant le Tribunal des conflits (2).

1. De très vives craintes vis-à-vis de la justice déléguée

192. Les débats sur le sort du Conseil d'Etat s'accompagnent de questions sur le passage de la justice retenue à la justice déléguée. Ces débats sont particulièrement significatifs pour l'étude du sort des conflits d'attribution. Ils font en effet ressortir une grande crainte, même chez les libéraux, vis-à-vis de l'instauration de la justice déléguée⁹⁴. Il faut impérativement citer les légistes de l'époque pour se faire une idée de l'intensité de telles craintes.

⁹⁴ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 415 : « l'examen du problème du contentieux administratif donna lieu à un ample débat qui mit en pleine lumière les appréhensions de beaucoup devant la substitution de la justice déléguée à la justice retenue ».

193. « Il n’y aurait pas de plus grand désordre, de plus grande oppression, il n’y aurait pas de confiscation plus complète (du droit des chambres), de l’autorité législative (que l’institution de la justice déléguée); car l’indépendance de l’administration, ce n’est pas dans son intérêt qu’elle est établie (...) ⁹⁵ ». Le Ministre de la Justice continue d’expliquer à quel point serait dangereux « un danger public ⁹⁶ » d’instaurer un tribunal administratif souverain complètement indépendant. L’idée est intéressante car elle prend à rebours les critiques habituellement adressées à la justice administrative. Il ne s’agit plus de pointer les dangers pour les justiciables à cause de la proximité en l’administration et son juge mais bien de pointer la nécessité d’une telle proximité pour éviter qu’un Tribunal administratif indépendant ne devienne une menace pour l’administration, donc pour l’Etat. Se retrouve ici l’idée du Grand Conseil (vérifier, source) créé par le Roi (date?) et qui fut supprimé car devenu trop indépendant. Les Parlements ont bien sûr constitué une manifestation flagrante de ce danger mais il s’agit là d’un phénomène particulier puisque se produisant au sein même de l’action administrative. C’est une autre facette du principe « juger l’administration, c’est encore administrer ». Il est évident qu’une telle crainte concernait également le conflit et même la concernait-elle a fortiori.

194. La justice déléguée apparaîtra dans un contexte où elle devra donner rapidement des gages de sa prudence - certains parleront même de timidité - dans l’usage de son indépendance nouvelle. Il en ira de même avec les conflits d’attribution. Le Tribunal des conflits ne pourra pas être un organe indépendant de l’administration. Il devra lui aussi apaiser les mêmes craintes. Ainsi s’expliquera aussi - bien sûr les deux procédures - mais aussi l’idée d’un Tribunal des conflits encore à la main des ministres, très administratif, correctif, pondération de la justice retenue. La procédure devant le Tribunal des conflits depuis le Conseil d’Etat est très révélatrice à cet égard.

2. Des procédures nouvelles

⁹⁵ *Le Conseil d’État. Son histoire à travers les documents d’époque. 1799-1974*, préc., p. 335.

⁹⁶ *Le Conseil d’État. Son histoire à travers les documents d’époque. 1799-1974*, préc., p. 336 : Ch Dép, séance 27 février 1845, Mon Uni. 1er mars 1845, p. 465.

195. Un mécanisme fut cependant prévu, donnant la possibilité au ministre d'exercer un recours devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat, contre les décisions de la section du contentieux. Un tel recours pouvait être exercé dans deux cas. Soit dans l'intérêt de la loi, soit en cas d'empiètement de la section du contentieux sur les attributions de l'administration active ou du gouvernement. Le recours dans l'intérêt de la loi ne permet pas à l'assemblée générale de revenir sur l'arrêt de la section du contentieux mais simplement d'indiquer, sans que cela ait d'effet sur les parties, que la solution est erronée. Il s'agit simplement du « redressement théorique d'une doctrine⁹⁷ ». Le second cas de recours devant l'assemblée générale permettait au ministre de revendiquer une affaire devant la section du contentieux et de recourir au Tribunal des conflits en cas de refus de la section de s'en dessaisir.

196. Ces deux recours sont particulièrement intéressants puisqu'ils montrent la conception que pouvait avoir le législateur de l'époque de l'intervention du ministre de la justice dans les affaires de la justice. Ce dernier est perçu comme un garant face aux potentiels abus des juridictions. Il est perçu comme un régulateur, placé au-dessus des juridictions. Il est envisagé dans sa mission consistant à s'assurer de la bonne exécution de la justice autant qu'il est perçu comme un membre du pouvoir exécutif. Il est ainsi tout désigné pour les missions dites de « haute administration ». Cette expression recouvre en effet l'idée de missions effectuées dans l'intérêt général de bonne marche des institutions et non pas comme relevant du pouvoir exécutif à proprement parler, c'est-à-dire comme défenseur des intérêts du gouvernement. L'idée est d'avantage celle d'une police des institutions. En ce sens, on retrouve souvent accolée à l'expression de « haute administration », celle de mission « d'ordre public ». Il s'agit en effet de la sauvegarde de l'ordre public institutionnel.

197. Pour Vivien, il s'agit d'un « recours indispensable et sans lequel la juridiction conférée çà cette section (à la section du contentieux) eut été pleine de péril...⁹⁸ ». Il ajoute

⁹⁷ Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887, 1^{ère} éd., vol. 1, p. 249.

⁹⁸ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 337.

ensuite pour justifier ce recours que « dans un gouvernement représentatif, sous le principe de responsabilité, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, le ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun⁹⁹. »

198. Il est très intéressant de constater que le passage à la justice déléguée réveille chez les législateurs de l'époque les mêmes craintes que celles des révolutionnaires lorsqu'ils édictèrent les lois de 1790 relatives au traitement du contentieux administratif. Alors même qu'il n'est question que de créer une commission au sein du Conseil d'Etat, alors même qu'a été abandonnée l'idée d'un tribunal administratif supérieur, les juristes de 1848 craignent pour l'indépendance de l'administration. C'est pourquoi la commission proposa de distinguer les conflits relatifs à la compétence du juge judiciaire et destinés à être traités par l'organe nouveau qui sera créé d'un côté, et les conflits impliquant la compétence du ministre plutôt que celle de la juridiction administrative, pour leur part destinés à être traités par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat. Bernard Pacteau¹⁰⁰ explique cependant qu'Odilon Barrot argumenta contre cette solution. Il semblait en effet trop contraire aux idées républicaines de l'époque qu'une institution puisse être juge de sa propre compétence. Une solution du conflit soulevé devant le juge administratif par le Président de la République avait même été envisagée puis abandonnée.

199. Ainsi, le contentieux de l'administration pouvait être laissé au Conseil d'Etat d'une part parce que la création d'un nouveau tribunal semblait être une source de confusion plus que d'amélioration, et d'autre part parce que des mesures pouvaient être prises afin que la solution adoptée n'entre pas en contradiction avec le passage au système de la justice déléguée. Il n'en allait pas de même du sort des conflits d'attribution. Ces derniers ne pouvaient continuer à être traités au sein du Conseil d'Etat.

⁹⁹ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 337.

¹⁰⁰ Bernard Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, préc., p. 137.

200. Passer au système de la justice déléguée enlevait au contentieux administratif son caractère de mission administrative. Le conflit d'attribution restait pour sa part une mission de haute administration. Il ne pouvait donc être traité par un organe vidé de ses attributions administratives afin d'être rapproché du pouvoir législatif.

201. Il y a donc une double volonté au moment de la création du Tribunal des conflits. D'une part, et c'est le motif principal, vider le Conseil d'Etat de ses attributions administratives. D'autre part, rééquilibrer le traitement du conflit en le conformant d'avantage aux exigences du régime républicain.

202. Ainsi s'explique la volonté de créer un nouvel organe. Ainsi est encore une fois mise en lumière la distinction existant entre le contentieux administratif et le conflit d'attribution. Ce dernier est une matière spécifique exigeant un certain degré d'autonomie dans son traitement, une matière de haute administration qui pouvait être traitée par le Conseil d'Etat tel qu'il était conçu jusqu'alors.

203. Ce n'est donc pas directement le passage à la justice déléguée qui va entraîner la création du nouvel organe mais bien d'une part et avant tout l'autonomie de la matière des conflits d'attribution et sa nature administrative et d'autre part la mutation du Conseil d'Etat. Il faut d'ailleurs remarquer que l'institution d'un Tribunal des conflits précéda celle de la justice déléguée¹⁰¹.

204. Le conflit d'attribution n'a en effet pas pour objet de procéder à des arbitrages entre les deux ordres juridictionnels. Il ne s'agit pas de protéger l'ordre juridictionnel administratif mais bien le pouvoir exécutif. Le conflit d'attribution existait avant la dualité de juridiction et son objet n'a pas changé avec son apparition.

205. Bien que d'application éphémère, la Constitution de 1848 eut le mérite de créer des institutions nouvelles et originales. Ainsi l'idée de créer un Tribunal des conflits resurgira-t-elle lors de l'avènement de la IIIe République malgré la différence des

¹⁰¹ Puisque le Tribunal des conflits est institué par la Constitution du 4 novembre 1848 (article 89) tandis que la justice déléguée est mise en place par la loi du 3 mars 1849.

circonstances institutionnelles. Le Conseil d'Etat de 1872 est très différent de celui de 1848. Le contexte ayant amené à la création du Tribunal des conflits n'est donc pas renouvelé en 1872.

206. Pour autant, de la même façon que l'évolution des garanties processuelles dans le traitement du conflit d'attribution permise par la commission du contentieux empêcha tout retour en arrière, la création d'un organe spécifique pour le traitement du conflit d'attribution devint une garantie sur laquelle il semblait impossible, sinon au moins très délicat, de revenir. En d'autres termes, bien qu'issue d'un contexte spécifique, la nécessité de créer un nouvel organe s'imposa de façon générale. Tocqueville dira, dans une formule restée célèbre, du Tribunal des conflits que « c'est probablement la seule patrie de la Constitution de 1848 qui survivra¹⁰² ».

207. Si la période précédant la création du premier Tribunal des conflits a eu le mérite de faire naître l'idée de créer un nouvel organe, celle qui a précédé la création du second Tribunal des conflits à la fin du Second Empire a permis de faire naître les conditions non seulement de sa réapparition mais aussi de la réussite de l'institution.

208. Les constituants ne cherchent pas un remplaçant au Conseil d'Etat puisqu'aucun organe n'en a les attributions mais ils veulent néanmoins faire du Tribunal des conflits un organe ayant la même proximité avec le pouvoir exécutif que le Conseil d'Etat afin de pondérer la transformation de celui-ci en organe politique et le passage à la justice administrative déléguée, que beaucoup juge menaçante pour l'indépendance de l'administration.

¹⁰² Alexis de Tocqueville, *Souvenirs*, Paris, Gallimard, 1964, coll. « Folio », p. 63.

Conclusion du chapitre

209. Il a donc été démontré que la création du Tribunal des conflits en 1848 est le fruit de la rencontre de deux phénomènes. D'une part, la volonté de créer un organe pour trancher les conflits d'attribution parce que le Conseil d'Etat en est privé. Ce dernier est en effet transformé en organe politique chargé de tempérer la mise en place du monocréméralisme. D'autre part, la juridictionnalisation que connaît le traitement des conflits d'attribution depuis les débuts de la période napoléonienne.

210. Il faut donc retenir que les motifs de la création du Tribunal des conflits sont tout à fait étrangers à la façon dont l'organe est décrit par la doctrine actuelle. Il ne s'agit pas, à ce moment là, de créer un organe neutre et placé en situation d'arbitre entre les deux ordres de juridiction parce que le besoin se serait fait sentir dans l'ordre juridique d'une telle institution.

211. La présence des membres de la Cour de cassation est une garantie liée à la matière si spécifique des conflits d'attribution mais elle ne doit pas occulter le fait que les constituants aient bel et bien voulu créer un organe rattaché au système institutionnel administratif, ce que confirme l'étude de ses caractéristiques, qui prolongent l'intention impulsionnelle initiale ayant causé l'apparition de l'institution.

Chapitre 2. Les caractéristiques du Tribunal des conflits créé en 1848 : un caractère administratif voulu

212. L'étude des motifs de la création du Tribunal des conflits par la Constitution de 1848 détermine ce que ses caractéristiques vont révéler. Le Tribunal des conflits est construit pour être un organe administratif, c'est-à-dire une institution intégrée au système institutionnel administratif qui, par ses missions spécifiques qui constituent sa spécialité technique, concoure à la bonne marche de l'action administrative, ce qui constitue sa spécialité politique, partagée, elle, avec les autres organes du système institutionnel administratif. Le caractère administratif du Tribunal des conflits est donc entièrement souhaité par ses créateurs. C'est un organe de protection de l'administration qui est créé.

213. Le caractère administratif du Tribunal des conflits se concrétise d'abord dans son fonctionnement, qu'il s'agisse de ses missions ou des formes dont il use, et dans sa composition. Tous ces éléments montrent sa proximité structurelle avec l'administration (Section 1).

214. Ce caractère administratif est ensuite révélé par l'examen de ses décisions. Au vu du contexte dans lequel il intervient et du contenu des décisions qu'il va prendre, il se révèle un organe ayant rempli avec succès sa mission de protection de l'administration (Section 2), adoptant - comme c'est l'usage de la jurisprudence administrative depuis la création du Conseil d'Etat - à la fois les solutions nécessairement protectrices et les évolutions possibles, le conservatisme radical n'ayant jamais été la méthode du Conseil d'Etat.

Section 1 La proximité structurelle du Tribunal des conflits avec l'administration

215. Le caractère administratif du Tribunal des conflits se constate à sa structure, c'est-à-dire aux missions qui lui sont confiées, aux formes qu'il adopte pour les effectuer, en d'autres termes à son fonctionnement (Paragraphe 1) et à sa composition (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Un fonctionnement administratif : missions et formes de procéder

216. Le fonctionnement du Tribunal des conflits révèle son caractère d'organe administratif. Il est en effet chargé de missions qui n'ont aucunement trait à la répartition des compétences et qui révèlent la vision du nouvel organe qu'en avaient ses créateurs. Il s'agit en effet de missions qui lui sont confiées exclusivement à des fins administratives explicites (Sous Paragraphe 1). Par ailleurs, le Tribunal des conflits reprend les formes de procéder du Conseil d'Etat, révélant là encore son caractère d'organe administratif devant contrebalancer le rapprochement du Conseil d'Etat avec le pouvoir législatif¹⁰³ et renforcer ainsi la position du pouvoir exécutif vis-à-vis de ce dernier (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1 Le caractère administratif du Tribunal des conflits révélé par ses missions

217. Le Tribunal des conflits s'est vu confié des missions n'ayant rien à voir avec la répartition des compétences et révélant l'intention des constituants de le voir assumer les missions que le Conseil d'Etat exerçait avant lui. Ainsi se voit-il attribué la compétence pour connaître des recours contre les arrêts de la Cour des comptes (1), mais aussi des recours formés par le ministre contre des décisions du Conseil d'Etat au contentieux (2). Il fut même envisagé de lui confier les recours pour excès de pouvoir et incompétence formés contre les décisions du Tribunal administratif supérieur (3).

1. Le recours contre les décisions de la Cour des Comptes : un recours significatif

218. La compétence du Tribunal des conflits relative aux recours dirigés contre les arrêts de la Cour des Comptes est toujours présentée comme anecdotique. Elle est pourtant tout à fait révélatrice de sa nature administrative et donc tout à fait logique par rapport à la place et au rôle que les constituants entendent donner au Tribunal des conflits. Ce rôle est

¹⁰³ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 418 : Boulatignier rappelle à l'Assemblée que « le Conseil d'Etat, tel que la constitution l'a fait, effraye beaucoup de personnes qui craignent un antagonisme entre ce Conseil et le pouvoir exécutif proprement dit ».

la réaction directe à la crainte d'un Conseil d'Etat trop proche de l'Assemblée et, partant, menaçant pour le pouvoir exécutif. Ainsi Rouher exprime-t-il très bien ces craintes qui animent les constituants lorsqu'il explique que « lorsque les rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif seront tendus, forcés, irritants, contiendront en eux-mêmes une de ces causes de révolution ou de cataclysme, le Conseil d'Etat remontera à sa source, il se dévouera à l'Assemblée, et alors il pèsera dans tous ses rapports avec lui¹⁰⁴ ». Il précise ensuite, de façon très significative, les manifestations de cette crainte. Ces rapports sur lesquels il pèsera sont, selon Rouher, « la formation du tribunal administratif, (...) la formation de la Cour des Comptes et (...) le mode de fonctionnement de tous les agents qu'il contrôle et qu'il surveille¹⁰⁵ ».

219. La référence à la Cour des Comptes est révélatrice de l'état d'esprit qui règnent alors chez certains. La question centrale du nouveau régime est celle des rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Le Conseil d'Etat est au centre de ces rapports mais d'autres institutions les mettent également en jeu. C'est le cas de la Cour des Comptes. Sa soumission au pouvoir législatif apparaît comme une atteinte au pouvoir exécutif.

2) Les recours contre les décisions de la Section du contentieux du Conseil d'Etat

220. A propos des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, Rouher explique également qu'il craint que l'Assemblée renvoie disciplinairement les ministres devant le Conseil d'Etat et que ce dernier, dépendant structurellement d'elle, prenne systématiquement position en sa faveur, créant ainsi un mécanisme constitutionnel détourné d'affaiblissement du pouvoir exécutif au profit du pouvoir législatif. Le Tribunal des conflits est donc intégré dans un système complexe de rapports entre les pouvoirs publics qui dépasse de loin sa mission de répartition des compétences juridictionnelles. Il est choisi pour être un protecteur du pouvoir exécutif face à l'Assemblée. Cette

¹⁰⁴ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 409

¹⁰⁵ Ibid.

préoccupation spécifique de Rouher eux des échos favorables puisque le droit de l'Assemblée de citer les ministres lui fut retiré.

221. Odilon Barrot fait ensuite une comparaison tout à fait éclairante. Il explique que « quand il ne s'agit que d'un débat entre la compétence judiciaire et la compétence administrative, sur une question quelque fois d'un intérêt purement privé... eh bien quelles sont les garanties que vous donnez dans ce cas-là? Elles sont graves. Vous avez constitué une commission des conflits, dans laquelle sont représentés également et la plus haute juridiction appartenant à l'ordre judiciaire et le Conseil d'Etat, le tout présidé par le ministre de la justice, qui peut faire pencher la balance selon l'appréciation du droit. C'est là une belle institution, qui est aussi une garantie pour ces grandes questions de la distribution des pouvoirs et des compétences. Mais quand la question (...) s'engage entre le contentieux administratif et l'administration pure, il s'agit de savoir si, pour un tel acte (...) le gouvernement conservera sa liberté même qui est la condition de la responsabilité¹⁰⁶ ».

222. Le ministre de la justice de l'époque compare les conflits et le contentieux administratif et déplore que l'administration active ne soit pas mise sous la protection de la décision ministérielle comme l'est la matière des conflits d'attribution. Il insiste même en expliquant qu'il lui paraît plus pressant de protéger l'administration active que les conflits¹⁰⁷. Or, le contentieux administratif étant soumis au Conseil d'Etat, donc à un organe proche de l'Assemblée, dans le nouveau régime, c'est encore un déséquilibre entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif qui menace. La solution de la justice déléguée constitue en effet selon lui « la subordination la plus complète des droits du pouvoir exécutif et de l'administration pure au contentieux administratif¹⁰⁸ ».

¹⁰⁶ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 421

¹⁰⁷ Ibid., p. 420-421, Odilon Barrot, ministre de la justice, à l'Assemblée le 26 janvier 1849 : « (...) Toute l'administration, (...) peut se trouver compromise par un jugement du contentieux ; (...) il peut dépendre d'un tribunal administratif, en qualifiant de contentieux ce qui serait purement administratif, de mettre la main sur l'administration, sans qu'il y ait aucun recours possible ».

¹⁰⁸ Ibid., p. 421 Ass. Nat Séance du 26 janvier 1849.

223. Face à ces craintes, plusieurs solutions ont été envisagées. Il a d'abord été créé un Commissaire Général de la République remplissant devant le Conseil d'Etat les fonctions de ministre public et nommé par le Gouvernement. A ce commissaire a été confié une compétence particulière consistant à lui permettre de déférer devant l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat les décisions de la section du contentieux qui seraient constitutives d'un excès de pouvoir ou d'une violation de la loi ou lorsque certaines affaires seraient traitées par la section du contentieux tandis qu'elles n'appartiennent pas au contentieux administratif mais à l'action administrative pure. Le Commissaire général peut faire partie de l'Assemblée Nationale. Il est donc pensé comme à même de faire le lien entre le pouvoir exécutif qui le nomme, le pouvoir législatif dont il fait partie et le Conseil d'état auprès duquel il intervient. Comme l'explique Vivien « il sera comme l'anneau destiné à les rapprocher et à les unir¹⁰⁹ ». Cette institution révèle parfaitement les inquiétudes et les hésitations des constituants de l'époque quant à l'équilibre des pouvoirs, notamment en ce qui concerne le Conseil d'Etat. L'institution était certainement trop compliquée pour être mise en place et l'idée de ce Commissaire fut abandonnée. Elle n'en reste pas moins tout à fait révélatrice des préoccupations de cette période de construction institutionnelle.

224. Cependant, si elle n'a pas été retenue, l'institution a entraîné un débat qui concerne le Tribunal des conflits au premier chef. Il a en effet été envisagé et longuement débattu à l'Assemblée de la possibilité de confier au Gouvernement lui-même la possibilité de déférer les décisions de la Section du Contentieux à l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat. Cette solution fut également écartée, l'Assemblée générale ne semblant pas offrir suffisamment de garanties au pouvoir exécutif. Il fut donc envisagé de remettre directement au Conseil des Ministres les conflits entre le pouvoir exécutif et la section du contentieux. C'est dire à quel point cette dernière était considérée comme potentiellement hostile au premier. L'Assemblée décida finalement de remettre ce type de difficultés au Tribunal des conflits¹¹⁰.

¹⁰⁹ Ibid., p. 422

¹¹⁰ Ass. Nat. Annexe séances 10 janvier 1849, p. 149.

3) Les recours contre les décisions du Tribunal administratif supérieur

225. L'article 92 du projet de Constitution¹¹¹ prévoyait, avant que l'idée soit abandonnée, que le Tribunal des conflits soit compétent pour connaître des recours formés contre les décisions du Tribunal administratif supérieur sur le fondement de l'excès de pouvoir, de l'incompétence ou de la violation de la loi. La simple évocation de cette possibilité montre là encore de façon très claire la conception que les constituants avaient du Tribunal des conflits. Il constituait un organe certes chargé des conflits de compétence mais au-delà de cette fonction, il était construit comme un corps d'administrateurs favorable au pouvoir exécutif.

226. Il est encore très significatif de constater qu'il y eut des hésitations sur la composition du Tribunal des conflits dues au fait qu'on ne savait pas encore quel serait exactement le sort du contentieux administratif, puisque la question se posait de savoir si un Tribunal administratif supérieur serait créé. Face à ces observations, Crémieux répondit qu'il était suffisant de savoir qu'il y aurait un Conseil d'Etat. Il déclara que le Tribunal des conflits serait composé pour moitié de membres de la Cour de cassation et pour moitié de membres du Conseil d'Etat. C'est très intéressant parce que ça montre, comme le dit Auger, « que l'on constituait bien plus un corps d'administrateurs qu'un corps de juges »¹¹² et que « c'était proclamer l'indépendance du Tribunal des conflits vis-à-vis de la justice administrative¹¹³ ».

227. Le Tribunal des conflits révèle encore cette nature administrative par ses modalités de fonctionnement. Il n'est en rien anecdotique qu'il reprenne les formes de procéder du Conseil d'Etat.

Sous-Paragraphe 2. Le caractère administratif du Tribunal des conflits révélé par ses modalités de fonctionnement

¹¹¹ Bernard Auger, *Le Tribunal des conflits sous la deuxième République*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1911, p. 38.

¹¹² Bernard Auger, *Le Tribunal des conflits sous la deuxième République*, préc., p. 18

¹¹³ Bernard Auger, *Le Tribunal des conflits sous la deuxième République*, préc., p. 18

228. Le tribunal des conflits va fonctionner selon les règles du contentieux administratif. En cela, il ne fait que prolonger le travail de la commission du contentieux du Conseil d'Etat. Cette reprise des règles du contentieux administratif est logique à deux titres.

229. D'une part, le Tribunal des conflits est pensé comme un organe visant à apporter des garanties dans le traitement du conflit. Or, bien qu'il constitue une avancée majeure, tant par sa création à proprement parler que par les potentialités qu'elle contient, ces garanties ont commencé à se développer avant lui. Elles se sont développées au sein du Conseil d'Etat. Le conflit, comme cela a été montré dans le chapitre précédent s'est vu, progressivement et pour différents motifs, encadré petit à petit par une jurisprudence naissante. Il est donc parfaitement logique que le Tribunal des conflits reprenne ce mouvement et les formes qui l'ont porté. En d'autres termes, la reprise des formes du contentieux administratif ne signifie pas mécaniquement une dépendance vis-à-vis de l'administration. Elle peut aussi s'inscrire dans un mouvement libéral au sein de l'administration.

230. D'autre part et surtout, l'office du nouveau tribunal va être largement dominée par une procédure de saisine : le conflit positif.

231. En effet, les cas de conflit positif représentent la très grande majorité des saisines du nouveau tribunal. Le conflit négatif n'est alors qu'un incident de procédure relativement rare et très peu réglementé. Le conflit est bien cette procédure qui porte une opposition entre deux pouvoirs publics. Le conflit négatif est une opposition bien moins significative puisqu'il ne s'agit pas de limiter un pouvoir ou une autorité qui voudrait empiéter sur les compétences d'une autre mais seulement d'imposer à l'une d'elles de traiter une affaire qu'elle ne pensait initialement pas de sa compétence.

232. Le premier tribunal des conflits, durant toute son activité entre 1849 et 1851 tranchera 114 conflits positifs et seulement 4 conflits négatifs.

233. La prédominance du conflit positif revint finalement à construire le Tribunal des conflits, du point de vue de l'exercice de son office, comme un juge administratif. La

décision rendue par le tribunal sur le conflit positif n'est en effet rien d'autre qu'un contrôle de légalité de l'arrêté préfectoral d'élévation du conflit.

234. La jurisprudence du premier tribunal des conflits comporte d'ailleurs une quinzaine de décisions relatives à la procédure d'élévation du conflit positif DEVELOPPER !!!!. Ces décisions encadrent la légalité externe de l'arrêté d'élévation du conflit. Elles concernent principalement le déclinatoire de compétences ou les délais d'élévation.

235. D'ailleurs, aucune procédure spécifique ne se dégage quant au traitement du conflit négatif. Le Tribunal des conflits est bien, en ce qui concerne sa façon de fonctionner un tribunal administratif.

236. Il l'est d'autre part au vu de sa mission première : assurer l'indépendance de l'administration. Ainsi, les points communs entre le tribunal des conflits et le juge administratif sont-ils nombreux. Comme lui il émane de l'administration, il fonctionne selon les mêmes règles et il poursuit un objectif commun de protection de l'administration.

237. En réalité, au moment de la création du Tribunal des conflits, on comprend qu'il est construit comme une sorte d'ersatz du Conseil d'Etat ancien. Non pas qu'on lui confie les mêmes missions mais on tente en quelque sort de reconstruire hors du Conseil d'Etat nouveau, rattaché à l'Assemblée, la partie du Conseil d'Etat qui traitait du conflit.

238. La composition du Tribunal des conflits va également refléter cette nature administrative.

Paragraphe 2. Une composition permettant la protection de l'administration

239. La présidence du Tribunal des conflits par le Ministre de la Justice est le fruit de débats et de compromis de la part des constituants. Elle révèle indéniablement la volonté de laisser l'administration à même de contrôler les décisions du nouvel organe. Cette présidence, beaucoup débattue, est en définitive cohérente avec la volonté de pondérer la mutation du Conseil d'Etat et le passage à la justice déléguée. La composition du Tribunal

des conflits en fait également un organe de nature administrative, bien qu'elle soit le fruit d'un compromis (Sous paragraphe 2) mettant en jeu certaines conceptions du conflit (Sous paragraphe 1)

Sous-paragraphe 1. Enjeux théoriques du traitement du conflit

240. La composition du Tribunal des conflits implique différentes conceptions du conflit (A), auxquels correspondent des systèmes de traitement du conflit opposés entre eux (B). Elle nécessite ainsi, à défaut de faire disparaître une conception à la faveur d'une autre, d'établir une hiérarchie dans les objectifs recherchés par la création du nouvel organe (C).

A. Les conceptions des constituants de 1848 inconciliables du conflit d'attribution

241. « Juge-t-on dans les conflits? Non pas, répondit Crémieux, dans une réponse restée célèbre, on décide qui doit juger¹¹⁴ ».

242. Au moment de créer le tribunal des conflits, en 1848, la question se pose de savoir quelle est la nature de la mission consistant à trancher les conflits d'attributions. Plusieurs thèses s'opposent au sein des constituants.

243. Pour certains, le conflit est une mission de nature gouvernementale. Pour d'autres il s'agit d'une question relevant de la puissance législative. Pour d'autres enfin, le conflit doit être rattaché à une activité juridictionnelle.

244. On peut dégager de ces débats théoriques deux grands systèmes et d'en déduire plusieurs solutions quant à la nature de l'opération de résolution conflit. Il est en effet possible de rattacher le traitement du conflit soit à une opération de nature gouvernementale soit à une opération législative.

¹¹⁴ Serge Mougne, *La présidence du Tribunal des conflits*, Rennes, Edonheur, 1926, p. 21.

245. Le traitement du conflit peut être compris comme une opération de nature gouvernementale dans la mesure où il s'agit avant tout d'une procédure visant à assurer l'indépendance de l'administration vis à vis du pouvoir judiciaire. Dans le cadre de cette vision du conflit, il apparaît comme logique qu'une procédure visant à protéger l'administration soit entre les mains de l'administration elle-même. Cette compétence découle de la nature même du conflit, de sa finalité première. Il y a en effet quelque chose de contradictoire à admettre la nécessité de protéger l'indépendance de l'administration sans lui donner le pouvoir de le faire. Confier cette mission ou une partie de cette mission à un autre organe que l'administration revient en définitive à renouveler dans une forme différente la menace qui pèse sur l'indépendance de l'administration. La vision « gouvernementale » du conflit implique le traitement du conflit par le gouvernement ou, à tout le moins, que le gouvernement ait la faculté de prendre la décision finale.

246. Cependant, le traitement du conflit peut être perçu de façon totalement différente. Il existe en effet une vision legaliste (qui va donc rencontrer l'arrivée de la République) de la matière des conflits d'attribution. Cette vision se fonde sur la considération selon laquelle la détermination des limites des compétences entre les pouvoirs publics est une tâche qui doit être remise entre les mains du législateur. Elle comporte une certaine ambiguïté puisque par nature cette mission est d'ordre constitutionnel puisqu'il s'agit d'organiser les pouvoirs publics. Pour autant, la distinction entre le niveau constitutionnel et le niveau législatif n'a pas toujours été fixée de façon aussi claire que sous la Vème République. Le législateur se voit donc confié cette mission de nature constitutionnelle. Deux possibilités s'ouvrent alors. Le législateur ne peut en effet régler toutes les situations particulières de frontière lui-même. Il est donc contraint soit de déléguer ce pouvoir au pouvoir exécutif, soit de se reposer sur un organe juridictionnel qui tranchera les affaires en fonction des principes posés par lui. L'idée de déléguer cette compétence au pouvoir exécutif est vivement soutenue par Cormenin. Ce dernier explique en effet que : « Les conflits existent nécessairement quelle que soit la forme du gouvernement, monarchie ou république, et c'est au pouvoir souverain qu'il appartient de les vider. (...) Sous un régime représentatif, le souverain serait le corps législatif. Il est évident qu'il ne suffirait qu'imparfaitement à sa tâche, de là l'obligation pour lui de se substituer le

gouvernement¹¹⁵ ». Il ira même jusqu'à démissionner de la commission pour ne pas avoir immédiatement été suivi sur ce point. Sa position apparaissait trop favorable au pouvoir exécutif. Elle prospéra pourtant en partie avec la présidence du Ministre de la justice, sous des fondements différents, moins nets, fruits d'un compromis.

B. Les trois systèmes envisageables de traitement du conflit d'attribution

247. Le pouvoir exécutif peut donc être compétent à deux titres. Soit au titre d'un pouvoir autonome qui découle de la mission de protection du pouvoir exécutif que revêt le conflit, soit au titre d'un simple pouvoir d'application de la loi.

248. Enfin, le conflit peut donc être traité par un organe juridictionnel appliquant les lois. Néanmoins, un organe juridictionnel possède toujours un pouvoir de création de la norme.

249. Ces trois modalités de traitement du conflit présentent des aspects plus ou moins cohérents.

250. La nature de la mission suppose un organe à même d'assurer l'indépendance de l'administration. Il ne peut donc naturellement être rattaché à l'autorité judiciaire puisqu'il s'agit précisément de l'institution menaçant cette indépendance. Pour les mêmes raisons, il est difficile d'envisager un organe dans lequel l'administration n'ait pas voix au chapitre. Pour autant, laisser le conflit entre les mains de l'administration lui donne un pouvoir constitutionnel exorbitant de détermination de sa propre compétence.

251. A ces questions purement institutionnelles se rajoutent des considérations processuelles liées à la protection des intérêts des justiciables qui sont directement concernés par l'intervention d'un conflit de compétences entre institutions dans le déroulement de leur procès.

¹¹⁵ Alfred Blanche, *prec.*, p. 567.

252. Le traitement du conflit doit donc réaliser un équilibre entre des finalités qu'il convient de hiérarchiser : l'indépendance de l'administration, la protection de l'autorité judiciaire et les droits des justiciables.

253. Toute réflexion sur la nature du conflit en vue de le rattacher à une forme particulière de son traitement semble donc vaine. Le conflit est par nature variable. La décision décidant sur le conflit peut être rapprochée d'un acte constitutionnel, législatif, administratif ou judiciaire. Il s'agit donc de choisir entre différents systèmes en fonction non seulement des finalités du conflit mais encore des finalités de la création d'un organe en étant chargé.

254. En 1848, ce qui rapproche le plus le traitement du conflit d'une décision gouvernementale c'est son histoire. Il a jusqu'alors toujours été entre les mains du pouvoir exécutif. Ce qui rapproche alors en revanche le conflit d'un acte du pouvoir législatif, c'est le passage à une régime de nature républicaine impliquant une prédominance du pouvoir législatif. Il y a à ce moment là une sorte de consensus parmi les constituants autour de l'idée selon laquelle la détermination des limites entre les pouvoirs publics revient au pouvoir législatif. Pour autant, il est également clair que matériellement ce dernier ne peut pas s'en charger. On retourne à ce moment là à l'esprit ayant commandé à la création du mécanisme du Directoire prévoyant un référé législatif, souligner. Il y aurait une sorte de fatalité du traitement par un organe non législatif, donc exécutif ou juridictionnel. C'est ça la logique duale du conflit, c'est que soit c'est de l'exécutif avec une certaine indépendance soit c'est du législatif et donc du juridictionnel.

255. Ce qui rapproche le traitement du conflit d'un acte juridictionnel en 1848 c'est le développement depuis le début du XIXème siècle de la juridictionnalisation du conflit. OUI, il y a quand même ce phénomène de juridictionnalisation qui fait pencher vers le caractère juridictionnel d'autant plus qu'arrive le légicentrisme. Par ailleurs, un élément plus naturel, moins contextuel, rapproche la décision sur conflit d'une décision juridictionnelle. En effet, le conflit va s'élever sur des cas particuliers auquel il faudra donner une réponse. Il ne s'agit pas seulement de faire des règles générales et abstraites de compétence mais bien de trancher des situations juridiques techniques et parfois

complexes. Un traitement juridictionnel, ainsi lié à la matière dans laquelle le conflit intervient, semble dès lors tout à fait logique, tout à fait naturelle.

256. La question fondamentale est in fine, celle de la proximité de l'organe décisionnaire avec le pouvoir exécutif.

C. La nécessaire hiérarchisation des objectifs

257. Il apparaît donc clairement aux constituants que le conflit doit être traité par un organe nouveau, nous l'avons vu. Cet organe doit donc remplir plusieurs objectifs (hormis celui, non dit parce qu'il n'est pas directement lié à sa mission relative au conflit, d'être une sorte de remplaçant du Conseil d'Etat).

258. Il doit d'abord permettre de garantir l'indépendance de l'administration en délimitant très largement les limites de sa compétences - puisque les lois en la matière sont alors en nombre extrêmement limité.

259. C'est sa mission principale et elle est de nature constitutionnelle puisqu'il s'agira de déterminer les limites respectives des pouvoirs publics. C'est ce qui explique sa présence au niveau constitutionnel. Il est donc un organe veillant à la séparation des pouvoirs à travers la protection de l'administration.

260. Il devra ensuite répondre à un objectif de protection de l'autorité judiciaire CAR il ne peut pas correspondre à la logique d'arbitraire de l'Empire et il doit aller plus loin que ce qui se passait sous les monarchies. On veut en effet éviter les abus qu'a pu commettre l'administration par le passé. Le sort du contentieux administratif et du conflit est en effet un élément constitutionnel important en 1848. Les périodes de restauration ont été marquées par les abus de l'administration et le pouvoir constituant se doit donc de répondre à cette situation.

261. Il s'agira enfin rapporter certaines garanties aux particuliers dont on commence à percevoir qu'ils sont eux aussi, d'une façon certes très indirecte, concerné par le conflit.

262. Par ailleurs, quoi qu'il en soit de ces considérations, l'organe fonctionnera nécessairement dans les formes juridictionnelles puisque, pour les raisons qui ont été dites, le conflit ne peut être traité autrement.

Sous-Paragraphe 2. La réalisation du compromis nécessaire à la création du Tribunal des conflits

263. La composition du Tribunal des conflits est sans aucun doute le fruit d'un compromis institutionnel. Elle implique la présence originale des membres de la Cour de cassation, celle pour le moins ambiguë des conseillers d'Etat (1) et la présidence déjà controversée du Ministre de la Justice (2).

1) Les membres du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation au Tribunal des conflits

264. Notons ici que le Tribunal des conflits est créé en vue de faire de la matière des conflits une matière réellement indépendante à propos de laquelle toutes les parties en présence pourront s'exprimer via la représentation au sein de l'organe. Il y a une recherche d'indépendance mais aussi d'équilibre de représentation des pouvoirs, ce qui témoigne bien de l'idée selon laquelle le conflit pourrait être exercé par tout le monde. Le Tribunal des conflits est le fruit d'un compromis entre indépendance et représentation mais aucune solution ne peut assurer totalement cet équilibre.

265. L'existence d'un costume¹¹⁶, créé mais jamais porté, pour les membres du tribunal des conflits est un juste symbole de cette volonté de créer un corps nouveau et indépendant. Naturellement, la tâche est ardue. Il faut trouver un équilibre tout en maintenant la possibilité pour l'organe nouveau de prendre des décisions effectives et respectées et surtout de ne pas être le lieu de querelles paralysantes. Les objectifs

¹¹⁶Bernard Auger, *Le Tribunal des conflits sous la deuxième République*, préc., p. 14 : Décrets des 11-18 octobre 1849, sur le costume des membres du Tribunal des conflits : Article premier : Les juges composant le Tribunal des conflits porteront à l'audience et dans les cérémonies publiques, la robe de soie noire bordée d'hermine et la ceinture noire frangée d'or à l'extrémité. Le président portera en outre l'épitoge en hermine, avec quatre galons d'or à la toque, qui sera bordée d'hermine. La ceinture sera terminée par des torsades d'or. Article 2 : Le greffier du même tribunal portera la robe de soie noire sans hermine, et la toque de velours sans galons d'or. Le rabat sera en mousseline. Ce décret ne sera jamais appliqué. »

poursuivis par les constituants sont délicats à atteindre. Il s'agit de créer un organe réalisant un équilibre mais en poursuivant des objectifs qui restent hiérarchisés.

266. Le Tribunal des conflits doit permettre en son sein la représentation de l'administration - que la procédure de conflit a pour but de protéger -, de l'autorité judiciaire - qui est visée par la procédure de conflit-, mais aussi du législateur - qui est considéré comme le plus légitime à établir les règles de séparation des pouvoirs publics. Le premier projet de constitution est ainsi rédigé : « Les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seront réglés par un tribunal spécial de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'Etat, désignés tous les trois ans en nombre égal par leurs corps respectifs ». Cet article devint l'article 89 de la Constitution de 1848, il resta inchangé entre le premier projet et le deuxième projet de constitution. Il sera ensuite complété par l'article 64 de la Loi organique du Conseil d'Etat du 3-8 mars 1849 : « Un règlement d'administration public déterminera les formes de procéder du Tribunal des conflits, créé par l'article 89 de la Constitution. Les conseillers d'Etat et les conseillers à la Cour de cassation qui doivent composer ce tribunal seront au nombre de quatre pour chacun de ces deux corps ».

A. La participation logique des membres de la Cour de cassation

267. Plusieurs constituants défendent à l'Assemblée l'idée de faire participer à la résolution des conflits des membres de l'autorité judiciaire. Pour originale qu'elle soit, on peut trouver des traces de cette idée dans la participation de magistrats aux séances de la commission du contentieux du Conseil d'Etat. Ainsi il a existé, avant le tribunal des conflits, un organe chargé de trancher sur les conflits et composé de membres du Conseil d'Etat et de l'autorité judiciaire.

268. La présence de membres de la Cour de cassation est d'autant plus légitime au moment des discussions sur la composition du nouvel organe que, même si elle a été écartée, l'idée de confier la résolution des conflits à la cour de cassation a été évoquée dans les débats. L'argument en faveur de cette solution avait néanmoins été trouvé lorsque la même proposition avait été avancée lors de la réforme de 1828. La cour de cassation étant

chargée des conflits entre juridictions, elles semblaient la mieux placée à certains pour trancher les conflits d'attributions. A cet argument est systématiquement opposé la différence de nature entre les conflits de juridictions et les conflits d'attribution. Les conflits de juridictions opposant des entités placées au sein d'un même organe ou d'une même institution tandis que le conflit d'attribution implique un conflit entre des pouvoirs publics différents. Qu'il s'agisse du régime de la justice déléguée ou de la justice retenue, le conflit reste en effet une opposition entre l'administration et l'autorité judiciaire. Ainsi, en 1848 comme en 1828, l'idée de confier le traitement du conflit à l'autorité judiciaire est rapidement écarté. Il n'en reste pas moins que l'autorité judiciaire étant la partie « visée » par l'intervention de l'administration, elle est légitime à participer à la résolution du conflit. Ainsi fut rapidement acceptée la proposition de M. Creton pour l'article 91 (article 89 définitif) de la Constitution : « Les juges qui statueront sur les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seront pris au moins pour la moitié dans la Cour de cassation¹¹⁷ ». La présence de l'autorité judiciaire est donc sans doute la plus originale, la plus nouvelle, mais, paradoxalement, elle reste celle dont la signification est la plus simple à analyser.

B. La présence ambiguë des membres du Conseil d'Etat

269. La présence des conseillers d'Etat au sein du Tribunal des conflits de 1848 est extrêmement ambiguë. Ces derniers sont à première vue les membres les plus naturels du Tribunal des conflits. Le nouvel organe est en effet le descendant direct de la commission du contentieux du Conseil d'Etat qui était chargée avant lui de trancher les conflits d'attribution. Pourtant, ce que représentent les conseillers d'Etat au tribunal est loin d'être clair.

270. En effet, en 1848, le Conseil d'Etat change radicalement de nature. Il devient en quelque sorte une seconde chambre, chargée d'équilibrer le nouveau système constitutionnel monocaméral. Les membres du Conseil d'Etat sont élus par l'Assemblée et

¹¹⁷ Bernard Auger, *Le Tribunal des conflits sous la deuxième République*, préc., p. 18

dépendent d'elles statutairement. Le nouveau Conseil d'Etat est un organe politique et non plus administratif.

271. Ainsi, contrairement à ce que l'on pourrait penser, les conseillers d'Etat ne représentent pas, dans l'esprit des constituants, l'administration mais le pouvoir législatif et l'Assemblée.

272. Pour autant, cette représentation de l'Assemblée par les conseillers d'Etat est toute théorique. En effet, si ce corps ancien qu'est le Conseil d'Etat est profondément remanié par la constitution de 1848, les traditions demeurent cependant. Ainsi, nombreux sont ceux qui perçoivent encore les conseillers d'Etat comme des représentants du pouvoir administratif. En d'autres termes, la transformation du Conseil d'Etat est réelle en théorie mais reste encore à être confirmée en pratique. L'histoire ne fournira finalement jamais l'occasion de découvrir ce que pourrait être un conseil d'Etat devenu organe politique.

273. Cependant, du point de vue de la composition du Tribunal des conflits au moment où il est créé, l'administration n'est pas représentée par les conseillers d'Etat. C'est en partie ce qui va expliquer la présence (mais pas la présidence) du ministre de la justice.

274. Les conseillers d'Etat, s'ils représentent l'Assemblée, sont aussi considérées comme représentant au Tribunal des conflits la juridiction administrative indépendante nouvellement créée. En effet, si le passage à la justice déléguée ne change pas les « parties » au conflit, l'existence d'un juge administratif indépendant change néanmoins les choses. Il paraît logique que le juge administratif lui aussi puisse avoir son mot à dire dans le conflit puisqu'il devra en définitive juger les affaires qui lui seront soumises par le Tribunal des conflits. Il n'est pas complètement illogique d'un point de vue pratique qu'il puisse intervenir dans la détermination d'une règle concernant sa propre compétence malgré le problème théorique que cela peut poser. Il est en effet le premier à se prononcer sur sa compétence dans le cadre des litiges qui traite dans son activité normal de juge.

275. La présence des conseillers d'Etat est ainsi pleine d'ambiguïté. Ces derniers représentent à la fois l'Assemblée - ce qui est nouveau et l'administration - par tradition. Il ne représentent pas à proprement parler le juge administratif mais ils portent également sa

voix en étant le messenger de sa jurisprudence. Leur présence est peut-être la plus curieuse tandis qu'elle est sans doute la plus naturelle, logiquement et historiquement.

276. Finalement, au-delà des discussions qui ont bien eu lieu sur la représentation portée par les membres du Conseil d'Etat, il apparaît que c'est finalement tout simplement le Conseil d'Etat en tant qu'acteur historique du conflit qui est représenté au Tribunal des conflits par les membres du Conseil d'Etat.

277. La Présidence du Tribunal des conflits marque résolument la nature administrative de l'organe.

2) La présidence du ministre de la Justice

278. La présidence du ministre doit être soulignée comme constituant une garantie en faveur du pouvoir exécutif et, selon la citation de Barrot, on comprend que c'est finalement une concession qui peut apparaître comme secondaire. Filer les conflits à un ministre, ce n'est pas grave. c'est une erreur puisque toute la construction du droit administratif repose dessus mais c'est en tout cas l'opinion de O. Barrot en 1846 (CNRS p 421)

279. La présidence du ministre de la justice s'explique par plusieurs facteurs, pas forcément complémentaires mais néanmoins concomitants.

280. Tout d'abord, la composition du Tribunal s'est faite dans un premier temps sur une logique paritaire de représentation des deux acteurs principaux du conflit : le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, plus haute juridiction de l'autorité judiciaire. La logique paritaire posa immédiatement un problème évident : celui du départage en cas d'égalité de voix. Cette question devient celle de la présidence du Tribunal des conflits.

281. Ainsi et d'une certaine façon la question de la présidence du Tribunal des conflits se pose dans un second temps, après celle de la participation du pouvoir exécutif au Tribunal des conflits. Le pouvoir exécutif doit avoir une voix dans le nouvel organe. Pourquoi cette voix ne serait-elle pas celle de la Présidence? Pour Dupin Aîné par exemple, illustrant cette vision, « Il faut un président : on n'a pas voulu subordonner ni la

Cour de cassation au Conseil d'Etat, ni le Conseil d'Etat à la Cour de cassation. Il fallait un lien entre ces deux autorités : nous avons pris le ministre de la Justice qui représente la puissance publique dans cette branche du pouvoir. Le ministre est le chef de la Justice, ayant jusqu'à présent la suprématie sur les deux ordres, l'ordre administratif et l'ordre judiciaire, c'est lui qui est le lien naturel qui doit concilier entre elles les deux autorités dont sera composé le Tribunal des conflits¹¹⁸.

282. Il est impératif pour comprendre ce choix de percevoir la conception unanime que se faisaient les constituants de l'époque de la matière des conflits et du nouvel organe créé.

283. Les conflits étaient perçues comme une matière de « haute administration ». Cela signifie précisément que la décision rendue sur conflit est au-dessus d'un simple problème contentieux. Il s'agit de s'élever au-dessus de l'administration pour lui donner des limites et, de la même façon, au-dessus des ordres juridictionnels pour fixer leurs compétences. Cette « élévation », on l'a vu, peut être considérée comme étant de nature législative ou de nature gouvernementale. Si elle est considérée comme législative, elle suppose un organe juridictionnel pour l'application au cas par cas des règles posées par le législateur. Un tel organe peut avoir un pouvoir normatif, jurisprudentiel, il n'en reste pas moins soumis à la loi. Si elle est considérée comme gouvernementale, elle suppose un organe gouvernemental. Le terme gouvernemental a une signification précise puisqu'il s'agit de bien distinguer le gouvernement et l'administration. Le gouvernement ne veille pas aux intérêts de l'administration mais à ceux du fonctionnement de l'Etat politique dans son ensemble.

284. C'est cette vision qui a prévalu. Les constituants se sont résolus à créer un organe nouveau, indépendant (de l'administration et de l'influence du Conseil d'Etat) et représentatif, mais néanmoins de nature gouvernementale. Un organe liée à la tâche du gouvernement chargé d'assurer la bonne marche de l'Etat républicain et la séparation des

¹¹⁸ André Petit, *La présidence du Tribunal des conflits*, Paris, A. Rousseau, 1909, p. 15

pouvoirs constitutionnels. Le Ministre de la Justice est choisi en tant qu'il est en charge de la bonne marche de la justice.

285. Ce choix a été contesté pour des raisons évidentes mais a fini par s'imposer. Il a tout d'abord été contesté en raison de la prévalence du pouvoir exécutif. On a dit que le ministre était avant tout un membre du pouvoir exécutif et qu'à ce titre il favoriserait les vues de l'administration. En d'autres termes, on ne croyait pas à sa mission d'élévation au-dessus des intérêts des pouvoirs publics, à son rôle d'arbitre impartial. Son rattachement au pouvoir exécutif impliquait, pour les tenants de cette critique de la présidence par le ministre, un rattachement trop évident à l'administration, partie au conflit.

286. Ce choix a été justifié de façon intéressante. On a en effet avancé que le Ministre de la Justice n'était pas dans une situation de prévalence pour trois raisons combinées. D'une part dans la mesure où, comme tout ministre, il était soumis à la responsabilité ministérielle devant le pouvoir législatif. D'autre part, le Ministre ferait face à des conseillers d'Etat sur lesquels il n'a aucun pouvoir puisque ceux-ci sont soumis à l'Assemblée dont ils procèdent. Enfin, le Ministre, personnalité politique amovible ne serait pas une menace pour des conseillers à la cour de cassation bénéficiant de l'inamovibilité découlant du statut des juges.

287. Cet argument est aussi intéressant qu'il est fallacieux puisqu'il est tout à fait improbable qu'un gouvernement soit renversé pour une question relative au conflit d'attribution. Dès lors, hormis les cas exceptionnels toujours envisageables, la plupart des affaires laisse le ministre aussi irresponsable de ses décisions que les juges judiciaires en raison de leur inamovibilité.

288. La présidence du Ministre a aussi été critiquée pour des motifs plus concrets. Il a d'une part été soutenu que le Ministre de la Justice n'avait bien souvent pas la compétence juridique pour traiter d'affaires aussi techniques que les conflits d'attribution. Il a d'autre part été soulevé que ce dernier était trop soumis aux aléas de la vie politique et que des changements de ministres pourraient risquer d'entraîner des changements de jurisprudence injustifiés et menaçant la sécurité juridique.

289. Là encore le Ministre a donc une position ambiguë. On admet bien que sa présence est rendue légitime par la nécessité de représenter le pouvoir exécutif - rapprochant ainsi administration et pouvoir exécutif - mais on prétend dans le même temps qu'il est au-dessus de l'administration et de l'autorité judiciaire en raison de la spécificité de sa fonction ministérielle, qu'il aura à coeur de défendre avec à coeur le meilleur intérêt de l'Etat l'une et l'autre des parties présentes au conflit sans favoriser l'administration.

290. Ce qui a fini par emporter la conviction est sans doute en définitive l'aspect pratique de cette fonction au double visage et la nécessité de voir représenté le pouvoir exécutif. Le Tribunal des conflits, lorsqu'il est créé, reste tributaire de l'histoire des conflits d'attribution et des considérations encore existantes sur la nature du conflit d'attribution. Ce dernier est envisagé comme un acte de haute administration. Dès lors, sa présidence par un membre du gouvernement apparaît comme logique, voire nécessaire.

291. Mais le Tribunal des conflits est aussi envisagé comme un organe de compromis, d'indépendance et de représentation. Quel meilleur choix au sein du gouvernement que celui du Ministre de la Justice? Il est le seul, une fois acceptée la prémisse historique de la nature gouvernementale du conflit qui règne à cette époque, à présenter des garanties d'indépendance vis-à-vis de l'administration.

292. La suppléance du Ministre de la Justice à la présidence du tribunal des conflits est révélatrice de la même logique. Plusieurs hypothèses furent envisagées. Il a été d'abord envisagé que le président de la République puisse choisir parmi les ministres le suppléant du ministre de la Justice. Cette proposition fut critiquée. La critique fut la suivante : « Attribuer ainsi au pouvoir exécutif le droit de choisir pour chaque affaire, et peut-être selon le caractère de chaque affaire, le magistrat chargé de présider le débat et de diriger la délibération serait sortir de toutes les règles établies dans l'administration de la justice et ouvrir la porte à de graves abus. Bientôt, en effet, par la nature même des choses, la présidence se trouverait habituellement transférée aux divers membres du Cabinet, d'après le caractère de leurs attributions (...) et on arriverait ainsi à ce résultat que le personnage le plus influent du Tribunal des conflits, celui dont l'opinion peut parfois dicter la décision,

se trouverait précisément celui dont les attributions seraient spécialement mises en question dans le débat¹¹⁹ ». La commission rejeta unanimement cette proposition.

293. La commission choisit finalement le ministre de l'instruction publique en raison d'une part de son appartenance au gouvernement, naturellement, mais d'autre part parce qu'il présente certaines garanties de neutralité. On estime qu'il est le ministre qui a le moins de chances d'être directement impliqué dans un conflit d'attribution. Loi du 4 février 1850 posait donc en son article premier que « Le Tribunal des conflits est présidé par le ministre de la Justice » et, en son article 2 « en cas d'empêchement du ministre, il est remplacé dans la présidence du Tribunal des conflits par le Ministre chargé du département de l'Instruction publique ».

294. Apparaissent clairement et successivement avec ce choix du suppléant les deux raisons majeures de choix du ministre de la justice pour la présidence. Tout d'abord c'est une illustration très claire de la volonté de donner toute sa place au gouvernement au sein du nouvel organe et, ensuite, une fois cette idée acceptée, de choisir au sein du gouvernement celui qui peut, précisément, incarner la nature gouvernementale et non administrative de cette mission. La distinction entre gouvernement et administration est au coeur du choix du ministre de la justice à la présidence du tribunal. La mission étant gouvernementale, elle ne sera pas réalisée dans l'intérêt de l'administration mais bien dans celui de l'Etat. Le ministre de la justice est le garant, au gouvernement, de la bonne marche de la justice. Il fait le lien entre l'administration, représentée par la présence d'un membre du gouvernement, et l'autorité judiciaire dont il garantit la protection dans le cadre de sa mission gouvernementale.

Section 2. Un organe ayant rempli sa mission au service de l'administration

295. Le premier Tribunal des conflits a fonctionné pendant une période très courte (moins de deux ans). Il est ainsi considéré, au mieux comme une parenthèse peu

¹¹⁹ Rapport de M. Thomine Desmazes publié au *Moniteur* du 30 décembre 1849 pages 42-15, cité par André Petit, *La présidence du Tribunal des conflits*, Paris, A. Rousseau, 1909, p. 15.

significative, au pire comme un organe ayant échoué car n'ayant fait que réitérer les solutions du Conseil d'Etat, n'ayant, en définitive, presque pas existé. Il faut rendre justice à cet organe qui a rempli la mission pour laquelle il avait été constitué et qu'il a exercé dans un contexte de forte opposition dans le domaine de la répartition des compétences entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. Ainsi, la réitération des solutions du Conseil d'Etat qu'il opère doit d'abord être considérée comme le signe d'un organe qui est capable de s'opposer aux volontés judiciaires (Paragraphe 1). Le Tribunal des conflits a ensuite poursuivi le travail d'amélioration des critères de répartition des compétences - qui n'a jamais cessé malgré les oppositions formant en définitive une dialectique plus ou moins rationnelle entre les positions des deux autorités - en favorisant certaines innovations (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La protection matérielle de l'administration : la réussite de la mission du Tribunal des conflits

296. Le Tribunal des conflits est issu de l'article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848 et son organisation de la loi du 4 février 1849. Il est dissout après le coup d'Etat de décembre 1851 et fonctionnera ainsi moins de deux ans. Le premier Tribunal des conflits est parfois considéré comme un organe ayant échoué à remplir sa mission. Cette appréciation dépend naturellement de l'identification de cette mission. Pour G. Bigot, l'échec du premier Tribunal des conflits est patent. Selon l'auteur, « la majorité des décisions du Tribunal des conflits est, en effet, essentiellement calquée sur celles du Conseil d'Etat de la Monarchie de Juillet; les décisions du Tribunal retranscrivent souvent mot à mot d'anciennes ordonnances sur conflit¹²⁰ » et « à l'issue de la Monarchie de Juillet, la crise est souvent aiguë en ce qui concerne la compétence (...). Le Tribunal des

¹²⁰ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 342.

conflits (...) ne va pas chercher (...) une solution transactionnelle¹²¹ ». Pour Aucoc¹²² ou Batbie au contraire, le Tribunal des conflits a réussi dans sa tâche.

297. Le Tribunal des conflits a en réalité, à bien comprendre celle-ci, parfaitement rempli sa mission. Il a, dans un contexte jurisprudentiel extrêmement tendu (Sous Paragraphe 1), protéger la compétence administrative et permis, dans une continuité de méthode avec le Conseil d'Etat, quelques avancées lorsqu'elles étaient raisonnables et possibles (Sous Paragraphe 2).

Sous-Paragraphe 1. Le contexte jurisprudentiel auquel doit faire face le Tribunal des conflits

298. G. Bigot cite notamment la matière des travaux publics et communaux et explique que le Tribunal va rejeter les arguments favorables à la compétence judiciaire et reprendre les solutions antérieures.

299. Sur la matière des travaux publics, la question est de savoir quels sont les travaux qui méritent cette qualification. L'autorité judiciaire en a une conception très restrictive. Il s'agit alors pour elle uniquement des travaux approuvés par le Gouvernement, surveillés par ses agents et payés par le Trésor public. La question se pose notamment souvent à propos de travaux sur les églises dans les communes. L'autorité administrative s'oppose à cette jurisprudence. Le Tribunal des conflits a donc du trancher la question. Il décide, sans présenter d'arguments au soutien de cette solution, que de tels travaux sont des travaux publics. D'autres jurisprudences viennent élargir la notion de travaux publics¹²³. G. Bigot

¹²¹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 342

¹²² Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869, 1^{ère} éd., tome I, p. 554 et Anselme-Polycarpe Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence ; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne ; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789 ; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique*, Paris, Cotillon, 1885-1894, 2^e éd., p. 395 : les deux pensent que le tribunal des conflits a rempli son rôle.

¹²³ Pour des exemples voir : Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., pp. 344 et 345.

cite encore la matière des dommages de travaux publics. Leur contentieux est l'objet de conflits entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. La première considère qu'il s'agit d'une atteinte au droit de propriété et qu'il y a dès lors lieu de leur appliquer la théorie de l'expropriation indirecte. L'autorité administrative rejette cette solution. Le Tribunal des conflits, comme sous la Monarchie de juillet décidera en faveur de la compétence administrative¹²⁴. Il cite encore la matière des fouilles des entrepreneurs. Le Tribunal des conflits va, en revanche, accorder certaines compétences à l'autorité judiciaire, en matière de chemins vicinaux et de délimitation du domaine public par exemple.

300. Le Tribunal des conflits a effectivement continué la jurisprudence de la commission du contentieux dans de nombreux domaines. Il a continué, ce qui est parfaitement logique, à protéger la compétence du juge administratif. Le Tribunal des conflits ne semble cependant pas avoir contribué à l'étendre outre mesure.

301. Avant l'apparition du Tribunal des conflits, il y a eu une lutte de compétence entre le Conseil d'Etat et l'autorité judiciaire à propos des agissements des entrepreneurs de travaux publics. Le Conseil prétend que les juges judiciaires ne peuvent connaître de ces agissements car cela suppose d'apprécier l'acte administratif par lequel l'autorité administrative a condé ces travaux aux entrepreneurs. Matériellement, cela n'a pourtant rien à voir. Il s'agit de juger de délits commis à l'occasion des travaux publics mais n'ayant rien à voir avec eux, tels que des destructions de récoltes, de clôtures ou des coupes d'arbres¹²⁵. Deux ordonnances rendues sur conflit, en 1846 et 1848 permettent de constater l'antagonisme certain qui exige alors en la matière¹²⁶. Dans ces deux affaires, le Conseil d'Etat oppose l'acte administratif à la compétence de l'autorité judiciaire.

¹²⁴ Pour des précisions sur ce point voir Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 347.

¹²⁵ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 322

¹²⁶ CE, conflit, Muller et autres 28 mai 1846 (R 46 332) et CE conflit Girard de Chateauvieux contre Pivert, 11 décembre 1848.

302. Le Conseil d'Etat admet seulement, dans une mesure très réduite, la compétence de l'autorité judiciaire pour les concessionnaires de travaux publics lorsqu'il ne s'agit pas « de travaux d'utilité publique, ni de l'interprétation des clauses du traité de concession, mais d'un simple dommage causé à une propriété particulière », en l'espèce, il s'agissait d'un dommage causé « par le défaut d'écoulement des rigoles du canal d'Aire à la Bassée » ainsi le Conseil juge que « l'appréciation et la fixation du dommage appartient aux tribunaux¹²⁷ ».

303. Le conflit intervient aussi à propos des dommages corporels. Dans une ordonnance rendue sur conflit du 23 avril 1840¹²⁸ le Conseil d'Etat affirme sa compétence pour connaître du dommage corporel d'un particulier ayant subi un accident de voiture suite à un défaut dans la chaussée. Les tribunaux estiment qu'aucun fondement légal ne permet à l'administratif de retenir sa compétence dans la mesure où le défaut d'entretien de la chaussée constitue un délit. « Avec raison¹²⁹ » estime G. Bigot puisque ce cas de figure ne rentre pas dans le champ d'application de la loi de 1828 qui est très restrictive quant à l'intervention de l'administration dans les procédures pénales. Pour l'autorité judiciaire, des coups et blessures involontaires n'ont rien à voir avec l'interprétation du cahier des charges des travaux, d'autant moins que les ouvriers ne sont pas poursuivis pour une atteinte à la propriété. Le Conseil utilise pourtant la théorie de l'acte administratif pour s'opposer à la compétence judiciaire. Si le fondement semble fragile du point de vue du raisonnement juridique, il n'est pas sans fondement. En effet, une affaire de 1847¹³⁰ montre, dans la même mouvance jurisprudentielle, les intentions de l'autorité judiciaire. Cette dernière entend soumettre l'administration au Code civil. La femme d'un ouvrier mort sur un chantier de travaux publics avait attaqué l'ingénieur en charge des travaux et l'Etat devant le juge judiciaire pour obtenir réparation. Le conflit est élevé par le préfet de la Seine au motif que le litige se rattache à l'exécution de travaux publics. L'autorité

¹²⁷ CE, Canal de l'Aire à la Bassée, 16 juin 1831 R. 31. 243).

¹²⁸ CE, conflit, Sauphar contre le Préfet de Seine-et-Oise, 23 avril 1840, R. 40. 133

¹²⁹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 326.

¹³⁰ CE, conflit, Brunet contre Morandière et l'Etat, 26 avril 1847, S. 1847. II. 493

judiciaire rejette le déclinatoire et fait apparaître sa vision du droit administratif. Elle le perçoit comme un droit d'exception ne pouvant trouver à s'appliquer qu'en vertu d'une loi particulière, qu'il s'agit donc d'interpréter strictement comme toute loi d'exception. Elle refuse l'idée d'un droit administratif général et rival du Code civil. Les articles sur la responsabilité extra contractuelle - 1382 à 1384 - doivent donc s'appliquer également aux particuliers et à l'administration, sauf loi contraire. Ainsi, dans un jugement du 23 décembre 1846 explique-t-elle « qu'il s'agit au procès des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil; (...) que ces articles sont applicables sans exception dans tous les cas où il y a dommage causé par le fait de l'homme; (...) que les agents de l'Etat et l'Etat lui-même, représenté par les différentes branches de l'administration publique, sont passibles des condamnations auxquelles peut donner lieu (ces articles)¹³¹ », ce dont le tribunal déduit qu'il est compétent pour connaître du litige. L'absence de lois d'attribution ou de réelle nécessité d'interpréter un acte administratif conduisent le juge à rejeter la compétence de l'administration.

304. Pour G. Bigot, la solution est autoritaire et sans originalité. Il explique que dans la mesure où « ce n'est pas le travail qui est en cause, mais la faute », la compétence administrative n'est pas justifiable par la théorie de l'acte administratif. Le Conseil va finalement, dans une décision de 1848, se soumettre au raisonnement de l'autorité judiciaire. Dans une décision sur conflit du 23 juin 1848¹³², il admet finalement l'application des articles du Code civil à un entrepreneur de travaux publics et même à une commune, la Ville de Marseille en l'espèce.

305. Le Conseil ne cédera pas en revanche quant à la responsabilité de l'Etat lui-même. Il rend de nombreuses décisions sur conflit pour mettre en échec la volonté judiciaire. L'autorité judiciaire est sans doute empreinte de l'esprit libéral de l'époque mais

¹³¹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 327

¹³² CE, conflit, Héritiers Boyer contre la Ville de Marseille, 23 juin 1848, S. 1848. II. 765

elle en oublie de prendre en compte les particularités de l'action administrative¹³³. Soumettre l'Etat à la responsabilité de droit commun ne va pas de soi. Les règles du Code civil ne correspondent pas aux exigences de l'intérêt général. La décision Depeyre¹³⁴ est révélatrice des risques que fait courir la compétence judiciaire à l'action administrative. Elle intervient à propos de la chute d'une poste-malle ayant causé un dommage à un administré. L'autorité judiciaire se saisit de l'affaire et déroule le fil des responsabilités. Elle met en cause le conducteur de la malle-poste, le postillon et l'administration pour sa gestion des transports du courrier : « le courrier a le droit comme le devoir de suspendre la marche et de l'arrêter suivant les circonstances; et il doit alors intimer ses ordres au postillon (...); attendu que l'administration générale des postes s'est aussi rendue responsable de cet accident par sa faute, son imprudence et sa négligence; qu'elle doit même supporter la plus grande part du dommage (...) ».

306. G. Bigot estime que les juges ordinaires ne « contestent (à aucun moment) » le droit pour l'administration de réglementer comme elle l'entend le service public postal. Or, la décision de la cour ne fait pas autre chose, à la fois indirectement mais aussi directement. Elle explique ainsi que « plus (l') administration obtient ou se crée de privilèges qui, par leur stricte et sévère exécution, peuvent compromettre la sûreté des citoyens, plus elle est tenue d'user de prudence, de prévoyance et de précautions pour éviter tout accident¹³⁵ » et encore que « sans quoi la vie et la sécurité de l'homme seraient, à chaque instant, compromises, sans recours contre les auteurs du dommage causé, et l'existence du citoyen serait alors moins appréciée que celle des animaux ou des machines qui l'écrasent¹³⁶ » avant de conclure que « c'est ce que ni l'intérêt privé, ni l'intérêt public ne sauraient commander et ce que l'humanité réprouve¹³⁷ ». La cour de cassation va généraliser la position de la Cour royale d'Agen en affirmant une fois encore que les

¹³³ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 331

¹³⁴ Cour Royale d'Agen, Administration des postes contre Depeyre, 24 avril 1843 (S. 1843. II. 476)

¹³⁵ Cour Royale d'Agen, Administration des postes contre Depeyre, 24 avril 1843 (S. 1843. II. 476)

¹³⁶ Cour Royale d'Agen, Administration des postes contre Depeyre, 24 avril 1843 (S. 1843. II. 476)

¹³⁷ Cour Royale d'Agen, Administration des postes contre Depeyre, 24 avril 1843 (S. 1843. II. 476)

articles du Code civil sont applicables sans exception. Elle estime que « s'il est prescrit aux tribunaux de s'abstenir de tout examen et de toute critique des règlements et actes administratifs, et des ordres compétemment donnés par l'administration, il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier (...) les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente, des règlements et ordres administratifs¹³⁸ ». La Cour de cassation va, par trois fois, prononcer sur le fondement du Code civil des condamnations de l'Etat¹³⁹. Le Conseil résistera sur conflit à propos du contentieux des retards dans la distribution du courrier. Dans une décision du 8 août 1844¹⁴⁰ il affirme que « il appartient à l'autorité administrative de prononcer sur les demandes qui tendent à constituer l'Etat débiteur ». Pour G. Bigot, la règle est « incontestablement autoritaire¹⁴¹ » et, comme l'a montré Chapus, sans réelle pertinence juridique.

307. Sans doute peut-on critiquer l'édifice juridique grâce auquel le Conseil d'Etat tente d'empêcher l'immixtion de l'autorité judiciaire dans le fonctionnement de l'administration. Il faut néanmoins souligner à quel point l'attitude de l'autorité judiciaire est invasive. Il est tout à fait évident que la loi des 16-24 août est violée par une jurisprudence qui prétend ne pas critiquer ou examiner des actes administratifs mais qui affirme en revanche la compétence de l'autorité judiciaire pour connaître des faits « résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente¹⁴² » de ces actes. D'une part, l'acte administratif et son exécution son bien souvent indissociable. Une mauvaise application peut révéler un mauvais acte, impossible ou difficile à exécuter. D'autre part et surtout, l'appréciation de la bonne exécution des actes fait partie intégrante

¹³⁸ Cr cass. ch. civ. Administration des postes contre Depeyre, 1er avril 1845, (S. 1845. I. 363).

¹³⁹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999, p., p. 334 : Cr. cass. ch. crim. Daullé contre Administration des postes, 3 juin 1843 (S. 1843. I. 937) ; Cr. cass. Administration des postes contre Normandin, 22 novembre 1848 (S. 1848. I. 700) ; Cour d'appel de Colmar, Administration des postes contre Turck, 25 janvier 1848 (S. 1849. II. 345).

¹⁴⁰ CE, conflit Dupart contre Perrin, 8 août 1844 (S. 1845. II. 58)

¹⁴¹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 335.

¹⁴² Décision précitée.

de l'action administrative. L'autorité judiciaire, en prétendant en connaître, en prétendant appliquer à l'administration les dispositions du Code civil, ne fait rien d'autre que de s'immiscer dans l'action administrative d'une façon qui remet en cause la loi des 16-24 août 1790. La réaction du Conseil d'Etat - à défaut d'être encore parfaitement construite - est logique et légitime. L'arrêt Depeyre est révélateur des intentions de l'autorité judiciaire est ces intentions sont logiquement combattues par l'autorité administrative.

308. De nombreuses décisions¹⁴³ révèlent l'opposition entre autorités judiciaire et administrative à propos de la responsabilité extracontractuelle de l'administration à la veille de la création du Tribunal des conflits. La théorie de l'Etat débiteur est à invoquée presque systématiquement par le Conseil d'Etat pour rejeter la compétence judiciaire mais les juges judiciaires maintiennent néanmoins leur jurisprudence, laissant le conflit ouvert sur cette question.

309. La jurisprudence des années ayant précédé la création du Tribunal des conflits est marquée par la volonté de l'autorité judiciaire d'éviter la création d'une compétence de droit commun du juge administratif. Elle entend limiter cette dernière aux lois d'exception régissant des domaines spécifiques. Elle combat ainsi les deux théories jurisprudentielles dont l'autorité administrative se sert pour justifier sa compétence en dehors des situations légales, la théorie de l'État débiteur et la théorie de l'acte administratif. La première consiste à estimer que l'État ne peut être rendu débiteur que par l'autorité administrative, excluant ainsi de la compétence judiciaire tous les litiges où serait engagée sa responsabilité. La seconde consiste à faire obstacle à la compétence judiciaire dès lors que l'interprétation où a fortiori l'examen de la validité d'un acte administratif sont en jeu. Les conflits de compétence vont notamment se cristalliser autour de la responsabilité extracontractuelle de l'administration. L'autorité judiciaire entend en effet appliquer en la matière les articles 1382 à 1384 du Code civil.

¹⁴³ CE, conflit, Legat contre le directeur général de l'Administration des postes, 9 février 1847 (S. 1847. II. 378) ; CE, conflit, 20 octobre 1846 ; CE, conflit Mouton et Naissant contre l'Etat et Hazard, 9 décembre 1845 (S. 1846. II. 156)

310. En matière de responsabilité du fait des travaux publics, l'autorité judiciaire utilise la notion d'expropriation indirecte en l'opposant à la loi du 28 pluviôse an VIII. Plusieurs situations donnent lieu à des conflits de compétence.

311. La question se pose tout d'abord de savoir si la loi du 28 pluviôse an VIII permet de maintenir la compétence du juge administratif en cas de crimes et délits. En effet, le Code pénal sanctionne de plusieurs années d'emprisonnement (articles 444 et 445 du Code pénal) les dommages faits aux récoltes et aux plantations des particuliers. Lorsque des entrepreneurs de travaux publics sont poursuivis pour de tels faits, le Conseil d'État s'oppose à la compétence judiciaire et élève le conflit, le rattachant aux travaux publics et à l'acte administratif organisant ces travaux. Ainsi, dans une décision du 31 mars 1847¹⁴⁴ rendue à propos d'agents chargés du redressement d'un chemin vicinal et ayant à cette occasion détruit des récoltes, des arbres et des clôtures d'un particulier, le Conseil d'État estime qu' « il y a lieu, préalablement au jugement, de reconnaître l'existence et la portée des ordres administratifs d'après lesquels les dits inculpés prétendent avoir agi, et que l'administration seule peut déterminer le sens et la portée de ses actes. » L'autorité judiciaire estimait pour sa part que le conflit ne pouvait être élevé en l'espèce, puisque les conditions posées par l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 n'étaient pas remplies. Le Conseil d'État a rendu plusieurs décisions en ce sens¹⁴⁵, opposant à la compétence judiciaire l'acte administratif. La responsabilité des entrepreneurs pour homicide ou coups et blessures involontaires est également une source de conflits.

312. Outre la situation de l'arrêt Depeyre, il existe divers domaines dans lesquels existent des luttes de compétence dont va hériter le Tribunal des conflits. Il existe des domaines dans lesquels la compétence est clairement établie. Ainsi, en matière de naufrage sur les cours d'eaux navigables, l'autorité judiciaire n'entend pas connaître de la responsabilité de l'État. Elle reconnaît « que la loi du 16 août 1790 a appelé les administrations des départements à veiller aux moyens de procurer le libre cours des eaux

¹⁴⁴ CE, Conflit, Puech contre Rozier et autres, 31 mars 1847 (R. 47. 173)

¹⁴⁵ CE, conflit, Girard de Châteauvieux/Pivert, 11 décembre 1848 (R. 48. 676) ; CE, conflit, Muller et autres, 28 mai 1846 (R. 46. 322)

(...) et que la loi du 29 floréal an X a confirmé cette attribution administrative (...) le Conseil de préfecture doit (par conséquent) prononcer sur les difficultés qui pourraient s'élever (en la matière)¹⁴⁶ ». Solution confirmée en Cassation¹⁴⁷. Le Conseil d'État adopte naturellement la même solution¹⁴⁸. L'autorité judiciaire, sûre de ses principes, ne s'oppose pas aux compétences qu'elle considère établies par la loi.

313. Elle entend cependant soumettre la puissance publique dans d'autres domaines. Dans une décision du 25 août 1845¹⁴⁹, la Cour de cassation juge de la responsabilité de l'administration des douanes suite à la faute d'un de ses préposés. Conseil d'État et Cour de cassation se sont encore opposés à propos de l'action entreprise par une veuve dont le décès du mari avait été causé par un soldat. Le Conseil d'État confirme le conflit élevé par le Préfet au nom de la théorie de l'État débiteur¹⁵⁰ tandis que la Cour de cassation entend que soit appliqué le Code civil. Il appartiendra donc au Tribunal des conflits de traiter des suites de l'affaire Depeyre dans tous les domaines où elles se manifestent.

Sous-Paragraphe 2. La réussite du Tribunal des conflits : protection de l'administration et avancées jurisprudentielles

314. Le Tribunal des conflits ne va pas réussir à rallier à son point de vue les autorités administratives et judiciaires. C'est ce qui constitue selon G. Bigot l'échec du premier Tribunal des conflits. Il hérite d'une situation tendue dans de nombreux domaines de la répartition des compétences et d'un point de vue institutionnel¹⁵¹ et il se contente, toujours selon Bigot, de réitérer la jurisprudence du Conseil d'État de la monarchie de Juillet. Pour

¹⁴⁶ Cour royale de Paris, 1^{ère} chambre, De Rotrou et autres contre Préfet de la Seine, 18 mai 1838 (S. 1838. II. 210)

¹⁴⁷ Cr. cass., De Rotrou et autres contre Préfet de la Seine, 3 juin 1840 (S. 1840 I. 624)

¹⁴⁸ CE, conflit, Carissey contre le Préfet du Haut-Rhin, 2 mai 1845 (S. 1845 II. 511)

¹⁴⁹ Cr. cass., Ch. civ., Valéry contre l'administration des douanes, 25 août 1845 (S. 1845 I. 1860)

¹⁵⁰ CE, conflit, 20 août 1847 (S. 1848 II. 172)

¹⁵¹ Grégoire Bigot, L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872, Paris, LGDJ, 1999, p. 342 : « Le discrédit dont le Tribunal va souvent faire preuve à l'endroit de l'autorité judiciaire n'est peut-être pas étranger à la façon dont celle-ci a été traitée par le gouvernement provisoire de la seconde République : c'est-à-dire sévèrement; le Ministre de la Justice, Crémieux, n'hésitant pas à pratiquer épurations et surveillances en direction des juges ».

Aucoc¹⁵² et Batbie¹⁵³, le Tribunal des conflits a, selon ces auteurs, réussi à rallier à son point de vue les jurisprudences des autorités administratives et judiciaires. Position personnelle : le Tribunal des conflits hérite en effet d'une situation délicate sur de nombreux points de la répartition des compétences. En effet, le Conseil d'État et la Cour de cassation ne respectent pas mutuellement leurs décisions. Cette situation, qui rappelle l'Ancien Régime, caractérise une forme d'échec de la répartition des compétences, puisqu'elle conduit à une rupture de l'unité de l'ordre juridique français. Pour autant, Bigot critique systématiquement le Tribunal des conflits pour son manque d'impartialité. Or, telle n'était pas sa mission au moment de sa création en 1848. Il était institué pour protéger la compétence de l'autorité administrative, et de ce point de vue là, on ne peut pas considérer qu'il ait échoué. On peut donc dire que l'institution d'un tribunal des conflits a été un échec dans la mesure où elle n'a pas conduit à une pacification de la répartition des compétences, mais que le tribunal des conflits institué a rempli la mission qui lui était confié et n'a donc pas échoué. Il faudra d'ailleurs toute la puissance de l'Empire pour faire abdiquer le juge judiciaire. Difficile, dès lors, de reprocher à une institution républicaine d'y avoir échoué. Au contraire, l'institution peut être créditée, malgré le contexte institutionnel et les velléités de l'autorité judiciaire, d'avoir su maintenir la jurisprudence administrative. Le rôle du ministre de la Justice est évidemment déterminant. La personnalité du ministre de l'époque est d'ailleurs parfaitement en accord avec cette mission puisque Crémieux est connu pour ses positions hostiles à une autorité judiciaire qu'il prendra le soin de soumettre à une épuration¹⁵⁴.

315. Dans de nombreux domaines, le Tribunal des conflits réitère la jurisprudence administrative. Ainsi, par exemple, l'autorité judiciaire prétendait, sous les régimes

¹⁵² Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869, 1^{ère} éd., tome I, p. 554.

¹⁵³ Anselme-Polycarpe Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence ; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne ; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789 ; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique*, Paris, Cotillon, 1862, 1^{ère} éd., p. 395.

¹⁵⁴ La nomination de Crémieux est donc aussi révélatrice de l'intention de créer un Tribunal des conflits « hostile » à l'autorité judiciaire.

précédents, juger des litiges relatifs aux constructions ou réparations d'églises, ce à quoi le Conseil d'État s'est toujours opposé. Le Tribunal des conflits se prononce sur cette question conformément aux solutions adoptées par le Conseil. Ainsi, une décision du Tribunal des conflits du 24 avril 1850¹⁵⁵ estime que ces travaux communaux sont des travaux publics sans le justifier outre mesure. Une autre affaire relative aux travaux communaux conduit le Tribunal des conflits, sur le rapport de Boulatignier, à réitérer cette solution¹⁵⁶. Le Tribunal des conflits, outre son application aux travaux communaux, a également étendu la qualification de travaux publics. Il l'a par exemple appliquée à des plans d'architecte¹⁵⁷ établis pour les travaux d'une église. Le Tribunal des conflits ne disqualifie que très rarement les marchés de travaux publics¹⁵⁸. Lorsqu'un tribunal civil se reconnaît compétent à propos du dommage causé par l'exhaussement d'une chaussée communale, le tribunal des conflits, dans la continuité de la jurisprudence du Conseil d'État, réaffirme la compétence de l'autorité administrative¹⁵⁹. Il en fait de même à propos de l'ouverture d'un chemin vicinal¹⁶⁰ (sans dépossession du sol) ou de l'établissement d'une fontaine communale, travaux qu'il qualifie de publics, ce dont il déduit la compétence administrative¹⁶¹.

316. Le Tribunal des conflits est également amené à connaître de la notion, forgée par la jurisprudence judiciaire, d'expropriation indirecte. Cette dernière en a, en effet, usé pour connaître des dommages permanents de travaux publics. Le Tribunal des conflits va se montrer particulièrement hostile à cette théorie. Sur le rapport de Boulatignier, il la rejette,

¹⁵⁵ TC, Roger contre commune d'Orgerval, 24 avril 1850 (S. 1850. II. 494)

¹⁵⁶ TC, Bergadieu contre la ville de Melun, 10 janvier 1851 (R. 51. 21) ; ou encore : TC, Mazet contre la ville de Melun, 18 novembre 1850, R. 50. 830)

¹⁵⁷ TC, Lauvernay contre la commune de Laselle-sur-Nièvre, 22 novembre 1851 (R. 51. 685)

¹⁵⁸ Pour des travaux relatifs à une église mais commandés par la fabrique de celle-ci, sans intervention de l'administration communale, sans adjudication et sans que les travaux soient financés par l'administration : TC, Preynat contre commune de Lavalla, 18 avril 1850 (R. 50. 369) ; ou encore : TC, Brun contre commune de Castries, 8 novembre 1851 (S. 152 II. 147) : les plans d'architecte relatifs à l'assèchement d'une carrière communale constituent un simple acte de gestion de la propriété communale et sont sans rapport avec la salubrité publique, ils peuvent donc être jugés par l'autorité judiciaire.

¹⁵⁹ TC, Pairet contre la ville de Vitry, 3 juillet 1850 (R. 50. 642)

¹⁶⁰ TC, Gauthier contre commune de Pezenas, 8 mai 1850 (S. 1850. II. 558)

¹⁶¹ TC, Chardy contre de Naut-le-Petit, 19 novembre 1851 (S. 1852 II. 156), similaire à CE, conflit, Vuillet contre commune de Bois-de-Gand, 23 juillet 1841

estimant que la compétence ne doit pas se déduire de la nature des dommages mais de celle des travaux¹⁶². Lorsqu'il ne constate pas la dépossession du fonds de la propriété, le Tribunal des conflits, à l'instar du Conseil d'État sous le régime précédent, refuse la qualification d'expropriation¹⁶³. Le Tribunal des conflits est largement favorable à la compétence administrative pour tous les dommages permanents de travaux publics¹⁶⁴. Il dénie également à l'autorité judiciaire la possibilité d'allouer une indemnité en cas de violation du droit de propriété¹⁶⁵. Il empêche également l'autorité judiciaire d'ordonner la cessation des travaux¹⁶⁶. En ce qui concerne la fouille des entrepreneurs, il favorise également la compétence administrative¹⁶⁷ en appliquant la loi du 28 pluviôse an VIII. Lorsqu'un délit est commis par les entrepreneurs de travaux publics, le Tribunal des conflits¹⁶⁸ oppose à l'autorité judiciaire la théorie de l'acte administratif et rejette sa compétence comme le faisait le Conseil d'État sous la Monarchie de juillet, de peur qu'à l'occasion du litige le juge n'interprète l'acte confiant les travaux.

317. Ces décisions peuvent sembler « intenable juridiquement¹⁶⁹ » et reposer sur une vision délibérément exagérée des nécessités de l'action administrative. Elle peuvent être perçue comme une simple volonté de favoriser « l'arbitraire administratif¹⁷⁰ ». Il s'agit là d'une vision quelque peu réductrice, et peut-être anachronique. Le Tribunal des conflits

¹⁶² TC, Thomassin et Besniard contre commune de Rémalard, 29 mars 1850 (S. 1850 II. 429). Ou encore : TC, Séjourné contre ville de Marseille, 29 mars 1850 (S. 1850 II. 430)

¹⁶³ TC, Mallez contre la ville de Valenciennes, 3 avril 1850 (R. 50. 330) ; TC, Papillon contre les départements de la Seine, 18 novembre 1850 (R. 50. 839)

¹⁶⁴ Perte de force motrice des usines : TC, De Mortemart contre l'État, 17 juillet 1850 (S. 1851 II. 63) ; TC, Héritiers Ser contre le département du Lot, 28 novembre 1850 (R. 50. 872). Pour l'inondation perpétuelle des propriétés jouxtant les cours d'eau ; TC, Martin, Merrier et consorts contre l'État, 23 décembre 1850 (S. 1851 II. 380) ; TC, Fizes contre l'État, 2 juillet 1851 (S. 1851 II. 748). Pour l'agrandissement d'un cimetière, TC, Manuel contre la ville d'Avignon, 3 juillet 1850 (R. 50. 644). Pour l'aggravation d'une servitude d'écoulement d'eau : TC, Chevalier contre l'État, 21 décembre 1850 (D. (?) 1851 III. 22).

¹⁶⁵ TC, D'Espagnet contre ville de Marseille, 28 décembre 1850 (S. 1851 II. 300) ou encore TC, Verelst contre commune de Bondy, 28 mai 1851 (S. 1851 II. 661).

¹⁶⁶ TC, De Brouquens contre ville de Paris, 29 avril 1850 (R. 50. 411) ou encore TC, Ajasson de Grandsagne contre l'État, 15 mars 1850 (S. 1850 II. 361)

¹⁶⁷ TC, Micé contre Chèvre et Saubona, 30 novembre 1850 (S. 1851. II. 303)

¹⁶⁸ TC, Leflon et Poulain, 8 mai 1850 (S. 1850. II. 556)

¹⁶⁹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 349.

¹⁷⁰ Expression par exemple très souvent employée par le professeur G. Bigot.

intervient dans une situation de tension accrue entre les autorités administratives et judiciaire. Dans sa jurisprudence sur les travaux publics, sans doute le raisonnement juridique est-il critiquable et sans doute est-il un subterfuge. Difficile de croire en effet que les membres du Tribunal des conflits estiment véritablement que l'examen d'un délit de destruction des récoltes induise directement l'interprétation de l'acte administratif de dévolution des travaux. En revanche, et le contexte permet de leur donner raison sur ce point, un tel examen pourrait permettre une telle interprétation par un simple abus de pouvoir du juge judiciaire. Ainsi, ce dernier est-il allé, dépassant ses pouvoirs, jusqu'à vouloir détruire des ouvrages publics à l'occasion de litiges relatifs à des dommages causés par ces derniers. Le juge judiciaire est hostile à la juridiction administrative, il n'est donc rien qui permette de penser qu'il se contentera de rester dans les bornes de sa compétence quelque soit le cadre du litige qui lui est confié. La méfiance et le conservatisme de la jurisprudence du Conseil d'Etat puis du Tribunal des conflits se justifient donc parfaitement. Il ne s'agit pas d'imposer un arbitraire administratif - et l'expression est tout à fait ambiguë - mais de protéger la compétence du juge administratif et donc l'indépendance de l'administration dans le cadre de son action. Par ailleurs, nombre de décisions montrent que les solutions du Tribunal des conflits ne sont pas systématiquement hostiles à la compétence judiciaire. Quand il lui semble que la jurisprudence est suffisamment claire ou apaisée dans une matière, il ne s'attaque pas à la compétence judiciaire. Il ne peut être accusé de rogner sur cette dernière. Il se contente de protéger la compétence administrative quand il l'estime nécessaire. En matière de chemins vicinaux, le Tribunal des conflits accepte par exemple que l'autorité judiciaire connaisse d'une action possessoire à condition que n'en résulte que l'allocation d'une indemnité¹⁷¹. Il confirme également la jurisprudence admise tant par l'autorité administrative que par l'autorité judiciaire qui pose que le classement d'un chemin sur la liste des chemins ruraux n'empêche pas qu'il soit déclaré propriété privée d'un particulier par les tribunaux judiciaires¹⁷². Ne se manifestent pas, dans ces solutions, un arbitraire administratif excessif

¹⁷¹ TC, Bellonis et de Latude contre la commune de Pomerols, 24 juillet 1851 (R. 51. 522)

¹⁷² TC, Delert contre commune de Couze, 27 mars 1851, (S. 1851. II. 454).

qui chercherait à étendre indistinctement la compétence administrative. Les solutions du Tribunal des conflits sont à la mesure de la crainte qu'à l'autorité administrative des velléités d'empiètement des tribunaux judiciaires. Cette crainte est parfois justifiée, parfois exagérée, parfois même sous-estimée. Elle varie selon les matières. Lorsque G. Bigot¹⁷³ se demande si c'est « en toute objectivité » que le juge des conflits rend ses décisions, il adopte donc une grille d'analyse contestable.

318. Il est naturel que l'autorité judiciaire ait le plus souvent le droit de son côté dans la mesure où la démarche administrative est une démarche de soustraction au droit commun. Pour autant, la répartition des compétences n'est jamais exempte de considérations politiques (c'est-à-dire extra-juridiques, il peut s'agir d'une simple politique jurisprudentielle). Une affaire de 1849 concernant la délimitation d'une rivière donne l'occasion au juge judiciaire d'estimer qu'il y a lieu de distinguer entre la délimitation du domaine public et la propriété des alluvions. La délimitation relevant de la police de l'administration relative à son domaine, la compétence pour les litiges y afférent est laissée à l'ordre administratif. En revanche, l'autorité judiciaire estime que le droit de propriété sur les alluvions implique la compétence judiciaire, au moins pour l'allocation d'une indemnité, ce qui semble conforme à la jurisprudence du Tribunal dans d'autres domaines, tel celui des chemins vicinaux¹⁷⁴. Deux positions inconciliables, la question de compétence ne se posant que lorsque pouvoir de police domaniale et droit de propriété sont en conflit. L'autorité judiciaire réclame ainsi le droit de prononcer une indemnisation. Le Tribunal des conflits lui dénie cette compétence¹⁷⁵, une solution qu'il a l'occasion de répéter maintes fois¹⁷⁶. Sa jurisprudence se révèle protectrice du droit de délimitation des cours d'eau navigables. En cela, le Tribunal des conflits s'aligne là encore sur la jurisprudence

¹⁷³ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 351.

¹⁷⁴ TC, 20 mai 1850, Fizes contre l'Etat (prec.)

¹⁷⁵ TC, Vignat contre l'Etat, 3 juin 1850 (R. 50. 544)

¹⁷⁶ TC, Desmarquet contre l'état, 20 mai 1850 (S. 1850. II. 552) ; TC, Deherryon contre l'Etat, 3 avril 1850 (S. 1850. II. 488) ; TC, Magnin et Tronchon contre l'Etat, 30 juillet 1850 (S. 1851. II. 124) ; TC, De Béthune contre l'Etat, 5 novembre 1850 (R. 50. 797)

du Conseil d'Etat¹⁷⁷. Il a pu également l'étendre à la délimitations des routes¹⁷⁸ (Bigot dit « royales » : pourquoi?).

319. Revenant sur une solution judiciaire, le Tribunal des conflits va estimer que les concessions de plage ne constitue pas de simples actes de gestion et affirmer à leur égard la compétence de la juridiction administrative¹⁷⁹. Il soumet également le contentieux de la gestion du domaine au juge administratif¹⁸⁰. Cependant le Tribunal des conflits réserve à l'autorité judiciaire la possibilité d'attribuer une indemnité¹⁸¹. En la matière, les solutions semblent en définitive plus cohérentes que celles qui avaient cours sous la Monarchie de Juillet. D'ailleurs, Bigot en fournit une explication¹⁸². Il met en effet en lumière que, lorsqu'il s'agit de cours d'eau, les particuliers prétendent prendre possession de terrains qui font logiquement partie du domaine public tandis qu'en matière de dépossession par l'administration, comme dans le cas des voies de communication, les particuliers sont en position de défense et ne demandent que des indemnités¹⁸³. Là encore, le Conseil suit les traces du Conseil d'Etat de la Monarchie de Juillet¹⁸⁴.

320. Les solutions du Tribunal des conflits sont donc conservatrices dans certains domaines, en vue de maintenir les solutions difficilement établies par le Conseil d'Etat dans le difficile contexte de la Monarchie de Juillet et des revendications véhémentes de l'autorité judiciaire. Il a également continué, dans le sillon du Conseil d'Etat, d'être attentif au respect de la procédure d'élévation du conflit. Refus de recevoir un arrêté de conflit

¹⁷⁷ CE, conflit, Guyot contre Foulon, 28 mars 1838, (S. 1839. II. 59) ; CE, conflit, Le Menuet et autres contre l'Etat, 23 juin 1841, (S. 1841, II. 499) ; CE, conflit, Neuville et autres contre l'Etat, 15 décembre 1842 (S. 1843. II. 109) ; CE, conflit, De Calvimont contre l'Etat, 27 août 1846, (S. 1847. II. 60)

¹⁷⁸ TC, Saintourens contre commune de Tartas et l'Etat, 29 juillet 1851 (S. 1852. II. 73) ; TC, Auguy contre l'Etat, 27 février 1851, (R. 51. 133), conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat du régime précédent : CE, conflit, Bourguignon contre l'Etat, 2 » décembre 1845 (précité par Bigot, chercher).

¹⁷⁹ TC, De Gouvello contre le domaine de l'Etat, 1er juillet 1850, (S. 1850. II. 677)

¹⁸⁰ TC, Fioupou contre Hibert, 7 mars 1850, (R. 50. 219)

¹⁸¹ TC, Fizes, contre l'Etat, 20 mai 1850, (S. 1850. II. 553)

¹⁸² Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 354-355.

¹⁸³ Pour d'autres exemples : TC, Etat contre la ville de Marseille, 23 avril 1851 (R. 51. 288) ; TC, Commune de Lattes contre l'Etat, 22 mai 1850 (S. 1850. II. 616) ;

¹⁸⁴ CE, conflit, Bouyron contre l'Etat, 30 mai 1845 (S. 1845. II. 573)

après le délai de quinze jours¹⁸⁵, rejet d'un conflit relatif au défaut d'autorisation pour les poursuites contre les agents du Gouvernement¹⁸⁶ ou du conflit élevé avant la décision du tribunal sur le déclinatoire¹⁸⁷, ou qu'un moyen d'incompétence remplace le déclinatoire de compétence¹⁸⁸, le Tribunal des conflits se montre aussi rigoureux que son prédécesseur.

321. Il a cependant également procédé à des concessions ou au maintien de décisions favorables à l'autorité judiciaire. Non pas par faiblesse vis-à-vis des tribunaux mais parce qu'il estimait que les nécessités administratives le permettaient. Difficile dans ces conditions de le qualifier d'organe maniant systématiquement l'arbitraire. Il a ainsi maintenu la compétence des tribunaux en matière de contributions indirectes¹⁸⁹. Il a ensuite transféré le contentieux de la confection des listes d'électeurs et notamment la contestation d'un refus d'inscription de la compétence administrative à la compétence judiciaire¹⁹⁰, laissant ainsi à cette dernière un contentieux éminemment politique mais ne mettant pas en jeu l'action administrative à proprement parler.

322. Il use également de la notion d'actes de gestion, entraînant la compétence judiciaire. Ainsi, ne remet-il pas en cause ni la compétence judiciaire en matière d'adjudications de bien nationaux¹⁹¹, ni la qualification de contrat de droit privé de la vente d'une église par une commune¹⁹², ni la qualification de contrat privé du contrat d'affermage des biens de l'administration à un particulier¹⁹³. En matière de partage des biens communaux, il remet également en cause la jurisprudence administrative. Il remet à

¹⁸⁵ TC, Lovis contre Boulier, 7 mars 1850, (R. 50. 215) ; TC, Hamard contre Margerie, 3 juillet 1850 (R. 50. 645)

¹⁸⁶ TC, Cendrier, 29 avril 1851 (R. 51. 303)

¹⁸⁷ TC, Petit contre commune de Chanteloup, 7 mars 1850 (S. 1850. II. 354) ; TC, Willay contre l'administration des postes, 14 mars 1850 (R. 50. 239)

¹⁸⁸ TC, Ricardi et Juanollo contre l'Etat, 12 juin 1850, (R. 50. 570) ; TC, Broutta contre l'Etat, 5 novembre 1850.

¹⁸⁹ TC, Moreau et Cie, 30 mai 1850 (R. 50. 538)

¹⁹⁰ TC, Pérée contre Patural, 18 novembre 1850 (R. 50. 831)

¹⁹¹ TC, Héritiers Frères et Boutin, 20 mai 1851, (R. 51. 374) ; TC, Médard-Presson contre l'Etat, 17 novembre 1851 (S. 1852. II. 150)

¹⁹² TC, Dame Vernaison contre la commune d'Avril-sur-Loire, 2 mai 1850 (R. 50. 414)

¹⁹³ TC, Ucciani et consorts contre Bocognano, 10 janvier 1851 (S. 1851. II. 378)

l'autorité judiciaire le contentieux des conditions d'aptitude à l'affouage¹⁹⁴. Il est d'ailleurs suivi par le Conseil d'Etat¹⁹⁵. Le Tribunal des conflits maintient la compétence judiciaire sur les litiges relatifs à l'application des tarifs entre les particuliers et les concessionnaires¹⁹⁶. Il décide en revanche en faveur de la compétence administrative à la faveur de la qualification de contrats administratifs des baux de bac de passage¹⁹⁷. Il invalide en revanche la jurisprudence administrative relative au bail d'octroi¹⁹⁸ et faisant de la diminution des prix du bail une question liée à l'interprétation de ce dernier. Si la jurisprudence en matière de baux reste fluctuante à l'époque, on ne peut accuser le Tribunal des conflits de favoriser l'arbitraire en la matière.

323. En ce qui concerne la question extrêmement sensible de la responsabilité extracontractuelle de l'administration, la jurisprudence du Tribunal des conflits est qualifiée par G. Bigot de « transactionnelle ». En effet, elle s'efforce de restreindre les prétentions judiciaires mais ne parvient pas à les éteindre au profit d'une compétence générale de l'autorité administrative. Là encore, le Tribunal des conflits doit intégrer sa jurisprudence à une situation tendue où les tribunaux ne respectent pas les solutions administratives. Sa réduction du champ de la jurisprudence Depeyre constitue une avancée en faveur de la protection de l'administration. Elle est, en ce sens, une réussite. Le Tribunal des conflits n'écarte pas explicitement l'application de la loi du 28 pluviôse an VIII mais admet que la responsabilité des entrepreneurs de travaux publics puisse être engagée devant l'autorité judiciaire en application du Code civil pour les dommages corporels qu'ils causent lorsque « aucun ordre ni (...) aucun acte émané de l'administration, dont l'interprétation préalable serait nécessaire pour l'appréciation du fait sur lequel repose la demande¹⁹⁹ ». Dans une décision du 17 avril 1851²⁰⁰, le Tribunal des

¹⁹⁴ TC, Caillet contre commune de Baissey, 10 avril 1850, (S. 1850. II. 487) ; ou encore TC, Pierret et Fosty contre la commune de Thonne-la-Long, 12 juin 1850, (R. 50. 571)

¹⁹⁵ CE, commune d'Amble contre Bertaux et autres, 21 décembre 1850 (S. 1851 II. 292) ; CE, Septier de Rigny contre commune de Noaly, 21 décembre 1850 (S. 1851. II. 293)

¹⁹⁶ TC, Astugue contre Sautiron, 9 mai 1851, (S. 1851. II. 580)

¹⁹⁷ TC, Perriat contre l'Etat, 7 novembre 1850 (S. 1851. II. 121)

¹⁹⁸ TC, Gombard contre ville d'Allais, 8 novembre 1851 (S. 1852. II. 250)

¹⁹⁹ TC, Amy contre Dussaud et autres, 2 juillet 1851 (S. 1851. II. 815)

conflits, renforçant la compétence administrative par rapport à la jurisprudence du Conseil d'Etat²⁰¹, avait cependant estimé que la loi du 28 pluviôse an VIII faisait obstacle à la compétence judiciaire dans le cadre de la mise en jeu de la responsabilité de la ville de Marseille en matière de travaux publics. Le Tribunal des conflits limite donc la compétence judiciaire à la faute entraînant des dommages corporels²⁰². Il refuse ainsi que l'Etat soit condamné sur la base du Code civil pour les dommages matériels causés par les ouvriers de ateliers nationaux²⁰³.

324. Au-delà des travaux publics, la question de la responsabilité extracontractuelle de l'administration se pose également à propos des services publics. Le Tribunal des conflits refuse que l'administration soit jugée en application du Code civil mais elle admet de que ses entrepreneurs ou ses agents le soient. Ainsi se plie-t-il à la jurisprudence Depyre à propos de la perte d'une lettre par l'administration des postes. Il accepte en effet que le directeur de la poste aux lettres soit poursuivi devant les tribunaux judiciaires pour sa responsabilité personnelle : « en ce qui touche l'action dirigée contre le sieur Fourché, comme personnellement responsable : considérant que cette action est appuyée sur l'allégation des faits qui seraient imputables à ce fonctionnaire, et qu'il n'apparaît pas que l'application de cette allégation soit de nature à entraîner l'examen ou la discussion des règlements ou des actes administratifs; qu'il suit de là que l'action a été compétemment portée devant les tribunaux civils²⁰⁴ ». Il refuse en revanche²⁰⁵ que soit ainsi mise en cause la responsabilité de l'administration pour le fait de ses commettants au motif que cela « dépend du point de savoir si le fait imputé aurait été commis dans l'exercice des

²⁰⁰ TC, Rougier contre ville de Marseille, 17 avril 1851 (S. 1851. II. 461)

²⁰¹ CE, conflit, Héritiers Boyer contre la ville de Marseille, 23 juin 1848 (S. 1848. II. 765)

²⁰² L'idée générale semble donc être, en définitive, le lien avec un acte administratif.

²⁰³ TC, Chalande contre l'Etat, 30 mai 1850 (S. 1850. II. 511) ; ou encore : TC, Pamard, de Pontmartin et consorts contre l'Etat, 24 juillet 1851 (R. 51. 521) : refus relatif à l'écoulement des latrines d'une caserne préjudicant à des tiers.

²⁰⁴ TC, Lavigerie et Demorieux contre Fourché et l'administration des postes, 20 mai 1850 (S. 1850. II. 620)

²⁰⁵ Logiquement contrairement à ce qu'affirme le professeur G. Bigot, qui s'en étonne.

fonctions auxquelles sont préposés les employés de cette administration; que ce n'est que par l'examen des règlements administratifs (...) qu'il est possible de déterminer dans quel cas l'agent de cette administration doit être réputé avoir fait un acte dépendant de ses fonctions, et susceptible d'être couvert par la responsabilité de l'administration²⁰⁶ ». Le Tribunal des conflits n'invoque donc pas la théorie de l'Etat débiteur mais se fonde sur celle de l'acte administratif. C'est ce qui lui permet de dissocier les deux types de responsabilité. Il s'agit donc d'une jurisprudence très élaborée. L'autorité judiciaire refuse néanmoins de se plier à la solution du Tribunal des conflits malgré ses réitérations²⁰⁷.

325. G. Bigot s'interroge (thèse p. 365) : « comment les tribunaux feraient-ils intrusion dans l'administration active en prenant connaissance de règlements dont ils n'entendent pas juger s'ils sont oui ou non susceptibles d'avoir provoqué la faute ? ». Il oublie ainsi que le juge judiciaire est toujours enclin à abuser de sa compétence et qu'il ne s'agit pas tant de savoir si il est logique qu'il puisse connaître d'un litige au regard de la seule question de droit posée mais si une telle compétence présente des risques d'intrusion, par ou au-delà de la question de droit, dans l'action administrative. Chaque question de compétence doit en effet être pensée au-delà de la simple question de droit posée au juge.

326. La décision Caillau a été considérée par René Chapus dans sa thèse comme « la plus importante évolution qui se soit produite en matière contentieuse administrative²⁰⁸ » car elle vise les lois de 1790 et de fructidor an III pour en faire des lois d'attribution à portée générale et plus seulement des loi d'interdiction. Pour G. Bigot²⁰⁹ le lien entre ces

²⁰⁶ TC, Caillau et autres contre l'administration des postes, 7 avril 1851 (S. 1851. II. 583)

²⁰⁷ TC, Leclerc contre l'Administration des postes, 28 novembre 1850 (S. 1851. II. 302) ; TC, Letellier contre l'Administration des postes, 17 juillet 1850 (R. 50. 693) ; TC, Manoury contre l'Administration des postes, 20 mai 1850 (S. 1850. II. 618) ; TC, Lagarrigues contre l'Administration des postes, 20 mai 1850 (S. 1850. II. 620). De même répètera-t-il la partie de la solution consistant à admettre la compétence judiciaire lorsque l'action n'est dirigée que contre l'agent et pas contre l'administration elle-même : TC, Gounaud et Piquiot contre Lutinsky, 9 mai 1851 (S. 1851. II. 582) ou lorsque l'action est fondée sur une loi spécifique : exemple de la loi du 27 prairial an IX TC, Dion-Lambert contre l'administration des postes, 30 mai 1850 (R. 50. 510) Le Tribunal des conflits n'écarte donc pas arbitrairement les lois d'attribution en faveur de la compétence judiciaire.

²⁰⁸ René Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, LGDJ, 1957, p. 56.

²⁰⁹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 368.

dispositions et une compétence générale ne serait fait que par le Conseil d'Etat du Second Empire. Il est vrai, comme le signale ce dernier, que le Tribunal des conflits n'en est pas encore à exclure explicitement l'application des articles du Code civil. D'ailleurs, la jurisprudence judiciaire continue d'appliquer ces dispositions à l'administration²¹⁰. Comme le signale encore G. Bigot, le contexte est donc extrêmement difficile pour le Tribunal des conflits et il n'a pas l'aura dont bénéficiera le Conseil d'Etat au retour de l'Empire. On ne saurait dès lors, parler d'échec pour le Tribunal. Il a montré la voie au Conseil, il a continué à affirmer la compétence administrative tout en abandonnant la théorie de l'Etat-débiteur qui connaissait trop d'exceptions pour en être un fondement raisonnable.

327. Certes le Tribunal des conflits n'a pas été un organe extrêmement spécifique et l'association des deux ordres dans le même organe ne semble pas avoir été décisive. Cependant, le contexte institutionnel lui commandait de ne pas l'être. Il lui demandait au contraire d'être non pas impartial mais administratif et le contexte matériel de la répartition des compétences l'obligea à opérer des compromis.

328. La répartition des compétences juridictionnelles a toujours été le fruit d'un échange entre le pouvoir administratif et l'autorité judiciaire. Cet échange a pris des formes multiples. Il est soumis à la variation de multiples paramètres. Matériellement établie par le Conseil d'Etat depuis l'Empire, elle dépend donc des rapports de ce dernier avec le pouvoir exécutif. Elle dépend donc également des volontés du pouvoir exécutif qui peut y être plus ou moins attentif. Le Conseil d'Etat, par ses fonctions, y est, lui, toujours attentif et marque ainsi la continuité de la matière. Pour autant, ses décisions doivent prendre en compte les résistances de l'autorité judiciaire dans une mesure qui dépend de la place de cette dernière dans l'ordre juridique. Cette dernière varie évidemment selon le régime. Le premier Tribunal des conflits intervient dans un contexte où, pour reprendre l'expression de G. Bigot dans sa thèse, les antagonismes sont exaspérés. L'autorité judiciaire refuse souvent de se plier aux décisions du Conseil d'Etat. Le passage

²¹⁰ Cour royale de Paris, Vandermark contre l'Administration des postes, 6 août 1850 (S. 1850. II. 403)

à la République et l'instauration de la justice déléguée auraient pu venir à bout des prétentions administratives sur la répartition des compétences. Le Tribunal des conflits c'est assuré que ce ne soit pas le cas. Cependant, il a aussi continué l'œuvre dialectique de la répartition des compétences et su faire place aux idées judiciaires dans certains domaines. Ainsi, il se place pleinement dans la tradition méthodologique du Conseil d'Etat qui, lui non plus, n'a jamais complètement ignoré les prétentions judiciaires.

Conclusion du chapitre

329. Le Tribunal des conflits de 1848 a un caractère administratif voulu. C'est manifeste à l'étude de son office et tout particulièrement au regard des compétences de tempérament de la nouvelle indépendance du Conseil d'Etat qui lui sont attribuées. C'est également visible à sa composition à travers la présidence du Ministre de la justice.

330. Ses caractéristiques principales sont expliquées par ce caractère administratif voulu. Ses caractéristiques secondaires sont expliquées par le contexte dans lequel se situe la justice administrative.

331. Un contexte de garanties qu'il faut concéder afin de pouvoir survivre aux volontés politiques de réforme et pour se détacher de la qualité d'institution liée à l'Empire napoléonien. Le Tribunal des conflits va donc être le lieu de la création de la garantie la plus originale : cette forme de parité dégradée, cette parité de participation consistant à inclure dans la composition du Tribunal des membres de la Cour de cassation. Cette parité qui n'en est pas une n'est en aucun cas un principe directeur du fonctionnement du Tribunal des conflits au moment où il est créé.

332. La mission du Tribunal des conflits de 1848 est réussie. Il va se comporter comme un organe administratif en charge du conflit d'attribution.

333. Comme le Conseil d'Etat, il va à la fois maintenir la jurisprudence nécessaire à la protection de l'administration mais aussi la faire évoluer quand cela est possible. C'est donc bien un organe administratif que l'on observe lorsque l'on étudie l'institution de 1848, son fonctionnement et son œuvre jurisprudentielle le démontre.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

334. L'étude du Tribunal des conflits créé en 1848 a montré que ce qui avait été créé était un corps administratif.

335. Il ne s'est jamais agi de créer un organe indépendant, ni de nier la nature avant tout politique de la mission du Tribunal des conflits.

336. Il est une conséquence indirecte, par ricochet, de l'arrivée du monocalaméralisme. Le monocalaméralisme doit être tempéré par la modification des attributions du Conseil d'Etat. Le conflit est retiré au Conseil d'Etat précisément parce que considéré comme une des missions de nature administrative de ce dernier. Il est décidé de créer un nouvel organe, qui sera donc administratif.

337. Est ensuite décidé de donner des gages qu'il n'y aura pas d'abus dans ce corps administratif qui va être créé, c'est dans la logique du mouvement de la justice administrative depuis la Restauration, en instaurant la participation des membres de la cour de cassation, ce qui n'est pas totalement inédit. De surcroit, on compte sur le Tribunal des conflits pour tempérer le passage à la justice déléguée et pour prévenir ainsi les abus de la justice administrative.

338. Si le rôle administratif extérieur aux conflits se révélera complètement illusoire, le caractère administratif de l'organe se manifera cependant parfaitement et très logiquement dans sa jurisprudence sur conflit d'attribution. Celle-ci se place parfaitement dans la continuité avec celle du Conseil d'Etat qui se chargeait des conflits avant lui. Il est donc bien pensé comme un corps administratif. Les motifs structurels de la nature administrative du Tribunal des conflits seront encore d'avantage visibles dans l'étude de l'institution de 1872.

TITRE SECOND.

LE TRIBUNAL DES CONFLITS CREE EN 1872

339. L'apparition du Tribunal des conflits en 1872 est naturellement moins étonnante que celle de l'organe de 1848. Il lui manque en effet la nouveauté. Pour autant, la comparaison entre les deux occurrences de l'apparition du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français est riche d'enseignements. En 1872, le Tribunal des conflits est perçu comme un organe lié au retour du régime républicain et au système de la justice déléguée. Il est encore une fois, comme son prédécesseur, marqué par les deux mouvements qui traversent l'histoire des conflits d'attribution, l'intégration au système administratif et la juridictionnalisation de leurs modes de résolution. Plus encore qu'en 1848, le Tribunal des conflits de 1872 est pensé par ses créateurs comme un organe d'équilibre et de compromis.

340. Compromis entre les volontés de l'Assemblée et du Gouvernement et relatifs au degré d'intégration au système administratif. Le Tribunal des conflits est ainsi réformé, dans sa composition et ses modes de fonctionnement.

341. Pour autant, et à cet égard, l'étude du Tribunal des conflits de 1872 est plus révélatrice que celle de celui de 1848, le caractère administratif va rapidement prévaloir. Tandis que cette prévalence était largement esirée par les constituants de 1848, elle est beaucoup plus structurelle, beaucoup moins volontaire et, partant, beaucoup plus marquante en 1872.

342. L'inertie administrative, la puissance que tirent les institutions administratives de l'efficacité de l'action administrative apparaît très clairement dans la pratique du Tribunal des conflits à partir de 1872. Les éléments du compromis visant à l'équilibre sont très vite abandonnés et l'œuvre jurisprudentielle du Tribunal des conflits se fait immédiatement révélatrice du caractère matriciel de la domination du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire qu'a connu le Second Empire. Le système institutionnel administratif français est en place, héritier de la victoire définitive du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire

durant le Second Empire. Le Tribunal des conflits fait partie de ce système institutionnel. Cela transparaît tant dans les motifs de sa création (Chapitre 1) que dans les caractéristiques (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les motifs de la création du Tribunal des conflits de 1872

343. Deux facteurs peuvent être identifiés durant la période du Second Empire comme ayant contribué à la réapparition du Tribunal des conflits. D'une part, la matière des conflits s'apaise sous l'effet de la domination du Conseil d'Etat qui bénéficie du retour à l'Empire, ce qui lui permet d'imposer ses solutions mais aussi d'instaurer un certain dialogue avec l'autorité judiciaire. D'autre part, le retour à la République engendrera le retour du Tribunal des conflits, considéré comme une garantie républicaine.

344. Le lien fondamental entre le Tribunal des conflits créé au moment de la Troisième République et le Conseil d'Etat du Second Empire, c'est la jurisprudence administrative développée par ce dernier dans les dernières années du régime. Le Tribunal des conflits n'a aucune raison de ne pas se situer dans la continuité matérielle de cette dernière tant l'oeuvre est remarquable. Ainsi, si les prémisses du Tribunal des conflits de 1848 sont à chercher principalement dans des motifs structurels et institutionnels, en 1872 c'est dans la jurisprudence au premier titre qu'il faut chercher les motifs de la marquera de la continuité entre les régimes politiques.

345. Le Second Empire est ainsi tout d'abord une période d'apaisement de la matière des conflits d'attribution grâce à la domination du Conseil d'Etat. Cet apaisement constituera le facteur matériel central de la réapparition du Tribunal des conflits (Section 1).

346. La fin du Second Empire est enfin celle de la consécration des idées républicaines. Le Tribunal des conflits sera de nouveau créé pour répondre au besoin institutionnel de restreindre les pouvoirs du Conseil d'Etat car il est perçu par les républicains comme une garantie dans le traitement du conflit nécessaire à l'instauration de la République (Section 2).

Section 1. L'apaisement des conflits, facteur matériel de réapparition du Tribunal des conflits

347. L'apaisement de la matière des conflits d'attribution a plusieurs causes et un moyen principal : le recours pour excès de pouvoir (Paragraphe 1). Ce dernier va en effet permettre dans certains domaines contentieux de mettre un terme aux conflits. L'apaisement des luttes de compétence se manifeste également par l'établissement de jurisprudences stables dans des domaines contentieux importants, tel que celui des travaux publics ou de la gestion des domaines public et privé de l'Etat (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Causes et moyens de l'apaisement des conflits d'attribution

348. La libéralisation du régime est particulièrement marquée à partir des années 1860 et le contentieux administratif la reflète parfaitement (Sous-paragraphe 1). Elle est permise par une réelle indépendance du Conseil d'Etat dans son fonctionnement, vis-à-vis de l'Empereur, dont c'est la volonté (Sous-paragraphe 2). Le recours pour excès de pouvoir est utilisé par le Conseil d'Etat et parvient à éteindre les luttes de compétences dans certains domaines contentieux (Sous-paragraphe 3).

Sous-paragraphe 1. Apaisement et libéralisation : des tendances générales reconnues

349. Il se produit, surtout à partir de 1863 un tournant libéral dans la jurisprudence administrative. Il se manifeste principalement par l'ouverture du recours pour excès de pouvoir et la soumission de nouveaux actes administratifs au contrôle du Conseil d'Etat. Ce dernier développe une posture particulièrement intéressante puisqu'il se fait le garant de l'efficacité du régime impérial en matière administrative et, dans le même temps, son surveillant le plus assidu au contentieux. Il soutient l'arbitraire impérial dans la marche de l'administration et dans son rôle de conseil pour l'élaboration des lois mais il s'efforce de

limiter cet arbitraire dans sa jurisprudence²¹¹. Cette dualité paraît difficile à tenir mais elle renvoie finalement à l'attitude du Conseil d'Etat du Premier Empire. Il s'agit d'organiser, de rationaliser le pouvoir afin d'en assoir la légitimité. Ce faisant, la justice administrative et le Conseil d'Etat assoient leur propre légitimité.

350. Besnard peut ainsi expliquer qu'en tant « qu'instrument de gouvernement le Conseil d'Etat représente en effet, à cette époque, un élément d'autoritarisme, destiné à maintenir, défendre, voire même développer les prérogatives du pouvoir impérial dont il ne fait que traduire la politique (...)»²¹² ».

351. Tandis que « comme organe de contrôle juridictionnel, il apparaît au contraire comme un agent de libéralisme, appelé à définir, protéger, éventuellement même à sauver les droits des citoyens contre les entreprises illégales de l'administration impériale dont il s'instaure le contrôleur²¹³ ».

352. La libéralisation de la jurisprudence administrative est reconnue par tous. Ainsi Reverchon (cité par Aucoc) explique que « nous ne saurions trop approuver l'esprit général qui anime cette éminente juridiction, l'élévation et le judicieux libéralisme de ses décisions en ce qui touche le fond même des affaires sur lesquelles elle est appelée à statuer²¹⁴ ». Elle commence, selon Laferrière, à partir de 1860. Il explique en effet que « pendant les premières années de l'Empire et jusque vers 1860, la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière contentieuse (...) n'avance ni ne recule (...). Il en fut autrement à partir de 1860²¹⁵ ».

²¹¹ Ainsi G. Bigot explique t il que, (*L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 382) : « Par l'intermédiaire de la justice administrative, le césarisme du pouvoir impérial s'apparente heureusement à un autoritarisme éclairé ».

²¹² Jean-Marcel Besnard, *Le Conseil d'Etat du Second Empire*, Paris, S.I., 1943, p. 5.

²¹³ Ibid., p. 5.

²¹⁴ Besnard p 239 Léon Aucoc, *De la justice administrative en Franc*, Moniteur universel, 1864, p 1077 où il cite Reverchon.

²¹⁵ Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887, 1^{ère} éd., vol. 1, pp. 257-259

353. L'une des étapes importantes de cette libéralisation est le décret impérial du 2 novembre 1864. Son article premier établit une dispense des frais de justice (à l'exception du droit de timbre et d'enregistrement) les recours « portés devant le Conseil d'Etat, en vertu de la loi des 7-14 octobre 1790²¹⁶, contre les actes des autorités administratives, pour incompétence ou excès de pouvoir²¹⁷ ». Cette même dispense est prévue en matière de pensions. Une autre mesure importante est la dispense d'avocat pour ces mêmes recours (article 1, alinéa 3). Le décret pose aussi une obligation de communication de certaines ordonnances du Conseil d'Etat dans un délai de deux mois sous peine de déchéance, manifestant ainsi une volonté d'apporter des garanties de bonne justice aux justiciables. De même les ministres se voient contraints de délivrer un récépissé s'il leur est demandé lorsqu'ils font l'objet de certaines réclamations. Ils se voient imposés un délai de quatre mois pour statuer sur les recours contre les décisions des autorités qui leur sont subordonnées. S'ils ne respectent pas ce délai « les parties purent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat²¹⁸ ».

Sous-paragraphe 2. L'indépendance du Conseil d'Etat vis-à-vis de l'Empereur : l'affaire des biens de la famille d'Orléans

354. Le Conseil d'Etat jouit d'une large indépendance vis-à-vis du pouvoir impérial. Ce dernier n'entend pas intervenir dans les affaires contentieuses, il fait confiance à son Conseil qu'il sait loyal et imprégné de l'esprit de son mandat. Il l'a en effet composé d'hommes brillants à qui il fait confiance pour traiter les affaires dans la responsabilité, sans esprit de fronde mais sans soumission abusive non plus. On peut ainsi citer XXX.

355. C'est un conflit positif élevé par le préfet de la Seine, qui, dès les premières années de l'Empire, révéla la situation particulière du Conseil d'Etat dans le nouveau régime. Ce conflit avait trait à la confiscation des biens de la famille d'Orléans. Le préfet de la Seine intervint pour que l'autorité administrative soit chargée de la résolution du

²¹⁶ Il faut noter ici le choix de cette loi comme fondement du recours pour excès de pouvoir.

²¹⁷ Décret 2 novembre 1864, article premier.

²¹⁸ Décret 2 novembre 1864, article 7 alinéa 2.

litige entre les princes d'Orléans et le service des domaines. Le Prince Président intervint dans cette affaire afin que le Conseil d'Etat valide l'arrêté de conflit. Il fut obligé de prendre des mesures drastiques pour obtenir l'obéissance de son Conseil. Il dessaisit le commissaire du gouvernement en charge de l'affaire puis le révoqua, de même que fut révoqué le rapporteur de cette affaire. Le président de la section du contentieux dut démissionner et un autre conseiller d'Etat fut écarté du Conseil.

356. L'affaire est relatée avec grande précision dans un ouvrage retraçant l'histoire du Conseil d'Etat à travers les documents d'époque²¹⁹. Y est en effet retranscrit le récit du commissaire du gouvernement Reverchon. Ce dernier explique comment le vice président du Conseil d'Etat de l'époque lui expliqua « qu'il y avait dans cette affaire autre chose qu'une question de compétence et de légalité sur laquelle il n'aurait pas personnellement d'objection péremptoire à faire contre le jugement du tribunal : il y avait avant tout une question politique, et c'était à ce point de vue que l'affaire devait être envisagée²²⁰ ». C'est parce qu'il a exprimé son désaccord avec cette position que Reverchon s'est vu contraint de confier l'affaire à un de ses collègues. Le Conseil d'Etat approuva finalement le conflit à une courte majorité.

357. Ce qui est intéressant dans cette affaire c'est observer les efforts nécessaires à l'autorité politique pour méconnaître l'indépendance du Conseil d'Etat, ce qui est étonnant en principe pour un régime impérial. Le résultat fut certes son abdication, mais on ne peut que constater sa résistance et la volonté de nombre de ses membres d'appliquer strictement le droit. Il fut d'ailleurs conseillé au Prince Président de procéder à une épuration du Conseil d'Etat afin d'y placer des hommes plus conciliants. Ce dernier s'y refusa. Baroche, qui présida le Conseil d'Etat entre 1852 et 1864, fut cependant l'outil de nombreuses interventions de l'autorité impériale mais il semble que cette dernière ne fut ni permanente ni oppressante. Le Conseil d'Etat développa donc sous l'Empire une certaine indépendance. Indépendance paradoxalement permise par la force du régime impérial.

²¹⁹ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 486 et s.

²²⁰ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, réc., p. 488.

Face à un pouvoir sûr de lui-même, il pouvait se permettre un certains nombres d'oppositions sans déclencher de crise institutionnelle.

Sous-paragraphe 3. La disparition de certains conflits grâce au recours pour excès de pouvoir

358. Les conflits sont directement concernés par les pratiques du Conseil d'Etat. De la même façon que sous le Premier Empire, la commission de Constitution avait pu développer une jurisprudence d'encadrement de l'action administrative au sein d'un régime autoritaire, la justice administrative et le conflit s'organisent progressivement sous l'influence des réformes qu'il a connu dans le passé mais dans le cadre d'un régime impérial. Pour Besnard : « Les conflits d'attribution diffèrent des matières contentieuses 1°) en ce que le ministère d'avocat au Conseil d'Etat n'est pas obligatoire, 2°) en ce que l'intervention des tiers n'est pas possible, 3°) en ce qu'il n'y a pas d'ordonnance communiquée, 4°) en ce que de ce fait, les voies de l'opposition, de la tierce opposition et de la requête civile ne sont pas admissibles²²¹ ». Selon l'auteur²²², « de 1852 à 1865, 268 conflits positifs furent élevés par les préfets, 96 se virent confirmés intégralement, 49 partiellement et 116 annulés dont 21 pour vice de formes. Les conflits négatifs montèrent seulement au nombre de 18, dont 15 furent renvoyés à l'autorité judiciaire ».

359. Le recours pour excès de pouvoir se développe tant qu'il permet d'éteindre certains conflits de compétence, illustrant l'interaction structurelle entre le contentieux administratif et les conflits de compétence. Face à ce qui constitue un véritable contrôle juridictionnel de l'action de l'administration, bien que privant le justiciable de garanties formelles d'impartialité, l'autorité judiciaire se fait moins revendicatrice.

360. Les grandes avancées concernent les actes de gouvernement ou le droit de la responsabilité. Le droit des travaux publics a aussi permis au Conseil d'Etat de montrer qu'il était capable de protéger le droit de propriété privé des administrés.

²²¹ Jean-Marcel Besnard, *Le Conseil d'Etat du Second Empire*, préc., p. 206.

²²² Jean-Marcel Besnard, *Le Conseil d'Etat du Second Empire*, préc., p. 206.

361. Une telle évolution est notamment visible entre 1860 et 1870, au bénéfice des améliorations de procédure mais surtout d'une jurisprudence libérale du Conseil d'Etat limitant les fins de non-recevoir et augmentant les catégories d'actes susceptibles d'être soumis à un contrôle de légalité. Laferrière cite en exemple la recevabilité des recours contre les actes de répression administrative de la presse et en particulier l'annulation d'un arrêté ayant suspendu la parution d'un journal²²³. Il mentionne également des arrêts favorables aux propriétaires soumis aux grands travaux de Paris. C'est aussi une époque de développement des conclusions de commissaires du gouvernement encourageant le recours pour excès de pouvoir. L'idée sous-jacente est celle d'une convergence entre les intérêts de l'administration et la protection, certes relative, du droit des administrés. L'idée n'est pas nouvelle puisque déjà Napoléon prônait une administration, qui pour être efficace, devait être rationnelle et raisonnablement contraignante. Le Conseil d'Etat connut ainsi à cette époque un accroissement de la quantité d'affaires traitées. Le recours pour excès de pouvoir a permis de juguler les conflits dans des domaines spécifiques.

362. En matière, par exemple de cours d'eau non navigables, le Conseil d'Etat annule pour excès de pouvoir les arrêtés préfectoraux qui, à l'occasion du règlement de la hauteur des eaux, se prononcent sur les droits des particuliers sur ces cours d'eau²²⁴. Dans l'important contentieux relatif à la délimitation du domaine public, le recours pour excès de pouvoir conduit le Conseil d'Etat à accroître son contrôle sur l'administration et, dès lors, à limiter la nécessité d'intervention du juge judiciaire. Le contrôle de l'administration en la matière implique en effet pour le Conseil de protéger la propriété privée des particuliers. L'intervention du juge judiciaire devient dès lors superflue. Le recours pour excès de pouvoir pallie à l'absence de contrôle et rend moins indispensable l'intervention de l'autorité judiciaire. Il y a, au-delà de la technique de l'excès de pouvoir, un développement de solutions qui apaisent la matière des conflits de compétence.

²²³ Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, préc., p. 258.

²²⁴ Ainsi, un arrêt du Conseil d'Etat du 24 novembre 1859, Mongenot (R. 59. 671) annulant un arrêté se prononçant sur les droits de deux *usiniers* : « les préfets ont le droit de régler, dans un but de police ou d'utilité générale (mais) il ne leur appartient en aucun cas de statuer sur des titres et sur des contestations privées ».

Paragraphe 2. Manifestations de l'apaisement des conflits dans la jurisprudence par des critères de répartition mieux établis

363. Grâce au recours pour excès de pouvoir le Conseil d'Etat discipline la pratique administrative au niveau national mais aussi au niveau local. Il réduit ainsi cet aspect particulier de l'arbitraire administratif. Une administration mieux organisée, c'est-à-dire plus respectueuses, à tous les niveaux, des principes fixés pour son organisation est moins menaçante pour les citoyens. La protection de l'autorité judiciaire est ainsi rendue moins indispensable. Par ailleurs, se développe un corpus de solutions aux problèmes de compétence qui révèle une domination de l'exécutif. Cette période est souvent désignée comme marquée, pour les années de la fin de l'Empire, par une libéralisation du régime et de la jurisprudence administrative. Le terme doit être précisé. Il ne doit pas être perçu comme désignant des concessions faites par l'autorité administrative contre son gré. La domination de cette dernière est à l'époque sans faille et c'est précisément à la faveur de cette domination que le Conseil d'Etat entame un relatif dialogue avec l'autorité judiciaire et rationalise ses solutions en matière de conflits de compétences afin qu'elles soient à la mesure des nécessités administratives. L'autorité administrative étant en position de force, elle craint moins les atteintes judiciaires à la bonne marche de l'administration et peut préciser ses critères de répartition des compétences. Il en résulte des critères de distinctions mieux arrêtés, ne soulevant pas ou peu de contestation entre les ordres administratif et judiciaire. La jurisprudence n'est pas nécessairement libérale dans tous les domaines mais elle est acceptée et relativement fixée. Elle profite de l'autorité du Conseil d'Etat impérial et du bon usage qu'il en fait.

364. Nombreux sont les domaines dans lesquels la jurisprudence se fixe à cette époque. Le Conseil use de son pouvoir pour établir des critères qui lui conviennent. Il arrive donc qu'il fasse ce qui peut apparaître comme des concessions à l'égard de l'autorité judiciaire. Ce sont des concessions au regard des jurisprudences des régimes précédents mais ce n'en sont pas au regard des nécessités de l'action administrative. La Cour de cassation parfois subit et se soumet, parfois se rallie, semblant convaincue et parfois encore combat les solutions du Conseil d'Etat. Il s'établit une forme de dialogue juridique

qui est largement dominée par ce dernier mais qui n'en préfigure pas moins l'avènement du Tribunal des conflits. Le Conseil d'Etat pose les principes tels qu'il les envisage en fonction des nécessités de l'action administrative et l'autorité judiciaire réagit à ses solutions.

365. Ainsi en va-t-il par exemple du contentieux des travaux publics, de celui des domaines publics et privés ou encore des chemins vicinaux. En matière de travaux publics, différents ponts sont sujets à controverse. La théorie de l'expropriation indirecte, chère à l'autorité judiciaire, est bornée mais pas complètement rejetée, ainsi le Conseil va libéraliser sa jurisprudence en consacrant « le principe selon lequel les atteintes irrémédiables aux propriétés des administrés équivalent à des expropriations indirectes à faire régler devant les tribunaux²²⁵ ». Le contentieux des actes des entrepreneurs reste largement chaotique mais certaines distinctions émergent. En matière de dommages permanents de travaux publics, l'autorité judiciaire renonce à sa compétence. En ce qui concerne les travaux communaux, l'autorité judiciaire cesse de les qualifier de contrats ordinaires quand elle identifie une utilité publique incontestable. En matière de travaux publics les tribunaux judiciaires renoncent dans biens des domaines à essayer de faire valoir leur compétence. Il y a incontestablement un effet du retour à l'impérialisme.

Sous-paragraphe 1. Les dommages permanents de travaux publics : abandon de sa jurisprudence par l'autorité judiciaire

366. La jurisprudence judiciaire considérait que si un dommage de travaux publics avait un caractère permanent, le litige qu'il suscitait ne pouvait plus être réglé sous l'égide l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. L'idée était qu'il s'agissait alors d'une expropriation indirecte, effectué hors le cadre des lois de 1810, 1833 et 1841 sur l'expropriation. Il s'agissait pour les juges judiciaires de protéger la propriété privée et cette mission leur apparaissait comme fondamentalement liée à leur compétence. La juridiction administrative était considérée comme une juridiction d'exception et il était

²²⁵ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 385.

inimaginable de lui céder une telle compétence. Les juges se fondaient sur l'article 545 du Code civil et les Chartes de 1814 et 1830 qui posaient le principe de la compétence judiciaire pour tous les sacrifices consentis sur la propriété privée au nom de l'utilité publique.

367. Ainsi, la Cour d'appel d'Alger, dans arrêt du 13 août 1849²²⁶ disait explicitement que « il y a erreur en droit dans le jugement du tribunal parce que la compétence des tribunaux administratifs est d'exception ».

368. La Cour de cassation, « pour la première fois » en 1852, va s'incliner sur ce point et admettre la compétence du juge administratif en décidant que « l'attribution de compétence qui résulte de ces dispositions (loi des 16-24 août 1790; loi du 28 pluviôse an VIII) en faveur de l'administration relativement aux réclamations des particuliers pour les torts et dommages provenant de l'exécution de travaux publics s'applique, hors les cas d'expropriation, à toute espèce de dommages résultant soit du fait personnel des entrepreneurs, soit du fait ou de la faute de l'administration elle-même²²⁷ ».

369. Une reconnaissance qualifiée par G. Bigot de « spectaculaire²²⁸ », puisque opérant un revirement d'une jurisprudence vieille de vingt années et mettant fin à la distinction entre dommages permanents et dommages temporaires de travaux publics. La même décision pose en effet la compétence administrative « sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les dommages purement temporaires et les dommages permanents²²⁹ ». La compétence judiciaire se voit donc extrêmement restreinte puisqu'elle ne concerne que les actions liées aux procédures d'expropriation engagées selon les lois de 1810, 1833 et 1841 ou les situations où la propriété privée est incorporée à un ouvrage public ou au domaine public par l'effet de travaux publics.

²²⁶ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 386.

²²⁷ Cr cass, ch. crim. Le préfet d'Alger contre Pommier, 29 mars 1852 (S. 1852. II. 410)

²²⁸ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 387.

²²⁹ Cr cass, ch. crim. Le préfet d'Alger contre Pommier, 29 mars 1852 (S. 1852. II. 410).

370. Les tribunaux judiciaires vont rapidement accepter ce revirement et le conflit n'aura pas besoin d'être élevé sur cette question ou très peu²³⁰. Il y a donc un apaisement des luttes de compétences sur cette question en raison de l'attitude conciliatrice de l'autorité judiciaire. L'autorité judiciaire ne dispute pas non plus les cas où des travaux publics entraînent de réelles dépossessions du terrain²³¹.

371. Pour Bigot « le contentieux des dommages de travaux publics tend à s'harmoniser à partir de 1852 pour cette raison que chacune des autorités souhaite se renfermer soigneusement dans la sphère réservée de ses attributions²³² ».

372. Il explique ainsi que les juges judiciaires refuse même des procédures de référé pour respecter la répartition des compétences établie au fond, alors même qu'aucune procédure d'urgence n'existe devant l'autorité administrative. Ainsi la Cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 26 novembre 1852 *Bray de Buyser contre Ponteyne* décide que « le juge incompetent pour statuer sur le fond de la réclamation est également incompetent pour ordonner des mesures d'instruction telle qu'une expertise du dommage²³³ ». La question des référés posera problème durant tout le régime mais les tribunaux s'en tiennent de façon générale au respect de la compétence posée au fond. Le Conseil d'Etat les y encourage naturellement. Le commissaire du gouvernement Belbeuf expliquera ainsi en 1867, illustrant la position du Conseil, que « si l'on reconnaissait aux tribunaux civils le droit d'ordonner, dans les matières relevant de la compétence administrative, des mesures

²³⁰ Quelques conflits sont tout de même signalés par G. Bigot. thèse p 388. CE, conflit, Robo et Méhéreuc de Saint-Pierre, 27 août 1857 (S. 1858. II. 604). CE, conflit, Etienne contre la Ville d'Aude, 12 août 1854 (R. 54. 790). Voir dans Batbie *Traité* tome 1 p. 345 et tome VII p 29-30.

²³¹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 388 : CE conflit Saladin contre Préfet de l'Ardèche 14 septembre 1852 (S. 1853). II. 169) : à propos d'une inondation perpétuelle causée par des travaux publics sur un cours d'eau.

²³² Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 388.

²³³ S. 1853. II. 42

provisoires, on courrait le risque d'opposer le constat judiciaire au constat administratif, et, par là, de créer entre les deux pouvoirs le plus regrettable antagonisme²³⁴ ».

373. Le Conseil d'Etat continue cependant de réserver les questions préjudicielles relatives à la détermination de la propriété²³⁵. Cela n'a rien d'étonnant dans la mesure où l'autorité administrative n'entend pas empiéter outre mesure sur la compétence judiciaire relative au droit de propriété des particuliers. Tel n'est jamais l'objet de sa jurisprudence. Elle ne le fait que lorsque des nécessités administratives lui semblent le justifier. C'est-à-dire lorsqu'elle craint qu'à l'occasion de l'exercice d'une compétence spécifique, l'autorité judiciaire dépasse les bornes de cette compétence et entrave l'action administrative.

374. Il semble surtout que l'autorité judiciaire ait largement abdiqué face aux prétentions de l'autorité administrative. Il s'agit d'un apaisement forcé plus que d'un échange de concessions de part et d'autres. Les tribunaux judiciaires renoncent à de larges parts du contentieux qui touchent à la propriété privée. Le professeur Bigot le reconnaît d'ailleurs lorsqu'il indique que « comme sous la Monarchie de Juillet, la notion de travail public n'en demeure pas moins, sous l'influence de la jurisprudence administrative, fortement expansionniste²³⁶ ».

375. L'abandon de la théorie des dommages permanents n'a cependant pas entraîné celle de l'expropriation indirecte.

Sous-paragraphe 2. La théorie de l'expropriation indirecte

376. Le Conseil d'Etat avait reconnu sous la Monarchie de Juillet que l'indemnité due aux particuliers pour des dommages causés à des servitudes privées pouvait être déterminée par l'autorité judiciaire lorsque qu'il y avait une dépossession du fond de la

²³⁴ Cité par Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 389.

²³⁵ G. Bigot en donne des exemples (CE, Lemosky, 4 juin 1857 S. 1858. II. 301 : pour la détermination de la propriété entre un particulier et une commune); Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., note de bas de page n°15 p. 390).

²³⁶ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 390.

propriété. Cette position est reprise par le Conseil d'Etat impérial. Elle est par exemple consacrée par une décision du Conseil d'Etat du 15 avril 1857, Desbordes contre Chemin de fer de Lyon à Genève qui procède à l'annulation d'un conflit au motif que « l'appréciation des indemnités qui sont dues au sieur Desbordes pour la prise de possession de sa propriété par la compagnie de chemin de fer ne peut pas être revendiquée par l'autorité administrative²³⁷ ». Cette jurisprudence est, selon G. Bigot « d'une grande constance tout au long du Second Empire²³⁸ ».

377. « Situé au sommet du pouvoir sous le régime impérial, le Conseil peut (...) dicter le respect du droit à l'administration, et l'obliger notamment au respect des propriétés privées²³⁹ ». L'expression est sans doute un peu forte mais l'idée est bien là, celle d'une administration puissante mais pas démesurée. Elle se précise d'ailleurs chez l'auteur en matière de travaux publics : « c'est ainsi que la justice administrative et les pouvoirs exorbitants de la puissance publique ne vont plus susciter la réprobation, ce dont la politique de travaux publics va tirer profit²⁴⁰ ». L'expression est un peu forte car il y a tout de même une réelle main-mise administrative sur la répartition des compétences.

378. En revanche il est vrai qu'il y a une vraie précision des compétences, une remise à l'échelle des nécessités administratives. Ainsi G. Bigot explique-t-il très justement que « le juge administratif peut d'autant plus facilement concéder à l'autorité judiciaire le droit d'intervenir dans les affaires assimilables à des expropriations que les ouvrages publics ne risquent pas d'être remis en cause²⁴¹ ». Il poursuit : « l'indemnité n'est, en effet, que postérieure aux travaux²⁴² ». L'expropriation indirecte reste d'ailleurs à ce titre une dérogation patente au droit de l'expropriation qui pose comme condition essentielle de

²³⁷ (S. 1858. II. 143). Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 392.

²³⁸ Ibid., p. 392.

²³⁹ Ibid., p. 392.

²⁴⁰ Ibid., p. 392.

²⁴¹ Ibid., p. 392.

²⁴² Ibid., p. 392.

l'opération une indemnisation préalable. Encore un exemple de la soumission de l'autorité judiciaire à l'autoritarisme administratif.

379. Bigot mentionne ensuite une concession faite au juge judiciaire mais là encore ce n'est pas convaincant. Il cite²⁴³ des exemples d'expropriation de fait, pas de dommages de travaux publics. Le Conseil d'Etat, lorsqu'il reconnaît qu'il a été procédé à une expropriation de fait accepte la suspension des travaux et la fixation d'une indemnité par l'autorité judiciaire, comme le montrent la décision bien connue du Conseil d'Etat Robin de la Grimaudière, du 7 juillet 1853, et celle, rendue sur conflit De Rochefort contre Sellenet, du 15 décembre 1858. Il est difficile de voir dans ces décisions des concessions faites à l'autorité judiciaire. Il est en revanche possible d'y voir un progrès, voulu par le régime impérial, en matière de protection de la propriété privée et du respect des normes en vigueur qui posent le principe de cette propriété. Il y a donc logiquement une pacification des rapports entre autorité judiciaire et autorité administrative sur cette question puisqu'il y a effectivement une stabilisation des règles. La même logique que pour les travaux publics apparaît dans le contentieux des actes de entrepreneurs de travaux publics.

Sous-paragraphe 3. Les actes des entrepreneurs de travaux publics

380. Les entrepreneurs de travaux publics, parfois peu respectueux des droits des particuliers et des consignes données par le cahier des charges posé par l'administration, ne voyait jamais, sous la Monarchie de Juillet, leur responsabilité engagée devant les juges judiciaires. Le Conseil d'Etat impérial va modifier sa jurisprudence sur ce point. Il ne s'agit pas de donner à l'autorité judiciaire la possibilité de remettre en cause la politique de travaux publics dans son principe ou sa réalisation mais simplement d'obliger les entrepreneurs à répondre de leurs fautes dans l'exécution des travaux. L'autorité administrative demeure donc compétente pour les dommages causés par les fouilles ou occupations de terrain uniquement quand ces dommages sont liés à des travaux effectués

²⁴³ Ibid., p. 394-395.

en conformité avec les prescriptions des pouvoirs publics. Le Conseil laisse même le soin à l'autorité judiciaire de déterminer, en prenant connaissance de l'autorisation administrative ou du cahier des charges, la conformité des actes des entrepreneurs. Ainsi, la Cour de cassation dans un arrêt du 25 avril 1866, Mauger et Castor contre De Madre explique-t-elle que « la loi de pluviôse an VIII ne couvre les entrepreneurs de la protection de la juridiction administrative qu'autant qu'ils ont agi en vertu de l'ordre ou de l'autorisation de l'administration²⁴⁴ ». Le contentieux de travaux communaux révèle aussi la prévalence d'une protection de la compétence administrative.

Sous-paragraphe 4. La qualification des travaux communaux : la prévalence complète des thèses administratives

381. La qualification des travaux est en effet également en faveur de la compétence du juge administratif. C'est le cas pour les travaux communaux. L'autorité judiciaire cesse de combattre leur qualification de travaux publics et, partant, la compétence du juge administratif pour les litiges qu'ils entraînent. La qualification s'étend également dans le temps, sans délai. Les travaux exécutés par les concessionnaires sont également qualifiés de travaux publics. Il n'y a donc, en ce domaine, pas de concessions faites de la part de l'autorité administrative à la compétence judiciaire. au contraire, il s'agit d'une avancée manifeste de la compétence administrative dans un domaine important.

382. La controverse sur la qualification des travaux communaux est ancienne puisqu'elle date de la fin de Restauration. Les tribunaux judiciaires ne reconnaissent la qualification de travaux publics que lorsque sont réunis des critères formels très restrictifs. Les travaux doivent être commandés par le gouvernement et surveillés par ses agents. La jurisprudence administrative est tout à fait différente puisqu'elle reconnaît la qualification de travaux publics aux travaux communaux lorsqu'elle reconnaît à ceux-ci une utilité publique. Il s'agit là encore d'une matière dans laquelle le conflit est patent entre l'autorité administrative et judiciaire et qui va connaître un apaisement certain. Là encore,

²⁴⁴ (S. 1866. I. 258) Ibid. p. 398.

l'apaisement vient d'une renonciation de l'autorité judiciaire à ses prétentions. Le passage à l'Empire a un effet indéniable sur les anciennes résistances judiciaires²⁴⁵.

383. La cour de cassation renonce en effet à sa jurisprudence par un arrêt du 28 juin 1853 (Cr. cass. ch. civ. Vast contre Fauvelle²⁴⁶). Elle vise, pour déterminer la qualité des travaux, la finalité de ces derniers, conformément à la jurisprudence administrative : « attendu que cette action se rattachait à des travaux publics d'utilité communale, et qu'elle était ainsi de la compétence administrative²⁴⁷ ». Il n'est donc plus besoin que les formes de l'adjudication des travaux publics soit présente. Cette jurisprudence trouve de nombreuses applications à propos des travaux faits sur les églises. La matière fournit un exemple explicite de l'abandon des formes dans l'opération de qualification, la cour impériale de Nancy explique en effet, en 1868, « qu'en semblable matière, la compétence se détermine bien moins par la régularité l'irrégularité ou l'absence de l'autorisation administrative, que par la nature et la destination des travaux²⁴⁸ ». Le commissaire du gouvernement Lavenay explique bien, en 1855, l'évolution de la jurisprudence et, plus précisément, sa progression : « D'abord, on a distingué entre les travaux publics et les travaux communaux; plus tard on a reconnu aux travaux communaux le caractère de travaux publics, mais on a établi des distinctions quant à la forme du marché; enfin, dans le dernier état de la jurisprudence, le Conseil se préoccupe, non de la forme, mais du fond des choses²⁴⁹ ».

384. La jurisprudence sur les travaux communaux est constante de la part de l'autorité administrative depuis la fin de la Restauration. Ce qui est nouveau sous le second Empire, c'est la soumission de l'autorité judiciaire. Si cette dernière semble avoir résisté durant les

²⁴⁵ G. Bigot le reconnaît d'ailleurs (Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 400.) : « C'est peut-être dans le retour à un régime impérial qu'il faut chercher la cause de l'évolution de la jurisprudence ». C'est effectivement dans le retour à un régime impérial qu'il faut chercher l'explication. Comme le montreront, en 1852, les magistrats judiciaires se ralliant au régime impérial.

²⁴⁶ Cr. cass. ch. civ. 28 juin 1853 S. 1854. I. 44

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Cour impériale de Nancy, ch. civ. Bastien contre Pillement et commune de Delme, 7 mars 1868 ; S. 1869. II. 38

²⁴⁹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 402.

premières années du régime, elle a ensuite cédé sous les utilisations répétées de l'arme du conflit d'attribution par l'autorité administrative. G. Bigot cite ainsi un arrêt du tribunal civil d'Ajaccio de 1859²⁵⁰ ayant provoqué l'élévation du conflit admettant encore sa compétence dans une affaire de travaux communaux. Cependant, ces dissensions finissent par s'estomper et les nouveaux critères permettent de qualifier de nombreux travaux de travaux publics et d'entraîner ainsi la compétence administrative. Il en va ainsi, comme l'explique G. Bigot, de travaux engagés sur des ordres oraux du maire, des travaux sur les bâtiments des écoles, des presbytères, des halles, des travaux de construction des cimetières et des fontaines²⁵¹.

385. La matière des travaux communaux illustre bien le mouvement général de la jurisprudence sous le second Empire. Il est en effet possible de parler de libéralisation dans la mesure où le Conseil affine certaines distinctions anciennes mais le terme ne doit pas être utilisé au-delà de cette signification. Il n'y a pas de réelles concessions faites à l'autorité judiciaire, il n'y a pas d'affaiblissement du privilège de juridiction de l'administration mais une certaine rationalisation de ce dernier lorsqu'elle est possible. En revanche, il est un mouvement qui est bien moins discutable. Il y a effectivement un apaisement et une harmonisation des solutions de compétences, sous l'égide du Conseil d'Etat. Les divergences de jurisprudence sur les compétences sont moins nombreuses.

386. Se constitue, malgré la domination du pouvoir exécutif, une forme de dialogue entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. En témoigne par exemple les réflexions sur la qualification de certains travaux auxquels l'application du critère finaliste est difficile. G. Bigot cite ainsi une affaire relative à un marché passé pour la distribution des eaux où il est question de distinguer entre les grosses conduites d'eau et les tuyaux et embranchement permettant à des propriétaires de se raccorder à la conduite principale. Les tribunaux ordinaires refusent la qualification de travaux publics aux seconds et le Conseil

²⁵⁰ CE, conflit, Lottero contre Ville d'Ajaccio, 8 décembre 1859, R. 59. I. 719

²⁵¹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 404.

d'Etat valide cette position²⁵². Le même dialogue est constaté à propos des travaux relatif à l'éclairage public. Il s'agissait de savoir si les travaux de pose de tuyaux et de lanternes avaient la qualité de travaux publics. Le Conseil d'Etat fait valoir le caractère attractif de la notion de travaux publics et la Cour de cassation se rallie à cette position en précisant néanmoins que les clauses du cahier des charges étrangères aux travaux eux-même restent de la compétence judiciaire²⁵³. Le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à la solution de la Cour de cassation, n'invoquant donc pas de façon abusive l'effet attractif des travaux publics.

387. Quand les prétentions judiciaires menacent la bonne marche des travaux publics, le Conseil d'Etat se montre alors moins tolérant. Ainsi, nul libéralisation de la jurisprudence dans le domaine des dommages d'exploitation. A partir de 1860, la Cour de cassation entreprend de connaître des travaux effectués par les entrepreneurs de travaux publics lorsqu'ils sont liés à l'exploitation de l'ouvrage et qu'ils sont faits, non pas pour l'utilisation publique de l'ouvrage, mais pour les intérêts privés des entrepreneurs. Il est vrai que les entrepreneurs sont peu respectueux de la propriété privée et il est compréhensible que les juges judiciaires cherchent à endiguer ces abus. Ainsi en va-t-il par exemple de « travaux (effectués pour) faciliter le déchargement de houille et de souffre » par la Compagnie des chemins de fer de l'Est²⁵⁴. De la même façon, les juges estiment que les travaux effectués pour les prises d'eau pour les besoins des locomotives ne sont pas soumis à la loi du 28 pluviôse an VII. Ils estiment que la compagnie des chemins de fer n'agit plus alors « sous l'impulsion de l'administration²⁵⁵ » et que le cahier des charges prévu par l'administration ne comportait pas la création de ces prises d'eau. Il s'agit donc d'un « fait particulier d'exploitation²⁵⁶ » relevant selon eux de leur compétence. En

²⁵² Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999, p. 405 : CE, Société des eaux de Saint-Denis contre Poirier et Chapat, 30 janvier 1868

²⁵³ Ibid., p. 406 : CE, conflit, Cie d'éclairage au gaz de Rive-de-Gier, 21 juin 1855, S. 1856. II. 64 et Cr cass. Cie grenobloise contre Ville de Grenoble, 24 juillet 1867, S. 1867. I. 395

²⁵⁴ Ibid., p. 408 requête du Sieur Thirion qui se plaint des poussières insalubres et incommodes du fait de ces travaux.

²⁵⁵ Ibid., p. 409.

²⁵⁶ Ibid., p. 409 cite Cour impériale d'Amiens, 13 mars 1862, Arcillon contre Chemin de fer du Nord, S. 1862. II. 284

d'autres termes des actes de gestion et non des actes pouvant être rattachés à la puissance publique. Cette théorie jurisprudentielle des dommages d'exploitation va être étendue par l'autorité judiciaire à d'autres domaines que celui des chemins de fer. Petit à petit l'autorité administrative va réagir et tenter de mettre fin à cette extension. Si le Conseil a d'abord eu une attitude conciliante avec ces solutions, il a changé de position à partir de 1865. Ce revirement est du à l'attitude de l'autorité judiciaire qui, explique G. Bigot, en vient à « ordonner la démolition des ouvrages exécutés par les fonctionnaires²⁵⁷ ». Cela n'était naturellement pas acceptable pour l'autorité administrative qui doit assurer aux concessionnaires des conditions d'exploitation viables. Le Conseil d'Etat lie donc de façon indissociable les travaux d'exploitation à la qualification de travaux publics. Ainsi, par exemple, décide-t-il que les prises d'eau sont des travaux « entrepris pour les besoins du service de chemins de fer » dans une décision sur conflit du 27 mai 1865²⁵⁸. Il réitérera cette jurisprudence, sur conflit, de nombreuses fois²⁵⁹. Néanmoins, et comme en témoigne cette activité sur conflit, l'autorité judiciaire se montre querelleuse et ne cède pas face à ces solutions. Elle maintient sa jurisprudence jusqu'à la fin de l'Empire ainsi qu'en témoigne par exemple une décision du 19 juillet 1870²⁶⁰ se fondant encore sur la fin des travaux commandés par l'administration et le caractère d'actes de gestion privés fondant sa compétence des travaux exécutés durant l'exploitation.

388. Ces divergences sont particulièrement intéressantes puisqu'elles permettent là encore de déceler l'esprit de débat juridique qui règne à l'époque sous la domination du Conseil. Le juge judiciaire a en effet admis qu'il ne pouvait pas, à l'occasion de ces litiges relatifs aux dommages d'exploitation, ordonner la démolition des travaux. Il entend donc respecter les garanties que l'administration entend donner à ses entrepreneurs et tente de dégager des critères en insistant sur la logique d'exploitation privée se rattachant aux

²⁵⁷ Ibid., p. 413.

²⁵⁸ CE, conflit Ducruet et autres contre chemins de fer de Paris à Lyon, 27 mai 1865 (S. 1866. II. 270)

²⁵⁹ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 414.

²⁶⁰ Ibid., pp. 415-416 : Cour impériale de Limoges Compagnie d'Orléans contre Dessat 19 juillet 1870 : « les travaux (entrepris par la société) n'étaient pas compris dans son cahier des charges; (...) ils n'ont été entrepris qu'après l'exécution du chemin de fer et dans l'intérêt de son exploitation ».

travaux entrepris en dehors du cahier des charges. Sa position n'est pas sans fondement. Elle se rattache tout à fait à celle des dommages de travaux publics. Lorsque ces dommages sont rattachantes à des opérations extérieures au cahier des charges, le Conseil d'Etat admet que l'autorité judiciaire retrouve sa compétence. Il pourrait parfaitement en aller de même avec les dommages liés aux travaux d'exploitation. Cependant, le Conseil d'Etat a d'autres impératifs et il étend la protection aux travaux d'exploitation pour assurer une sécurité juridique aux entrepreneurs. Il n'est pas rassuré par le renoncement du juge judiciaire à ordonner la démolition des ouvrages. Les critères juridiques proposés par l'autorité judiciaire sont cohérents, elle veut connaître des litiges relatifs à une activité privée, mais ne suffisent pas. L'autorité judiciaire devra donc systématiquement s'incliner sur conflit.

389. Le Conseil d'Etat a aussi fait montre de sa domination sur l'autorité judiciaire dans le domaine des chemins. Il s'agit là encore d'une matière où la jurisprudence se clarifie sous le Second Empire, entraînant l'apaisement des conflits. L'exemple est significatif puisque c'est bien l'attitude du Conseil d'Etat qui permet cet apaisement mais il s'agit alors pour lui de restreindre la compétence de l'autorité administrative au profit de celle du juge judiciaire. C'est un exemple frappant de la politique jurisprudentielle libérale du Conseil puisqu'il décide de laisser les litiges relatifs aux droits des propriétaires lésés par l'aménagement des voies à la connaissance du juge judiciaire. Il aurait pu tout à fait en aller autrement, l'autorité administrative ayant une bonne raison de vouloir maintenir cette compétence dans le giron administratif. La controverse entre autorité judiciaire et administrative portait sur le point précis de savoir si la fixation de l'indemnité due en cas d'atteinte à la propriété par l'aménagement des chemins vicinaux devait être antérieure ou postérieure à la dite atteinte. Au début de l'Empire, les positions administrative et judiciaire divergent sur ce point, le Conseil estimant que l'indemnisation devait être postérieure. Le Conseil d'Etat, par la voie du recours pour excès de pouvoir annule les actes des préfets lorsqu'ils reconnaissent la largeur des voies avant qu'une indemnité ait pu être accordée. G. Bigot cite ainsi une décision du Conseil du 27 février 1862 décidant que « en procédant conformément à l'article 15 de la loi (...) du 21 mai 1836, (qui permet de classer le chemin dans le domaine public), à la reconnaissance et à la fixation de la largeur

du chemin dit de Pougues à Germiny et au Pont-Charrault, avant qu'il n'eut été statué sur les questions de propriété soulevées à l'égard de ce chemin, le préfet de la Nièvre a excédé ses pouvoirs²⁶¹ ». Le Conseil a eu l'occasion d'annuler pour excès de pouvoir des actes administratifs ayant négligé cette procédure préalable devant les juges judiciaires en cas de revendication de propriété²⁶². Il s'agit bien d'une jurisprudence libérale puisqu'elle revient sur des positions nettement plus favorables à l'administration et qu'elle le fait dans le seul but de mieux assurer les droits des particuliers. Dans le même esprit, G Bigot signale que le Conseil abandonne une jurisprudence qui refusait, malgré la loi de 1836, que des travaux de redressement entraînent des indemnités préalables. Le Conseil va même, dans la décision rendue sur conflit du 7 juillet 1853²⁶³ Robin de la Grimaudière, autoriser les juges judiciaires à ordonner la suspension des travaux tant que les formalités de l'expropriation n'ont pas été accomplies. Il applique également cette solution à la création des chemins vicinaux²⁶⁴, usant là encore du recours pour excès de pouvoir. Les chemins vicinaux constituaient une matière conflictuelle entre l'autorité administrative et judiciaire en raison du chevauchement des compétences qui s'y exerçait. Le juge judiciaire entendait protéger la propriété tandis que l'administration devait exercer ses pouvoirs de police consistant à s'assurer que les chemins étaient aptes à réaliser leur destination de voies de communication et notamment éviter leur usurpation. Dans ce domaine, les jurisprudences administrative et judiciaire vont également s'apaiser²⁶⁵.

390. Le contentieux se pacifie également dans le champ de l'intendance du domaine de l'Etat. Le Conseil d'Etat lui-même renvoie au juge judiciaire la connaissance de ces litiges dans lesquels il n'est fait application que du droit privé.

²⁶¹ CE, Devin, 24 janvier 1861 (R. 61.48).

²⁶² Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 419 CE, Vivenot 23 novembre 1865 (R. 65. 933)

²⁶³ CE, conflit, Robin de la Grimaudière, 7 juillet 1853.

²⁶⁴ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 420, CE, Evain contre commune de Saint-Sulpice-la-Forêt, 12 janvier 1870 (S. 1871.II. 126).

²⁶⁵ Voir sur ce point : Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., pp. 420-421 : sur la compétence en matière d'amendes.

391. La période du Second Empire est marquée, en matière de luttes de compétences, par les bouleversements qui interviennent dans la matière essentielle de la responsabilité extracontractuelle de l'administration.

Sous-paragraphe 5. La responsabilité extra-contractuelle de l'administration : une matière fondamentale mettant en jeu l'autonomie du droit administratif

392. Les fondements juridiques de la compétence du Conseil d'Etat en matière de responsabilité extracontractuelle étaient forts discutables. Ils se basaient, soit sur une vision extrêmement extensive de l'acte administratif, soit sur une appréciation particulièrement large de la loi de pluviôse an VIII sur les travaux publics. Les solutions en la matière étaient donc empreintes d'un arbitraire certain. L'attitude de l'autorité judiciaire n'y est pas pour rien puisque cette dernière se faisait extrêmement revendicatrice sur la question de la responsabilité extracontractuelle de l'administration et des limites de la loi du 28 pluviôse an VII. La jurisprudence du Second Empire est très créative puisqu'elle contribue d'une part à poser des fondements solides à la compétence de l'autorité administrative et d'autre part à donner un périmètre plus raisonnable à cette compétence.

393. Le Conseil d'Etat reprend par exemple la solution de la jurisprudence du premier Tribunal des conflits portant compétence des tribunaux judiciaires pour connaître de la responsabilité des entrepreneurs pour dommages corporels et il la précise en excluant explicitement la loi du 28 pluviôse an VIII²⁶⁶. Le Conseil d'Etat ne revendique jamais cette compétence, elle estime la survenance de ce type d'accident détachée de la mission qu'elle a confié aux entrepreneurs.

394. La question se pose de façon différente lorsque c'est l'administration elle-même qui est responsable du dommage. Une distinction s'opère alors entre l'Etat et les collectivités locales. En ce qui concerne ces dernières, le Conseil d'Etat accepte que leur

²⁶⁶ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 474 : CE, conflit, 11 décembre 1856, Matheret contre Moiroux (S. 1857. II 650)

responsabilité soit engagée devant les tribunaux judiciaires en application du Code civil, comme le posait déjà la jurisprudence de la Seconde République.

395. Le Conseil se montre en revanche intransigeant lorsque c'est la responsabilité de l'Etat qui est engagée. Selon Aucoc, la compétence des tribunaux ordinaires « s'applique pour les actions en indemnité dirigées contre les entrepreneurs, contre les départements, contre les communes ; mais (...) elle ne pourrait pas s'appliquer complètement pour les actions en indemnité dirigées contre l'Etat²⁶⁷ ». Aucoc invoque dans ses conclusions la théorie de l'Etat débiteur, demandant au juge d'appliquer « la règle en vertu de laquelle l'autorité administrative est seule juge des actions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur²⁶⁸ ». Selon G. Bigot²⁶⁹, ce n'est pourtant pas cette théorie qui sert de fondements aux décisions du Conseil. Il utilise d'avantage la loi du 28 pluviôse an VIII. Par exemple dans une affaire de 1860 relative à la blessure d'un ouvrier par le Compagnie du chemin de fer de Bézier²⁷⁰ ou encore en 1866 dans une affaire concernant la responsabilité de l'administration des postes et relative aux dommages causés par le déraillement d'un wagon postal²⁷¹ à un particulier. Ce dernier obtient réparation devant le juge judiciaire en engageant la responsabilité de la compagnie de chemin de fer. La compagnie décide se retourner contre l'administration. Le Conseil estime²⁷² que le litige implique l'interprétation de la convention qui lie la compagnie et l'administration, c'est-à-dire l'interprétation d'un acte administratif et qui plus est d'une convention qui a la qualité de marché de travaux publics et qui ressort donc de la compétence du juge administratif au titre de la loi du 28 pluviôse an VII. La jurisprudence du Conseil pose donc une

²⁶⁷ Conclusions 1868, citées par Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc, p. 478

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ CE, *Passemar contre Chemin de fer de Bézier* 16 août 1860 S 1861. II. 318

²⁷¹ CE, *conflit, Chemin de fer d'Orléans contre Administration des postes*, 13 décembre 1866 (S. 1867. II. 335)

²⁷² CE, *conflit, Chemin de fer d'Orléans contre Administration des postes*, 13 décembre 1866 (S. 1867. II. 335) : « pour apprécier la responsabilité qui serait encourue par l'administration des postes, il est nécessaire soit de reconnaître les nécessités du service public auquel ces voitures sont destinées, soit de déterminer l'étendue des obligations réciproques qui résultent, pour l'administration et la compagnie, des clauses du cahier des charges relatives au transport de la poste »

compétence très large de l'autorité administrative en matière de responsabilité extracontractuelle.

396. Les conflits sont « systématiquement » élevés par les préfets quand la responsabilité de l'Etat est mise en jeu. Le Conseil s'efforce parallèlement de poser des fondements nouveaux à la compétence administrative en la matière. Il est d'autant plus enclin à le faire que la Cour de cassation l'a devancé avec sa décision *Depeyre*²⁷³ de 1845, se prononçant en faveur de l'application du Code civil à la responsabilité extracontractuelle de l'administration. Pour les juges judiciaires, la juridiction administrative est une juridiction d'exception qui ne peut être compétente qu'à la faveur de situations précisément définies et circonscrites. S'ils se plient - sous la menace ou le déclenchement du conflit - à ces circonstances lorsqu'il les rencontrent, ils n'admettent pas l'existence d'une compétence générale telle que la constituerait celle relative à la responsabilité extracontractuelle. Par ailleurs, cette compétence ne repose sur aucun fondement légal. Enfin, ils considèrent ne pas empiéter sur un acte administratif dans la mesure où l'action en justice ne conduit nullement à en modifier ou à en annuler un. Le Tribunal des conflits de 1848 avait pourtant retenu la compétence du juge administratif au titre de la protection de l'acte administratif, jurisprudence à laquelle l'autorité judiciaire avait refusé de se soumettre. Au début du Second Empire²⁷⁴, elle réitère ce refus et maintient sa jurisprudence *Depeyre*.

397. Comme l'explique parfaitement G. Bigot, le Conseil n'a jusque là fait qu'opposer aux fondements soulevés par le juge judiciaire en faveur de sa compétence d'autres fondements en faveur de la sienne. Interprétation large du Code civil et théorie de l'Etat-débiteur et théorie de l'acte administratif sont respectivement invoqués sans que le dialogue ne permettent la mise en cause de chaque fondement. Le Conseil d'Etat va entreprendre de disqualifier le fondement avancé par le juge judiciaire. Dans son arrêt

²⁷³ C. Cass. 1er avril 1845, *Administration des postes contre Sieur Depeyre*

²⁷⁴ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, préc., p. 481 : Cr cass. ch. civ. *Administration des postes et Acher contre Brun*, 19 décembre 1854 (S. 1855. I. 265)

Rotschild du 6 décembre 1855²⁷⁵, le Conseil explique que « la responsabilité de l'Etat en cas de faute, de négligence ou d'erreurs commises par un agent de l'administration (...) n'est ni générale, ni absolue, qu'elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service : que, dès lors, l'administration seule peut en apprécier les conditions et la mesure ». Cette solution a été répétée, sur conflit, en 1862²⁷⁶ et en 1867²⁷⁷. Le point essentiel de ces solutions est le caractère variable de la responsabilité et de l'appréciation qui doit en être faite. C'est, selon le Conseil, ce qui empêche l'application des dispositions du Code civil. La décision de 1862 explique en effet que « cette responsabilité a ses règles spéciales qui ne sont pas les mêmes dans toutes les parties du service public ». L'idée est qu'il est finalement plus logique, plus pratique et donc nécessaire, de renoncer à l'application du droit commun. C'est l'existence même d'un droit exorbitant général qui est ainsi fondée. Le Conseil ajoute en 1861 un fondement légal à ce raisonnement à l'occasion d'une décision du 6 août²⁷⁸, rendue sur conflit. Il mentionne en effet les lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III, expliquant que ces lois avaient entendues créer un juge administratif. Comme le signale G. Bigot « cette décision (...) vient de travestir, en des termes généraux, les lois d'interdiction en lois d'attribution » et font naître « une compétence de droit commun » sur le contentieux administratif au profit de l'autorité administrative. Pour G. Bigot, ce raisonnement trouverait son origine dans la volonté du Conseil d'opposer à des dispositions générales - les articles du Code civil - d'autres dispositions générales et attributives de compétence. Il s'agit en effet pour le Conseil de se passer d'une loi ou d'une théorie jurisprudentielle pour fonder la compétence de l'autorité administrative. Il s'agit aussi - selon l'auteur - pour le Conseil de trouver un fondement légal là où aucune loi d'attribution ne permet de rattacher le contentieux de la responsabilité à sa compétence. En d'autres termes, c'est pour faire face au Code civil que les lois révolutionnaires d'interdiction sont transformées en lois d'attribution générales.

²⁷⁵ CE, conflit, Rotschild contre Larcher et l'administration des postes, 6 décembre 1855 (S. 1856. II. 508)

²⁷⁶ CE, conflit, Vincent contre l'Etat, 7 mai 1862 (R. 62. 377)

²⁷⁷ CE, conflit, Ruault contre Préfet d'Ile-et-Vilaine, 22 novembre 1867 (S. 1868. II. 291)

²⁷⁸ CE, conflit, Dekheister contre l'administration des postes, 6 août 1861 (R. 61. 672)

L'arrêt Blanco²⁷⁹ réunira les apports des arrêts Rotschild et Dekheister et consacra l'autonomie du droit administratif dans le régime républicain tout juste créé.

Sous-paragraphe 6. Influence de la jurisprudence du Second Empire sur la création du Tribunal des conflits

398. La période du Second Empire est donc une période essentielle de construction pour le droit administratif. Elle constitue le moment où l'autorité administrative a pu asseoir son autorité et préparer l'autonomie du droit administratif comme un droit certes spécifique mais pas un droit d'exception. Un droit destiné à régler des situations liées, de façon encore incertaine et variable dans les domaines de son intervention, à la présence de la puissance publique et de l'intérêt générale. Cette autonomie exigera donc l'élaboration de critères, qui seront toujours en construction et qui devront toujours être précisés, leur imperfection ne signifiant néanmoins pas leur inexistence. Le Second Empire énonce l'autonomie du droit administratif autant qu'il l'annonce. Ne restera pour les régimes suivants qu'à l'asseoir dans un régime républicain et à faire le travail de construction de critères qu'elle exige. Ainsi, cette période jurisprudentielle est si fondatrice que toutes les institutions qui suivront ne pourront que se situer dans sa continuité, à moins de défaire entièrement le système dans lequel elle est intégrée. Les républicains de 1870 seront bien incapables, en 1872, de remettre en cause la dualité de juridiction. Ils établiront son indépendance avec le système de la justice déléguée et ils feront renaître le Tribunal des conflits. Ce dernier ne pourra néanmoins que reprendre l'œuvre du Conseil d'Etat et se placer dans sa continuité. Ainsi, l'apaisement des conflits, l'établissement de l'autorité de la juridiction administrative, la soumission judiciaire et le dialogue que ces conditions ont permis sont des facteurs essentiels qui permettront la réapparition du Tribunal des conflits, c'est-à-dire d'une instance de domination administrative et de dialogue, c'est-à-dire de reproduction au sein d'un seul organe de la pratique des luttes de compétence sous le Second Empire.

²⁷⁹ Tribunal des conflits, 8 février 1873, Blanco, S. 1873. II. 153

Paragraphe 2. La volonté de limiter les pouvoirs du Conseil d'Etat, facteur institutionnel de réapparition du Tribunal des conflits en 1872

399. Le Tribunal des conflits ne réapparaîtra qu'à la faveur de l'avènement de la IIIème République. La situation sous le Second Empire montre que son existence n'est matériellement pas nécessaire. Les conflits sont traités par le Conseil d'Etat d'une façon satisfaisante. La jurisprudence est libérale et l'autorité judiciaire ne s'en plaint pas. Le traitement du conflit n'est pas un sujet de discorde, il ne nécessite pas de réforme institutionnelle. Le conflit sera donc, encore une fois, extrait du Conseil d'Etat pour des motifs strictement exogènes. Pour comprendre ces motifs il faut comprendre la position du Conseil d'Etat à la fin du Second Empire. Cette position est celle d'un organe affaibli. Parce qu'il était un organe trop influent dans les premières années du régime (Sous paragraphe 1), il a été mis en cause par l'avènement des idées républicaines (Sous paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1. La place initiale du Conseil d'Etat dans le régime impérial

400. Le Conseil d'Etat a une place de premier ordre dans le régime impérial. Ses compétences sont larges et son influence inégalée. Les personnalités les plus marquantes du régime, comme Baroche ou Rouher sont choisis pour le diriger. Rouher était un personnage si important de l'Empire qu'il fut parfois appelé Vice-Empereur.

401. En matière législative, le Conseil a des attributions essentielles puisqu'il est chargé d'élaborer tous les projets de loi. Ses membres sont également présents lors des séances de l'Assemblée, ceux sont eux qui présentent le texte et défendent la position du gouvernement. Tous les amendements parlementaires aux projets de loi doivent lui être adressés. Selon Vivien, le Conseil « possédait une importance qu'(il) n'avait même pas sous l'Empire²⁸⁰ ».

²⁸⁰ *Le Conseil d'Etat. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974, préc., p. 483*

402. Le Conseil d'Etat est par ailleurs associé à l'action gouvernementale. Il rédige les règlements administratifs. Pour Vivien encore « le ressort principal du gouvernement est le Conseil d'Etat²⁸¹ ». Le Conseil délibère sur toutes les questions administratives et développe sa légitimité auprès de toutes les administrations locales. Il usera bien sûr de cette légitimité et la renforcera avec la connaissance du contentieux administratif. Rouher expliquait que « le Conseil d'Etat voit tout, examine tout ; il prépare (les travaux du Corps Législatif), il prépare ceux du gouvernement²⁸² ».

403. Victor Hugo critiquera vivement la prééminence du Conseil d'Etat sur le pouvoir législatif. Il dira ainsi dans Napoléon le Petit qu'il y avait « un maître de la maison, le Conseil d'Etat, et un domestique, le Corps législatif²⁸³ » et que « aux termes de la « Constitution », qui est-ce qui nomme le maître de la maison? M. Bonaparte. Qui est-ce qui nomme le domestique? La nation. C'est bien²⁸⁴ ».

404. Le Comte de Montalembert, membre du Corps Législatif, invitait l'Assemblée, le 22 juin 1852, à se figurer le sort d'un amendement pour illustrer la puissance du Conseil d'Etat : « Figurez-vous le sort d'un pauvre amendement qui arrive au sein du Conseil d'Etat, tout seul, sans avocat, sans parrain, comme une espèce de délinquant muet ; à peine arrivé, il est mis sur la sellette, personne ne le défend ; il est jugé, condamné et exécuté sans désespérer. (...) Je rêvais donc pour le Corps Législatif une existence modeste et utile (...). Sommes-nous cela? Non. Nous sommes une espèce de conseil général ; mais un conseil général à la merci du conseil de préfecture (...)»²⁸⁵ ».

405. Lors d'un projet de loi relatif aux caisses de retraite pour la vieillesse, la domination du Conseil d'Etat apparaît en négatif. Le Conseil est opposé aux amendements faits au projet de loi par la commission du Corps Législatif. La commission entend

²⁸¹ Ibid., p. 483

²⁸² Ibid., p. 484

²⁸³ Ibid., p. 494

²⁸⁴ Ibid., p. 494

²⁸⁵ Ibid., p. 495

défendre ces amendements et son opposition au Conseil d'Etat, qui sera victorieux, apparait comme un véritable acte de bravoure. Corentin Guhyo explique dans son ouvrage d'histoire parlementaire que « la commission annonçait dès lors son intention (...) de proposer à la Chambre le rejet des articles qu'on ne lui permettait pas d'améliorer. La fermeté exceptionnelle de ces résolutions tenait à la courageuse indépendance du rapporteur, M. Jules Ouvrard...²⁸⁶ ». L'auteur explique encore que « la commission prit une attitude qui était une protestation aussi nette que légitime contre la situation subordonnée faite au Corps Législatif²⁸⁷ ». C'est dire à quel point le droit d'amendement, malgré les réformes qu'il a pu connaître, était une prérogative difficile à mettre en oeuvre pour le Corps Législatif. C'est dire la domination du Conseil d'Etat. Le rôle du Corps législatif s'affermi peu à peu, notamment en raison de liens créés par la pratique, en matière budgétaire, entre ce dernier et les ministres. Cependant, sa domination resta le principe et son amoindrissement, l'exception.

406. La place du Conseil d'Etat dans le régime dépendait aussi de ses liens avec les ministres et de la place de ces derniers dans le régime. La constitution ne prévoyait pour eux qu'une place secondaire dans le régime. Cependant, la pratique se révéla différente, sous la volonté des hommes occupant ces postes.

407. Il y eut une vraie rivalité entre le Conseil d'Etat et les ministres. Les ministres restèrent convaincus de leur « omnipotence²⁸⁸ ». Ils entendent représenter le pouvoir exécutif et continuent à voir dans le Conseil d'Etat un conseil en matière législative et un juge de l'administration. Ils n'acceptent pas la place prépondérante qu'il prend dans le régime. Ils entrèrent ainsi dans une opposition frontale avec le Conseil d'Etat. Cette dernière n'étant d'ailleurs pas étrangère à l'attitude progressiste du Conseil d'Etat quant au contrôle de l'administration. Deux mécanismes illustrent cette opposition. Le premier fut le système permettant à chaque ministre d'obtenir par le biais de la transmission d'un

²⁸⁶ Ibid., p. 498

²⁸⁷ Ibid., p. 498

²⁸⁸ Ibid., p. 500

mémoire à celui-ci, l'approbation de l'Empereur avant qu'une mesure soit soumise à l'examen du Conseil d'Etat. Ce dernier étant ainsi limité dans son contrôle par l'autorité de cette approbation. Par ailleurs, les ministres faisaient appel à des conseillers d'Etat en service ordinaire hors section pour peser sur les délibérations en assemblée générale. Il existait aussi des oppositions entre les conseillers d'Etat en missions extérieures et les préfets au service de leurs ministres.

408. Le Conseil d'Etat avait donc une place essentielle dans le régime. Son oeuvre en matière de contentieux administratif et de conflit est exemplaire. Qu'est-ce qui va donc finalement pousser les révolutionnaires à le priver du conflit et à ressusciter le Tribunal des conflits? La réponse est dans la montée en puissance du Corps législatif et donc du légicentrisme républicain auquel le Tribunal des conflits sera associé. On envisagera même la suppression du Conseil d'Etat. On voit donc réapparaître la même logique de privation du Conseil d'Etat de ses compétences. Il ne s'agit plus de le vider de ses compétences administratives pour en faire un organe politique mais il s'agit cette fois de le priver d'une de ses compétences pour s'assurer qu'il ne redeviendra pas un organe menaçant pour le Corps législatif et donc pour le légicentrisme.

Sous-paragraphe 2. La limitation des pouvoirs du Conseil d'Etat à la fin du régime et au début du nouveau régime

409. En 1869, un sénatus-consulte²⁸⁹ donne au pouvoir législatif l'initiative des lois concurremment avec l'Empereur. C'est un affaiblissement significatif du rôle du Conseil d'Etat. Baroche s'en désole vivement et s'exclame « pauvre Conseil d'Etat!...Quelle belle position il avait prise de 1852 à 1862! (...) La chambre a tout pris au Conseil d'Etat²⁹⁰ ».

410. Baroche regrette que la montée en puissance du Corps Législatif se soit faite à l'initiative même du régime impérial et parfois même de conseillers d'Etat et sans que ces derniers aient conscience de la rivalité structurelle entre les deux institutions. « Combien

²⁸⁹ Sénatus-consulte du 8 septembre 1869 qui modifie divers articles de la Constitution, les articles 3 et 5 du sénatus-consulte du 22 décembre 1852 et l'article 1er du sénatus-consulte du 31 décembre 1861.

²⁹⁰ *Le Conseil d'Etat. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 494

de fois n'ai-je pas prédit, ajoute-t-il en effet, à ceux qui, dans son sein (au sein du Conseil), cherchaient à agrandir imprudemment le Corps Législatif, qu'ils travaillaient contre eux-mêmes et que tout ce que gagnait une assemblée, l'autre le perdait²⁹¹ ». Ce tournant libéral pris à partir de 1869 voire même quelques années plus tôt permet au Corps législatif de devenir plus forts et entraîne en effet l'affaiblissement du Conseil d'Etat.

411. Ce faisant, il annonce le légicentrisme qui, s'il n'aboutira pas à la disparition du Conseil d'Etat au moment de l'avènement de la IIIème République, le privera de sa compétence relative aux conflits d'attribution malgré le bon accomplissement de sa mission dans ce domaine. C'est encore une raison purement politique qui conduira à la création du Tribunal des conflits. Cette fois-ci, il sera beaucoup plus déchiré entre le caractère de haute administration de sa mission, qui correspondait parfaitement à son traitement par le Conseil d'Etat, et la volonté d'en faire un organe imbibé des idées républicaines. Pour autant, il reprend une mission parfaitement effectuée par le Conseil d'Etat impérial.

412. Il sera donc évidemment tenté d'en reproduire et d'en continuer le travail. Ce d'autant plus qu'il sera constitué de conseillers d'Etat eux mêmes choisis pour leur fidélité à l'Empire. Le Tribunal des conflits de 1848 était administratif par volonté, le Tribunal des conflits de 1872 le sera par sa continuité avec le Conseil d'Etat impérial. Cette continuité, cette influence, ajoutée à la présidence du Ministre de la justice, même pondérée par les membres départiteurs prévaudront naturellement dans le nouveau Tribunal des conflits.

413. « Deux des réformes essentielles contenues dans la loi du 24 mai 1872 - la substitution de la justice déléguée à la justice retenue et la création du Tribunal des conflits - ne trouvaient guère d'opposants dans une assemblée dont la droite et la gauche répudiaient également tout régime autoritaire²⁹² ».

²⁹¹ Ibid., p. 494

²⁹² Ibid., p. 547

414. Le Tribunal des conflits est perçu comme une institution républicaine permettant de réduire l'influence du Conseil d'Etat, organe représentant l'autoritarisme. Les débats de la loi de 1872 portent sur la question de la nomination des conseillers d'Etat d'une part et d'autre part sur le fait de savoir s'il ne faut pas repousser la réorganisation du CE au moment où la France aurait une constitution. La question est intéressante puisqu'elle montre l'importance du Conseil d'Etat. Au lieu de décaler sa réorganisation, il subira, en 1879, un renouvellement presque complet de son personnel. Donc cette période de domination du Conseil d'Etat a des conséquences sur le conflit puisqu'elle va ancrer dans l'esprit des républicains que le Conseil d'Etat est un facteur de domination du pouvoir exécutif.

Conclusion du chapitre

415. Le Tribunal des conflits de 1872 est pensé comme un organe lié au retour de la République et réinstallé sans grands débats. Un organe permettant de donner des garanties à l'autorité judiciaire, évitant l'abus de « compétence de la compétence » que donne à percevoir le fait que l'administration se charge elle-même du conflit d'attribution.

416. C'est donc un facteur de réduction du pouvoir de l'exécutif ce qui est tout à fait dans l'esprit des constituants de 1872. Il intervient dans un contexte d'apaisement matériel des conflits d'attribution qui a été permis par la domination du pouvoir exécutif sous le régime impérial. Les motifs et le contexte de la création du Tribunal des conflits en 1872 laissent donc penser que ce dernier pourrait être un organe moins administratif, moins structurellement lié au système institutionnel administratif que son prédécesseur.

417. Cependant, structurel et inévitable, son caractère administratif va se révéler dans la continuité avec les solutions qui se sont développées sous l'Empire.

Chapitre 2. Les caractéristiques du Tribunal des conflits de 1872 : un caractère administratif inévitable

418. Le contexte de la domination du pouvoir administratif sur le pouvoir judiciaire va générer, par une inertie systémique, les caractéristiques du Tribunal des conflits de 1872. Tandis que l'organe de 1848 était marqué par un caractère administratif voulu, comme en témoignaient tout particulièrement ses missions, le caractère administratif de l'organe de 1872 se révèle bien plus comme un résultat inévitable.

419. En effet, ce qui est recherché en 1872 est au contraire la limitation de ce caractère administratif. Les constituants cherchent à créer un organe plus équilibré entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire. La matière des conflits leur semble devoir être encadrée par d'avantage de garanties encore que celle de la simple présence des membres de la Cour de cassation et tout est discuté, y compris la présidence du Garde des Sceaux. C'est donc un organe de compromis qui est créé.

420. Pourtant, ce compromis est rapidement remis en cause. Il se révèle très vite favorable au pouvoir exécutif, d'abord parce qu'il a pour but principal d'assurer le maintien de la présidence du Garde des Sceaux, ensuite parce que les garanties mises en place vont être presque immédiatement remises en cause par la pratique (Section 1).

421. Le caractère administratif se révèle ensuite pleinement dans les solutions adoptées par le Tribunal des conflits dès les premières années d'exercice de son office. Elles se caractérisent par leur continuité inévitable avec celles du conseil d'Etat du Second Empire. Inévitable comme le caractère administratif de l'organe créé et au vu de l'ancrage du système institutionnel administratif dans l'ordre juridique français (Section 2).

Section 1. Un compromis favorable au pouvoir exécutif

422. La réinstauration du Tribunal des conflits donna lieu à des débats devant l'Assemblée. Sur le principe, il n'y eut pas de contestation. En revanche, la question de la

Présidence exigea un compromis (Paragraphe 1). Le compromis trouvé, constitué par l'établissement de membres départiteurs permettant de faire accepter à ses opposants la présidence du Ministre de la Justice, fut finalement très rapidement rendu caduque par la pratique, témoignant de l'inévitable caractère administratif du nouvel organe et de l'acceptation de la prévalence administrative constituée par la présidence du ministre (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Un compromis indispensable au maintien de la présidence du Ministre de la Justice

423. Il existait deux projets assez différents quant à la création du Tribunal des conflits (Sous-paragraphe 1). L'un, celui du gouvernement, résolument conservateur, l'autre, celui de l'Assemblée, visant à éviter la répétition des erreurs de 1848. Ce fut finalement un compromis entre ces deux projets qui fut adopté (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1. Les projets du gouvernement et de l'Assemblée

424. Il existait deux projets pour la nouvelle création du Tribunal des conflits en 1872. Celui du gouvernement et celui de la commission de l'Assemblée. La question de la présidence du Tribunal des conflits est très sensible lors de sa réinstauration. C'est sur ce point que se focalise tous les débats relatifs au Tribunal des conflits. Les autres questions relatives à son organisation seront des façons de se positionner par rapport à cette présidence, en essayant principalement d'en limiter la portée. L'expérience de 1849 a en effet rendu l'Assemblée très hostile à la présidence par un homme politique.

1. Le projet du gouvernement et les arguments en faveur de la présidence du Ministre de la Justice

425. Le projet du gouvernement est entièrement articulé autour de l'idée d'un retour au système de 1849, c'est-à-dire d'un organe fondamentalement pensé comme un corps administratif. Le gouvernement ne veut pas abandonner ses prérogatives. Il apporte un argument au soutien de cette prétention. Il avance que, puisque les conseillers d'Etat sont

élus par l'Assemblée, ces derniers ne représentent ni les intérêts de l'administration, ni ceux de la justice administrative au Tribunal des conflits. Il plaide donc en faveur de la présidence du ministre.

426. Ainsi, la présidence du ministre serait nécessaire afin que l'administration soit représentée au Tribunal. Cet argument est critiquable à deux égards. D'une part, il ne justifie pas la présidence du Tribunal par le Garde des Sceaux mais simplement la présence d'un représentant du pouvoir exécutif. D'autre part, malgré le mode de désignation de ses membres (qui changera d'ailleurs dès 1875), le Conseil d'Etat est redevenu un véritable organe administratif. Ainsi, les intérêts de l'administration sont déjà représentés au Tribunal des conflits.

427. L'argument principal au soutien de cette présidence est la nature « mixte » du Ministre de la justice. C'est-à-dire l'idée selon laquelle il serait le trait d'union, le lien entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. Cette idée repose sur une prémisse fondamentale. Le ministre ne peut être un tel élément de liaison que si l'on opère une distinction claire entre administration et gouvernement. Si gouvernement et administration sont vus comme une entité unique, il en découle mécaniquement un parti-pris du ministre.

428. Cependant, même en admettant que le Ministre soit une entité que sa mission permette d'isoler suffisamment de l'administration pour qu'il ne protège pas systématiquement ses intérêts, il n'en reste pas moins que les liens d'un ministre avec l'administration sont plus forts - car plus nombreux et plus directs - que ceux qu'il peut avoir avec l'autorité judiciaire. En d'autres termes, même s'il est considéré comme extérieur à l'administration stricto sensu, il reste plus proche de cette dernière que de l'autorité judiciaire. Il ne peut donc que demeurer une suspicion de partialité à l'encontre du ministre en faveur des intérêts de l'administration et au détriment de ceux de l'autorité judiciaire. Et l'expérience de 1849 joue largement en faveur de cette suspicion.

429. C'est d'ailleurs le sentiment qui prédomine à l'Assemblée, ce que le projet de la commission reflète parfaitement. A l'Assemblée, on perçoit le ministre comme un membre

de l'administration. De la même façon, on y considère que les conseillers d'Etat représentent les intérêts de l'administration.

2. Les arguments contre la Présidence du Ministre de la Justice

430. Plusieurs arguments sont donc avancés contre la présidence du Tribunal des conflits par le Garde des Sceaux et viennent préciser la méfiance à l'encontre du projet du gouvernement.

a. Le déséquilibre général en faveur du pouvoir exécutif

431. Le premier argument, le plus général, est la peur de la domination du pouvoir exécutif sur le Tribunal des conflits. En d'autres termes, la menace d'une réitération de l'expérience du Tribunal de 1848 qui n'a fait que répéter la jurisprudence du Conseil d'Etat - certes en la précisant parfois - favorable aux intérêts de l'administration. Cette menace est pour la commission d'autant plus grande que le Conseil d'Etat est redevenu un organe administratif, plus proche du pouvoir exécutif que de l'Assemblée.

b. La politisation du Tribunal des conflits

432. Le deuxième argument utilisé par la commission contre la présidence du ministre est l'instabilité qu'entraînerait l'occupation de ce poste par un homme politique. La commission avance en effet le risque de voir les changements fréquents dus aux aléas consubstantiels aux nominations politiques se répercuter sur la jurisprudence du Tribunal des conflits. Il y a un caractère quelque peu contradictoire d'un tel argument avec le précédent. Si le Ministre est accusé de favoriser structurellement l'administration en raison de sa fonction, on ne voit pas pourquoi la jurisprudence changerait en fonction des ministres.

433. Pour autant, on peut imaginer que le changement de ministre puisse avoir une répercussion sur les décisions du Tribunal dans la mesure où l'on admettrait que le ministre a sur elle une influence déterminante. L'argument selon lequel un changement fréquent de ministre pourrait avoir des conséquences sur la mission du Tribunal n'est donc

pas à écarter totalement. Il semble plus juste de critiquer la présidence sous cet angle non pas sur le terrain de la prépondérance de l'administration mais plutôt sur celui du bon fonctionnement du Tribunal. Un ministre peut développer certaines pratiques, accorder plus ou moins d'indépendance aux autres membres par exemple, en intervenant plus ou moins souvent. Un changement fréquent pourrait donc nuire au bon déroulement des missions du Tribunal. L'argument, sans être fallacieux s'il est orienté vers la question du fonctionnement plutôt que vers celle de l'équilibre des forces au sein du tribunal, reste néanmoins de bien faible portée. Il dénote d'avantage à l'égard du ministre d'une défiance qui cherche à se nourrir de toutes les failles possibles que d'un vrai problème de fond.

c. L'incompétence d'un personnage politique pour des questions juridiques

434. La présidence du Ministre a aussi été critiquée par la commission en raison de l'incompétence du personnage politique à traiter des questions juridiques exigeant une certaine maîtrise du droit. L'argument se rapproche du précédent dans la mesure où il s'agit non plus de critiquer la prépondérance de l'administration mais les inconvénients de placer un homme politique à la tête d'une institution chargée de trancher des questions juridiques. De la même façon, si l'argument n'est pas faux, il reste d'une portée très limitée.

d. L'absence de distinction entre Gouvernement et administration

435. L'argument de la commission le plus convaincant à l'encontre de la présidence du Ministre est finalement celui relatif à la critique de la distinction entre administration et gouvernement. Elle s'articule assez habilement. Lefebvre-Pontalis présente cet argument que « souvent le conflit a une portée politique et il est à craindre que le ministre de la justice fasse prévaloir les volontés du gouvernement plutôt que les droits de la Justice²⁹³ ». Il est avancé que le Ministre de la Justice appartient à un gouvernement, avec lequel il est donc solidaire, et au sein duquel est également présent le Ministre de l'intérieur. Ce dernier

²⁹³ André Petit, *La présidence du Tribunal des conflits*, Paris, A. Rousseau, 1909, p. 22.

n'est autre que le supérieur hiérarchique du préfet qui élève le conflit. C'est là encore l'occasion de noter que les discussions autour des Tribunal des conflits s'organise autour du conflit positif uniquement. Le conflit négatif n'apparaît jamais dans les débats. De la même façon, le conflit négatif ne connaîtra aucun traitement particulier, le conflit négatif est considéré comme un accident procédural et il suivra la procédure de conflit positif. Dès lors, la commission estime que le Ministre de la Justice sera enclin à favoriser les vues du préfet dans un esprit de cohésion avec son collègue de l'Intérieur. Il s'agit là en réalité d'une autre facette de l'argument du lien entre le gouvernement et l'administration. Non plus directement entre le préfet et et le ministre de la justice mais par le truchement du ministre de l'intérieur.

436. Quoiqu'il en soit, l'idée est toujours celle d'une partialité du Ministre. Face à cette menace la commission de l'Assemblée présente un projet radicalement différent pour la composition du Tribunal des conflits.

3. Le projet de l'Assemblée : un Tribunal des conflits composé de neuf membres

437. Le rapporteur du projet était M. Batbie. Il critiqua le projet du gouvernement, en disant : « Il est probable que sur plus d'une question, les conseillers d'Etat se porteront d'un côté et que les conseillers à la Cour de cassation iront d'un autre. (...) La voix seule du président fera pencher la balance, la décision ne dépendra que de lui²⁹⁴ ». Il en résulterait pour Batbie un risque de changement fréquent dans la jurisprudence. Le projet prévoit donc neuf membres. Trois issus de la Cour de cassation, trois provenant du Conseil d'Etat et trois membres choisis au sein de l'Assemblée Nationale. La vertu première de ce projet est naturellement l'équilibre apporté par la combinaison entre un nombre impair de membres et leur répartition dans les trois pouvoirs. Les membres du Conseil d'Etat représente en effet, aux yeux de l'Assemblée, le pouvoir exécutif.

²⁹⁴ André Petit, *La présidence du Tribunal des conflits*, Paris, A. Rousseau, 1909, pp. 18-19

438. Pour logique qu'elle soit, cette proposition sera rapidement abandonnée. Deux arguments plaident en effet en sa défaveur. Il apparaît tout d'abord aux membres de la commission qu'il est préférable de ne pas mêler des membres de l'Assemblée Nationale à des questions juridiques. Sans qualifier explicitement le Tribunal des conflits d'organe juridictionnel car ce dernier apparaît toujours comme chargé d'une mission de haute administration, la commission perçoit néanmoins la mission du Tribunal des conflits comme liée à la bonne marche de la justice. L'immixtion de la politique à travers la présence de membres issus de l'Assemblée Nationale lui apparaît ainsi comme peu naturelle. M. Gastonde critique par exemple la présence des membres de l'Assemblée nationale en ces termes : « Choisira-t-elle les plus capables ? Fera-t-elle abstraction des luttes politiques ?²⁹⁵ ».

439. Cette évolution est très intéressante puisqu'elle marque la fin de la perception du Tribunal des conflits comme un organe où les trois pouvoirs doivent être représentés, une idée pourtant bien souvent avancée. Cette évolution des choses peut s'interpréter de deux manières. On peut y voir une position pragmatique consistant à se contenter de mettre en présence uniquement les institutions concernées par la procédure du conflit positif. L'administration qui est protégée par cette procédure, l'autorité judiciaire qui en est la cible et le juge administratif qui peut être considéré comme étant concerné, bien que moins directement, parce qu'il pourra avoir à juger de l'affaire et qu'il est en quelque sorte le garant de la jurisprudence administrative. Le Conseil d'Etat a toujours cette « double casquette » due à la dualité de ses fonctions et au lien indéniable existant entre ces dernières. On peut aussi y voir un rapprochement paradoxal vers une vision plus juridictionnelle du Tribunal des conflits. En effet, dès lors que ce dernier est considéré comme un organe chargé d'une mission de haute administration et de nature gouvernementale, il peut être intéressant d'y insérer des membres du pouvoir législatif dans une perspective d'élaboration consensuelle de la décision. En revanche, si le Tribunal des conflits est un organe de nature juridictionnelle, il est chargé d'appliquer la

²⁹⁵ André Petit, *La présidence du Tribunal des conflits*, Paris, A. Rousseau, 1909, p. 20

loi. Dès lors, le pouvoir législatif n'a plus besoin d'être représenté, d'avoir voix au chapitre dans une institution qui doit appliquer ses normes.

440. Quoi qu'il en soit, il apparaît assez clairement que l'idée d'un organe non juridictionnel est beaucoup moins présente en 1872 qu'elle ne l'était en 1849. En 1849, les débats ont largement porté sur la question de la nature de la décision sur conflit. En 1872, on ne se pose plus la question puisqu'il ne s'agit pas d'inventer un nouvel organe mais seulement de recréer un organe déjà existant en le réformant pour éviter un nouvel échec.

441. La deuxième raison pour laquelle la commission a abandonné l'idée d'insérer des membres de l'Assemblée Nationale au Tribunal des conflits est la crainte de favoriser le pouvoir exécutif. En effet, le risque était que des députés de la majorité viennent renforcer les forces du gouvernement qu'ils soutiennent au sein du Tribunal.

442. Ainsi, l'idée d'une composition faite de neuf membres dont trois issus de l'Assemblée fut abandonnée. La solution adoptée sera un compromis entre le projet de la commission et celui du gouvernement. L'idée est à présent, avant tout, d'éviter la répétition de la situation de domination de l'exécutif au Tribunal des conflits.

Sous-paragraphe 2. Le compromis entre les projets du gouvernement et de l'Assemblée

443. Le compromis entre les deux projets va se faire autour d'un but qui est finalement de rendre la présidence du Garde des Sceaux « inoffensive ». Elle est maintenue par souci de compromis mais elle est en théorie fortement tempérée tout d'abord par la présence d'un vice président et ensuite par l'instauration de membres départiteurs. Batbie, qui était contre la présidence du ministre de la justice, et pour le projet introduisant des membres de l'Assemblée nationale, se rallia finalement à cette présidence en usant de l'argument selon lequel la présence du ministre de la Justice permettrait de « donner le relief qui est inhérent à cette grande fonction²⁹⁶ ». Il se rallie à cette position le 23 mai. Cette proposition prévoit

²⁹⁶ André Petit, *La présidence du Tribunal des conflits*, Paris, A. Rousseau, 1909, p. 22

un vice-président élu par les membres du Tribunal des conflits au scrutin secret et à la majorité absolue. Gastonde dira sur la présidence du ministre : « Il est le chef de la justice administrative et le chef de la justice civile ; il est le trait d'union entre ces deux justices, il est (le) membre du gouvernement et, à ce titre, qui mieux que lui pourrait s'inspirer des nécessités administratives ? D'un autre côté, il est placé à la tête de la magistrature, et plus que personne, il doit s'opposer à tout empiètement illégitime sur les attributions judiciaires²⁹⁷ ».

a. La Vice-présidence du Tribunal des conflits

444. Il fut décidé que le vice-président serait élu par les membres du Tribunal des conflits et choisi parmi ces derniers. Cette vice-présidence était un progrès pour deux raisons. D'une part, elle se substitua à la suppléance du président par le ministre de l'Instruction publique qui avait pour défaut de faire intervenir au sein du Tribunal une personnalité totalement extérieure à ses travaux. Cette suppléance ne trouvait en effet sa justification que dans la manœuvre de De Broglie qui avait permis de sauver le Conseil d'Etat en le plaçant sous la tutelle de ce ministère. Il y eu d'ailleurs de nombreuses discussions sur le remplacement du ministre de l'Instruction publique²⁹⁸. On évoqua contre le ministre de l'Instruction publique sa position d'homme lettré trop étranger à la politique. On jugea de même le ministre de la marine incompetent, tout comme le ministre du commerce trop « habitué aux commerçants²⁹⁹ ». Plus curieusement on dit du ministre de l'intérieur qu'il serait trop occupé pour se consacrer pleinement à sa mission de suppléance de la présidence du Tribunal des conflits. Le ministre des travaux publics - de façon plus pertinente - fut considéré comme trop souvent concerné par les affaires donnant lieu à un conflit d'attribution, montrant ainsi que la Présidence du Ministre de la Justice se basait bien sur sa particularité en tant que ministre.

²⁹⁷ André Petit, *La présidence du Tribunal des conflits*, Paris, A. Rousseau, 1909, p. 21

²⁹⁸ André Petit, *La présidence du Tribunal des conflits*, Paris, A. Rousseau, 1909, p. 19

²⁹⁹ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 530.

445. D'autre part, le mode désignation du vice-président évitait que ce dernier soit choisi par le ministre de la Justice lui-même. Un tel choix pouvait être critiqué car on pouvait soupçonner le ministre de choisir son remplaçant en fonction des intérêts de l'administration. Le vice-président élu assurant la suppléance ne pouvait éveiller de tels soupçons. Par ailleurs, l'institution d'un vice-président visait également à limiter les interventions du ministre.

b. Les éléments départiteurs

446. À côté de la vice-présidence, il fut instauré un système qui voyait le Tribunal des conflits non plus composé de quatre membres du Conseil d'Etat et de quatre membres de la Cour de cassation, mais de trois membres de ces deux corps, élisant chacun de leur côté un membre supplémentaire. Ce dernier fut considéré comme l'élément départiteur. C'était le point d'équilibre fondamental supposé empêcher la prédominance de l'exécutif au sein du Tribunal, et que ce dernier ne fasse systématiquement prévaloir les intérêts de l'administration sur ceux de l'autorité judiciaire.

Paragraphe 2. Un compromis rapidement remis en cause

447. Le système adopté sera finalement un échec en raison de la pratique. Le choix des membres supplémentaires sera toujours fait au sein du Conseil d'Etat d'un côté et de la Cour de cassation de l'autre. Ainsi, c'est un retour à la parité et donc à la possibilité pour le Ministre de départir les deux solutions. La situation fut paradoxale. L'élément départiteur choisi par les deux corps était le coeur de l'organisation nouvelle du Tribunal des conflits. Ce fut ce qui permit le compromis. Pourtant, ce fut aussi la première règle que la pratique fit de facto disparaître.

Section 2. La continuité entre le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat du Second Empire

448. Le Tribunal des conflits de la IIIème République affiche une continuité indéniable avec la proximité qu'entretenait le Conseil d'Etat du Second Empire avec le

pouvoir exécutif. L'oeuvre du Conseil d'Etat pour dessiner les contours de la répartition des compétences et avec elle tout le droit administratif est telle que le nouvel organe ne peut que s'inscrire dans ses traces. Qui plus est, il existe une continuité organique et institutionnelle qui contribue à faire du Tribunal des conflits un organe largement conservateur des solutions antérieures et peu ouvert aux prétentions judiciaires, qui, au demeurant, ne se font plus entendre depuis un certain temps. Tout est donc réuni pour que le Tribunal des conflits soit un organe de continuité dans la proximité avec le pouvoir exécutif, d'un point de vue organique d'abord (Premier paragraphe) et d'un point de vue matériel ensuite (Second paragraphe).

Paragraphe 1. La continuité organique entre le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat du Second Empire

449. Le Conseil d'Etat se veut un organe conservateur au milieu du désordre institutionnel (Sous paragraphe 1). Il reprend les hommes de la commission provisoire et le Conseil d'Etat impérial. Il va ignorer assez largement les manifestations républicaines et oeuvrer dans une continuité jurisprudentielle avec le régime précédent. Par ailleurs, l'autorité judiciaire, notamment en raison des fortes pressions politiques auxquelles elle est soumise par Crémieux au début du régime, n'est pas en mesure de faire valoir des prétentions solides face à celles du Conseil d'Etat et face au droit administratif qui est en train de se construire (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1. Un Conseil d'Etat conservateur

450. Gambetta et Jules Simon proposèrent au Gouvernement de la Défense Nationale de supprimer le Conseil d'Etat. C'est Crémieux qui obtient l'ajournement de la mesure et le Conseil est simplement suspendu par un décret du 4 septembre 1870 et remplacé dans ses fonctions par une commission provisoire créée par un décret du 15 septembre 1870. Cette commission provisoire ne marque pas une rupture avec le Conseil d'Etat de l'Empire, elle en est la directe continuité. Elle est composée de conseillers, de maîtres des requêtes et d'auditeurs. Elle fonctionne sur les mêmes structures : assemblée générale

administrative, assemblée générale délibérant au contentieux, sections administratives, section du contentieux. Son président, Ferdinand de Jouvencel, était membre du Conseil sous la Monarchie de Juillet et la Seconde République. Aucoc est le seul membre qui était également conseiller d'Etat sous l'Empire mais les autres membres étaient également membres, pour nombre d'entre eux, du Conseil sous les régimes ayant précédé l'Empire (comme Jules Simon, qui sera nommé plus tard et qui était membre du Conseil d'Etat de la Seconde République). La commission reprend les attributions du Conseil.

451. De nombreux membres de la commission provisoire seront ensuite membres du Conseil d'Etat sous la Troisième République lorsqu'il sera restauré et réorganisé par la loi du 24 mai 1872 : Aucoc, David, Laferrière, Octave le Vavasseur de Précourt, René Marguerie ou encore Eugène Marbeau. Il y a donc une continuité entre le Conseil de l'Empire et celui de la Troisième République.

452. Thiers joua apparemment³⁰⁰ un rôle important dans la sauvegarde du Conseil d'Etat, comme en témoigne une biographie de Jouvencel : « Thiers fait appel au dévouement de Ferdinand de Jouvencel : il est du devoir des conservateurs d'occuper les hauts postes de l'administration ; c'est le seul moyen de barrer la route aux Républicains³⁰¹ ». Il s'agit donc bien de maintenir les acquis de l'Empire. « Le Conseil d'Etat du Gouvernement de Défense Nationale est presque entièrement composé de personnalités conservatrices qu'a fait nommer le président de Jouvencel. (...) Les noms (des) auditeurs portent la marque du président du Conseil d'Etat : (...) ces auditeurs se rattachent presque tous par leur origine, leurs tendances et leurs convictions, aux anciennes monarchies, quelques uns à l'Empire ; une faible minorité appartient aux fractions les plus modérées de l'opinion républicaine³⁰² ». Manifestation de la prédominance de cet esprit

³⁰⁰ *Le Conseil d'Etat. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 531

³⁰¹ *Le Conseil d'Etat. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1974, p. 531 citant Villeconin, 1940, p. 694-695 : Jouvencel (Comte Henri de), *Recherches historiques, généalogiques et biographiques sur les Jouvencel*.

³⁰² *Le Conseil d'Etat. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1974, p. 532 Villeconin

conservateur également, Aucoc, juriste de renom, prendra la tête de la section du contentieux et y exercera donc son influence, conservatrice.

453. Les travaux de la commission provisoire montrent également la volonté de recruter du personnel ayant déjeune expérience dans les anciens Conseils : « La commission se demandait (à propos du recrutement d'auditeurs) aussi si son choix devait porter exclusivement sur d'anciens auditeurs, ayant déjà appartenu au Conseil (...) ou si elle ferait bien de présenter des candidats nouveaux. (...) Comme il s'agit de remplacer d'anciens auditeurs, elle a pensé qu'il serait convenable de choisir des candidats parmi les auditeurs ayant déjà fait partie du Conseil d'Etat ». Elle se propose ensuite de remplacer plus tard un candidat « nouveau » (c'est-à-dire n'ayant pas appartenu au Conseil d'Etat auparavant) par un autre, également « nouveau » afin d'instaurer un certain équilibre dans le recrutement. Cet extrait permet de comprendre deux choses. Non seulement le Conseil est composé dans la continuité des anciens conseils - on parle d'ailleurs d'appartenance « au » Conseil, pour signifier qu'il s'agit d'un seul et même organe traversant les régimes successifs - mais encore cela est-il fait sciemment et même avec une certaine tempérance, comme pour ne pas abuser d'une bonne chose.

454. Le travail de la commission révèle également la continuité. Son président en est d'ailleurs félicité en des termes qui révèlent parfaitement le conservatisme de ses travaux : « (la commission) nous a aidés à remettre en ordre et à rendre son cours habituel cette vaste administration si fortement ébranlée par les événements que nous avons traversés et que pas un de ses actes, du 19 septembre 1870 au jour où je vous écris (le 5 août 1872), ne porte la trace des temps troublés au sein desquels nous avons vécu³⁰³ ».

455. Thiers déclara à l'Assemblée Nationale, le 22 février 1872 « la Commission provisoire est à bout de souffle ». Il fallait rétablir le Conseil d'Etat. Il était difficile de le faire dans le doute institutionnel qui régnait alors. Ainsi, ce fut encore le conservatisme qui l'emporta. A défaut d'idées neuves, on fit renaître le Conseil d'Etat tel qu'il existait

³⁰³ Lettre du Garde des Sceaux à Jouvencel, du 5 août 1872, *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 534 : Villeconin p. 697

auparavant, à quelques différences près. L'idée fut d'abord, aucune Constitution n'ayant encore été adoptée, de faire une loi provisoire concernant le Conseil d'Etat. Chacun était en effet conscient que régler le sort du Conseil avait une grande influence sur la nature du régime. Le rapport de Batbie, rapporteur de la commission chargée du projet et présidée par Saint Marc Girardin, explique ainsi que « la composition et les attributions du Conseil d'Etat ne pourront être réglées d'une manière définitive qu'au moment où l'Assemblée nationale donnera au pays, avec sa constitution politique, son organisation administrative et judiciaire³⁰⁴ ».

456. Le projet de la commission donna au Conseil d'Etat un pouvoirs nouveau : statuer en dernier ressort sur le contentieux administratif, c'est-à-dire sous le régime de la justice déléguée mais lui retirait la connaissance des conflits d'attribution, confiés au Tribunal des conflits.

457. Le projet fut adopté en tous points, à deux exceptions près. D'abord, l'Assemblée rejeta le caractère provisoire de la loi, à la suite d'un long débat sur la question de savoir si le texte sur le Conseil ne devait pas être retardé jusqu'à ce que l'organisation des pouvoirs publics soit mieux établie. Ensuite, elle amorça une longue discussion sur le mode de désignation des conseillers d'Etat. Il s'agissait de savoir si ces derniers seraient nommés par l'exécutif ou élus par l'Assemblée. Ce fut cette dernière solution qui fut finement retenue. Puis abandonnée quelques années plus tard. Le débat sur la désignation des conseillers d'Etat est également révélateur de la continuité avec le régime précédent qui règnera en son sein. Dès lors, les membres du Tribunal des conflits provenant du Conseil d'Etat assureront en son sein également cette continuité.

458. Il y eut néanmoins quelques débats préalables sur la question de l'existence même du Conseil d'Etat. Lefebvre-Pontalis et Raudot proposèrent sa suppression et ce fut Gambetta qui pris sa défense au nom de l'unité des institutions et en replaçant le Conseil dans son histoire : « je m'étonne, pour ma part, que ce soit l'honorable M. Raudot, si

³⁰⁴ *Le Conseil d'Etat. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974, préc., p. 545.*

familier avec les institutions françaises et avec les institutions de l'ancienne monarchie, qui vienne faire un pareil procès au Conseil d'Etat. En effet, messieurs, cette création du Conseil d'Etat, qu'on ne retrouve pas (...) dans les autres pays de la terre, est en effet une création française, et c'est une des meilleures de la monarchie française³⁰⁵ ». Là encore, on constate que l'institution se place dans la continuité de ses prédécesseurs. Si ce sont les conseils de la monarchie qui sont cités par Gambetta, ceux de l'Empire apparaissent en creux, que l'auteur de cette plaidoirie le veuille ou non au demeurant.

459. La désignation des conseillers d'Etat par élection des députés l'emporta sur la nomination par le pouvoir exécutif avec 338 voix contre 316. Le compte fut donc serré pour cette modification d'importance qui aurait pu entraîner un certain bouleversement dans le fonctionnement et l'attitude du Conseil. Une telle désignation aurait en effet pu briser la continuité entre le Conseil d'état de l'Empire et celui de la IIIème République en faisant de ce dernier un outil du légicentrisme. Cependant, l'oeuvre matérielle du Conseil d'Etat du Second Empire pesa trop par sa justesse pour qu'il en fut ainsi. L'idée était de lutter contre Thiers en évitant qu'il puisse nommer lui-même les futurs conseillers. Les arguments échangés furent néanmoins plus théoriques. Il s'agissait de savoir quelle nature devait avoir le Conseil, organe politique ou administratif. En réalité ces débats étaient tout à fait éloignés de la réalité, qui était celle d'un Conseil d'Etat administratif qui succèderaient à celui de l'Empire et se situerait dans sa continuité. En témoignera l'abandon de ce mode de désignation dès 1875.

460. L'élection des membres du Conseil d'Etat eut logiquement un certain caractère politique, or l'Assemblée était majoritairement composée de monarchistes. Ainsi, « la Commission élimina les bonapartistes trop compromis et les républicains trop affichés, ainsi que des amis ou des protégés de Thiers³⁰⁶ ». Thiers obtint cependant la nomination

³⁰⁵ *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 551-552.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 563. Le caractère politique n'est pas démesuré puisque la commission « ne dressa cependant pas une liste de combat, fit place à des légitimistes, à des orléanistes, à des républicains modérés, (...) à des bonapartistes repentis ».

d'Odilon Barrot qu'il « souhaitait (...) voir nommer Vice-Président du corps³⁰⁷ ». Preuve sans doute que la commission n'a pas poussé trop loin la politisation des nominations, la liste est « mal accueillie à droite comme à gauche³⁰⁸ », mais pour des raisons plus personnelles que politiques. Il faut cependant noter que l'Assemblée, à la suite de la commission mais sans être liée par ses propositions, établit un Conseil d'Etat majoritairement à droite. Odilon Barrot fut donc nommé par Thiers à la vice-présidence. Aucoc quant à lui fut nommé président de section. Les nominations faites sous la Présidence Mac Mahon n'eurent ensuite pas pour effet de changer la couleur politique du Conseil. ainsi, en 1878, le journal *Le Temps* pouvait écrire, annonçant l'épuration de 1879 : « Tout le monde semble d'accord pour reconnaître que le Gouvernement de la République ne saurait se contenter plus longtemps d'un Conseil d'Etat où l'on ne compte pas un seul républicain³⁰⁹ ».

Le Conseil d'Etat de 1872 est donc un organe conservateur. Sans pouvoir pour autant être qualifié de bonapartiste, il se situe ainsi dans la continuité du Conseil d'Etat du Second Empire. Il est ainsi par exemple considéré comme un trop fervent défenseur de la centralisation administrative. En vertu de la loi du 10 août 1871, le Conseil recevait les pourvois formés par les préfets et les ministres contre les délibérations des conseils généraux, des commissions départementales et des conférences interdépartementales. Les décisions du Conseil sur ces recours paraissent à certains faire de lui « la forteresse de la centralisation qui nous énerve et qui nous tue³¹⁰ ». Le Conseil souhaitait en effet limiter les pouvoirs des conseils généraux et accueillait largement les actes de tutelle, favorisant ainsi volontairement le pouvoir exécutif central. C'était sa politique jurisprudentielle, ce qui ne signifie pas qu'il la développait arbitrairement. Il respectait les marges de manœuvre qui lui étaient laissées sur la question par la législation.

³⁰⁷ Ibid., p. 563

³⁰⁸ Ibid., p. 563.

³⁰⁹ Cité par Ibid, p. 565

³¹⁰ Citant Taillandier devant la Chambre : *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 571.

461. Par ailleurs, l'activité du Conseil d'Etat en matière législative est très limitée³¹¹, ainsi ce dernier est-il centré sur l'accompagnement de l'action administrative et sur le contentieux administratif. C'est un organe pleinement administratif. Il a par ailleurs de bons rapports avec le Gouvernement et ses ministres, comme en témoigne les solutions en matière de contrôle des décisions des conseils généraux. Ainsi, dès lors qu'il a le soutien du pouvoir exécutif, que l'Assemblée ne s'oppose pas à lui et que l'autorité judiciaire est affaiblie, personne ne s'oppose au développement du contentieux administratif. Il n'est pas inexact de signaler que l'autorité judiciaire, par son opposition a été un facteur d'émulation pour la construction du droit administratif, il faut cependant signaler également que les débuts de la Troisième République constituent la période la plus constructive pour le droit administratif français et que ce fut également celle où le Conseil d'Etat disposait de la plus grande liberté. C'est aussi une période, comme celle du Second Empire qui donna à la justice administrative toute sa puissance même en dehors d'un régime autoritaire (après la période de la Restauration qui fut celle de la résistance) (Napoléon : puissance dans l'arbitraire - sans mérite, ; Monarchies : Résistance ; Sde République : politisation du Conseil, flottement (?); Sd Empire : développement du contentieux, écrasement de l'AJ ; Troisième Rép : construction).

462. A partir de 1872, la jurisprudence administrative se développe exactement dans le sens souhaité par le Conseil d'Etat depuis la Restauration. L'autorité judiciaire, qui a longtemps résisté à l'instauration d'un droit administratif général et d'une compétence afférente du juge administratif n'est plus en mesure de s'y opposer.

463. Le contentieux se développe d'abord d'un point de vue quantitatif³¹². Le nombre de recours pour incompétence et excès de pouvoir est en grande partie responsable de cette

³¹¹ Voir sur ce point, *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 569

³¹² *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, préc., p. 579 : « D'Août 1872 au 31 décembre 1878, il fut rendu 8834 décisions, soit une moyenne annuelle de plus de 1400, supérieure à celles de toutes les époques antérieures (772, de 1840 à 1844, 862 de 1845 à 1848, 698 de 1849 à 1851, 1006 de 1852 à 1860, 1157 de 1861 à 1865, 1164 de 1866 à 1870).

augmentation puisqu'il double à ce moment là³¹³. Plusieurs motifs peuvent être avancés pour expliquer cette augmentation. Des dispositions spécifiques (loi du 10 août 1871 ouvrant un recours au Conseil d'Etat contre les décisions des commissions départementales ; loi du 7 juin 1873 relative aux recours devant le Conseil d'Etat formés par le Ministre de l'Intérieur visant à faire déclarer démissionnaires les membres des conseils généraux ; loi du 31 juillet 1875 qui remet au Conseil le contentieux des élections des membres des conseils généraux, par exemple) mais aussi un développement général du contentieux administratif, dont l'image auprès des justiciables s'est amélioré en raison notamment du passage à la justice déléguée. Une décision comme celle du 19 février 1875, Prince Napoléon³¹⁴ est par exemple un facteur en faveur d'une bonne perception de l'action du Conseil. Par cette décision bien connue, le Conseil d'Etat abandonne en effet le simple mobile politique pour la qualification d'acte de gouvernement et accourt ainsi le champ de la justiciabilité des actes administratifs. Le Conseil accroît ainsi sa compétence sur les actes administratifs, soit par l'application des lois qui ouvrent des recours, soit par sa jurisprudence.

464. Le premier témoignage de cette continuité est l'arrêt Blanco. Il reprend, en les combinant, les solutions des décisions du Conseil d'Etat du Second Empire Rotschild et Deisketer. De la décision Rotschild³¹⁵, il reprit la formule célèbre d'une compétence générale fondée sur une repositibilité administrative « ni générale, ni absolue » et devant obéir à des règles spécifiques. De la décision Deiskheter³¹⁶, il reprit le visa des lois de 1790 et de l'an III pour en faire le fondement de cette compétence générale.

465. Il prolonge ce régime spécifique de responsabilité par l'arrêt Pelletier³¹⁷. En distinguant faute personnelle et faute de service, le Tribunal des conflits reprend, en les

³¹³ Ibid., p. 579 : 604 entre août 1872 et 1878, contre 210 de 1852 à 1860, 298 de 1861 à 1865, 303 de 1866 à 1870. Sans compter, comme le signale l'ouvrage, que ces chiffres doivent prendre en compte le fait que le Conseil d'Etat n'est alors plus compétent pour les conflits d'attribution.

³¹⁴ CE, 19 février 1875, Prince Napoléon, Rec. Lebon p. 155.

³¹⁵ CE sur conflit, 6 décembre 1855, Rothschild c. Larcher et administration des postes, Leb. p. 707.

³¹⁶ CE, 6 août 1861, Dekheister, Rec. p. 627.

³¹⁷ CE, Pelletier, 30 juillet 1873, Rec. Lebon p. 117.

organisant, les solutions du Conseil d'Etat du Second Empire, solution dont les prémisses sont même visibles dans les solutions du Conseil sous la Restauration et la Monarchie de Juillet.

Sous-paragraphe 2. Une autorité judiciaire affaiblie

466. Conflits au sein de la magistrature. Epurations républicaines sous Crémieux suite aux « commissions mixtes de 1852 ». Apaisement sous Dufaure. au sein de la magistrature, il semble y avoir un certain nombre de membres hostiles au nouveau régime. En effet, sous l'Empire, les juges judiciaires se sont ralliés aux solutions administratives, renonçant à lutter contre une justice administrative soutenue par le changement de régime.

467. Il est donc logique que l'autorité judiciaire ne soit pas à même de contester la jurisprudence administrative au moment du passage à la République. D'autant que la « républicanisation³¹⁸ » de la justice prend plusieurs décennies. La IIIème république fait par ailleurs « une place secondaire » à la justice³¹⁹. Il résulte de tout cela que l'autorité judiciaire, déjà affaiblie, laisse le champ libre à la jurisprudence administrative pour construire le droit administratif.

468. Au Tribunal des conflits, les membres du Conseil d'Etat poursuivent le travail commencé sous le Second Empire tandis que les membres de la cour de cassation ne portent aucune contestation particulière ni aucune idéologie au profit de leur corps. Finalement, le caractère républicain du régime n'atteint que très peu le Conseil d'Etat.

³¹⁸ Jean-Pierre Royer, Jean Jean-Paul, Bernard Durand, Nicolas Derasse, Bruno Dubois, *Histoire de la justice en France : du XVIIIème siècle à nos jours*, Paris, PUF, 2010, p. 677 et s.

³¹⁹ Jean-Pierre Royer, Jean Jean-Paul, Bernard Durand, Nicolas Derasse, Bruno Dubois, *Histoire de la justice en France : du XVIIIème siècle à nos jours*, Paris, PUF, 2010, p. 68 », cite J. P. Malechon : voir.

Paragraphe 2. La continuité matérielle entre le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat du Second Empire

469. La période de continuité avec le Second Empire peut être entendue comme étendue jusqu'en 1908 avec le commentaire de Jèze³²⁰ à la qui atteste que l'objectif du Conseil d'Etat du Second Empire est rempli et ainsi la défaite de l'autorité judiciaire est attestée : le juge administratif n'est plus un juge d'exception.

470. Le Tribunal des conflits a été un participant actif, avec le Conseil d'Etat, de l'établissement de cette situation. C'est, peut-on estimer, le marqueur fondamental de la continuité de l'action du Tribunal des conflits avec le Conseil d'Etat du Second Empire, c'est ce qui permet de dire qu'il est un organe de protection de l'administration, un corps administratif. Sa composition paritaire n'a pas eu d'influence fondamentale. Les prétentions judiciaires sont même d'une certaine façon contenues par l'existence de cet organe qui atteste de la domination du pouvoir exécutif plus qu'il n'atteste de l'établissement d'un dialogue réel. La présidence du Garde des Sceaux en témoigne tout à fait.

471. Notamment à travers les jurisprudences Blanco ou Pelletier la participation du Tribunal des conflits à la construction d'un droit administratif autonome, c'est-à-dire à la situation contraire aux volontés de l'autorité judiciaire, est indéniable. Cela apparaît d'autant plus dans les cas de partage au Tribunal des conflits³²¹.

472. Qu'il s'agisse des affaires Blanco³²², Feutry³²³, Frères de Ecoles chrétiennes³²⁴, ou Abbé Brunet et Bel³²⁵, entre 1872 et 1908 tous les cas de partage sont en faveur du juge

³²⁰ Gaston Jèze, *La présidence du Tribunal des conflits*, RDP 1908, p. 257.

³²¹ Liste des cas de partage : 11 juillet 1933 Dame Melinette ; 31 mars 1950 Demoiselle Gavillet; 13 juin 1960 Douieb c/ Stokos; 13 juin 1960 Cianelle, Veuve Valléec/ Scieberras ; 8 décembre 1969 SAFER de Bourgogne c/ Epoux Soyer et Valla; 8 décembre 1969 Arcival et autres c/ Salfat

³²² prec.

³²³ TC, 29 février 1908, rec. p. 217.

³²⁴ TC, 14 janvier 1880, rec. p. 20.

³²⁵ TC, 29 février 1908, rec. p. 206.

administratif. En revanche, dans l'affaire Mélinette, Jèze considère³²⁶ que le ministre de la Justice était en faveur de la compétence administrative mais le partage a résulté en la compétence judiciaire. Ce qui a pu faire dire à Waline³²⁷ et Benoît³²⁸ que le Ministre de la Justice favorisait la compétence judiciaire dont il est proche. Oraison³²⁹ y voit cependant une opinion trop extrême. En réalité cela dépend aussi de la personnalité et des intentions du ministre et donc aussi du jeu politique, si jamais cette décision y a des implications. Il n'y a jamais eu d'intervention du ministre de la justice dans le cadre de la loi de 1932. Jean Foyer a présidé hors cas de partage (séance du 21 mars 1970)

473. Illustrant l'idée de continuité avec le régime précédent, les auteurs expliquent que « jusqu'à l'arrêt Feutry le Tribunal des conflits se cantonna dans (le rôle d'interprétation des lois concernant la répartition des compétences), d'où son action de défense de la compétence administrative située dans le droit fil de l'esprit des loi des 16 et 24 août 1790 et des textes révolutionnaires³³⁰ », voient dans le Tribunal des conflits, un « défenseur de la compétence administrative³³¹ » et affirment que « le Tribunal des conflits affirme l'autonomie du droit administratif de la responsabilité par rapport aux règles posées par le Code civil et fait prédominer l'acte administratif sur les droits des particuliers³³² ».

474. Le premier jalon de cette continuité est naturellement posé par l'arrêt Blanco du 8 février 1873³³³. Pourquoi le partage dans cette affaire ? Le commissaire du gouvernement David « se réfère³³⁴ » dans ses conclusions à la solution de l'arrêt du Conseil d'Etat du 6

³²⁶ Gaston Jèze, RDP 1933, p. 427.

³²⁷ Marcel Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Rec. Sirey, 1939, p. 48.

³²⁸ F.P. Benoît, *Le droit administratif français*, 1968, p. 788.

³²⁹ André Oraison, *Le partage d'opinions au Tribunal des conflits*, AJDA, 1971, p. 585-597.

³³⁰ François Chauvel, Thierry Lambert, Didier Pélissier, *Les cas de partage au Tribunal des conflits*, Paris, Economica, 1984, p. 7

³³¹ François Chauvel, Thierry Lambert, Didier Pélissier, *Les cas de partage au Tribunal des conflits*, Paris, Economica, 1984, p. 9

³³² François Chauvel, Thierry Lambert, Didier Pélissier, *Les cas de partage au Tribunal des conflits*, Paris, Economica, 1984, p. 9

³³³ préc.

³³⁴ François Chauvel, Thierry Lambert, Didier Pélissier, *Les cas de partage au Tribunal des conflits*, Paris, Economica, 1984, p. 10

août 1861 Dekheister³³⁵ qui affirme la compétence de l'autorité administrative « pour les litiges qui s'élèveraient entre l'Etat et les particuliers, à l'occasion des actes faits par l'administration pour l'exécution des services publics auxquels elle est chargée de pourvoir ».

475. Selon R. Chapus³³⁶ le partage est du aux circonstances de l'espèce. La gestion d'une manufacture de tabacs semblant assez proche d'un gestion privée de l'Etat, les membres judiciaires du Tribunal des conflits prônaient la compétence judiciaire, telle qu'elle était déjà établie par exemple pour la gestion du domaine privé de l'Etat. David dit en ce sens qu'il « s'agit d'une manufacture de tabac qui a une grande ressemblance avec une industrie privée³³⁷ ». Par ailleurs, il reconnaît également qu'il s'agit de « faits d'imprudence (reprochés) à de simples ouvriers qui sont en dehors de la hiérarchie administrative³³⁸ ». Pourtant, la manufacture est gérée de telle façon qu'il estime que l'Etat « agit toujours comme puissance publique³³⁹ » en son sein. De nombreux éléments, de nombreux indices plaident pour la compétence judiciaire : la Manufacture fonctionne quasiment comme une entreprise privée. Les auteurs³⁴⁰ avancent, en 1984, qu'au moment où ils écrivent la compétence serait encore administrative mais uniquement en application d'une exception à la compétence judiciaire lorsqu'est en présence un monopole de l'Etat sur une activité de service public.

476. Aujourd'hui, il y aurait une compétence judiciaire certaine en raison de la présence d'un service public industriel et commercial. Les circonstances de l'espèce laissaient penser que la compétence judiciaire pouvait se justifier en raison de l'exercice d'une activité de gestion privée. Le Tribunal des conflits s'en est pourtant servi pour affirmer la compétence de principe en matière de responsabilité administrative. L'arrêt

³³⁵ CE, 6 août 1861, Dekheister, Rec. Lebon, p 672.

³³⁶ Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, LGDJ, 1957, p. 88.

³³⁷ Conclusions David, Rec. Lebon 1873, p. 64 à 67.

³³⁸ Conclusions David, Rec. Lebon 1873, p. 64 à 67.

³³⁹ Conclusions David, Rec. Lebon 1873, p. 64 à 67.

³⁴⁰ François Chauvel, Thierry Lambert, Didier Pélissier, *Les cas de partage au Tribunal des conflits*, Paris, Economica, 1984, p. 10.

confirme l'abandon de la théorie de l'Etat débiteur. Sa portée à l'époque n'est pas évidente, surtout quant aux motifs de la compétence.

477. Il y a avant tout une affirmation de la compétence générale du juge administratif pour la responsabilité de l'administration. Il existe ensuite une controverse sur la portée de l'arrêt Blanco : débat sur le motif de la compétence à trouver pour certains dans la nature de l'acte (acte de puissance publique exorbitant, que les particuliers n'auraient pas pu faire) ou pour d'autres dans le but de l'acte (service public).

478. Le commissaire du gouvernement David se réfère à la jurisprudence du Conseil d'Etat du Second Empire, signe explicite de continuité. Pour le commissaire du gouvernement de l'époque, le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire implique que les tribunaux judiciaires « sont radicalement incompétents pour connaître de toutes les demandes formées contre l'administration à raison des services publics (...) alors même qu'elles tendraient (...) à faire prononcer contre elle des condamnations pécuniaires en réparation des dommages causés par ses opérations³⁴¹ ». Il s'agit donc de protéger l'administration et de la protéger dans le cas où sa responsabilité est engagée.

479. Avant la décision du Tribunal des conflits Feutry, du 29 février 1908³⁴², la jurisprudence en matière de responsabilité administrative était protectrice de l'Etat mais pas des départements et des communes³⁴³. Cette différenciation trouvait sa source dans la théorie de l'Etat débiteur qui fondait auparavant la compétence de l'autorité administrative et qui laissait donc les départements et communes sous l'empire des règles et de la compétence civile. Lorsque la responsabilité n'est plus fondée sur la théorie de l'Etat débiteur mais sur la présence de manifestations de la puissance publique ou des services publics, il n'y a plus de raisons que les communes et les départements soient exclus du

³⁴¹ Conclusions David, Rec. Lebon 1873, p. 64 à 67.

³⁴² TC, 29 février 1908, Feutry, n°00624

³⁴³ TC, Desmolles, 7 mars 1874 (Rec. p. 247) : les règles relatives à la responsabilité de l'Etat ne sont pas applicables à celles des communes »

système. A cet égard, l'arrêt Cadot change aussi la donne en faisant du juge administratif un juge de droit commun et dès lors en le rendant accessible aux départements et aux communes. Une décision du Tribunal des conflits, Guidet, du 27 décembre 1879³⁴⁴ reconnaît ainsi que les relations entre les employés locaux et les départements et communes relèvent du droit public et non plus du droit privé.

480. Le Conseil d'Etat décide donc de juger les affaires de responsabilité à l'encontre des « démembrements de l'Etat³⁴⁵ » et le Tribunal des conflits confirme, à plusieurs reprises³⁴⁶ la solution du Conseil d'Etat. Il situe ainsi sa jurisprudence dans la continuité de celle du Conseil d'Etat et des solutions de protection de la compétence du juge administratif du Second Empire. La cour de cassation revendique pourtant³⁴⁷ toujours la compétence pour les actions en responsabilité lorsqu'il s'agit d'actes de gestion et non d'actes de puissance publique. C'est sans doute pour cette raison que l'arrêt Feutry nécessita un partage³⁴⁸. La cour de cassation avait des prétentions sur le contentieux de la responsabilité locale.

481. Hauriou salua³⁴⁹ la décision Feutry et l'unification qu'elle porte. Jèze³⁵⁰ quant à lui la considère comme importante. Il expliqua même que la justice administrative devait être considérée comme plus protectrice pour les administrés que la justice civile car n'hésitant pas à condamner l'administration, ne craignant d'être accusé de troubler les opérations des corps administratifs³⁵¹. Cette idée est toujours utilisée pour justifier la compétence du juge administratif, c'est l'une des déclinaisons particulières de l'idée plus

³⁴⁴ TC, 27 décembre 1879, Guidet, rec. p 879.

³⁴⁵ TC, 27 décembre 1879, Guidet, rec. p 879.

³⁴⁶ TC, Baltardive contre Cadeot, 16 novembre 1901, Rec p. 808 et TC, Soufflet, 24 décembre 1904, Rec. p. 887.

³⁴⁷ Cr. Cass. ch. civ. 3 avril 1905.

³⁴⁸ Et non uniquement en raison des circonstances de l'espèce comme l'avancent les auteurs. La généralité des termes de la décision laisse également à penser qu'il s'agit d'une opposition plus systémique que ponctuelle.

³⁴⁹ Gaston Jèze, prec., RDP 1908, p. 272.

³⁵⁰ Gaston Jèze, prec., RDP 1908, p. 272.

³⁵¹ François Chauvel, Thierry Lambert, Didier Péliissier, *Les cas de partage au Tribunal des conflits*, Paris, Economica, 1984, p. 16.

générale selon laquelle la proximité entre l'administration et son juge est un facteur d'efficacité du contrôle.

482. Dans la décision Feutry, le Tribunal des conflits a suivi le Conseil d'Etat. A l'occasion de l'arrêt, il y eut des débats sur la Présidence. Jacquelin et Berthélémy la critiquèrent. Jèze la défendit pensant que les justiciables ne perdaient rien à ce que le Ministre fasse pencher la balance du côté administratif en raison de l'impartialité des tribunaux administratifs. Jacquelin³⁵² critiqua la présidence du Tribunal des conflits par Aristide Briand qui impliquait une question de cultes sur laquelle il avait statué en tant que ministre des cultes. Pour Berthélémy³⁵³, la responsabilité administrative est d'avantage un système d'allocations d'indemnités par le Conseil d'Etat que de réparation juridictionnelle d'un préjudice. Jèze réfute cette vision « d'allocations », selon lui cela impliquerait de simples décisions au cas par cas tandis que selon lui il s'agit bien de principes juridiques, d'origine jurisprudentielle. Il cite³⁵⁴ notamment la responsabilité pour les dommages de travaux publics. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Teissier explique que la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de responsabilité administrative est devenue « large et libérale³⁵⁵ », c'est-à-dire que l'administration ne bénéficie pas d'une impunité devant le juge administratif, qu'elle y subit un véritable procès. La Cour de cassation s'est « inclinée³⁵⁶ » rapidement devant la solution de l'arrêt Feutry.

483. Les décisions Frères des Ecoles chrétiennes du 14 janvier 1880³⁵⁷ font suite à la politique de laïcisation de l'enseignement public.

484. Dans les deux affaires, il s'agissait de questions de propriété causées par les conséquences de cette politique. Les organisations religieuses étaient sommés de quitter les

³⁵² René Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, V. Griard et E. Brière, 1899, p. 68.

³⁵³ Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 891

³⁵⁴ Gaston Jèze, préc., RDP 1933, p. 427.

³⁵⁵ Conclusions, préc., Rec., p. 213.

³⁵⁶ Cass. 26 février 1912, Commune d'Eyguières, S. 1914, p. 17.

³⁵⁷ TC, 14 janvier 1880, Frères des Ecoles Chrétiennes (Garde des Sceaux Jules Cazot), Rec. p.206

locaux d'enseignement mais elles avaient parfois sur ces locaux, des droits de propriété à faire valoir.

485. Dans la première affaire, Frères des Ecoles chrétiennes contre commune de Brignoles, un arrêté du préfet du Gard obligeait l'organisation religieuse à quitter des locaux sur lesquels cette dernière prétendait avoir des droits au titre d'une donation faite à la ville sous la condition que les Frères des Ecoles chrétiennes dirige l'établissement. Le conflit est élevé dans le cadre d'une instance de référé devant le TGI intentée par les Frères des Ecoles chrétiennes. Les membres du Tribunal sont partagés. Un acte de droit privé fondé sur le droit de propriété s'oppose à l'application d'un acte administratif. Il s'agit d'une question de légalité d'un acte administratif mais ce qui est en jeu c'est le droit de propriété dont le juge judiciaire est le défenseur de principe.

486. Dans la deuxième espèce Frères des Ecoles chrétiennes contre la ville d'Alès, c'est le même problème. Les arrêtés du préfet du Gard révoquent le directeur de l'école, nomment un instituteur laïc et expulsent de l'immeuble les Frères des Ecoles chrétiennes. Ils font ainsi obstacle à une donation conditionnelle, de la même façon que dans la première espèce. Le Tribunal d'Alès est saisi en référé, le conflit est élevé devant lui.

487. Dans les deux affaires, l'arrêté de conflit est confirmé. Le Tribunal des conflits semble se fonder sur le fait qu'il s'agit d'un jugement en référé et qu'il s'agit par conséquent d'une action du juge judiciaire entravant, non pas au nom du droit de propriété véritablement puisque l'affaire n'est pas jugée au fond, l'action administrative de façon prématurée.

488. Le Tribunal des conflits semble reconnaître que la compétence au fond serait celle du juge judiciaire mais il empêche l'intervention en la matière du juge des référés. La question est finalement tout à fait politique et l'intervention d'un partage par le Ministre de la justice apparaît comme logique.

489. Pour P. Lambert, F. Chauvel et P. Pélissier³⁵⁸, il manque une procédure de référé administratif. Cette position peut néanmoins se discuter. La question des référés est délicate. Il est clair que l'intervention immédiate du juge judiciaire est un empiètement sur l'action administrative. En ce sens, en se replaçant dans le contexte de l'époque la solution est logique. Cependant, c'est en réalité la procédure même de référé, administrative ou judiciaire, qui est condamnée par les décisions du Tribunal car c'est le privilège du préalable qui est menacé. Ainsi, le référé administratif n'apparaîtra qu'en 1995 et dans des conditions très restrictives puisque le juge n'aura qu'un pouvoir de suspension de l'acte administratif. Ce n'est qu'avec les réformes des années 2000 qu'il deviendra un véritable référé donnant de réels pouvoirs au juge sur l'administration.

490. Sur le fond, l'administration s'est sans doute emparé trop vite de ces locaux. Le simple fait que les écoles aient été laïcisées n'implique pas que la propriété des bâtiments puissent être transféré indépendamment des droits qui existent dessus. Il faut aussi se souvenir que la matière était très politisée et que l'opinion publique était ainsi très attentive sur ces cas de conflits³⁵⁹. Quoiqu'il en soit, la solution du Tribunal des conflits est là encore très protectrice de l'administration et dans la continuité de la jurisprudence sur conflit du Second Empire.

491. En 1908, dans une affaire Abbé Brunet³⁶⁰, un nouveau cas de partage intervient sur une affaire similaire, ce qui témoigne des hésitations sur cette jurisprudence de 1880 qui n'est donc pas vraiment établie puisqu'elle nécessite de nouveau l'intervention du Ministre de la Justice. F. Lambert, C. Chauvel et F. Pélissier supposent³⁶¹ qu'en 1908 les membres de l'autorité judiciaire du Tribunal des conflits ont essayé de faire revenir le Tribunal des conflits sur son partage de compétences en la matière. L'affaire met en jeu une question de propriété et, à ce titre, le juge judiciaire aurait pu être déclaré compétent. Il

³⁵⁸ François Chauvel, Thierry Lambert, Didier Pélissier, *Les cas de partage au Tribunal des conflits*, Paris, Economica, 1984, p. 29.

³⁵⁹ Voir note Hauriou : Sirey 1908 III p 49

³⁶⁰ TC, 29 février 1908, Abbé Brunet, Rec. p. 206.

³⁶¹ François Chauvel, Thierry Lambert, Didier Pélissier, *Les cas de partage au Tribunal des conflits*, Paris, Economica, 1984, p. 48.

y a donc, symétriquement, un enjeu de protection de l'action administrative dans le cadre d'une politique de laïcisation. Hauriou considère cependant que le procédé d'expulsion par l'administration dans le cadre de l'exécution de la loi (loi du 15 mars 1850) remplaçant les instituteurs sous la dépendance du pouvoir central), est en déclin.

492. Gaston Jèze, dans son article de 1908³⁶², est un des premiers à expliquer que la juridiction administrative présente autant de garanties pour le justiciable que le juge judiciaire. Il relativise ainsi l'enjeu de la répartition des compétences. Cette idée marque la pleine insertion de la justice administrative dans le paysage de l'ordre juridique français, elle est pleinement reconnue comme une juridiction de principe et non pas d'exception.

493. Pour F. Chauvel, T. Lambert et D. Péliissier, l'arrêt *Melinette* du 11 juillet 1933³⁶³, premier rendu sur partage depuis Feutry, marque un changement d'attitude du Tribunal des conflits. Il y a une sorte de libéralisation de la jurisprudence sur la responsabilité de l'administration. Il se situe dans la mouvance de la reconnaissance de services publics industriels et commerciaux initié par l'arrêt du Tribunal des conflits dit du Bac d'Eloka, du 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain³⁶⁴. Solution fondée sur une idée politique³⁶⁵ : l'Etat a développé après-guerre de nouveaux champs d'intervention dans l'activité économique. Il faut donc sortir de la logique de l'Etat gendarme du XIXème siècle.

494. Il est donc possible d'arrêter à ce stade l'analyse réflexion sur la continuité entre le Second Empire et le Tribunal des conflits de 1872 autour de cette époque. L'article de Jèze marque sans doute le moment où la juridiction administrative est « définitivement » établie précisément comme ce que voulait éviter l'autorité judiciaire : un ordre de juridiction à part entière ayant une compétence de principe et non une compétence

³⁶² Gaston Jèze, *prec.*, RDP 1908, p. 272.

³⁶³ TC, 11 juillet 1933, Dame Mélinette, n°00784;

³⁶⁴ TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, Rec. Lebon, p. 91

³⁶⁵ Ainsi, d'un point de vue juridique Benoit peut estimer que la décision de 1921 (dite « Bac d'Eloka ») est d'une très grande imprécision *Le dt adm français*, p 788. Il est vrai que application de la notion de SPIC assez empirique. parfois par nature, parfois par les conditions d'organisation. CE 1956 USIA tente une précision : objet, financement, organisation et fonctionnement. faisceau de présomptions.

d'exception au titre de lois de compétences. Cette compétence de principe reposant alors sur la loi des 16-24 août 1790, faisant des débats doctrinaux sur les origines et la portée de cette loi un enjeu fondamental dans l'analyse du droit administratif.

495. Roland Drago expliquait³⁶⁶ (ce qui va dans le sens d'une vision d'expertise du Tribunal des conflits) que le Tribunal des conflits, du fait de sa composition paritaire, serait à même de prendre des positions doctrinales et nouvelles sur la répartition des compétences.

496. C'est sans doute vrai mais cela ne semble pas être du à autre chose qu'à la volonté du Conseil d'Etat. Le dialogue qui s'établit depuis toujours entre le Conseil d'Etat et la cour de cassation est transposé à l'intérieur d'un même organe. C'est pour cela que la continuité entre les solutions du Second empire et celles qui suivent la réinstauration du Tribunal des conflits en 1872 est intéressante. Le Tribunal des conflits n'a pas vraiment de spécificité dans ce dialogue. Le fait que le dialogue s'effectue en son sein ne change finalement que peu de choses. En témoigne le fait que les grands arrêts du Tribunal des conflits soient à l'époque rendus sur cas de partage ou dans la foulée d'un cas de partage. Comment s'opposer par exemple à la solution de la décision Lepelletier juste après le partage rendu dans l'arrêt Blanco? Ou encore que ces solutions de principes permettant d'assoir la compétence du juge administratif et la création d'un droit administratif autonome dans la continuité des solutions du Second Empire soient également rendus par le Conseil d'Etat. Les rapports de pouvoir qui sont en jeu dans la répartition des compétences dépassent le plus souvent le Tribunal des conflits, soit par leur caractère politique soit même au sein d'enjeux purement juridiques. Il relève en définitive de la bonne volonté de la part du Conseil d'Etat pour que les prétentions judiciaires soient reconnues.

³⁶⁶ Roland Drago, *La loi du 24 mai 1872*, EDCE, 1972, p. 17.

Conclusion du Chapitre

497. Le Tribunal des conflits de 1872 est un organe de compromis. Tel n'était pas le cas de son prédécesseur. Sa composition est largement reprise sur le modèle du premier Tribunal des conflits mais elle comprend des modifications issues de cette volonté de compromis. Il n'a pas de nouvelles attributions. Au contraire, certaines attributions qui étaient si révélatrices de la nature administrative du Tribunal des conflits de 1848 ont disparu.

498. Cependant, ce compromis, pourtant au centre des débats sur l'institution, va vite se révéler inutile. La présidence est maintenue et la règle des quatrièmes membres n'est pas appliquée. C'est que la nature administrative de l'institution ne pouvait manquer de prévaloir.

499. Du point de vue matériel, la jurisprudence révèle ainsi parfaitement le caractère d'organe de continuité du second Tribunal des conflits. Il réitère ou prolonge les solutions adoptées par le Conseil d'Etat sous le Second Empire. Le contexte jurisprudentiel et institutionnel est tel qu'il est impossible qu'il en soit autrement. Le Second Empire a assis la domination du pouvoir exécutif et les bouleversements institutionnels entraînés par le retour d'un régime républicain sont largement minimisée par la continuité de l'action administrative et du Conseil d'Etat.

500. C'est donc de nouveau un corps administratif qui a été créé. Cette nature administrative était inévitable.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

501. Ce qui marque la création du Tribunal des conflits de 1872 c'est le contexte de victoire de la justice administrative sous l'Empire.

502. Le système administratif s'est matériellement installé. Il a développé une jurisprudence solide. L'autorité judiciaire s'est pliée aux solutions administratives. Il en résulte un apaisement. Non pas par capitulation réciproque mais par victoire du Conseil d'Etat sous le Second Empire.

503. Le contexte institutionnel est chaotique. Il n'y a pas de débat sur la réapparition du Tribunal des conflits qui se présente comme une garantie républicaine et une sorte de conséquence logique de la dualité de juridiction, ce que pourtant il n'est pas.

Il y a donc un compromis car il y a bien une position du gouvernement et une position de l'Assemblée. L'idée pour l'Assemblée est de ne pas recréer l'organe déséquilibré de 1848. Pour le gouvernement, c'est le contraire (preuve encore du caractère de corps administratif du Tribunal des conflits de 1848). Ce qui va résulter de cela c'est l'abandon de ce compromis finalement inutile.

504. Le Tribunal des conflits va montrer une vraie continuité dans la construction de la justice administrative. A cet égard, le point le plus marquant de la fameuse décision Blanco du 8 janvier 1873 était peut-être qu'elle réitérait dans le régime républicain les solutions ayant été créées au sein du régime impérial.

505. Le Tribunal des conflits va se révéler comme ce qu'il est, c'est à dire non pas un organe neutre placé entre les deux ordres de juridiction mais bien un organe intégré au système institutionnel administratif.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

506. La création du Tribunal des conflits a bien correspondu à une volonté de créer une institution intégrée au système institutionnel administratif français, ayant pour spécificité politique la protection de l'action administrative à travers la protection, quand cela est nécessaire, de la compétence du juge administratif.

507. Alors qu'on pourrait croire qu'il s'agit d'un organe issu de la dualité de juridiction, il est créé en réalité pour d'autres motifs et il est créé comme un organe administratif. Qu'il protège la compétence du juge administratif ne change pas fondamentalement sa mission par rapport à celle qu'exerçait avant lui le Conseil d'Etat en protégeant la compétence de l'autorité administrative statuant au contentieux. Il est donc un organe issu de la loi de séparation des autorités des 16-24 août 1790 bien plus qu'il n'est un organe issu du passage à la justice déléguée.

508. Il est créé pour trancher les conflits d'attribution qui sont perçus comme des questions d'ordre constitutionnelles, ou encore d'ordre public constitutionnel ou des questions dites de haute administration.

509. Le système étant fait pour protéger l'administration, il est logique que le nouvel organe soit conçu comme un organe proche de l'administration.

Ceci étant, le 19^{ème} siècle a connu de nombreux bouleversements constitutionnels et les régimes successifs ont du mal à se mettre au clair avec la justice administrative et avec les prérogatives, la latitude dont elle doit disposer. Seul l'Empire finalement est assez clair puisqu'il veut évidemment une justice administrative forte. D'ailleurs cette cohérence va aussi avec une forme de libéralisme. Le Tribunal des conflits est créé pour trancher les conflits d'attribution mais il est tributaire des hésitations relatives à la dualité de juridiction.

510. Les créations de 1848 et 1872 sont deux opérations différentes. En 1848, ce qui est notable c'est le côté accidentel, conjoncturel, de la création du Tribunal des conflits.

Sans la modification du Conseil d'Etat issue du passage au monocriminalisme, le conflit aurait logiquement pu rester entre les mains du Conseil d'Etat. En 1872, l'organe est recréé comme une garantie républicaine, et l'idée d'impartialité, d'organe placé entre les deux ordres de juridictions a progressé. Cependant, le caractère administratif de l'organe n'a, en toute logique, pas tardé à réapparaître.

511. Il faut dès lors se demander si cette continuité de la nature administrative du Tribunal des conflits a perduré au cours de son évolution. Le Tribunal des conflits a en effet connu plusieurs réformes et, surtout, le contexte institutionnel paraît avoir changé. La dualité de juridiction est à la fois moins menacée mais aussi moins menaçante. C'est le consensus, poussant jusqu'à en avoir une vision purement technique, qui semble dominer la matière de la répartition des compétences juridictionnelles.

512. La seconde partie de cette étude permettra de démontrer que, comme la dualité de juridiction reste un type d'organisation issue d'une décision politique qu'il faut sans cesse protéger des évolutions du droit et adapter aux nécessités de l'action administrative, le Tribunal des conflits reste un organe de protection de l'administration, tel qu'il avait été créé.

SECONDE PARTIE.

LA PROTECTION DE L'ADMINISTRATION ET L'EVOLUTION DU TRIBUNAL DES CONFLITS

514. Le Tribunal des conflits a objectivement changé depuis sa création. Il a connu plusieurs vagues de réformes qui ont modifié ses modes de saisine. Son office, dans le sens où l'on entend classiquement cette notion – sens que l'on sera amené à questionner et tenter de préciser – c'est-à-dire ses missions, ont donc changé. Mais au-delà et parallèlement à cela, c'est le discours sur le Tribunal des conflits qui a changé.

515. Toutes les évolutions qu'il a connu sont allés dans le sens du renforcement de l'aspect juridictionnel du Tribunal des conflits. De la perception de sa mission comme tournée vers le justiciable, vers la bonne administration de la justice. Aucune réforme de son office ou de son fonctionnement n'a consisté à conforter sa proximité avec l'administration ou le juge administratif. En d'autres termes, aucune réforme n'a consisté à conforter son caractère d'organe administratif, c'est-à-dire intégré au système institutionnel administratif.

516. Les deux dimensions qui traversent le Tribunal des conflits ne sont pas complémentaires, elles sont contradictoires. Un organe ne peut pas être à la fois spécialisé dans la protection du justiciable et la bonne administration de la justice d'une part et la protection de l'action administrative et de la compétence du juge administratif d'autre part. Si l'antinomie ne se présente pas quotidiennement et si une telle contradiction n'est donc pas constamment visible, elle n'en reste pas moins indéniable. Il en va en effet non seulement de la cohérence de l'organe en cause mais plus largement du système dans lequel il est intégré. Ainsi, si le quotidien du Tribunal des conflits est bien celui d'un organe de conciliation, de dialogue, de bonne administration de la justice et de protection du justiciable, c'est parce la dualité de juridiction est

installée, depuis le Second Empire, de façon suffisamment stable dans l'ordre juridique français pour qu'elle ne donne pas lieu quotidiennement à des conflits d'attribution. Cependant, la cause de cette stabilité c'est bien la domination du pouvoir exécutif sur l'ordre judiciaire. Domination assurée par l'activité contentieuse et non contentieuse du Conseil d'Etat ainsi que par la jurisprudence du Tribunal des conflits dès lors qu'elle se révèle nécessaire à la poursuite de cette finalité de protection de l'action administrative.

517. En d'autres termes, c'est dans les cas critiques, lorsque la nécessité de mettre en œuvre une telle protection que le Tribunal des conflits, comme le Conseil d'Etat d'ailleurs, révèle sa véritable nature. Il est illogique de raisonner au regard des situations non conflictuelles de la dualité de juridiction puisque leur caractère pacifié est précisément le résultat de la puissance administrative, dont la première partie a permis de démontrer qu'elle avait été mise en place avec la participation du Tribunal des conflits.

518. Ainsi, dans cet univers administratif et juridictionnel pacifié, le Tribunal des conflits peut apparaître comme un organe de consensus chargé de résoudre des questions de pure technique juridique, vidée de toute dimension politique. C'est tout le sens du principe si souvent invoqué en vertu duquel la compétence juridictionnelle *suivrait* – c'est-à-dire se déduirait de – le fond du droit applicable. Or, ce principe est faux, même dans ses applications les plus courantes, puisqu'il demeure une décision politique en lui-même et le Tribunal des conflits n'est pas un organe expert de la répartition des compétences.

519. Comme la dualité de juridiction reste un choix d'organisation des pouvoirs publics et donc une décision par nature politique et non technique, le Tribunal des conflits, protecteur de la dualité de juridiction car protecteur de la compétence du juge administratif, reste un organe éminemment politique, bien plus qu'il n'est un organe juridictionnel. Nulle transformation de sa nature véritable ne peut être constatée. Cette dernière est trop liée au système institutionnel français pour varier en son sein.

520. Ainsi, ce qui a été établi pour la création du Tribunal des conflits dans la première, la seconde entend en démontrer la continuité à travers les réformes qu'a connu l'institution et les discours qui le visent.

521. Pour ce faire, il s'agira de comprendre, afin d'en prendre la juste mesure, les évolutions qu'a connu le Tribunal des conflits dans son office (Titre 1) puis de constater la prééminence de la continuité de l'institution quant à son rôle dans l'ordre juridique français (Titre 2).

TITRE PREMIER. LES EVOLUTIONS DE L'OFFICE DU TRIBUNAL DES CONFLITS

522. L'évolution de l'office du Tribunal des conflits, c'est-à-dire de l'ensemble de ses missions, de ses compétences, est d'abord centrée autour du conflit négatif. Le conflit négatif symbolise tout à fait la vision d'une dualité de juridiction et d'un Tribunal des conflits consensuels et techniques. En effet, dans le conflit négatif, l'attention de l'administration n'a pas été attirée par le contentieux en cause. Il semble alors que le problème qui se pose au Tribunal soit dépourvu d'enjeux politiques et qu'il ne s'agisse donc que de s'assurer que l'affaire soit traitée par l'ordre juridictionnel ayant une vocation traditionnelle, naturelle, à en connaître, en fonction du droit applicable au litige en cause.

523. Le développement du conflit négatif à travers différents modes de saisine a donc entraîné avec lui cette nouvelle vision consensuelle et technique du Tribunal des conflits. S'est ainsi développé l'idée, qui existait déjà mais dans une bien moindre mesure, que le Tribunal pouvait être un arbitre neutre placé entre les deux ordres de juridiction et devant, avant tout, s'assurer que la dualité de juridiction ne portait pas un préjudice trop grand au justiciable.

524. Les réformes du Tribunal des conflits suivent cette tendance générale et peuvent être analysées en deux étapes. D'abord les réformes directement relatives au déni de justice, risque premier de la dualité de juridiction pour le justiciable. Ensuite celles qui, tout en restant dans cette dynamique de protection du justiciable et de neutralité du Tribunal, vont au-delà de la question du déni de justice.

525. La première réforme est celle de la loi du 20 avril 1932. Elle concerne une hypothèse très spécifique, la contradiction de décisions au fond des deux ordres juridictionnels conduisant à un déni de justice, mais elle a une grande portée théorique. Elle questionne en effet très directement la place du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français et tout particulièrement l'articulation de ses pouvoirs avec l'indépendance des ordres juridictionnels. Les réformes de 1960 concernent directement,

pour leur part, le conflit négatif et sont par conséquent centrales dans le mouvement de basculement d'un Tribunal des conflits centré sur le conflit positif vers un Tribunal des conflits pensé autour du conflit négatif. Il faudra ensuite étudier la réforme de la loi de 2015 qui va au-delà de la simple question du déni de justice, qui affirme le caractère juridictionnel du Tribunal des conflits et tente d'en faire une cour suprême des difficultés de compétences.

526. En ce sens, l'évolution du Tribunal des conflits a connu trois temps. Le premier est celui du conflit positif et d'un organe pensé comme administratif. Le deuxième est celui du conflit négatif et d'une institution chargée de minimiser les incidents procéduraux liés à la dualité de juridiction. Le troisième est celui d'une volonté d'unification des solutions jurisprudentielles, c'est celui de la régulation de la dualité de juridiction et d'un Tribunal des conflits pensé comme étant au-dessus des deux ordres juridictionnels, dans la situation d'un arbitre impartial.

527. Les évolutions du Tribunal des conflits seront ainsi analysées, celles qui concernent directement le déni de justice (Chapitre 1) puis celle qui vont au-delà du déni de justice (Chapitre 2), ce qui permettra d'entreprendre la critique de ces évolutions dans le titre suivant de l'étude.

Chapitre 1. Les évolutions du Tribunal des conflits relatives au déni de justice

529. Le premier temps de l'évolution du Tribunal des conflits est donc celui relatif à la prévention ou à la résolution des cas de déni de justice. Le déni de justice issu de la dualité de juridiction peut être constitué par un refus des deux ordres juridictionnels de connaître de l'affaire ou, au contraire et plus rarement, par des décisions inconciliables entre elles relatives à une même affaire. Signalons d'ores et déjà que des décisions inconciliables entre elles sur le fond du droit mais n'étant pas relatives à la même affaire et ne préjudiciant donc à aucun justiciable de façon directe peuvent exister et ne constituent pas un déni de justice. Elles sont au contraire l'objet central de l'évolution du Tribunal des conflits et de la dualité de juridiction, sur laquelle il s'agira de s'arrêter dans le chapitre suivant.

530. Le Tribunal des conflits a connu deux évolutions directement relatives au déni de justice dans son office : la loi du 20 avril 1932 relative au déni de justice créé par deux décisions contradictoires des deux ordres juridictionnels et les décrets de 1960 relatifs à l'ouverture de nouvelles voies de recours devant le Tribunal des conflits en matière de prévention des conflits négatifs.

531. La loi de 1932 est une disposition très rarement utilisée car correspondant à des situations très rarement constituées. Son étude est pourtant très révélatrice puisqu'elle met parfaitement en lumière les enjeux théoriques relatifs à la place du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français. En effet, en donnant au Tribunal des conflits le dernier mot au fond sur une affaire à propos de laquelle se sont déjà prononcés les deux ordres de juridiction, cette disposition pose la question de sa suprématie et de son extériorité à ces deux ordres de juridiction (Section 1).

532. Les décrets de 1960 sont pour leur part directement révélateurs de l'évolution que connaît le Tribunal des conflits depuis sa réinstauration en 1872. Leur étude permet de comprendre la place nouvelle prise par le conflit négatif au sein du Tribunal des conflits et

ses conséquences sur l'institution. C'est le deuxième temps de l'évolution du Tribunal des conflits. Celui où il est perçu comme une institution avant tout tournée vers le justiciable et devant donner des garanties d'impartialité à la fois à ce dernier mais encore quant à sa position vis-à-vis des deux ordres de juridiction (Section 2).

Section 1 L'office du Tribunal des conflits et la loi de 1932

533. La loi du 20 avril 1932 fut la première modification de l'office du Tribunal des conflits depuis sa réinstauration en 1872. Elle contient un dispositif rarement mis en oeuvre et visant à résoudre les cas de déni de justice causés par la contradiction entre des décisions émanant des deux ordres juridictionnels. Elle est ainsi la première modification de l'office du Tribunal des conflits contribuant à renforcer son rôle relatif au déni de justice.

534. Cette modification de l'office du Tribunal des conflits est à la fois marginale et révélatrice. L'étude de son objet (Paragraphe 1) permet de comprendre le rôle du Tribunal des conflits dans le cadre de ce dispositif (Paragraphe 2), un rôle révélateur de la place du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français.

Paragraphe 1. L'objet de la loi du 20 avril 1932

535. L'étude du dispositif de la loi du 20 avril 1932 permet de soulever une question majeure sur la place du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique, celle de son rapport à la souveraineté des ordres juridictionnels administratif et judiciaire (Sous paragraphe 1). Ce dispositif entretient par ailleurs une proximité avec le conflit négatif qui doit être mise en avant (Sous paragraphe 2) pour que soit comprise la portée des conclusions sur le rôle du Tribunal dans le cadre de la loi de 1932.

Sous-paragraphe 1. La loi de 1932 et la souveraineté des ordres de juridiction judiciaire et administratif

536. La loi de 1932 pose la question de la souveraineté des ordres juridictionnels (1). Cette question peut amener plusieurs réponses, parmi lesquelles une seule paraît cohérente, bien qu'elle ne soit pas la plus évidente (2).

1) Formulation du problème

537. La loi de 1932 pose la question de la suprématie, dans un cas très circonscrit, du Tribunal des conflits sur les deux ordres de juridiction. Cette question est, là encore, en apparence très simple et sans autre enjeu que la résolution des rares affaires admises au titre de cette loi. Pourtant, la réponse la plus évidente en apparence pose une difficulté majeure.

538. La réponse évidente à cette question est celle du caractère suprême du Tribunal des conflits dans le champ restreint de cette saisine. Il est amené à casser les décisions des juges du fond, y compris si les cours suprêmes des deux ordres ont été saisis, et à trancher l'affaire lui-même. Cependant, une telle affirmation engendre un certain nombre d'interrogations. Pourquoi le déni de justice donne-t-il au Tribunal des conflits le statut de cour suprême, même dans un champ réduit? Pourquoi la survenance d'un déni de justice entraîne-t-elle une perte de souveraineté pour les ordres juridictionnels du fond?

539. Cela signifie-t-il que les ordres de juridiction du fond ont failli à leur mission et que le Tribunal des conflits est compétent pour réparer cette faute par son jugement? S'agit-il ainsi d'un classique pouvoir de cassation? La limite de la souveraineté des ordres de juridiction serait-elle donc le déni de justice engendré par un désaccord entre eux? Dès lors, les ordres de juridiction ont-ils une obligation de ne pas se contredire dans une même affaire? Si tel est le cas - comme le laisse entendre la vision du Tribunal des conflits comme cour suprême dans le cadre de la loi de 1932 - pourquoi ne pas étendre la question à toutes les contradictions, en dehors même de la survenance d'un déni de justice? Pourquoi encore ne pas prévoir des mécanismes de prévention de tels cas de déni de justice? Si un ordre de juridiction n'a pas le droit de contredire l'autre, sont-ils indépendants et la dualité de juridiction n'est-elle pas menacée par cette logique?

540. Cette dimension du dispositif de la loi de 1932 a d'ailleurs été perçue et soulignée par Georges Vedel. Dans son article *De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein*³⁶⁷, il explique en effet à propos de cette loi que si « il ne peut être question d'utiliser ce texte pour résoudre (des) contradictions de jurisprudence (...) la loi du 20 avril 1932 est intéressante en ce qu'elle jalonne - timidement - une direction³⁶⁸ ». Il continue en s'interrogeant, « peut-on prévoir qu'un jour, la nécessité d'unifier jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire transformera le Tribunal des conflits en une Cour suprême, devant la quelle une sorte de recours en cassation s'ouvrirait?³⁶⁹ ». Il est tout à fait significatif que cette interrogation fasse suite, dans l'article, à une analyse de l'office du Tribunal des conflits dans le cadre de la loi de 1932.

541. La question théorique engendrée par la vision du Tribunal des conflits comme cour suprême est finalement la suivante : l'un des ordres de juridiction a-t-il commis une erreur en entrant en contradiction avec l'autre? Si un ordre de juridiction n'a pas le droit de contredire l'autre, sont-ils indépendants et la dualité de juridiction n'est-elle pas menacée par cette logique?

2) Formulation des solutions

542. Si la réponse est positive, cela signifie que les ordres de juridiction ne sont pas souverains puisqu'ils peuvent voir leurs décisions remises en cause. Cela signifie également que leur erreur est révélée par la contradiction et qu'en l'absence de contradiction, elle n'est qu'ignorée. Pourquoi dès lors ne pas prévoir une procédure permettant de la révéler? Pourquoi ne pas créer un recours général permettant de vérifier devant l'instance - le Tribunal des conflits - qui, elle, ne peut pas se tromper puisqu'elle est celle qui intervient quand les autres se trompent? Pourquoi ne pas créer un recours en cassation devant le Tribunal des conflits? Il n'y a aucune raison de ne pas le faire dès lors

³⁶⁷ Georges Vedel, *De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires)*, Semaine juridique, 1948, I, n° 682.

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ Ibid.

qu'on a reconnu qu'*in fine*, c'était bien le Tribunal des conflits qui était le véritable organe souverain.

543. Si la réponse est négative et que le Tribunal des conflits n'exerce en réalité pas une souveraineté mais une spécialité - et tel est le cas - qu'est-ce qui justifie alors que ce dernier puisse remettre en cause les décisions des juridictions souveraines dans leur ordre? Serait-on sorti de leurs ordres juridictionnels et donc du champ de leur souveraineté? C'est effectivement ce qui sera démontré et ce qui permettra d'isoler un véritable champ autonome dans l'ordre juridique français pour le Tribunal des conflits. Ce champ apparaît très clairement avec la loi de 1932 parce que c'est l'ensemble des éléments des décisions des deux ordres de juridiction qui peuvent être remis en cause et non les seuls éléments liés à la compétence juridictionnelle. Ainsi, sa spécificité n'est plus cachée derrière une spécialité (la répartition des compétences). La compétence du Tribunal des conflits est fondée sur une souveraineté qui ne repose pas sur une spécialité de droit matériel mais sur une spécialité procédurale qui rend son office spécifique.

544. La question de l'objet de la loi de 1932 est d'autant plus importante à résoudre que la proximité du dispositif avec le conflit négatif élargit la portée des questions qu'il pose.

Sous-paragraphe 2. La loi de 1932 et le conflit négatif

545. L'objet de la loi de 1932 est la contrariété de décisions au fond conduisant, en raison de la réunion de certaines conditions, à un déni de justice. Cette contrariété constituée par des décisions au fond des deux ordres de juridictions, peut en effet n'être qu'un désaccord de fond. Dès lors, la loi de 1932 vise bien une situation nouvelle et particulière, celle de la contradiction sur le fond stricto sensu (1). Pour autant, force est de constater que dans la majorité des situations, la contrariété sur le fond cache en réalité une contrariété sur la compétence et que le dispositif de la loi de 1932 ne vise alors en définitive qu'une forme particulière de conflit négatif (2). Ce rapprochement, confirmé par la jurisprudence, renforce le raisonnement exposé ci-dessus faisant de la loi de 1932 un révélateur de l'office du Tribunal des conflits.

1) Les rares cas de contradiction stricto sensu

546. La loi de 1932 présente d'abord une première situation, celle du déni de justice issu d'un désaccord entre les deux ordres de juridiction sans que l'un ne renvoie à l'autre. En d'autres termes, il s'agit de situations qui ne relèvent pas d'un problème de compétence mais de la conséquence d'un problème de compétence. Tel est en effet l'idée originelle de la loi de 1932. La loi ou la jurisprudence ont mal réparti les compétences et il en résulte une situation contraire au concept même de compétence, qui est un partage du pouvoir, où deux autorités non hiérarchisées entre elles peuvent décider sur une même affaire et y entrer en opposition. Par exemple avec une appréciation différente des faits ou des solutions à apporter à la situation litigieuse. Une telle situation est différente de celle qui se situe encore au stade de la compétence elle-même. Cependant, un désaccord sur les faits peut relever des deux situations.

547. La loi de 1932 a en effet initialement été pensée comme une disposition ne devant pas affecter structurellement les attributions du Tribunal des conflits en matière de partage des compétences. On trouve d'ailleurs la formule de principe dans certains arrêts, ainsi par exemple le Tribunal des conflits affirme-t-il en 1979 que « la loi du 20 avril 1932 n'a pas eu pour effet de modifier les attributions du tribunal des conflits sur le règlement de la compétence, telles qu'elles étaient déterminées par les textes antérieurs, mais seulement de lui attribuer en outre la connaissance des litiges au fond dans les cas prévus limitativement par l'article 1er de ladite loi³⁷⁰ ».

548. La nouvelle attribution du Tribunal des conflits se présente donc comme circonscrite à une situation très particulière et très rare. Trois conditions sont exigées pour que la nouvelle voie de recours soit ouverte. Il faut d'abord qu'existent deux décisions définitives (soit du fait de l'épuisement des voies de recours soit du fait de l'expiration des délais de recours) émanant soit de l'ordre judiciaire soit de l'ordre juridictionnel administratif. Ces deux décisions doivent ensuite porter sur le même objet et enfin

³⁷⁰ TC, 2 juillet 1979, n°2116

présenter une contrariété conduisant à un déni de justice. Il s'agit d'une vision large du déni de justice. Elle l'est par rapport à la lettre de l'article 4 du Code civil. Ce dernier dispose que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Il n'y a, en l'occurrence, aucun refus de la part de juge. Au contraire, il y a une décision juridictionnelle de trop. Pour autant, le résultat est le même : le justiciable ne peut obtenir justice, son litige n'est pas vidé, une question de droit reste en suspend. Le rôle du Tribunal des conflits est donc de vider le litige.

549. Ainsi présentée, l'objet de la loi semble clair et parfaitement circonscrit. Ainsi peut-on citer un exemple de contradiction simple qui n'engage aucune question de compétence.

550. Dans une décision du 9 juillet 2012³⁷¹, le Tribunal des conflits a mis fin à une contrariété de décisions entre la cour d'appel de Riom qui, confirmant le jugement de première instance, ordonna l'exécution des travaux prévus par le rapport d'expertise tendant à l'abaissement de la crête du barrage à la cote 454,36 mètres tandis que la cour administrative d'appel de Lyon ordonna la réalisation sous astreinte de travaux d'arasement de la crête du barrage à la cote 454,36 mètres. L'ordre judiciaire avait été saisi d'une action en responsabilité contre une société propriétaire d'une centrale hydroélectrique, par la fédération du Puy de Dôme pour la pêche et la protection du milieu aquatique en raison du rehaussement du barrage par cette société. L'ordre administratif a pour sa part été saisi d'un recours pour excès de pouvoir intenté à l'encontre d'un arrêté du préfet du Puy-de-Dôme portant mise en demeure de mettre en conformité son installation avec la réglementation en vigueur et d'araser la crête du barrage.

551. La contradiction est très claire. Les deux ordres de juridiction ont ordonné des travaux de nature différente. Ce type de contradiction conduit bien à un déni de justice puisqu'il est impossible d'appliquer les deux décisions qui sont pourtant exécutoires. C'est

³⁷¹ TC, 9 juillet 2012, n°C3847

le plus simple à comprendre car les deux ordres de juridiction ont un désaccord qui naît dans des appréciations indépendantes l'une de l'autre. En effet, la décision de l'ordre administratif n'est pas prise en fonction de celle de l'ordre judiciaire et réciproquement. Il y a bien là un problème postérieure à une erreur de détermination sur la compétence. Les deux ordres n'auraient pas du être en mesure de rendre deux décisions contraires.

552. C'est pour cette raison que le droit du justiciable à la satisfaction est une condition de recevabilité du recours. Il y a eu une erreur de détermination de la compétence et le justiciable a un droit à ce que la compétence soit déterminée. Ce droit trouve sa source certes dans le déni de justice mais plus généralement dans le principe de légalité lui-même. L'ordre juridique ne saurait laisser subsister de rivalités entre autorités. Le système est hiérarchisé et toute autorité a soit un rapport hiérarchique, soit un rapport de spécialisation par rapport à une autre. Il n'y a pas de concurrence juridique.

553. Dans de nombreux cas de contrariété de décisions portant déni de justice, la situation est très différente. Il faut même affirmer que la simple contradiction, qui est pourtant censée être la situation de principe voir la seule situation à laquelle entend répondre le mécanisme de la loi de 1932 est en réalité un cas extrêmement rare. Le plus souvent, les deux ordres de juridiction, à travers des appréciations sur le fond du litige, semblent en réalité renvoyer l'un à l'office de l'autre, faisant ainsi naître une question de compétence. Dans les cas qu'il s'agit d'étudier à présent, c'est bien ce que le juge fait. Il associe sa décision à une question de compétence, de façon plus ou moins explicite.

2) La contradiction lato sensu : une question de compétence implicite

554. Lorsque la loi de 1932 a été discutée, les auteurs ont prétendu qu'elle ne modifiait en rien les règles de partage des compétences. En d'autres termes, elle ne créait pas une voie additionnelle au conflit positif ou au conflit négatif. Pourtant, dans de nombreux cas, les recours admis en vertu de la loi de 1932 recouvrent des situations très similaires au conflit négatif. Il ne s'agit certes pas de deux déclarations d'incompétence stricto sensu (qui constituent un cas de conflit négatif) mais le raisonnement est exactement le même : les deux ordres de juridictions estiment qu'il appartient à l'autre ordre juridictionnel de

donner satisfaction au justiciable. Ainsi, le juge, en rendant sa décision, a pris acte de l'existence d'un droit - à réparation - mais estime que ce dernier doit être satisfait devant l'autre ordre de juridiction. Le juge ne s'est donc pas contenté de rejeter la demande, il l'a rejeté au motif qu'elle doit être faite devant un autre juge. Il s'agit bien là d'une décision d'incompétence. Il est intéressant à cet égard d'étudier notamment les affaires connues comme ayant entraîné l'édiction de la loi du 20 avril 1932.

555. La jurisprudence permet d'identifier des cas dans lesquels la contrariété se rattache clairement à une question de compétence (a). Puis, doivent être soulignés les cas où ce rattachement est plus implicite (b). Dès lors, sera comprise la solution qui a pris acte du rapprochement entre la loi de 1932 et le conflit négatif (c).

a) Rattachement direct à un conflit de compétence

556. L'affaire Rosay³⁷² est un premier exemple dans lequel la contrariété entre la décision de l'ordre judiciaire et celle de l'ordre administratif révèle une situation de désaccord sur la compétence.

557. Les faits de l'affaire Rosay étaient ceux d'un accident entre deux voitures conduites par des chauffeurs et ayant un passager à l'arrière. L'une de ces voitures était une voiture militaire et l'autre une voiture civile. Le juge judiciaire fut saisi d'une demande d'indemnisation de la victime de l'accident, le sieur Rosay voyageant dans la voiture civile, à l'encontre de son chauffeur tandis que le juge administratif fut saisi du refus du ministre de la guerre d'indemniser le sieur Rosay. Le juge administratif déclara que la voiture militaire n'était pas responsable de l'accident et que la responsabilité de l'administration n'était donc pas engagée. Le juge judiciaire décida exactement le contraire.

558. Dans cette affaire par exemple le juge judiciaire souhaitait établir que le chauffeur de la voiture privée n'était pas responsable du dommage. De la même façon, le

³⁷² TC, 8 mai 1933 *Rosay*: Sirey 1933 III p. 117.

juge administratif souhaitait établir que l'administration n'était pas responsable. Cependant, les deux juges estimaient que le Sieur Rosay avait droit à réparation. Ils pointaient ainsi, chacun, la responsabilité des chauffeurs dédouanés par l'autre ordre juridictionnel. Ce faisant, ils indiquaient chacun qu'il appartenait à l'autre ordre juridique d'accorder au Sieur Rosay la réparation à laquelle il avait droit. Contrairement à l'espèce qui sera étudiée ensuite, l'affaire Houllebrèque, il n'y a ici pas de place pour la caractérisation d'autre chose qu'une pure contradiction. Les deux appréciations sont absolument inconciliables car leurs objets sont précisément les mêmes bien que les juges aient été saisis par des voies différentes. Il arrive en effet que cette variation dans la demande faite au juge entraîne, bien qu'il s'agisse encore de la même affaire, une variation de l'objet du litige qui rende plus délicate la caractérisation d'une pure contradiction.

559. Dans l'affaire Petit³⁷³, c'est la décision de l'ordre judiciaire qui montre un renvoi à l'autre ordre juridictionnel. En effet, le juge judiciaire va estimer qu'il est en présence d'une faute de service. Il renvoie presque explicitement donc à l'ordre juridictionnel administratif le soin d'obliger l'administration à dédommager le requérant. Maurice Petit était élève à l'école primaire. Assis au fond de la classe lors d'un cours de chimie, il voulut se rapprocher du maître pour mieux comprendre l'expérience dont ce dernier faisait démonstration. Il se prit le pied dans son banc et se cogna la tête sur le coin d'une table, se blessant ainsi gravement à l'oeil à cause des éclats des verres de ses lunettes qui se brisèrent lors du choc. Un surveillant de l'école raccompagna l'élève blessé chez lui sans le conduire chez un médecin. La mère de l'enfant étant absente, le surveillant le confia à la concierge. Cette dernière l'emmena à l'hôpital où son oeil lui fut retiré. Il garda des séquelles qui l'empêchèrent de faire des efforts oculaires ce qui, selon D. Bardonnnet³⁷⁴ le conduisit à abandonner ses études.

560. La mère de la victime présenta une demande au Ministre de l'Instruction publique. Elle estimait qu'une faute de service était constituée pour deux raisons. D'abord

³⁷³ Daniel Bardonnnet, *Le Tribunal des conflits, juge du fond*, ed S.I, 1957, p. 97.

³⁷⁴ Daniel Bardonnnet, *préc.*, p. 97.

parce que les premiers soins auraient du être donnés par le personnel de l'école dès la survenance de l'accident. Ensuite parce qu'un élève myope n'aurait selon elle pas du se trouver au fond de la classe. Le Ministre refusa la demande. Ce refus fut attaqué par la mère de la victime devant le Conseil d'Etat. Ce dernier rejeta la requête, estimant qu'il n'y avait pas eu de faute de service. La mère de l'élève blessé demanda donc réparation du dommage devant l'ordre judiciaire. Ce dernier estima, à travers une décision de première instance et un arrêt d'appel, qu'il y avait « faute de service », selon Bardonnet.

561. En réalité, pour D. Bardonnet lorsqu'il rapporte cette affaire, le refus du Conseil d'Etat de reconnaître une faute de service entraîne la reconnaissance d'une faute personnelle et le refus d'indemniser des juges de l'ordre judiciaire celle d'une faute de service³⁷⁵. C'est une vision un peu rapide qui n'est pas appuyée par la citation des termes des décisions. Elle repose cependant sur la prémisse qu'il faut ici mettre en lumière et qui est au coeur de l'ambiguïté fondamentale existant autour de la loi de 1932. Si l'on considère que le requérant a droit à réparation, alors les contradictions révèlent une question de compétence. Il existe cependant la possibilité que le requérant n'ait réellement droit à réparation ni devant l'ordre administratif ni devant l'ordre judiciaire. En l'espèce, les juges ne niaient pas l'existence d'un droit à réparation mais étaient en désaccord sur le responsable et donc sur le juge compétent pour condamner à réparer.

562. Dans une affaire plus récente, une décision du 14 février 2000³⁷⁶, le Tribunal des conflits était face à la contradiction suivante. La Cour d'appel de Nancy avait confirmé le rejet en première instance d'une demande d'indemnisation faite par le requérant à l'encontre de Caisse régionale d'assurance maladie du Nord-Est, de la société Groupe d'Assurances Nationales, d'une personne physique et de la société La Médicale de France pour obtenir réparation du préjudice consécutif à une erreur de transfusion sanguine. Le motif de ce refus était « qu'aucun manquement aux règles de l'art médical ne pouvait être reproché à l'anesthésiste de la clinique et que “la cause directe et exclusive de l'accident

³⁷⁵ Daniel Bardonnet, *préc.*, p. 99.

³⁷⁶ TC, 14 février 2000, n°02929

doit être recherchée dans la faute de l'interne du Centre de transfusion sanguine" ». En revanche le tribunal administratif de Nancy, par une décision devenue définitive, après avoir été saisi d'une demande d'indemnisation relative au même préjudice mais dirigée cette fois contre du vente hospitalier de Nancy, a considéré que le centre de transfusion n'était que partiellement responsable du dommage dont l'autre partie était imputable à l'anesthésiste de la clinique qui n'avait pas vérifié la compatibilité des échantillons de sang avant de les transfuser. L'un des ordres de juridiction estime que la responsabilité incombe entièrement au centre de transfusion sanguine, l'autre ordre considère que l'anesthésiste de la clinique qui a reçu le sang à transfuser l'est également. Il y a bien deux décisions de justices définitives, émanant d'un tribunal administratif et d'un tribunal judiciaire. Elle portent sur le même objet : la détermination des personnes responsables du dommage qu'a subi le requérant. Les deux décisions étant valables, elles doivent être exécutées. Il est pourtant impossible de les exécuter toutes les deux puisqu'elles se contredisent. C'est cette impossibilité qui est constitutive d'un déni de justice. Il s'agit bien en définitive d'une règle de compétence puisque les deux ordres sont d'accord sur l'existence juridique mais leur désaccord sur sa cause engendre une question de compétence entre les ordres juridictionnels pour condamner le responsable du dommage à réparer le préjudice.

563. Dans ses décisions issues d'une saisine sur le fondement de la loi du 20 avril 1932, le Tribunal des conflits indique que la contrariété conduisant à un déni de justice existe au sens de la loi lorsqu'un demandeur est mis dans l'impossibilité d'obtenir satisfaction à laquelle il a droit. Si le recours est admis, c'est donc que le requérant a bien un droit à satisfaction qui supprime l'autorité des décisions, par ailleurs valables, des deux ordres de juridiction. Il s'agit donc de désigner quel ordre juridictionnel doit, par exemple, obliger le responsable à réparer, il s'agit donc de déterminer une autorité compétente.

564. Dans certaines affaires, le rattachement à une question de compétence est moins visible que dans les affaires tout juste prises en exemple (même si, dans l'affaire Petit, c'est la construction faite par Bardonnnet qui faisait apparaître clairement cette dimension de la contradiction. Sans doute peut-elle être rangée dans la catégorie suivante).

b) Rattachement indirect à un conflit de compétence

565. L'affaire Lecanu³⁷⁷, elle aussi, fait apparaître une véritable contradiction révélant un enjeu concernant la compétence, c'est-à-dire la nécessité de déterminer un juge en charge de la satisfaction à laquelle a droit le justiciable, satisfaction reconnue par les deux ordres juridictionnels mais dont chacun estime qu'elle échoit à l'autre ordre.

566. Le Sieur Lecanu était mécanicien pour la Compagnie française des câbles télégraphiques. Il travaillait sur un navire en construction, dont il était le chef mécanicien et fit une chute en descendant à la cale pour vérifier son étanchéité. Il demanda, en tant qu'ouvrier, une indemnisation à la Compagnie française des câbles télégraphiques devant le tribunal civil du Havre. Le tribunal le débouta de sa demande au motif que l'accident était survenu au cours de travaux liés à l'embarquement et à la préparation du navire, déjà à flots, pour son départ. Ainsi, le Sieur Lecanu était considéré par le tribunal comme exerçant des actes liés à la profession de marin. Parallèlement, mais dans le cadre d'un contentieux tout de même différent, le Sieur Lecanu demanda au Sous-secrétaire d'Etat à la marine marchande une pension en se prévalant de sa qualité d'inscrit maritime, conformément à la décision du tribunal civil. Le Sous-secrétaire refusa la demande. Lecanu saisit le Conseil d'Etat. Ce dernier se prononça en faveur de la décision du ministre. Le dommage n'avait, selon le Conseil d'Etat, pas de lien avec la profession de marin.

567. Pour Bardonnnet, « le Conseil d'Etat refusa de lui accorder la qualité d'inscrit maritime³⁷⁸ ». Cette affirmation est un peu rapide et sert l'argumentation de l'auteur visant à pointer une contradiction manifeste entre les décisions des deux ordres juridictionnels. Pour autant, le Conseil d'Etat considère en effet que l'accident n'a pas de lien avec un risque de la profession de marin et en cela contredit frontalement la solution du juge civil qui a refusé l'indemnisation précisément parce que le Sieur Lecanu accomplissait donc un acte de la profession de marin.

³⁷⁷ CE, 22 novembre 1922, Rec. p. 885.

³⁷⁸ Daniel Bardonnnet, *préc.*, p.42.

568. Les deux juridictions se renvoient en réalité la mission de condamner à l'indemnisation du dommage. Cela apparaît dans la décision du Conseil d'Etat lorsqu'il considère que l'acte ne se rattache pas à la profession de marin. Il ne contredisait pas nécessairement la qualité de marin de Lecanu en tant que telle mais estimait que l'accident n'avait pas fait naître d'obligation pour l'administration mais bien pour la Compagnie d'assurances. Le juge administratif reconnaît le dommage et le besoin de le réparer mais pas son lien avec l'action administrative. Il implique par la même occasion un lien avec une autre activité. Le juge administratif ne pouvait ignorer que l'activité étant à l'origine du dommage se situait donc dans le champ du droit privé, appelant une réparation du dommage imposée par le juge judiciaire. Refuser la pension revenait donc à réorienter le requérant vers l'ordre judiciaire. Il y a donc, au-delà de contradiction, implicitement, une question de compétence qui est posée. Le dommage subi par Lecanu doit être réparé mais aucun des deux ordres n'a l'autorité de déterminer définitivement par qui il doit l'être.

569. Dans l'affaire Houllebrèque³⁷⁹, il s'agissait d'un navire, *l'Iris* et des conditions dans lesquelles il était assuré. L'article premier l'assurait contre tous les événements de mer (tempêtes et autres conditions de navigation périlleuse) mais le deuxième article du contrat d'assurance excluait formellement les risques de guerre. Or, *l'Iris* fut confronté aux deux, successivement. De surcroît, le navire transportait des vivres et des munitions pour l'Armée française, ce qui contribua encore à complexifier sa situation à travers l'intrication des ses aspects civils et militaires. Les faits furent les suivants. *L'Iris* subit une violente tempête qui l'obligea à se réfugier dans une baie où mouillaient également d'autres navires. Suite à des problèmes techniques, l'équipage quitta le navire et ce dernier s'échoua sous un fort occupé par des Russes. Ces derniers brûlèrent le navire.

570. Deux actions en justice furent engagées simultanément. L'armateur du navire, le sieur Houllebrèque demanda à la compagnie d'assurances de l'indemniser de ses pertes. La compagnie d'assurances, imputant le dommage à un fait de guerre, refusa. Au soutien de son point de vue la société d'assurance expliqua que le navire ne s'était échoué qu'en

³⁷⁹ Conseil d'Etat, 23 juillet 1857, Houllebrèque puis Cass. 11 août 1858, D. 1858.I.566

raison de la fuite de l'équipage et que la fuite de l'équipage était due à la crainte d'être capturé par les Russes, soit à un fait de guerre. Le juge de premier instance, le tribunal de commerce et la cour d'appel s'accordent pour valider cette version et pour considérer qu'il s'agit bien d'un dommage imputable à un fait de guerre. La cour de cassation confirme, elle aussi, cette appréciation.

571. Cependant, le ministre de la guerre avait été saisi par le sieur Houllebrèque d'une demande indemnitaires liée aux faits de guerre. L'administration avait alloué une indemnité minimale à ce dernier en lui indiquant n'accepter de réparer le dommage qu'en ce qu'il était lié aux faits de guerre. L'indemnité s'élevait à la valeur du navire échoué, soit 2000 francs. L'administration estimait qu'au delà de cette somme les dommages étaient dus à des risques de mer qu'il ne lui appartenait pas de réparer. Le Conseil d'Etat fut saisi de l'affaire et décida que la perte du navire ne provenait pas des hostilités et qu'elle ne pouvait dès lors être mise à la charge de l'administration.

572. Il y avait donc bien deux décisions inconciliables entre elles. D'une part, la compagnie d'assurances s'était vue confortée dans sa position par les décisions de l'ordre juridictionnel judiciaire qui estimait que les dommages étaient imputables à des faits de guerre et d'autre part l'ordre juridictionnel administratif avait validé la thèse de l'administration selon laquelle les dommages n'étaient pas imputables à des faits de guerre et n'engageaient donc pas la responsabilité de l'administration.

573. Ce qui rend cette affaire compliquée la rend aussi très significative. Les juges des deux ordres sont en accord sur les faits. C'est bien la tempête qui a conduit le navire dans la situation de danger militaire dans laquelle il s'est trouvé. La contradiction ne porte donc pas sur la constatation des faits mais sur les conséquences juridiques à en tirer. Les deux ordres étaient légitimes dans leur position. Du point de vue du juge administratif, il est logique qu'il considère que les faits de guerre n'ayant pas suffi à engendrer le dommage, l'administration n'en soit pas tenue pour responsable. De la même façon, les risques de mer n'expliquent pas seul le dommage et le juge judiciaire est légitime à considérer que le dommage ne peut donc être réparé à ce titre. Les deux raisonnements, bien qu'opposés, sont valides. Sur quel fondement, dès lors, pourrait-on les remettre en cause?

574. En d'autres termes, ce qui apparaît en filigrane c'est un droit à la réparation qui dépasserait cette opposition. Ce droit à la réparation serait finalement reconnu implicitement par les deux ordres de juridiction mais le désaccord ne porterait que sur le titulaire de l'obligation de réparer. Et, par suite, sur l'ordre juridictionnel chargé d'obliger ce dernier à la réparation.

575. Le dispositif qui sera mis en place ultérieurement par la loi de 1932 revient donc à estimer que, s'il n'y avait pas eu deux ordres de juridiction distincts, deux droits applicables distincts mais bien un régime général couvrant cette situation, le requérant aurait bien obtenu réparation. Or, il s'agit d'éviter que la dualité de droit applicable et de juridiction aboutisse, soit responsable, d'un amoindrissement des droits des justiciables. La loi de 1932 a donc pour but de pallier à un défaut qui n'existerait pas sans la dualité de droit applicable et de juridiction. Ce ne sont donc pas stricto sensu les décisions des deux ordres qui posent problèmes mais bien le résultat de leur combinaison qui est inacceptable. Il est vrai que le dommage n'est du ni à un fait de guerre seul ni à un risque de mer seul mais de cette combinaison ne doit pas naître une absence de réparation. Il s'agit donc de déterminer qui doit se charger de réparer ce dommage. L'absence de réparation existe donc ici en raison de l'existence de deux droits matériels autonomes sanctionnés par deux autorités juridictionnelles indépendantes l'une de l'autre.

576. Cette considération que, au delà de la dualité juridictionnelle, le requérant a droit à réparation transforme la question de la contradiction - plus évidente et dont on se sert logiquement comme notion facilitatrice - en question de compétence. Il s'agit de savoir qui devra être chargé - malgré les mérites de chaque raisonnement pris séparément des deux ordres juridictionnels - d'obliger une entité à réparer le dommage. C'est une étape implicite mais nécessaire.

577. On peut encore citer d'autres décisions, plus récentes, illustrant ce raisonnement.

578. Dans une décision de 1979³⁸⁰, il s'agissait d'un enfant victime d'un accident de la circulation à une heure où il aurait dû se trouver en étude surveillée. L'affaire donna lieu à des actions en responsabilité fondées sur la faute commise par l'institutrice en renvoyant les enfants chez eux prématurément. Le tribunal de grande instance a rejeté l'action dirigée contre l'Etat au motif que l'étude surveillée était organisée par la commune. Le Conseil d'Etat a rejeté l'action dirigée contre la commune au motif que la loi du 5 avril 1937 avait institué une responsabilité générale de l'Etat, mise en jeu devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. Ces deux demandes successives ayant le même objet et les décisions définitives rendues par les deux ordres de juridictions étant fondées sur une appréciation divergente quant au champ d'application de la loi du 5 avril 1937, il y a contrariété conduisant à un déni de justice au sens de la loi du 20 avril 1932. La différence avec un conflit négatif est on ne peut plus tenue dans cette affaire. Elle repose sur l'idée qu'il ne s'agissait pas de contester la compétence en elle-même mais la qualification des faits justifiant cette compétence.

579. En définitive, il est clair qu'il y a une autorité chargée de réparer le dommage. Il s'agit soit de l'Etat soit de la commune. Le doute ne porte que sur la détermination du responsable et donc sur le juge chargé de l'obliger à réparer. Il s'agit très précisément d'une question de compétence.

580. Un contre-exemple permet de mettre en lumière cette idée d'un droit transcendant les deux ordres de juridiction, celui dans lequel il n'existe réellement aucun droit à réparation et dans le cadre duquel les deux refus d'accéder à la demande du requérant repose sur l'inexistence d'un droit³⁸¹.

581. Ces affaires se caractérisent, par opposition à celles ne donnant pas lieu à une question de compétence, par un refus d'action du juge.

³⁸⁰ TC, 2 juillet 1979, n°02116

³⁸¹ TC, 12 décembre 2005, n°C3459

c) Une évolution jurisprudentielle logique illustrant la proximité avec le conflit négatif

582. Ainsi, en toute logique, une décision d'incompétence et une décision de rejet au fond peuvent-elles être depuis 2009³⁸² constitutive d'un recours selon la loi du 20 avril 1932. Cette solution revient sur le refus du Tribunal des conflits³⁸³ de considérer comme constitué un cas d'ouverture de la loi en cas de présence d'une décision de compétence et non au fond. Là encore, la même logique s'applique. Peu importe qu'il s'agisse de question de compétence ou de fond, aucune question de droit ne peut rester en suspend. Le justiciable a un droit à la non contradiction. Une irrecevabilité n'est pas une décision susceptible d'être contredite par l'autre ordre de juridiction. En revanche, une telle contradiction peut venir de l'association d'une décision sur la compétence et d'une décision sur le fond. En effet, le fond et la compétence peuvent donner lieu à la même question de droit.

583. L'objet de la loi de 1932 n'est donc pas si éloigné de celui du conflit positif. Il est particulier en ce qu'il permet de remettre en cause très frontalement une décision des ordres juridictionnels du fond dans son ensemble et pas seulement relativement à leur propre compétence. Il pose donc la question de la position du Tribunal, de la nature de son intervention de façon radicale. Il s'agit donc à présent de tenter de comprendre le rôle du Tribunal des conflits dans la loi de 1932.

Paragraphe 2. Le rôle du Tribunal des conflits dans le cadre de la loi de 1932

584. Le rôle du Tribunal des conflits est d'une apparente simplicité. Il apparaît en effet comme une cour suprême dans un champ d'intervention extrêmement limité. Pour autant, cette vision doit être remise en cause car l'examen de ses conséquences révèle son caractère problématique (Sous Paragraphe 1). Le Tribunal des conflits se voit en réalité,

³⁸² Marie-Aimée Latournerie, Jacques Arrighi de Casanova, *Tribunal des conflits*, RDCA, TC, 19 mai 2014, Département du Nord, n°3942.

³⁸³ TC, 13 février 1958, Alioune Kane, rec. CE. p. 790 ; TC, 25 mars 1957, Gohin, Rec., p. 815

dans le cadre de la loi de 1932, en charge d'un procès nouveau et d'une mission extérieure aux deux ordres de juridictions (Sous Paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1. Une suprématie problématique

585. Le Tribunal des conflits présente en effet une suprématie apparente (1) mais cette dernière doit en définitive être remise en cause (2).

1) Une suprématie apparente

586. Si le Tribunal des conflits est entendu comme une cour suprême dans le cadre de la loi de 1932, force est d'en tirer une conséquence immédiate : les cours souveraines des deux ordres de juridiction ne sont plus souveraines, on admet, dans ce cas précis que l'une d'elles s'est trompé. En effet, tant bien même le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne se seraient pas prononcés tous deux, il n'en reste pas moins que la possibilité existe. Le Tribunal des conflits a le pouvoir de remettre en cause les décisions des deux juridictions suprêmes.

587. Quoiqu'il en soit de la saisine effective de ces deux cours suprêmes, le Tribunal des conflits se trouve en situation de remettre en cause des décisions des deux ordres juridictionnels qui ont acquis l'autorité de la chose jugée.

588. De prime abord, la solution est évidente. Le Tribunal des conflits, puisqu'il a un tel pouvoir est bien en situation d'exercer les pouvoirs d'une cour suprême et de rectifier les décisions des ordres juridictionnels. Il est dans une situation de supériorité dans un cadre limité. Cependant, la question est finalement plus compliquée qu'elle n'y paraît.

589. On peut d'abord se demander quelle est la nature de ce pouvoir de remise en cause. S'agit-il d'un pouvoir de cassation ou d'un nouveau degré de juridiction? Le recours ne peut être assimilé à un pouvoir de cassation. Les moyens invocables ne sont en effet pas limités à des moyens de cassation, c'est-à-dire de réexamen limité à l'application de la règle de droit. Le Tribunal des conflits n'est pas tenu par les constatations factuelles des deux ordres juridictionnels. Il est parfaitement logique qu'il ne le soit pas puisque la

contradiction peut résulter précisément de cette appréciation des faits. L'exemple de l'affaire Rosay suffit à s'en convaincre. Chaque ordre de juridiction examina l'accident de voiture selon sa propre appréciation des faits.

590. Ce qui rapproche cependant la décision du Tribunal des conflits d'une décision supérieure à une autre dans un ordre interne, c'est le traitement de la même affaire, des mêmes conclusions que celles présentées devant les ordres de juridiction. Il n'est donc, *a priori*, pas possible de répondre entièrement à la question à travers l'idée de spécialisation des juridictions. L'office du conseil constitutionnel se différencie nettement de ceux des ordres de juridictions administratif et judiciaire. Si leurs compétences peuvent se croiser - lors, par exemple de l'examen de la constitutionnalité d'un acte administratif - elles restent aisées à distinguer. Si spécialisation il y a pour le Tribunal des conflits dans le cadre de la loi de 1932 il faut en préciser les contours puisque, hormis le mode de saisine, les questions posées sont les mêmes. Il y a donc nécessairement remise en cause d'une décision des deux ordres de juridiction et éventuellement de leurs cours suprêmes.

2) Une suprématie à remettre en cause : le droit à la contradiction des ordres juridictionnels

591. La remise en cause des décisions des ordres juridictionnels ne relève pas de la réparation d'une erreur. Si l'on admet pas cela alors, il n'y a pas de raison de ne pas chercher d'autres motifs de réparation d'une erreur. Il y aurait une inégalité qui ne serait justifiée que par la visibilité, le caractère manifeste de cette erreur. Pourquoi traiter différemment, pourquoi accorder une nouvelle voie de recours au justiciable qui subit une « erreur » dans le cadre de la loi de 1932? La seule différence serait que cette erreur est apparente, au moins de la part d'un des deux ordres de juridiction puisqu'ils ne sont pas d'accord. En réalité, on ne peut pas considérer, uniquement parce qu'ils ne sont pas d'accord, qu'ils ont commis une erreur. C'est remettre entièrement en cause le système des cours souveraines. Sinon, il faut prévoir des mécanismes de traitement des autres erreurs, rien ne justifie qu'on ne le fasse pas.

592. Dire que les deux cours suprêmes peuvent commettre une erreur dans le cadre de la loi de 1932, c'est remettre en cause leur autonomie et cela peut avoir des conséquences juridiques très concrètes. En effet, dire que les deux ordres de juridictions (au moins l'un d'entre eux) commettent une erreur lorsqu'ils se contredisent, c'est dire que chaque ordre doit prendre en considération la solution de l'autre. Puisque la contradiction est la condition d'ouverture du recours devant le Tribunal des conflits et si l'on considère que ce dernier répare une erreur de la part de l'un des ordres, les deux ordres ont commis une erreur commune en produisant cette contradiction. Or, ils ont produit cette contradiction précisément parce qu'ils estiment tous deux être souverainement en droit de décider dans le sens où il l'ont fait. Considérer qu'ils ne pouvaient pas le faire signifie estimer qu'ils sont privés de leur droit à être en désaccord avec l'autre ordre de juridiction en raison du préjudice que subit le justiciable.

593. Il serait donc logique de prévoir des dispositifs les empêchant de tomber en contradiction. Les obligeant ainsi à respecter la jurisprudence de l'autre ordre juridictionnel ou, à tout le moins, à se mettre d'accord avant qu'apparaisse la contradiction. En d'autres termes, on pourrait développer à partir de la logique de la loi de 1932 un certain nombre de mécanismes symétriques à ceux qui se sont développés autour du conflit négatif. Si, comme il s'agira de l'étudier par la suite, le développement de ces mécanismes était logique dans le cadre du conflit négatif, il est beaucoup plus problématique dans le cadre de la loi de 1932. Dans le cadre du conflit négatif il s'agit en effet de questions qui ont formellement trait à la compétence juridictionnelle. En revanche, au regard de l'objet de la loi de 1932, c'est-à-dire une contradiction issue d'un examen au fond par les deux ordres de juridiction, il est naturellement beaucoup plus délicat de mettre en oeuvre des mécanismes de prévention.

594. Ce qui est en jeu c'est l'autonomie des deux ordres juridictionnels, leur indépendance l'un vis-à-vis de l'autre. C'est ce principe juridique qui est mis à mal par la reconnaissance d'un droit du justiciable à la non contradiction, à l'obtention d'une satisfaction à laquelle il a droit malgré l'intervention des deux ordres juridiques. Il faut donc constater d'abord le droit du justiciable, assez évident, dont découle le recours

organisé par la loi de 1932 et fondé sur le refus du déni de justice du code civil et sur le droit au recours qui englobe le déni de justice : le droit à la non contradiction. Les conditions de constitution de ce droit peuvent être délicates à caractériser et recouvrent souvent une question de compétence induite par une question de fond.

595. Il faut cependant reconnaître aussi le droit des juridictions à se contredire entre elles qui découle de leur indépendance. Les deux existent et créent une contradiction. Ce droit existe même au sein d'une même affaire. Ainsi, le Tribunal des conflits a-t-il pu juger que « ne répondent pas à cette condition [la contrariété], nonobstant la contrariété partielle de motifs existant entre les deux décisions de justice, d'une part le litige relatif au recours en annulation d'un arrêté par lequel un préfet a refusé à un particulier l'autorisation d'exploiter sur plusieurs parcelles un dépôt de voitures accidentées et de carcasses de voiture, (...) d'autre part le litige relatif aux poursuites exercées par le ministère public contre l'intéressé pour avoir fait fonctionner sur plusieurs parcelles de terrain une installation classée en infraction à la mesure de fermeture prise par arrêté préfectoral³⁸⁴ ». Les ordres juridictionnels ne sont donc pas tenus de ne pas se contredire, y compris sur une même affaire.

596. Le Tribunal des conflits se trouve au coeur de cette conciliation entre, d'une part, le droit du justiciable à la non-contradiction et, d'autre part, le droit des ordres juridiques à la contradiction. La réponse à cette contradiction juridique va consister dans l'organisation procédurale de cette situation. C'est en prévoyant un mécanisme particulier, nouveau, autonome des décisions juridictionnelles qui créent la situation de contradiction que le législateur a permis de résoudre cette contradiction sans mettre en cause le principe de l'autonomie des ordres juridictionnels.

Sous-paragraphe 2. L'articulation entre le droit du justiciable à l'absence de contradiction et le droit des ordres juridictionnels à se contredire entre eux

³⁸⁴ TC, 23 février 1981, n°02174

597. C'est à un procès nouveau qu'est confronté le Tribunal des conflits et qu'il résoudra grâce à un pouvoir de cassation non hiérarchique (1), ce qui fait de lui un intervenant extérieur aux deux ordres de juridiction, préfigurant ainsi le nouvel ordre de juridiction qu'il sera appelé à constituer et constituant une garantie de fonctionnement de la dualité de juridiction (et non un facteur de rapprochement ou de rectification) (2).

1) Un pouvoir de cassation non hiérarchique

598. Le déni de justice dans les affaires recevables au titre de la loi de 1932 n'est constitué ni par la décision judiciaire ni par la décision de l'ordre juridictionnel administratif. Elle est constituée par la réunion des deux. Réunion rendue possible par le droit et même l'obligation de chaque ordre de ne répondre à la demande du justiciable que dans les limites de sa compétence.

599. Le procès qui se tient devant le Tribunal des conflits est un procès nouveau. C'est pourtant matériellement le même procès mais il comporte un objectif nouveau que seul un organe extérieur aux deux ordres de juridictions du fond peut remplir. Cet objectif nouveau c'est la satisfaction du justiciable - si elle lui est juridiquement due, ce qui est donc logiquement une condition de recevabilité du recours devant le Tribunal des conflits - au-delà des limites des compétences de chaque ordre de juridiction.

600. Le premier élément de nouveauté dans le procès qui se tient devant le Tribunal des conflits est évident. La décision que doit prendre ce dernier est inédite, la question de droit n'a jamais été posée. En effet, le Tribunal des conflits ne doit pas se prononcer sur la même question que les deux ordres juridictionnels. Il doit se prononcer sur une question dont il ne peut que constater qu'elle est susceptible de créer une contradiction entre les juges. Il doit se prononcer sur une question de compétence, ce qui n'est pas le cas de deux ordres juridictionnels même s'ils ont indirectement choisi de le faire.

601. Il faut là encore distinguer entre deux situations, celles qui ont été mises en lumière dans le premier paragraphe. S'il s'agit d'un désaccord factuel, le Tribunal des conflits devra bel et bien se poser exactement la même question que les deux ordres

juridictionnels. Cependant, s'il s'agit, comme dans la plupart des cas, d'une question de compétence révélée par une question de fond du litige, alors le Tribunal des conflits devra prendre une décision en matière de compétence, il devra prendre position sur une question que les deux ordres juridictionnels n'ont pas eu à se poser, pas dans les mêmes conditions. Les deux ordres juridictionnels ont eu à se poser la question de leur propre compétence mais ils ont pu se la poser en laissant ouverte la possibilité d'un justiciable se trouvant privé de juge. En d'autres termes, chaque ordre pouvait débouter le justiciable, révélant chacun une incompétence. Le Tribunal des conflits n'a pas cette possibilité. Il doit déterminer un juge pour le justiciable. Si l'on admet le raisonnement fait lors du premier paragraphe, on ne peut donc que constater qu'il s'agit d'une question de droit nouvelle. Si les juges des deux ordres avaient le « droit », pour garantir leur indépendance quant au traitement au fond d'une question de droit, de débouter tous deux le justiciable tout en admettant tous deux que le justiciable avait un droit à la satisfaction, alors la situation du Tribunal des conflits est, en cela, différente de celle des deux ordres juridictionnels.

602. En cela, l'objet même du procès qui se tient devant lui est différent. Il doit faire respecter un droit nouveau, qui ne peut être invoqué que devant lui au risque sinon de menacer l'indépendance des ordres juridictionnels, le droit d'obtenir satisfaction malgré des décisions au fond inconciliables. Ce droit est nouveau et il n'existe pas devant les deux ordres de juridiction. C'est bien l'existence de ce droit qui remettrait en cause l'indépendance des ordres juridictionnels.

603. Il ne s'agit donc pas d'une voie de recours contre les décisions déjà prises mais du recours pour faire respecter un droit spécial devant un juge spécial. Ce droit nouveau, cette compétence nouvelle, sont les premiers éléments vers la construction d'un ordre juridique nouveau.

604. L'impossibilité du refus, dès lors que les conditions sont réunies, est également une spécificité de ce nouveau recours par rapport au recours en cassation. Une fois le recours admis le Tribunal des conflits ne peut rejeter la demande du justiciable. Ce dernier, notamment en matière de responsabilité, devra obtenir « satisfaction ». Le droit d'obtenir satisfaction est une des conditions d'ouverture du recours.

605. Ainsi, dans un conflit négatif peut être que les deux sont incompétents en application des règles de droit. Le tribunal des conflits décidera qu'un juge est compétent et il n'a pas d'autre choix que de le faire. Il ne peut que décider qu'il faut désigner un juge. De la même façon dans le cadre de la loi de 1932, il ne peut que trancher le litige. Il ne peut pas se contenter d'être d'accord avec les deux ordres de juridiction. Même si l'application stricte et exacte du droit implique qu'il n'y ait pas de juge compétent ou qu'il y ait une contradiction irréductible, il devra trancher. Il ne dira pas que l'un ou l'autre s'est trompé, il décidera parce que lui ne peut pas se permettre, contrairement à chaque juge spécialisé et autonome, de ne pas trancher. Il a pour mission de donner au contribuable une décision univoque sur un point de droit. De deux interprétations possibles et valables d'une question de droit, il doit en choisir une, il doit trancher. Les autres avaient à trancher sur le même point de droit mais ils avaient à trancher sans se préoccuper du sort du justiciable. Il faut donc un nouvel ordre de juridiction pour trancher cette question.

606. Ainsi, pris isolément, chaque ordre de juridiction avait le droit de se déclarer incompétent ou de trancher d'une façon contradictoire avec la décision de l'autre, même par erreur. L'erreur est traitée par les voies de recours ordinaires et extraordinaires et une fois celles-ci épuisées, la décision est considérée comme valable, même si elle s'avère complètement fautive. Dès lors, ce sont des décisions valables que le Tribunal des conflits va remettre en cause. Or, l'exercice normal de sa juridiction ne saurait par exemple entraîner l'engagement de sa responsabilité.

607. Le pouvoir du Tribunal des conflits dans la loi de 1932, et de la même façon, en définitive, dans le conflit négatif, peut être identifié comme un pouvoir de cassation non hiérarchique. Il s'agit bien du pouvoir de casser des décisions juridictionnelles mais il ne s'exerce pas en vertu d'une supériorité mais en vertu d'une spécialité. Il ne corrige pas une erreur, il traite d'une question nouvelle, rendue nouvelle par les conditions nouvelles dans lesquelles elle est posée.

2) Le Tribunal des conflits, garant de la dualité de juridiction

608. Le Tribunal des conflits apparaît dans le cadre de la loi de 1932 comme un garant de la souveraineté des deux ordres juridictionnels. C'est son intervention dans le cadre de cette procédure qui permet aux deux ordres de juridiction de continuer à être en droit de se contredire quant à leurs solutions sur le fond mais aussi sur la compétence. Le déni de justice qui peut être généré par une telle contradiction est traité par le dispositif de recours au Tribunal des conflits.

609. Ainsi, le Tribunal des conflits se révèle non pas comme un organe qui vient rectifier les décisions des deux ordres et atténuer leurs divergences mais bien comme un organe qui intervient postérieurement et indépendamment des deux ordres dans une mission spécifique qui cohabite avec celle des deux ordres de juridiction. En cela, la loi de 1932, malgré son caractère accidentel ou marginal est une illustration de la place du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique. Celle d'un véritable ordre de juridiction à part entière, dont il s'agira d'identifier les caractéristiques.

Section 2 La place nouvelle du conflit négatif au Tribunal des conflits : les décrets de 1960

610. Les décrets de 1960 sont l'étape la plus marquante de l'évolution de l'office du Tribunal des conflits et de la façon dont sa place est perçue dans l'ordre juridique français. Ils créent des recours relatifs au conflit négatif. Se développe ainsi la partie de son office la plus indirectement liée au conflit entre l'administration et le juge judiciaire et qui porte une vision plus juridique, plus technique, moins politique, de l'institution. Ils donnent incontestablement une place nouvelle au conflit négatif (Paragraphe 2), ce qui a été permis par une rationalisation du conflit positif (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. La rationalisation du rôle du Tribunal des conflits dans le conflit positif

611. La rationalisation du rôle du Tribunal des conflits dans le conflit positif a permis le développement d'une vision moins administrative de ce dernier, le décrivant comme un

organe neutre dans la lutte entre administration et autorité judiciaire. Cette rationalisation correspond au remplacement de la notion de haute administration, aujourd'hui disparue (Sous paragraphe 1), par l'identification de la mission du Tribunal des conflits de juge administratif de l'arrêté d'élévation du conflit (Sous paragraphe 2).

Sous Paragraphe 1. La disparition de la notion de « haute administration »

612. Il est possible de constater la disparition de la notion de haute administration (1) et d'identifier ses causes (2).

1) Le constat de la disparition de la notion de haute administration

613. Le Tribunal des conflits s'est construit autour du conflit positif. Le conflit négatif est d'abord pensé comme une procédure répondant à un phénomène marginal. Preuve en est qu'aucune modalité de fonctionnement ou règle concernant la composition du Tribunal des conflits ne sont issues d'une nécessité induite par le conflit négatif. C'est autour des problématiques posées par le conflit positif que s'est organisée l'institution. Pour autant, malgré la domination du conflit positif, il a longtemps été difficile de déterminer quelle était la nature précise de son office dans le cadre de ce mode de saisine. En effet, la première partie de la thèse a montré à quel point la notion de « haute administration » pouvait troubler l'appréhension de la mission du Tribunal des conflits. Envisagé comme un haut administrateur exerçant sa mission dans des formes juridictionnelles, il était difficile de le qualifier et donc de qualifier le conflit positif.

614. On peut affirmer aujourd'hui que la notion de « haute administration » a disparu de la littérature juridique³⁸⁵ à propos du Tribunal des conflits (et de façon générale d'ailleurs). Le Tribunal des conflits est actuellement présenté comme un organe

³⁸⁵ A l'exception notable de F. Luchaire dans son article sur le formalisme dans la procédure de conflit positif : François Luchaire, *Formalisme et nature juridique des actes composant la procédure du conflit positif d'attribution*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, tome 62, 52e année, 1946, p. 369-388.

juridictionnel et nous reviendrons sur cette qualification. Ce glissement sémantique est très révélateur. Il s'agit de comprendre comment il s'est opéré et la réalité qu'il désigne.

2) *Les causes de la disparition de la notion de « haute administration »*

615. L'érosion puis la disparition de la notion de « *haute administration* » est due à trois facteurs, la dissociation entre rôle créateur du juge et pouvoir gouvernemental (a), le développement du légicentrisme (b) et le remplacement de la notion par d'autres mécanismes de domination du pouvoir exécutif (c).

a) L'acceptation du rôle créateur du juge et sa dissociation avec un pouvoir gouvernemental

616. On peut distinguer deux aspects de la mission du Tribunal des conflits, l'aspect juridictionnel et l'aspect jurisprudentiel. C'est autour de ce dernier point que s'opère le glissement sémantique et intellectuel. La mission jurisprudentielle du Tribunal des conflits consiste à dégager, autant que faire ce peut au gré des affaires qui lui sont soumises, des critères cohérents de répartition des compétences juridictionnelles. Quoiqu'il en soit à ce stade et sur cette question, sa mission jurisprudentielle est précisément celle qui faisait dire à ses créateurs qu'il s'agissait d'un organe de « haute administration ». Il est question en réalité du rapport de l'organe à la loi. Lorsqu'il est créé, la prédominance de la loi est proclamée par la République mais elle n'est pas encore une réalité dans la pratique constitutionnelle. Ainsi, on percevait le pouvoir de compléter la norme dans la matière des compétences juridictionnelles comme une mission d'administration de la justice mais aussi comme une mission d'organisation des pouvoirs publics, et donc de *haute administration*.

617. On considère aujourd'hui sans difficulté une telle mission comme le pendant naturel du pouvoir juridictionnel que constitue le pouvoir jurisprudentiel. Le Tribunal des conflits, en répartissant les compétences, ne fait rien d'autre qu'exercer sa mission de juge en complétant la loi par sa jurisprudence. Ainsi a pu disparaître la notion de *haute administration*. Elle est petit à petit devenue inutile. Elle était déjà contestable sur le fond

dans le cadre d'un régime républicain car elle semblait poser un pouvoir concurrent à celui de la loi, elle est en plus devenue inutile et a donc presque disparu.

b) Le développement du légicentrisme

618. L'érosion de la notion de *haute administration* est également due à l'évolution du contexte constitutionnel. Les Troisième et Quatrième républiques ont vu se développer la prédominance de la loi sur le pouvoir exécutif. Ainsi, il a été de plus en plus difficilement admis que le pouvoir exécutif puisse déterminer lui-même la répartition des compétences. La Cinquième République a également entraîné une modification profonde et quelque peu paradoxale des équilibres constitutionnels. Le régime montre un déséquilibre en faveur du pouvoir exécutif, une certaine domination de celui-ci sur le pouvoir législatif. Ce déséquilibre a d'ailleurs non seulement été identifié par la doctrine mais a également été suivi d'effets juridiques puisque la réforme constitutionnelle de 2008 visait principalement à renforcer les pouvoirs du Parlement face au pouvoir exécutif³⁸⁶. On aurait donc pu imaginer que le retour d'une prépondérance du pouvoir exécutif, notamment issue des mécanismes de responsabilité (considérablement affaiblis par le fait majoritaire) et des conditions électorales (durée du mandat à travers le quinquennat, modes de scrutin à travers l'absence de proportionnelle aux élections législatives et alignement du calendrier des élections législatives sur celui de l'élection présidentielle) favorise un retour de la notion de *haute administration* puisque cette dernière est un outil conceptuel de mainmise du pouvoir exécutif sur la détermination des règles de répartition des compétences. Pourtant, il n'en a pas été ainsi.

c) Le remplacement de la notion par d'autres mécanismes de domination du pouvoir exécutif

619. S'il n'en a pas été ainsi c'est que d'autres mécanismes sont venus remplacer et rendre ainsi inutile l'utilisation de la notion. Plus directement, la domination du pouvoir

³⁸⁶ On peut ainsi signaler ici, pour montrer la récurrence de ces problématiques, le rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions, présidé par Claude Bartolone et Michel Winock, adopté par l'Assemblée nationale le 2 octobre 2015 et intitulé « Refaire la démocratie ».

exécutif sur le processus législatif en raison du fait majoritaire est en effet un élément suffisant pour interférer dans la répartition des compétences juridictionnelles.

620. Les seuls cas de figure dans lesquels l'idée de mission de haute administration est réapparue sont ceux des débats sur la présidence du Tribunal des conflits par le Ministre de la Justice, notamment lors de la survenance de situation de partages effectués par ce dernier. Elle servait à justifier cette présidence. Pour autant, même lors de ces débats le terme est de moins en moins utilisé. On comprend que c'est à lui qu'on se réfère mais il n'est pas cité, ou très rarement. A sa place, c'est la position particulière du Ministre de la Justice qui est invoquée. En d'autres termes on ne justifie pas la Présidence et les cas de partage par l'idée selon laquelle il est naturelle qu'il appartienne à un organe gouvernemental de trancher dans un domaine qui relève de la police des pouvoirs publics (référence à un *ordre public constitutionnel*) mais par le rôle d'arbitre naturel que détiendrait le ministre de la justice en raison de son positionnement d'une part au sein de l'administration mais d'autre part devant protéger les magistrats en raison de sa fonction. L'idée que le pouvoir exécutif demeure titulaire d'un pouvoir normatif est encore présent dans ce raisonnement. Pour autant, ce pouvoir est perçu comme celui d'un arbitre d'une situation particulière appliquant la loi beaucoup plus que comme un pouvoir concurrent à la loi. Il est presque déjà considéré comme un juge.

621. Le régime de la Cinquième République ne pouvait que réduire cette confusion entre une mission normative de l'exécutif et la loi. Que l'on songe à la séparation de l'article 34 et de l'article 37 de la Constitution et l'on a la réponse, en droit positif à la question de la compétence du Tribunal des conflits en la matière. En vertu de l'article 34, il appartient bien au législateur de répartir les compétences. Le Tribunal des conflits ne peut donc concurrencer le législateur. Son intervention en peut être que celle d'un organe d'application de la loi. C'est-à-dire un juge ou un administrateur mais un administrateur appliquant la loi. Les formes de procéder du Tribunal des conflits ont ensuite naturellement orienté ce dernier vers une nature juridictionnelle.

622. Dès lors, le changement terminologique a permis de mettre en lumière la clarification de la mission du Tribunal des conflits dans le cadre du conflit positif. Dans le

cadre de ce dernier, le Tribunal des conflits n'est rien d'autre qu'un juge de l'arrêté d'élévation du conflit, un juge administratif.

Sous Paragraphe 2. Le Tribunal des conflits, juge de l'excès de pouvoir de l'arrêté d'élévation du conflit

623. Le Tribunal des conflits peut être considéré comme un juge administratif dans le cadre du conflit positif. Il faut d'abord constater la constitution de cette qualification (1) pour ensuite en expliquer la portée (2).

1. Constitution de la qualification de juge administratif

624. La constitution de la qualification de juge administratif provient de la constatation du contrôle d'un acte administratif unilatéral (a), un contrôle ayant les caractères d'un contrôle de légalité (b).

a) Le contrôle d'un acte administratif unilatéral

625. L'arrêté d'élévation du conflit est bien un acte administratif unilatéral. Il possède en effet un caractère décisif puisqu'il interrompt la procédure juridictionnelle. Son impact sur l'ordonnement juridique est indéniable. Il est ensuite pris par une autorité administrative, le préfet. Le préfet a en effet le monopole de l'élévation du conflit. Il s'impose ensuite à son destinataire ce qui permet de constituer le caractère unilatéral.

626. Pour autant, il s'agit d'un acte administratif unilatéral tout à fait particulier et relativement difficile à qualifier³⁸⁷. Il possède en effet un régime juridique spécifique qui a, précisément, été dégagé par le Tribunal des conflits. Elaborer le régime d'un acte administratif unilatéral, voilà une mission permettant d'identifier clairement un juge administratif. La qualification de l'arrêté d'élévation du conflit est complexe du point de vue de son destinataire. On pourrait tout d'abord prétendre que l'arrêté est un acte

³⁸⁷ François Luchaire, *Formalisme et nature juridique des actes composant la procédure du conflit positif d'attribution*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, tome 62, 52e année, 1946, p. 369-388.

individuel s'adressant au juge en charge du litige interrompu. Cependant, le juge n'est pas une personne morale à proprement parler, ou en tout cas une personne morale dont la volonté est théoriquement nulle, et ce n'est bien évidemment pas en tant que personne physique qu'il est visé. Par ailleurs, l'élévation du conflit ne s'adresse en réalité pas au juge judiciaire. Elle ne lui impose pas directement de sursoir à statuer bien que ce soit un effet de la décision. Le destinataire immédiat de l'arrêté d'élévation du conflit, c'est le Tribunal des conflits, qui est par cet acte saisi. C'est ce qui fait dire à J. Arrighi de Casanova - après avoir lui aussi attesté de « la nature juridique très particulière de cet acte³⁸⁸ - qu'il « apparaît comme une sorte de requête (...) qui entraîne toute fois des conséquences exorbitantes du droit commun³⁸⁹ », ou encore comme « un acte qui rattache à une procédure judiciaire³⁹⁰ » et qui exclut ainsi les voies de recours classiques contre les actes administratifs unilatéraux, recours gracieux ou contentieux.

627. Le Tribunal des conflits n'est pas non plus une personne morale et ainsi, il est difficile d'identifier un réel destinataire de l'acte. L'acte ne modifie la situation juridique personnelle de personne. Il a des impacts mais pas de destinataires à proprement parler. La question se pose de la même façon, par exemple, lorsque le préfet saisit le juge judiciaire dans le cadre de la procédure d'expropriation pour qu'il opère le transfert de propriété. Dans les deux cas, l'acte administratif unilatéral n'a pas à proprement parler de destinataire nommément visé. Cet acte de saisine est bien rattaché à une procédure judiciaire (ou plus largement juridictionnelle) mais cela ne le disqualifie pas pour autant en tant qu'acte administratif unilatéral. La fermeture des voies de recours non plus. Un acte administratif insusceptible de recours reste un acte administratif.

628. L'arrêté d'élévation du conflit ne peut pas être qualifié d'acte administratif individuel. Il est également difficile de le qualifier d'acte réglementaire. En effet, l'acte réglementaire se caractérise certes par son caractère impersonnel mais encore par une

³⁸⁸ Arrighi, RCA n°93.

³⁸⁹ *ibid.*

³⁹⁰ *ibid.*

portée générale qu'il est difficile à première vue d'attribuer à l'acte d'élévation du conflit tant il concerne une situation spécifique.

629. En vertu de cette absence de généralité, l'acte d'élévation semblerait entrer dans la catégorie des décisions d'espèce, encore appelés actes particuliers. Le nombre de personnes concernées par l'acte n'est en effet pas potentiellement infini ou indéterminable. Il ne s'agit pas de désigner une situation dans laquelle les administrés pourraient potentiellement tous se trouver. C'est pourtant ce que signifie le caractère général de l'acte réglementaire. C'est un acte objectif, qui n'est pas pris en fonction de ses destinataires, même potentiels, et qui n'a pas vocation à changer leur situation juridique personnelle.

630. Cette caractéristique que partage l'arrêté d'élévation du conflit avec une déclaration d'utilité publique, un acte de classement d'un immeuble ou la délimitation d'une zone et qui consiste à concerner une situation juridique circonscrite peut néanmoins être interprétée comme ne privant pas un acte de son caractère réglementaire. La caractéristique qui prive certaines décisions non individuelles de leur caractère réglementaire est en réalité toute autre. Ce qui empêche de considérer une décision d'espèce telle que la déclaration d'utilité publique comme un acte réglementaire est son absence de finalité normative intrinsèque. En d'autres termes, l'acte n'a pas d'effet et n'a pas de sens sans les actes juridique qui seront pris ensuite. En effet, l'autorité administrative n'a aucunement vocation à opérer des qualifications juridiques si elles ne sont pas suivies d'effets juridiques. L'opération normative entreprise ne peut être comprise qu'en ce sens. Dès lors, l'acte ne se suffit pas à lui-même. Il est, en lui-même, inexistant car incomplet. Il s'inscrit dans une opération juridique composée de plusieurs actes. La déclaration d'utilité publique permet de prendre les arrêtés de cessibilité, elle est une étape constituant une des garanties de la procédure protectrice d'expropriation. Le classement d'un immeuble comme monument historique permet de déclencher un régime de protection du site classé. Les décisions d'espèce se distinguent pourtant des actes préparatoires puisque ces derniers ont bel et bien un effet juridique qui leur est propre. Ils sont considérés comme préparatoires uniquement pour que les recours ne se multiplient pas. Une simple opération de qualification n'a pas d'effet juridique propre. Si des actes

ayant un impact sur l'ordonnement juridique n'intervenaient pas après elle, elle ne serait qu'une sorte d'opinion exprimée par l'administration. Les actes préparatoires, eux, prennent effectivement des décisions ayant un effet immédiat et propre sur l'ordonnement juridique. L'absence de généralité de fait ne doit pas être considérée comme disqualification de l'acte réglementaire. L'acte réglementaire possède une généralité juridique, c'est à dire une objectivité vis-à-vis de ses destinataires. Le caractère impersonnel est une conséquence du caractère général. Ou peut-être faut-il même considérer qu'ils se confondent. On peut arguer en ce sens que la loi, acte générale s'il en est, concerne parfois des situations très spécifiques. Par ailleurs, le fait que l'on puisse identifier ou pas les destinataires présents et potentiels ne doit pas non plus entrer en ligne de compte. Si l'on pouvait les identifier avec certitude, cela ne changerait à l'acte puisqu'il est objectif. Ainsi, le fait de pouvoir effectivement les identifier n'a pas d'incidence sur la qualité de l'acte, car elle n'a pas d'incidence sur l'opération normative qu'il constitue.

631. L'arrêté d'élévation du conflit ne doit pas être considéré comme une décision d'espèce mais bien comme un acte réglementaire. Le fait qu'il s'attache à une situation spécifique dont les destinataires potentiels soient identifiés n'empêche pas cette qualification. Il est un acte qui a une portée juridique qui lui est propre. Il a pour effet non seulement le sursis à statuer de la juridiction judiciaire mais avant tout la saisine du Tribunal des conflits, il ne se borne donc pas à qualifier une situation dans l'attente de décisions ultérieures. Il est impersonnel car général, c'est-à-dire objectif.

632. Le contrôle de l'acte d'élévation du conflit est donc le contrôle de l'acte administratif réglementaire opérant la saisine du Tribunal des conflits. Il ne s'agit pas d'un simple acte de qualification.

b) Le contrôle de la légalité d'un acte administratif unilatéral

633. Les décisions du Tribunal des conflits dans le cadre du conflit positif sont des décisions au fond. Force est donc de constater que la loi de 1932 n'a guère innové sur ce point. C'est d'ailleurs une double négation qui se cache ici. Elle n'a pas innové parce que le Tribunal des conflits procéda bien à un jugement au fond à travers le contrôle de la

légalité de l'arrêté de conflit. Elle n'a pas innové non plus en étendant le champ de son contrôle en dehors de la répartition des compétences.

634. Le dispositif des décisions rendues sur conflit positif est clair, il s'agit de trancher sur la question de la légalité de l'arrêté d'élévation du conflit. Aucune mention par exemple de la juridiction compétente dans le dispositif. Il ne s'agit pas de désigner un juge mais bien d'annuler un acte administratif unilatéral ou de rejeter le recours contre cet acte. La confirmation de la légalité de l'arrêté de conflit s'accompagne seulement de la cassation de la décision du juge judiciaire ayant rejeté le déclinatoire de compétence mais on peut considérer qu'il s'agit là d'un simple accompagnement de la décision principale, comme l'injonction peut accompagner l'exécution des décisions de justice. Si l'arrêté d'élévation est annulé, la procédure reprend normalement devant le juge judiciaire.

635. Le Tribunal des conflits examine tant la légalité interne que la légalité externe de l'arrêté de conflit. Ainsi, il est vrai qu'il peut être amené à prendre des décisions adoptant des règles nouvelles en matière de répartition des compétences. Il peut cependant et est bien souvent amené soit à prendre des décisions qui ne font qu'appliquer la loi ou les critères existants de répartition des compétences, soit à prendre des décisions qui ne mettent aucunement en cause de questions de répartition des compétences. Le Tribunal des conflits a en effet développé une importante jurisprudence relative à la légalité externe de l'arrêté de conflit. Ce corpus jurisprudentiel ne concerne en rien la répartition des compétences. Il est primordial car la procédure de conflit a du être réglementé pour être acceptée. Elle a donc participé au développement du conflit positif et donc du Tribunal des conflits.

2) La portée de la qualification de juge administratif

636. Il faut donc constater que la procédure qui est au coeur du Tribunal des conflits donne lieu à des décisions qui peuvent ne pas avoir directement trait à la répartition des compétences. Ainsi transparait ce caractère de maillon d'une chaîne du pouvoir exécutif. La répartition des compétences est bien au coeur de cette chaîne mais le Tribunal des conflits peut intervenir indépendamment d'elle.

637. L'acte d'élevation du conflit est un acte de police, un acte de surveillance de l'autorité judiciaire. Le principe de cette police est la protection de la compétence juridictionnelle de l'administration. Le conflit positif est le bras armé de la loi de 1790 et le Tribunal des conflits en est le prolongement, un prolongement qui s'est juridictionnalisé. Il est donc logique que le contrôle juridictionnalisé de cette activité de police puisse donner lieu à des décisions qui ne concernent que le suivi de la procédure encadrant cette surveillance.

638. Ainsi, en isolant un juge administratif au sein du Tribunal des conflits grâce à l'érosion de la notion de *haute administration*, on saisit d'autant mieux l'impossibilité d'assimiler conflit positif et conflit négatif. En raison de ce caractère de « haute administration » le conflit positif et le conflit négatif étaient liés à la faveur d'une certaine confusion puisqu'elle renvoyait largement³⁹¹ à l'idée que le Tribunal des conflits décidait du fond du droit des compétences. Dès lors que l'on définit le Tribunal des conflits par la répartition des compétences, par l'interprétation de la loi de 1790, on cesse de le comprendre. On ne peut en effet pas le comprendre puisque d'une part il n'est pas le seul à interpréter et appliquer la loi de 1790, et que d'autre part cette dimension jurisprudentielle ne se présente pas systématiquement dans son intervention.

639. L'identification de cet office de juge administratif du Tribunal des conflits dans le cadre du conflit positif est non seulement logique d'un point de vue juridique mais encore est-il révélateur quant au rôle de ce dernier dans l'ordre juridique français. Elle lie le Tribunal des conflits à ses origines historiques. Elle permet de comprendre qu'il s'est construit comme un juge administratif d'un point de vue politique, c'est-à-dire dans une proximité organique et matérielle avec l'administration active. La question de son indépendance et donc de ses modalités de fonctionnement se pose de la même façon qu'elle se pose pour le juge administratif. Pas de dépendance absolue, ce serait nier complètement le passage au système de la justice déléguée, mais pas d'indépendance totale non plus, ce serait nié sa spécificité et celle de sa mission. Matériellement, le contrôle de

³⁹¹ Mais certes pas seulement puisqu'elle renvoyait également à l'idée de surveillance des pouvoirs publics, à l'idée de *police de la constitution*.

l'acte de police des compétences doit s'analyser comme le moyen de contrôler une activité administrative de la façon dont le contrôle des activités administratives s'est historiquement constitué dans l'ordre juridique français : dans la proximité avec l'administration, dans un système administratif.

640. On comprend dès lors l'enjeu de la question des rapports entre conflit positif et conflit négatif. Si le Tribunal des conflits s'est développé de la même façon et dans le même esprit de proximité avec l'administration que le Conseil d'Etat et les autres juridictions administratives, c'est parce qu'il s'est construit autour du conflit positif. Si le conflit négatif avait été au coeur de sa mission, il se serait développé de façon différente. En effet, la prise en charge du conflit négatif implique des enjeux bien différents qu'il faut identifier afin de comprendre l'influence qu'ils ont sur le Tribunal des conflits.

Paragraphe 2. La place nouvelle du conflit négatif

641. Afin de comprendre la place du conflit négatif il faut identifier ce qui rapproche et ce qui distinguent les conflits négatif et positif (Sous paragraphe 1) puis constater que les nouveaux modes de saisine créés par la réforme de 1960 ont consacré son développement (Sous paragraphe 2) et amorcé une nouvelle perception du Tribunal des conflits, l'éloignant d'une conception centrée sur ses liens avec le pouvoir exécutif.

Sous paragraphe 1. Comparaison entre conflit positif et conflit négatif

642. Le conflit négatif va se révéler très différent du conflit positif et son développement sera donc porteur de changements pour un Tribunal des conflits initialement construit autour du conflit positif. Pour comprendre la portée du développement du conflit négatif sur le Tribunal des conflits, il faut donc comprendre en quoi ces deux procédures, malgré leurs points communs (1), diffèrent (2).

1. Les points communs entre conflits positif et négatif

643. Conflits positif et négatif partagent l'octroi d'une mission jurisprudentielle au Tribunal des conflits (a) et le caractère de conflits d'attribution (b).

a. La mission jurisprudentielle du Tribunal des conflits

644. Un point commun, on l'a vu, est que les deux modes de saisine peuvent engendrer, matériellement, les mêmes questions juridiques relatives à l'application des règles de répartition des compétences.

b. La nature de conflit d'attribution

645. Conflit positif et négatif ont donc un point commun incontestable dont il faut partir : il s'agit bien dans les deux cas d'un conflit d'attribution et non d'un conflit de juridiction. Et il s'agit bien d'un conflit. La distinction entre conflit d'attribution et conflit de juridiction reste vraie et pertinente.

646. Le conflit de juridiction ne met pas au prise deux autorités indépendantes. Il met en jeu des autorités au sein d'une autre autorité. Il existe donc au sein d'une même autorité un arbitre à même de décider. C'est un conflit interne. Il est de même nature mais il ne met pas en jeu les rapports entre pouvoirs publics. En cela, il n'a pas la dimension constitutionnelle que revêtent les conflits d'attributions. Il s'agit bien du même mécanisme mais il n'est pas besoin de l'intervention d'une autre autorité constitutionnelle.

647. Ainsi, la nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits existe, qu'il s'agisse du conflit négatif ou du conflit positif. Pour autant, il y a bien un conflit entre deux autorités constitutionnelles nécessitant l'intervention d'une tierce partie.

2. Les différences entre conflits positif et négatif

648. Les conflits positif et négatif diffèrent sur plusieurs points essentiels et donc sur la compréhension du rôle du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français. Ces différences significatives ont trait à l'expression de la volonté de l'administration (a), aux

objectifs de ces deux procédures (b), à la place du justiciable en leur sein (c) et à l'influence sur la question de la nature juridictionnelle du Tribunal des conflits (d).

a. L'expression de la volonté de l'administration

649. Là s'arrête leur similarité. Même au regard du conflit d'attribution, conflit positif et conflit négatif ne sont pas identiques. Le conflit positif implique en effet un conflit entre l'autorité administrative, plus précisément le pouvoir exécutif central, représentée par le préfet et l'autorité judiciaire. Le conflit négatif n'implique pas l'administration directement. Elle ne l'implique que par l'enjeu juridique sous-jacent. D'un point de vue procédural, l'autorité administrative n'intervient pas. Elle est intéressée à l'affaire mais n'est pas partie à la procédure.

650. Il y a là une différence fondamentale entre le conflit positif et le conflit négatif. Le conflit positif est le procès de l'exercice d'une prérogative exorbitante de l'administration dont l'autorité judiciaire est la cible. Il comprend l'expression d'une volonté par l'administration. Le conflit négatif en revanche ne connaît pas d'expression de la volonté de l'administration.

651. Si leur nature de conflit d'attribution les rapproche en justifiant dans les deux procédures l'intervention du Tribunal des conflits, la place de l'administration dans la procédure les éloigne de façon déterminante.

b. La différence des objectifs des procédures

652. En effet, les objectifs et les limites des deux procédures, en d'autres termes leurs caractéristiques principales, ne sont pas les mêmes. Le conflit positif opérera un équilibre entre la volonté de l'administration et les exigences de la bonne administration de la justice. Il se placera dans le contexte du contrôle de légalité. Le conflit négatif se souciera dans une perspective totalement différente puisqu'il consistera à veiller à ce qu'un justiciable trouve son juge. L'objectif de la procédure du conflit positif est le contrôle de légalité de l'action administrative, celui de la procédure de conflit négatif est la résolution

ou la prévention du déni de justice. Il s'agit donc dans un cas d'un rapport entre pouvoirs publics et dans le second du droit des justiciables.

c. La place du justiciable

653. Le conflit négatif introduit le justiciable sans en faire pour autant une partie à proprement parler. Pour autant, cette introduction va entraîner des interrogations nouvelles sur le Tribunal des conflits ou la prise en considération d'un angle nouveau à propos d'interrogations déjà existantes. La question de la nature juridictionnelle du Tribunal se pose de façon très différente. La question de la place du Tribunal dans l'ordre juridique, puisqu'elle dépend des rapports de ce dernier avec les autres institutions, se pose elle aussi de façon complètement différente dans le cadre du conflit négatif que dans le cadre du conflit positif. Le conflit négatif introduit également un certain nombre de questions liées à l'application des garanties juridictionnelles devant le Tribunal des conflits. Déjà avec le conflit positif, la question se posait. L'argument le plus souvent avancé en ce sens, et nous le traiterons, est celui relatif à l'impact de la décision du Tribunal des conflits relative à la compétence sur le sort des justiciables. L'idée est ainsi que l'ordre juridictionnel devant lequel est renvoyé l'affaire du justiciable pourra avoir une influence sur sa solution et qu'à ce titre le justiciable concerné doit bénéficier de certaines garanties. D'une certaine façon c'est un peu un droit à être jugé par le bon ordre de juridiction (qui n'est pas forcément le plus favorable) qu'invoquent les tenants de cet argumentaire. Quoi qu'il en soit pour l'instant du bien fondé de cette position, il est évident que le droit, avéré celui-là, à ne pas subir de déni de justice, à voir sa cause entendue par un juge, le droit au recours, renforce cette position. Le justiciable y trouve un chef supplémentaire justifiant que lui soient appliqués des garanties au cours d'une procédure dont il est indéniablement le centre. Il y est directement intéressé.

654. Les objectifs des deux procédures sont si différents qu'ils entraînent selon nous la nécessité de les distinguer. Ce qui les distingue semble en effet plus pertinents à leur analyse que ce qui les rapproche.

655. Il semble en revanche impossible d'affirmer que le mode de saisine influence la solution. Du point de vue matériel, jurisprudentiel, nous ne faisons donc pas de différence entre le conflit positif et le conflit négatif. Cela ne saurait suffire à rapprocher ces deux procédures puisqu'on peut aussi affirmer que, du point de vue de la jurisprudence, rien ne sépare *a priori* et de façon systématique la jurisprudence administrative de celle du Tribunal des conflits ou de la même façon celle de la jurisprudence judiciaire. En d'autres termes, les points communs relatifs au fond du droit ne suffisent pas à établir des similitudes pertinentes pour l'étude des institutions ou des procédures.

d. L'influence sur la question de la qualification juridictionnelle du Tribunal des conflits

656. Ainsi, le conflit négatif se développe et ce développement, parce que le conflit négatif se distingue radicalement du conflit positif, emporte des conséquences, notamment quant à la reconnaissance de la nature juridictionnelle du Tribunal des conflits. C'est tout l'objet de cette démonstration de la distinction entre conflit positif et conflit négatif. Puisque ce dernier se développe et parce que ce dernier est très différent du conflit positif, il marque une mutation du Tribunal des conflits qui ne pourrait pas être identifiée si cette distinction n'avait pas été faite.

657. Ainsi, les enjeux du développement du conflit négatif sont-ils au nombre de trois. Ce développement a des conséquences d'abord sur la question de la nature juridictionnelle, ensuite sur la question de son indépendance vis-à-vis des ordres de juridiction et donc, *in fine*, de l'administration, enfin sur la reconnaissance de certains droits au justiciable devant le Tribunal des conflits. Sur ce dernier point en effet, le conflit positif ne fait apparaître en filigrane qu'un incertain droit à se voir diriger devant le juge conformément à la répartition légale des compétences tandis que dans le cadre du conflit négatif apparaît le droit bien plus tangible de ne pas subir un déni de justice.

658. La place nouvelle du conflit négatif a conduit au développement de différents modes de saisine. L'étude de ces modes de saisine permet de comprendre les raisons qui

ont favorisé le développement du conflit négatif et des conséquences qu'il entraîne sur le Tribunal des conflits.

Sous paragraphe 2. La concrétisation de la place nouvelle du conflit négatif par des nouveaux modes de saisine

659. La place nouvelle du conflit négatif est consacrée par les mécanismes de prévention qui sont mis en place le concernant. Le conflit négatif n'est plus considéré comme une fonction marginale du Tribunal des conflits mais est compris comme faisant partie intégrante de son office et étant voués à occuper quantitativement une place plus grande dans son activité. Le conflit négatif est une procédure qui, contrairement au conflit positif, ne menace l'indépendance d'aucun ordre juridictionnel. Il se différencie en cela non seulement du conflit positif mais encore du dispositif de la loi de 1932 auquel, cela a été expliqué, on ne saurait ajouter des mécanismes de prévention sans mettre en jeu l'indépendance des ordres juridictionnels et la structure spécialisée de l'ordre juridique français. La prévention du conflit négatif est permise par l'innocuité du conflit négatif quant aux rapports entre le Tribunal des conflits et les ordres juridictionnels (1). Cette idée de prévention peut même, il s'agira de l'expliquer, être appliquée au mécanisme de l'article 35 du décret de 1960 qu'il faut étudier séparément car il est, par son caractère facultatif, très représentatif d'une nouvelle vision du Tribunal des conflits issue du conflit négatif (2).

1. La prévention comme signe de l'absence de problème d'indépendance des ordres de juridiction

660. L'objet du décret de 1960 n'est pas de créer la procédure de conflit négatif, ni même de la réglementer comme l'ordonnance de 1838 a pu avoir pour objectif de réglementer le conflit positif. Il s'agit de développer le conflit négatif à travers la possibilité d'organiser des procédures de prévention du conflit négatif.

661. L'idée d'une extension de la procédure de conflit négatif à sa prévention est loin d'être anodine. Elle signifie deux choses. Elle est d'abord le signe d'une place importante prise par le conflit négatif dans l'office du Tribunal des conflits. Elle est ensuite le signe

que le conflit négatif ne porte pas de menace pour l'indépendance des deux ordres juridictionnels, ce qui est la raison du développement d'une vision du Tribunal des conflits comme organe « neutre », placé « entre les deux ordres de juridiction », et, par extension, « expert » de la répartition des compétences. En cela elle diffère du dispositif mis en place par la loi de 1932 et elle illustre *a contrario* les limites liées à la compétence du Tribunal des conflits dans le cadre du conflit négatif.

a) L'extension à la prévention du conflit négatif : conséquence de la place du conflit négatif

662. Il est indéniable que, d'un point de vue quantitatif, un basculement s'est opéré. Le conflit négatif, pensé théoriquement comme une procédure marginale (ou plutôt n'était-elle que très peu pensée théoriquement tant l'attention se concentrait sur le conflit positif qui, comme nous l'avons vu, englobait le conflit négatif) l'était bel et bien dans les faits.

663. Pour autant, cette dimension statistique n'est pas primordiale. Le développement du conflit négatif tient d'abord aux objectifs qu'il poursuit. Ces derniers sont des objectifs qui ont connus un développement symétrique dans tout le droit processuel. L'objectif du conflit négatif est en effet de prévenir le déni de justice et, plus largement, d'assurer un droit au justiciable au bon fonctionnement de la justice. Ces droits « subjectifs » de l'individu face aux institutions juridictionnelles ont également pu se constater au sein de la juridiction administrative. L'introduction des procédures de référé, le renforcement du degré de contrôle sur les actes administratifs à travers des techniques telles que la théorie du bilan, le contrôle de proportionnalité ou le recul de l'erreur manifeste d'appréciation, ou encore les considérations relatives au délai de jugement ou les évolutions quant à la dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat. Toutes ces évolutions montrent une prise en compte croissante de l'intérêt du justiciable dans le fonctionnement des juridictions. Plus proche du Tribunal des conflits se situe encore l'évolution du droit des questions préjudicielles qui est encore un autre moyen de mise en oeuvre du principe de séparation des autorités et qui lui aussi a connu des évolutions en faveur d'une meilleure prise en compte du justiciable.

664. On comprend que le développement du conflit négatif puisse être perçu comme un renversement pour le Tribunal des conflits. Trop rattaché à l'administration dans le cadre du conflit positif, il ne pouvait en tirer un statut allant dans le sens du développement des droits des justiciables. En revanche, à partir du conflit négatif, il peut être considéré comme plus neutre, plus juridictionnelle et le développement des ses modes de saisine peut donc se faire en cohérence avec l'évolution générale de l'organisation juridictionnelle française.

665. C'est dans ce mouvement juridique que se situe la place nouvelle du conflit négatif au Tribunal des conflits. Avoir distingué le conflit négatif et le conflit positif en fonction de l'objectif différent qu'ils poursuivent permet à présent de comprendre pourquoi le conflit négatif se situe dans le cadre de ce mouvement, de cette évolution. Le conflit positif n'est pas concerné, ou beaucoup moins directement (à travers les questions de délais de jugement par exemple) puisque l'action ne vise pas le justiciable. Il n'est jamais concerné spécifiquement. On comprend également que, bien qu'il ne soit pas une partie à la procédure de conflit positif (même quand il saisit le Tribunal des conflits lui-même), le justiciable reste le destinataire des améliorations de la procédure. Il est pris en compte à un degré supplémentaire.

b) L'extension du conflit négatif : le signe de l'innocuité de la procédure de conflit négatif

666. L'extension du conflit négatif est donc permise par l'absence de menace pour l'indépendance des ordres de juridiction de cette procédure. Elle assoit la position d'arbitre impartial, d'organe neutre, du Tribunal des conflits. Dans le cadre du conflit négatif, la protection de l'administration est en effet secondaire puisque le juge administratif lui-même y a renoncé.

667. L'étude de la loi du 20 avril 1932 l'a montré, il existe un enjeu sous-jacent à toute extension des compétences du Tribunal des conflits : la remise en cause de l'indépendance des ordres juridictionnels. En effet, ce dernier étant en position de dédire les tribunaux des deux ordres juridictionnels, y compris les cours suprêmes de ces deux ordres, il risque

toujours de se présenter comme un degré de juridiction supérieur. Or, il en va de l'indépendance des tribunaux des deux ordres de ne pouvoir être contredit par personne autant que de pouvoir se contredire entre eux.

668. Il faut, comme pour le dispositif de la loi de 1932 dont nous avons démontré qu'il ne se présentait pas comme faisant du Tribunal des conflits une cour suprême, même spécialisée, se poser la question du rapport qu'entretien le Tribunal des conflits avec les deux ordres de juridiction dans le cadre du conflit négatif. Cette analyse faite, il sera possible de comprendre pourquoi l'extension du traitement du conflit négatif à sa prévention est sans incidence sur l'indépendance des ordres juridictionnels et rend ainsi logique l'idée d'un Tribunal des conflits neutre. Idée qui se développe donc en même temps que se développe le conflit négatif et sa prévention.

669. Lorsqu'il est saisi par les parties, le Tribunal des conflits se trouve face au problème suivant : les deux ordres de juridiction se sont déclarés incompétents. Or, là encore, comme dans le cadre de la loi de 1932, hormis des exceptions, l'un des deux ordres de juridiction est bel et bien compétent. Peut-on ainsi considérer que l'un des deux a eu tort, a commis une erreur?

670. Dans le cadre de la loi de 1932, nous avons vu que les décisions au fond ne pouvaient être considérées comme des erreurs en raison de la souveraineté des décisions et nous avons vu - surtout - qu'il n'y avait pas d'obstacle logique à considérer deux décisions contraires comme ne relevant pas de la survenance d'une erreur à corriger mais comme justifiant en revanche une nouvelle procédure.

671. En ce qui concerne le conflit négatif, la question se pose différemment. D'un point de vue théorique le problème est le même. D'un point de vue plus pragmatique, l'atteinte portée à la souveraineté est de moindre portée dans le cas du conflit négatif, ce qui a permis l'introduction de sa prévention. Il faut le comprendre.

672. En effet, dans le cadre du conflit négatif, la volonté de l'administration n'a pas été exprimée. Le risque que fait courir la question de compétence à l'indépendance de l'administration - qui est toujours l'enjeu sous-jacent et primordial de la dualité de

juridiction - est également très faible. Pour autant, il ne faut pas négliger et il faut signaler la porosité pouvant exister entre compétence et fond. Par exemple, le refus de traiter une affaire mettant en cause la responsabilité de l'administration en raison de la déclaration de son incompetence par le juge administratif peut s'apparenter à un refus d'obliger l'administration à réparer. Cette situation peut cependant être relativisée. Le jugement sur la compétence porte sur l'existence d'un litige à traiter. Il diffère donc en théorie du refus de réparer. Ce sont deux étapes différentes et leur traitement reste, malgré leur ressemblance, différent. Il est donc possible de conclure en indiquant que la déclaration d'incompétence du juge administratif ne met pas en jeu, en théorie et, dans la pratique, dans la majorité des cas, l'indépendance de l'administration. Par ailleurs, l'indépendance du juge judiciaire n'est mise à l'épreuve que relativement. Le risque que lui fait courir le conflit négatif est d'être compétent tandis qu'il ne comptait pas l'être. Il ne s'agit donc pas de protéger un chef de compétence qu'il estime lui revenir par nature. Ces atteintes à l'appréciation souveraine et légitime par les juridictions de leur compétence sont des risques suffisamment restreints pour qu'ils justifient que soient privilégiés les droits des justiciables.

673. De ce raisonnement relatif au conflit négatif, il est possible de déduire que rien ne s'opposait à son extension. La prévention du conflit négatif révèle en effet l'innocuité de cette procédure. Il est donc possible de faire primer le droit du justiciable beaucoup plus facilement.

674. La prévention du conflit négatif revête en effet une modalité frappante à travers l'obligation qui est faite au second tribunal saisi de saisir le Tribunal des conflits. En d'autres termes, il lui est interdit - ce qui constitue bel et bien une atteinte à son indépendance - de se déclarer incompétent. Il s'agit là d'une limitation de son pouvoir de juger. Selon nous, c'est uniquement parce que ce pouvoir de juger s'exerce sur le domaine de la compétence que cette limitation est acceptable. Pour autant, cette dimension négative du conflit négatif est aussi issue d'une vision historique de la question. Le conflit négatif n'a jamais été au coeur de conflits institutionnels. Cependant, une déclaration d'incompétence du juge administratif peut se révéler aussi protectrice de l'indépendance

de l'administration qu'une réclamation de compétence. Son indépendance est protégée par la connaissance des litiges par l'autorité administrative mais aussi par les conséquences d'une déclaration d'incompétence du juge administratif : l'impossibilité pour le juge judiciaire de mettre en cause l'administration.

675. L'innocuité du conflit négatif s'explique finalement par la conséquence de la déclaration d'incompétence du juge administratif. Si le juge administratif se déclare incompétent c'est qu'il estime que cette incompétence n'aura pas de conséquence néfaste sur l'indépendance de l'administration mais s'il est tout de même déclaré compétent, cette dernière reste tout de même protégée par le traitement du litige devant le juge administratif. Ainsi, du point de vue de l'indépendance de l'administration, le conflit négatif ne peut pas être une menace. Soit l'administration est jugée par son juge, soit elle est protégée par l'impossibilité qu'a le juge judiciaire de la mettre en cause (hormis certains cas exceptionnels mais étant eux-mêmes justifiés par leur absence de menace de l'indépendance de l'administration ou par des considérations d'intérêt général - dès lors l'exception confirme la règle par son statut même d'exception).

676. La question de la prévention, passant par l'obligation de transmettre une affaire au Tribunal des conflits et donc par l'interdiction de se déclarer incompétent ne peut donc représenter une menace pour l'indépendance de l'administration justifiant la dualité de juridiction et n'est qu'une menace très limitée pour l'indépendance des ordres juridictionnels puisqu'il ne s'agit pour eux que de limiter leur pouvoir de se prononcer sur leur propre compétence. Il en va différemment de la procédure de l'article 35 du décret de 1960.

2. L'article 35 et l'indépendance des ordres juridictionnels : un mécanisme ambigu car optionnel

677. L'article 35 permet aux cours suprêmes des deux ordres de juridiction de saisir le Tribunal des conflits en cas de difficulté sérieuse relative à la répartition des compétences. Quel est exactement le rôle du Tribunal des conflits dans cette procédure? S'agit-il d'un

rôle relatif à la mission juridictionnelle du Tribunal des conflits ou à sa mission jurisprudentielle ?

678. A première vue, il s'agit bien de traiter d'une difficulté indépendante de tout incident procédural. Le caractère sérieux renvoie à la difficulté de dégager du droit existant un critère de répartition des compétences. Cependant, le problème de cette procédure apparaît immédiatement. Pour quelle raison une cour suprême d'un ordre de juridiction renverrait à une autre autorité une difficulté de compétence? La compétence rentre dans son office et la difficulté ne saurait être une raison de ne pas traiter un litige.

679. Par ailleurs, l'article 35 prévoit la simple possibilité du renvoi. En d'autres termes, l'existence d'une difficulté sérieuse n'oblige pas la cour suprême à transmettre la question de compétence. Cela pose un problème d'ordre théorique évident là encore. Si la cour suprême a la compétence pour traiter la question, pourquoi peut-elle se permettre de ne pas l'exercer? Inversement, si la cour suprême a la compétence pour traiter de la question, cela signifie que le Tribunal des conflits ne l'a pas. On ne peut donc pas inclure dans son office à proprement parler le traitement des difficultés sérieuses de compétence. Cette logique de la simple possibilité, du choix laissé de saisir ou de ne pas saisir, correspond d'avantage à de la consultation qu'à l'exercice d'un office juridictionnel. Elle pose d'abord un problème de sécurité juridique. Dans quels cas une difficulté sérieuse sera-t-elle renvoyée? Qu'est-ce qui justifie que d'une difficulté sérieuse à l'autre, la cour suprême puisse exercer sa compétence ou ne pas l'exercer de poser une question au Tribunal des conflits? Rien ne l'indique. La décision de la cour suprême semble sur ce point être arbitraire. Il faut bien différencier cette question de la question de la détermination du caractère *sérieux*. L'appréciation du caractère sérieux pose un problème de sécurité juridique inhérent à toutes les notions juridiques. Elle sera cependant examinée, contrôlée par le Tribunal des conflits. Il n'y a donc pas d'arbitraire. En revanche, puisque la cour suprême est entièrement libre de saisir ou de ne pas saisir le tribunal des conflits, il n'y aura sur ce point aucun contrôle du Tribunal des conflits une fois saisi. Cette saisine qui a des conséquences en termes de délais de jugement est donc soumise à l'arbitraire des cours suprêmes.

680. En pratique, cela n'a pas importance. En théorie, cela montre la nature de cette saisine. En effet, il est intéressant de se demander - et cela justifie que l'on ait isolé l'arbitraire du choix de la saisine induit par l'existence d'une simple possibilité - quel contrôle pourrait être exercé sur cette saisine. En d'autres termes, dans quelle mesure pourrait-on la rendre obligatoire comme la saisine du Tribunal des conflits a été rendue obligatoire dans le cadre de la prévention du conflit négatif? La question mérite d'être posée car si la saisine du Tribunal est utile, rien ne peut justifier qu'elle ne devienne pas obligatoire. Que le caractère sérieux soit laissé à l'appréciation des cours suprêmes peut se comprendre. Que la présence d'une difficulté sérieuse de compétence puisse être traitée de deux façons différentes (avec et sans intervention du Tribunal des conflits) sans aucun motif n'est en revanche pas cohérent. La formule adéquate d'une application cohérente de l'article 35 serait donc celle d'une obligation de transmettre en cas de difficulté sérieuse de compétence, l'appréciation du caractère sérieux restant à la discrétion des cours suprêmes. Il doit y avoir une raison à l'intervention du Tribunal des conflits. Cette dernière doit relever d'une nécessité et conduire par conséquent à une obligation. La possibilité n'a pas sa place dans le processus juridictionnel, elle n'y est pas cohérente.

681. Or, il est inconcevable que les deux ordres de juridictions soient sommés de transmettre au Tribunal des conflits toute difficulté sérieuse de compétence. Une telle obligation constituerait pourtant une extension logique de la disposition de l'article 35. Elle serait pourtant incompatible avec l'indépendance de chacun des deux ordres de juridictions. Il semble inconcevable que l'on puisse priver ainsi ces derniers de la possibilité d'exercer leur office.

682. Cette absence de possibilité d'extension montre les limites de cette procédure. Pour autant, elle fait bien partie de l'office du Tribunal des conflits. Elle est problématique du point de vue de la saisine non obligatoire qu'elle met en place mais une fois saisi le Tribunal des conflits doit répondre. Dès lors, il exerce bel et bien une compétence qui s'intègre à son office. Il faut donc se prononcer sur le sens de cette compétence, de cet élément de son office. Pour répondre à cette question il nous faut identifier les motifs de la saisine par les cours suprêmes. Deux hypothèses peuvent être avancées. On peut considérer

que les cours saisissent simplement pour régler l'affaire pendante devant elles ou bien qu'elles le font en prévention de conflits d'attributions à venir.

683. L'avantage de l'intervention du Tribunal des conflits est la présence des membres des deux ordres de juridiction. En ce sens, il peut se révéler non comme un expert mais comme une instance de dialogue³⁹² ayant l'avantage de réunir les deux ordres de juridiction. Les cours suprêmes saisissent le Tribunal non pas révélant leur incapacité matérielle à traiter une question de droit mais dans l'intention d'éviter des divergences de décisions quant à leur compétence avec l'autre ordre de juridiction. En ce sens, la disposition de l'article 35 est bel et bien un mécanisme de prévention des conflits d'attribution. Ainsi, la *difficulté* est sérieuse par les potentialités institutionnelles d'application divergentes qu'elle recèle que par sa difficulté³⁹³ juridique à proprement parler³⁹⁴.

684. Une autre vision de la procédure de l'article 35 du décret de 1960 repose sur la mission jurisprudentielle du Tribunal. Or, le problème des attributions jurisprudentielles est double : d'une part elles installent une concurrence entre des organes indépendants et donc non hiérarchisés entre eux et d'autre part, puisqu'en réalité cette concurrence n'a pas vraiment lieu car ce n'est pas la tradition française repose sur la spécialité des juridictions et implique donc qu'elles ne sont pas utilisées, cela crée des attributions vides qui brouillent par leur incohérence avec l'ordre juridique français la compréhension des institutions. La confusion entre la mission jurisprudentielle du Tribunal des conflits et sa mission juridictionnelle est sans doute à l'origine des qualifications d'institution *curieuse*. Enfin, il n'en a pas besoin puisque comme tout autre juge il exerce sa mission jurisprudentielle à l'occasion de ses missions juridictionnelles.

³⁹² Conclusions Bruno Genevois, Conseil d'Etat, 22 décembre 1978, ministre de l'intérieur c/Cohn-Bendit, in Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, France, 2007, 16E édition, p. 644.

³⁹³ Illustration dans la jurisprudence et appréciation critique au vu de ce raisonnement des saisines effectuées à travers la procédure de l'article 35 du décret de 1960.

³⁹⁴ Renvoi à l'évolution des questions préjudicielles (de la compétence à la technique).

685. L'article 35 s'analyse donc comme un mécanisme de prévention lorsqu'il est créé. Il est une prémisse de la mission de régulation qui sera consacrée par la réforme de 2015.

Conclusion du chapitre

686. C'est avant tout la prise en compte du déni de justice qui a fait évoluer l'office du Tribunal des conflits. Ce qui a conduit à une prise en considération plus forte de l'impact de ses fonctions sur les justiciables et cela a des conséquences sur la perception de l'institution qui va de pair avec celle de la dualité de juridiction.

687. La loi de 1932 est à cet égard topique de la prise en compte du justiciable. Il résultait avant elle de la dualité une situation inacceptable puisqu'un déni de justice subsistait malgré l'intervention des juges des deux ordres de juridiction.

688. Cette situation de surplus de juges entrant en contradiction les uns avec les autres met le Tribunal des conflits dans une situation délicate puisqu'elle conduit à faire de lui un arbitre des des juridictions sur le fond. La loi de 1932 pose donc très frontalement la question du statut et de la place du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français. Et cette question peut légitimement être transposée en dehors de ce cas très spécifique de la loi de 1932 car elle se pose pour la jurisprudence du Tribunal des conflits. Une supériorité de ce dernier mettrait en effet fin aux divergences non seulement sur une affaire en particulier mais plus largement sur les divergences à venir.

689. Or, le Tribunal des conflits ne peut pas être considéré comme supérieur aux deux ordres de juridiction, ni dans le champ restreint d'une compétence particulière ni dans le champ plus général de la répartition des compétences sans remettre en cause l'indépendance des ordres de juridiction et donc la dualité de juridiction elle même.

690. Or, c'est la tendance que porte l'évolution de l'office du Tribunal des conflits à partir du déni de justice.

691. Cette tendance s'accroît avec le décret de 1960, lui aussi basé sur la prévention du déni de justice puisque basé sur la prévention du conflit négatif.

692. Il y a alors un vrai changement de paradigme, du conflit positif vers le conflit négatif. Or, là encore, ce changement de paradigme se place dans une logique contradictoire avec celui qui a commandé à la création et continue à expliquer le fonctionnement de la dualité de juridiction.

693. Le Tribunal des conflits est envisagé comme un organe devant être tourné vers les justiciables, comme un organe technique, comme un organe avant tout juridictionnel devant trancher des questions de droit bien plus que prendre des décisions politiques faisant prévaloir systématiquement la protection de l'action administrative.

694. L'émergence de ce nouveau paradigme à partir du développement du conflit négatif va se prolonger dans une réforme de l'institution allant au-delà de la simple question du déni de justice.

Chapitre 2. Les évolutions au-delà du déni de justice

695. L'analyse de la réforme du Tribunal des conflits de la loi du 16 février 2015 peut être faite en deux temps. Il faut d'abord isoler les deux grands axes de cette réforme. Le premier, le plus frappant, est celui qui fait de la parité, le principe directeur de l'organisation du Tribunal des conflits. Les auteurs de la réforme affirment en effet qu'elle est au cœur de l'institution. Il s'agira donc de s'interroger sur les conséquences, mais aussi sur la pertinence de cette affirmation et de cet axe directeur de la réforme. Le second axe de la réforme est celui qui fait du Tribunal des conflits un organe chargé de réguler la dualité de juridiction. Cette volonté doit être démontrée car elle est moins explicite dans la réforme. Qu'il s'agisse des modes de saisine, de la composition du Tribunal ou plus largement du discours sur ce dernier, tout concourt à en faire un régulateur, c'est-à-dire un organe qui, au-delà des simples cas de déni de justice, permet de pallier aux effets néfastes de la dualité de juridiction. Et ce, notamment, en concourant à établir une jurisprudence harmonieuse quant à la délimitation des compétences juridictionnelles. Il s'agira donc de mettre en lumière cette tendance qui existait avant la réforme de 2015 mais qui est concrétisée par elle.

696. Une fois ces deux axes de la réforme du Tribunal des conflits mis en avant (Section 1), il s'agira, dans un deuxième temps, de se poser, à l'occasion de cette réforme, la question de la qualification d'ordre de juridiction pour le Tribunal des conflits. N'est-ce pas finalement, en affirmant l'extériorité de l'organe aux deux ordres de juridiction, ce que conduit à faire la réforme ? Le Tribunal des conflits n'est-il pas présenté, comme le Conseil constitutionnel avant lui, comme un ordre de juridiction à part entière ? Ces questions supposeront de se positionner sur la notion d'ordre de juridiction et de comprendre dans quelle mesure elle peut être appliquée au Tribunal des conflits (Section 2).

Section 1. Les deux axes directeurs de la réforme de 2015

697. La loi du 16 février 2015 opère une distanciation sans précédent avec la nature initial du Tribunal des conflits, corps administratif. Elle repose en effet sur une vision nouvelle du Tribunal des conflits dont il faut souligner les deux axes directeurs : primauté de la parité et mission de régulation.

698. Elle a d'abord inscrit dans le droit la primauté de la parité, manifestation d'une conception d'expertise du Tribunal des conflits (Paragraphe 1) et a ainsi supprimé la présidence du Ministre de la Justice.

699. Elle a ensuite consacré la vision d'un Tribunal des conflits régulateur de la dualité de juridiction (Paragraphe 2), lui octroyant des modes de saisine destinés à développer cette mission.

Paragraphe 1. La primauté de la parité au Tribunal des conflits

700. La parité est au coeur de la nouvelle organisation du Tribunal des conflits. Elle devient donc, avec la réforme, l'une des caractéristiques principales du Tribunal des conflits et s'avère révélatrice d'une conception technique de sa mission (Sous Paragraphe 1). Elle a ensuite une conséquence tout à fait concrète puisqu'en primant, elle prive le pouvoir exécutif d'un mécanisme de sauvegarde de la compétence du juge administratif, ce qui n'est pas sans modifier potentiellement les mécanismes de la dualité de juridiction en France (Sous Paragraphe 2).

Sous Paragraphe 1. La parité révélatrice d'une conception technique de la mission du Tribunal des conflits

701. Il existe deux conceptions antagonistes de la parité (1), elle peut être issue d'une volonté d'expertise technique ou d'une volonté de représentation de deux autorités en opposition. La place de la parité au Tribunal des conflits est issue d'une conception de ce dernier en faisant un organe de dialogue chargé de résoudre les doutes posés par la

répartition des compétences, c'est-à-dire un expert technique de la répartition des compétences (2).

1) Les deux conceptions antagonistes de la parité : expertise et représentation

702. La réforme de 2015 fait primer la parité sur l'existence d'un mécanisme de résolution des cas de partage. En cela, elle lui donne une portée nouvelle. La parité a toujours existé au Tribunal des conflits mais n'avait jamais été un principe prioritaire de l'organisation du Tribunal. Il existe deux conceptions de la parité, qui répondent à deux logiques différentes. La parité peut être perçue comme étant d'expertise ou de représentation.

703. La parité d'expertise repose sur l'idée qu'un dialogue entre les deux ordres de juridiction permettra de faire apparaître les solutions aux conflits de compétence. Le mécanisme de délibérations successives prévu par la réforme en cas de partage de voix illustre parfaitement cette perception de la parité.

704. La parité de représentation repose au contraire sur l'idée selon laquelle chaque membre du Tribunal représente - peu importe *in concreto* que sa position sur chaque affaire reflète cette idée ou non, il ne s'agit pas d'un mandat impératif - l'ordre de juridiction dont il est issu.

705. La parité d'expertise repose sur une vision technique de la dualité de juridiction, une vision non conflictuelle, apolitique, de celle-ci. Ce qui est nécessaire pour résoudre les difficultés de compétence, c'est le dialogue entre les ordres de juridiction afin que la solution émerge des connaissances spécialisées de chacun.

706. La parité de représentation repose au contraire sur une vision conflictuelle de la dualité de juridiction. Chaque ordre doit être représenté à dimension égale afin d'éviter qu'un déséquilibre de représentation ne permette un déséquilibre de solution sur le fond.

707. Les deux visions de la parité et de la dualité de juridiction ont toujours cohabité au Tribunal des conflits mais c'est l'idée de représentation qui a engendré sa composition.

En effet, si cette cohabitation est possible en pratique, elle est impossible en théorie et cela a des conséquences sur les dispositions contraignantes relatives à l'organisation du Tribunal des conflits. Que chaque cas d'espèce ou même que la pratique quotidienne ne déclenche pas d'affrontements systématiques n'empêche pas la question du partage des voix de se poser. Pour y répondre, il faut adopter une des deux visions de la dualité de juridiction. La réforme de 2015 est, de façon inédite, allé au bout d'une logique de rapprochement de deux ordres de juridiction et de perception non conflictuelle de la dualité de juridiction. Le Tribunal des conflits est alors perçu comme un expert de la répartition des compétences plus que comme un organe de décision politique.

2) *Le Tribunal des conflits, expert de la répartition des compétences*

708. Le tribunal des conflits est pensé comme mettant fin au doute par un dialogue, il s'agit d'abord d'identifier cette vision et d'en montrer le caractère paradoxal (a) avant d'en interroger la pertinence (b).

a. Une vision paradoxale de la mission du Tribunal des conflits

709. Dans un passage bien connu de son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Laferrière affirmait : « on sait que les arrêts de ce tribunal souverain, composé de délégués du Conseil d'État et de la Cour de cassation, tracent aux tribunaux judiciaires et administratifs les limites de leur compétence respective ; son arbitrage, accepté avec une égale déférence par les deux juridictions, tend à établir de plus en plus une jurisprudence uniforme sur les questions de compétence³⁹⁵ ». Cette conception du Tribunal des conflits fait de ce dernier un expert de la répartition des compétences. Elle signifie qu'il a pour mission de tracer la ligne de partage entre les compétences, d'apporter une expertise matérielle permettant de répartir les compétences.

³⁹⁵ Berger-Levrault, 1896-1897, Préface à la 2^e édition, t. 1, p. X. cité par Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331.

710. Cette vision a eu une pérennité tout à fait paradoxale. Il est classique en effet de constater que l'espoir d'une jurisprudence unifiée sur la répartition des compétences s'éloigne de plus en plus. Qu'il s'agisse des critères jurisprudentiels ou législatifs, force est de constater - et les auteurs qui se prononcent sur la question le font régulièrement - que les incertitudes de frontières continuent de se multiplier. Plus personne ne cherche à identifier un critère de compétence unique et les critères, multiples, sont eux-mêmes souvent l'objet de difficultés. Il semble donc que les difficultés de compétences soient consubstantielles à leur répartition. Elles sont soit intrinsèquement casuistiques, soit politiques. On aurait donc pu imaginer qu'un tel constat pousse les légistes à abandonner la vision du Tribunal des conflits en faisant un expert de la répartition des compétences. Non pas qu'il n'en soit pas capable pour des raisons institutionnelles mais plutôt que personne n'en soit capable pour des raisons structurelles liées à la matière même de la répartition des compétences. Pourtant, c'est le phénomène inverse qui s'est produit. A mesure qu'apparaissait cette impossibilité se renforçait l'idée d'un Tribunal des conflits expert des compétences. Expert donc d'une matière rétive à l'expertise.

711. La survivance de cette vision est en réalité née d'une ambiguïté et d'une assimilation entre absence de conflit et rôle d'expertise. Il est tout à fait exact que les conflits d'attribution ne constituent plus les perturbations de l'ordre public constitutionnel qu'évoque leur histoire. Ainsi, nombreux sont les auteurs l'ayant souligné et en ayant déduit une modification du rôle de l'institution.

712. Ainsi, pour Daniel Labetoulle, il n'est plus vraiment pertinent de parler de conflits³⁹⁶. De la même façon, exprimant cette opinion dominante, B. Seiller et M. Guyomar expliquent ainsi que le « paritarisme, caractéristique fondamentale de l'institution, se justifie pleinement au regard de sa mission principale qui est de trancher les difficultés de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. (...) Au regard de ce qui fait l'essentiel de son activité contemporaine, le Tribunal des conflits

³⁹⁶ Daniel Labetoulle, *L'avenir du dualisme juridictionnel : le point de vue d'un juge administratif*, in *Le dualisme juridictionnel [Texte imprimé] : limites et mérites [actes du colloque organisé à La Rochelle, les 30 et 1er octobre 2005, Agathe Van Lang (ss la dir.), Paris, Dalloz, 2007, p. 207*

semble donc bien mal dénommé : il n'intervient plus que marginalement pour résoudre des conflits. (...) Alors que certains commentateurs mal avisés cherchent systématiquement à déceler, derrière les décisions du tribunal, une logique d'affrontement entre les membres des deux ordres de juridiction se traduisant au mieux par des compromis bancals (...) ³⁹⁷ ».

Les auteurs de la réforme le disent aussi. « Cette rupture avec la qualité essentielle d'indicateur de compétence juridictionnelle du Tribunal des conflits relève du même caractère exceptionnel qui a conduit le législateur de 1932 à lui reconnaître une telle compétence en cas de déni de justice ³⁹⁸ ».

713. Ils ne font donc que reprendre une idée communément admise. Cependant, elle est d'une portée différente lorsqu'il s'agit de commenter un mouvement général, où cette idée a sa place, et d'organiser le fonctionnement du Tribunal, où cette idée peut s'avérer plus problématique en fonction des missions et de l'office du Tribunal.

b. L'utilité de l'expertise selon les missions du Tribunal des conflits

714. Le mécanisme prévu en cas de partage des voix est conforme à une conception technique, d'expertise, de la mission du Tribunal. L'idée est d'élargir encore le cercle des experts et d'enrichir ainsi le dialogue que la parité avait permis de créer et continue de protéger. Chaque membre est donc supposé apporter une expertise et la combinaison de ces expertises permettra la résolution de la difficulté de compétence. C'est là la consécration de la vision technique de la répartition des compétences. Une vision technique qui est également perceptible dans l'évolution du droit des questions préjudicielles par exemple. La décision SCA du Chéneau ³⁹⁹ permet l'application par un ordre de la « jurisprudence établie » de l'autre ordre. Cette décision peut être perçue comme la trace du passage d'une conception de compétence à une conception technique de

³⁹⁷ Mattias Guyomar, Bertrand Seiller, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2014, p.15 puis p. 18.

³⁹⁸ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331. (p. 9)

³⁹⁹ Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, SCEA du Chéneau c/INAPORC et M. Cherel et autres c/ CNIEL n°s 3828-3829, Rec. p. 698.

la question préjudicielle. Elle laisse en effet supposer que la transmission se fondait sur la difficulté à résoudre le problème et non sur une incompétence juridique à traiter la question de droit. Daniel Labetoulle confirme d'ailleurs cette idée en indiquant que la question préjudicielle est, selon lui, une question technique⁴⁰⁰. C'est-à-dire que la question est transmise par l'ordre juridictionnel s'il constate une difficulté dans l'application d'une norme classiquement appliquée par l'autre ordre. Vision tout à fait différente de celle qui oblige à transmettre pour motif d'incompétence. L'idée de « jurisprudence établie » renvoie plus encore que celle d'incompétence au choix de l'ordre juridictionnel susceptible de poser la question. La marge d'appréciation est plus grande, presque suggérée, que dans l'appréciation par un juge de sa propre compétence. Il s'agit donc de répondre à une situation de doute quant à l'application du droit.

715. Certains modes de saisine du Tribunal des conflits sont organisés sur le même modèle et révèle cette même vision d'expertise permettant de répondre à un doute quant à l'application du droit. Ce qui est révélateur de ce rôle du doute, c'est la possibilité laissée à la juridiction de transmettre ou de ne pas transmettre. Ce qui n'est qu'une inclinaison pour l'instant dans le droit des questions préjudicielles qui reste organisé sur le modèle de l'interdiction de statuer justifiée par la présence d'une notion juridique (en ce sens, la jurisprudence SCA du Chêneau est une transposition à la juridiction judiciaire de la théorie de l'acte clair utilisée devant la juridiction administrative), se présente comme une réalité tangible pour le Tribunal des conflits. Le choix laissé aux juridictions de transmettre ou de ne pas transmettre révèle que les mécanismes sont prévus pour répondre aux doutes de ces dernières quant à l'application du droit.

716. Cette vision de la parité expertise est critiquable à plusieurs égards. D'abord, cela vise à faire du Tribunal des conflits un expert de la répartition des compétences au détriment de l'expertise des juridictions quant à leur propre compétence. La répartition des compétences n'est jamais autre chose qu'une interrogation sur les limites de sa propre

⁴⁰⁰ D. Labetoulle, préc., in *Le dualisme juridictionnel [Texte imprimé] : limites et mérites [actes du colloque organisé à La Rochelle, les 30 et 1er octobre 2005]*, Agathe Van Lang (ss la dir.), Paris, Dalloz, 2007, p. 207 et s.

compétence et chaque ordre de juridiction a sur ce point sa propre expertise. La méconnaissance de la pratique juridictionnelle de l'autre ordre est-elle ensuite véritablement une des causes de la difficulté de répartir les compétences dans l'ordre juridique français? Est-elle la principale? Il est possible d'en douter. La possibilité de dialoguer, de rencontrer, comme dans un colloque, l'autre ordre juridictionnel doit-elle dès lors être au centre de l'organisation du Tribunal des conflits? Là encore, le doute semble permis.

717. La parité de représentation permet le dialogue mais le met au service de l'autorité de la décision. Le dialogue peut en effet être intéressant en ce qu'il évite une opposition entre les deux ordres et donc des perturbations dans l'ordre public constitutionnel. Il permet de rompre l'isolement de chacun et évite ainsi de faire naître des décisions contradictoires. Cependant, cela n'est vrai qu'à deux conditions. Tout d'abord, il faut accepter de considérer que la parité serait alors une parité de représentation. Si ce qui est recherché est la légitimité de la décision grâce à la réunion des deux ordres, c'est bien que chaque membre représente la position de son ordre. Ce qui justifie l'intervention du Tribunal reste donc bien une opposition entre les deux ordres. C'est cette opposition qui donnera sa légitimité à sa décision. Dès lors, la parité ainsi choisie est bien une parité de représentation. Peu importe *in fine* que chaque membre soutienne une position ou une autre. Du point de vue de la composition, il s'agit bien d'une parité de représentation.

718. Parité de représentation et parité d'expertise ne peuvent se combiner. Elles correspondent en effet à des logiques opposées. Ainsi, lorsque Pascale Gonod explique que « la légitimité des solutions, facilitant leur acceptabilité par les juridictions du fond, réside aussi, au-delà de l'obligation juridique, dans le principe de parité qui domine la composition du Tribunal des conflits⁴⁰¹ », elle semble contredire - par l'évocation de l'idée de légitimité - l'esprit de la réforme qui repose sur une parité d'expertise.

⁴⁰¹ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331. (p. 7)

719. La parité d'expertise signifie que le Tribunal, grâce au dialogue, donc grâce à des données nouvelles pour chaque ordre, permettra de faire émerger une solution consensuelle. C'est une vision technique que révèle les nouveaux modes de saisine. Cela repose donc précisément sur l'idée qu'il n'y a pas d'opposition entre les deux ordres de juridiction. La parité de représentation, celle sur lequel le Tribunal des conflits a été fondé, prend acte de cette opposition et permet à chaque ordre de faire valoir ses idées dans l'organe décisionnaire. En toute logique cet organe est alors saisi lorsque l'opposition est devenue un conflit. C'est à dire qu'il y a une irréductibilité de cette opposition qui s'est traduite de façon procédurale. Obligation de sursoir à statuer après un déferé préfectoral, conflit négatif constitué ou potentiellement constitué.

720. Ces deux visions sont donc antinomiques et commandent des modes de saisine et une composition du Tribunal des conflits différentes. La vision d'une parité d'expertise semble inutile tandis que celle d'une parité de représentation révèle un Tribunal des conflits dont l'utilité est limitée aux incidents procéduraux.

Paragraphe 2. Les conséquences de la primauté de la parité sur l'organisation du Tribunal des conflits

721. La primauté de la parité est le prolongement logique et institutionnel de l'idée de dialogue. Elle a influé sur toutes les modifications issues de la réforme qu'a connu le Tribunal des conflits en 2015 ou presque (Sous paragraphe 1). Sa promotion a pour conséquence de faire disparaître au sein du Tribunal l'idée de représentation, qui lui manquera pourtant (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1. Les conséquences de la parité dans la réforme du Tribunal des conflits

722. La parité a toujours été un élément important de l'organisation du Tribunal. Elle a cependant pris, depuis la réforme du 16 février 2015, une forme nouvelle. La parité était auparavant une garantie accordée à l'autorité judiciaire dans le traitement des conflits d'attribution. Il est tout à fait vrai de dire qu'elle y tenait un rôle essentiel puisqu'elle a

toujours été ce qui faisait la particularité du Tribunal des conflits. Une particularité censée refléter la particularité de la matière traitée elle-même. Les conflits d'attribution, pour ne plus être considérés comme des procédures abusives en faveur du pouvoir exécutif, sont devenus des objets de conciliation entre les acteurs qu'ils mettent en opposition. Toutefois, si la parité était un élément fondateur puisque l'élément distinctif du Tribunal, elle n'était pas un principe directeur ou prioritaire de son organisation. Elle le devient avec la réforme. Avant d'en venir à l'abandon qu'elle suppose du principe de représentation et aux difficultés que cet abandon engendre, il faut constater les effets de la parité sur la réforme du Tribunal des conflits, à commencer par un changement d'ordre sémantique. P. Gonod, indique en effet que « le principe de parité⁴⁰² figure dès l'article 1^{er} de la loi ». La parité devient le *principe de parité*, principe ayant vocation à primer sur d'autres notions élevées au rang de principe, tel que - nous y reviendrons donc -, pour ne citer que lui, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

723. La parité est effectivement dans l'article premier de la loi qui dispose que « les conflits d'attribution entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire sont réglés par un Tribunal des conflits composé en nombre égal de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation⁴⁰³ ». L'auteur poursuit en indiquant que « l'affirmation résolue de la parité se traduit à la fois dans la composition du Tribunal des conflits, dans sa présidence et dans les modalités de la résolution des cas de partage (44) »⁴⁰⁴.

a. Les quatrièmes membres

724. La parité a une première conséquence sur la composition du Tribunal. Elle consacre la pratique qui a toujours eu cours, contre l'intention des réformateurs du Tribunal de la III^{ème} République, consistant pour les membres du Conseil d'Etat et de la

⁴⁰² Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331.

⁴⁰³ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331.

⁴⁰⁴ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331 ; P. Gonod ajoute en note de bas de page 44 : « et les fonctions du rapporteur public ».

Cour de cassation à nommer un membre de leur juridiction suprême comme quatrième membre.

725. Le texte dispose en effet, en son article 2, que : « dans sa formation ordinaire, le Tribunal des conflits comprend : « 1° quatre conseillers d'État en service ordinaire élus par l'assemblée générale du Conseil d'État ; « 2° quatre magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation élus par les magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation ; « 3° deux suppléants élus, respectivement, l'un, par l'assemblée générale du Conseil d'État parmi les conseillers d'État en service ordinaire et les maîtres des requêtes, l'autre, par l'assemblée générale des magistrats du siège de la Cour de cassation parmi les conseillers hors hiérarchie et référendaires ».

726. Cette réforme, puisqu'elle est la consécration d'une pratique, n'est donc pas une révolution mais elle est néanmoins intéressante. L'idée des légistes de 1872 était de contrebalancer la présidence du Garde des Sceaux par des éléments extérieurs aux deux ordres de juridiction afin d'éviter les cas de partage. Il est donc significatif qu'elle disparaisse en même temps que la présidence du Garde des Sceaux. Il faut aussi remarquer que l'appel à des éléments extérieurs aux deux ordres de juridiction n'a pas fonctionné. Il doit être pris acte de l'attitude des membres du Tribunal qui n'ont jamais souhaité faire appel à des membres extérieurs. La pratique de la nomination interne n'a jamais été discutée. En se plaçant dans la perspective de départ d'une opposition entre juges administratifs et juges judiciaires, cette attitude n'étonne pas. Le juge administratif n'a aucune crainte, par principe, face à l'arbitrage du ministre. Par ailleurs, les juges judiciaires ont tout intérêt à renforcer leur rang pour faire face aux juges de l'autre ordre. Sans doute, seule une obligation de ne pas choisir un membre provenant de son propre ordre juridictionnel aurait-elle permis de faire vivre cette solution.

b. La présidence

727. La parité produit évidemment son effet le plus significatif quant à la présidence du Tribunal des conflits et les pouvoirs qui en découlent. P. Gonod le note en indiquant qu'il s'agit d'une « solution qui contribue à son tour (...) à la promotion de la parité, en

inscrivant la pratique dans la loi : la présidence est assurée alternativement par l'un des membres du Tribunal appartenant à l'un des deux ordres juridictionnels⁴⁰⁵ ». Sur le départage ensuite, l'auteur indique que « le législateur introduit pour ce faire des mécanismes qui font le « pari » de la parité⁴⁰⁶ » .

728. Les mécanismes en cas de situation de nécessité de partage des voix sont les suivants. « Le processus de départage repose sur deux étapes. La première impose une seconde délibération. Ensuite, quand et si cette seconde délibération n'est pas parvenue à lever la difficulté, l'affaire est portée à la connaissance d'une formation élargie. L'article 6 dispose que « dans le cas où, après une seconde délibération, les membres du Tribunal n'ont pu se départager, l'affaire est examinée en formation élargie dans les conditions précisées par décret en Conseil d'État. Cette formation est composée, outre les membres mentionnés aux 1° et 2° de l'article 2, de deux conseillers d'État en service ordinaire et deux magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation élus comme il est dit aux 1° et 2° de l'article 2, lors de l'élection des membres de la formation ordinaire ».

729. La parité a donc commandé une solution tout à fait inédite. Il n'existe aucune garantie de départage, les délibérations successives étant bornées dans leur composition par le respect de la parité. Il s'agira d'analyser cette solution. Avant cela, il faut attester de ce que le second type de conséquence de la parité - après les conséquences pratiques sur l'organisation du Tribunal des conflits - est d'ordre théorique puisqu'il s'agit de la perte de la dimension de représentation de la composition du Tribunal des conflits induite par la promotion de la parité.

730. Il n'est pas neutre pour la mission du juge administratif d'affirmer qu'un organe qui lui est extérieur est chargé d'indiquer les compétences. La transformation voulue du Tribunal des conflits en expert et principal acteur de la répartition des compétences n'affecte pas de la même façon le juge administratif et le juge judiciaire. Le juge administratif n'est pas un simple juge puisqu'il a un autre objectif en tête que celui de

⁴⁰⁵ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331. p. 6

⁴⁰⁶ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331. p. 7

résoudre le litige. Son intervention a une autre finalité, la protection de l'administration. C'est un juge protecteur de l'administration et l'empêcher de déterminer le champ de sa compétence - ce que seul un autre juge est en mesure de faire puisque la loi ne pourra jamais tracer en ces matières comme dans d'autres que des grands principes qui seront soumis à interprétation - serait l'amputer de sa raison d'être, de sa spécificité.

731. L'idée d'un Tribunal des conflits placé entre les deux ordres de juridiction implique celle de deux ordres de juridiction considérés comme identiques, uniquement séparés par le droit matériel, sans même que cette séparation soit hermétique et qu'elle ne puisse plier sous le poids de la nécessité. La réforme de 2015 est fondée sur cette perspective. Or, elle est discutable dans l'ordre juridique français tel qu'il existe depuis l'avènement de la République.

Sous Paragraphe 2. La parité comme perte d'un mécanisme de sauvegarde pour l'administration

732. La parité, en engendrant la suppression de la possibilité de départage par le ministre de la justice a fait perdre au pouvoir exécutif un mécanisme de sauvegarde. La parité doit donc être remise dans la perspective de la dualité de juridiction (1) avant que soit argumentée la nécessité de rétablir un mécanisme permettant de trancher, nécessité devant primer sur la logique de parité de dialogue (2).

1) La parité et la dualité de juridiction

733. Pour comprendre les rapports entre la parité au Tribunal des conflits et la dualité de juridiction, il faut d'abord se positionner quant à la question de la liaison de la compétence et du fond (a) afin d'en tirer les conséquences sur l'idée de parité au Tribunal des conflits (b).

a) Le principe de liaison de la compétence et du fond

734. La juridiction administrative a une seule raison d'être, la protection de l'administration vis-à-vis du juge judiciaire. Il s'agit d'une protection organique née d'une

volonté politique d'organisation des pouvoirs publics. Il s'agit d'une hiérarchisation entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire. Le pouvoir administratif est favorisé dans son rapport avec le pouvoir judiciaire parce qu'il est, historiquement et matériellement, moins menaçant pour le pouvoir législatif. Pouvoir législatif et pouvoir exécutif vont souvent de pair. Le pouvoir judiciaire est une menace externe.

735. La juridiction administrative est une protection organique qui est relayée par une protection matérielle. Cette protection matérielle, c'est le droit administratif. Un droit qui prend en compte les spécificités de l'action administrative tout en développant une protection légitime des administrés vis-à-vis des prérogatives de l'administration. Il tente de maintenir un équilibre entre l'intérêt général poursuivi par l'action administrative (qui n'a pas le monopole de l'intérêt général au sens large) et les intérêts particuliers.

736. Le débat sur la liaison de la compétence et du fond est relatif au fondement de la compétence du juge administratif. S'agit-il d'une protection qui précède le droit applicable ou le suit logiquement? Le débat, au-delà de son intérêt théorique, achoppe sur un point logique. Le droit administratif et le juge administratif existent pour la même raison : la protection de l'administration. Ils se complètent de façon dynamique. La protection matérielle a vocation par principe à prendre le relais de la protection organique car elle est plus précise, elle est d'avantage à la mesure de son objectif. Une protection organique est par nature plus large qu'une protection matérielle. La présence d'une personne publique ou d'une activité publique est un critère très général. Il est logique qu'il soit petit à petit réduit à des considérations matérielles plus précises. Il s'agit de concentrer la protection de l'administration sur ce qui, dans son activité, a besoin d'être protégé.

737. Or, le besoin de protection est par nature évolutif puisqu'il est préventif. Plus un mécanisme de protection est efficace, moins sa nécessité est apparente. Le besoin de protection est un principe de nature politique, d'organisation des pouvoirs publics. Il peut être maintenu ou abandonné en vertu d'une décision politique. Il s'agit en réalité de gestion des risques. De la décision politique de gestion d'un risque de désordre institutionnel par protection organique découle la dualité de juridiction et le développement d'un droit matériel ayant vocation à réduire cette protection à sa juste mesure. La protection

organique se maintient dans son principe et se réduit dans son étendue selon des principes rationnels et techniques.

738. Un parallèle peut par exemple être fait avec l'évolution de la notion de service public ou avec l'étendue du domaine public. Le service public a d'abord été entendu comme impliquant la nécessité de retirer une activité du champ du marché. Il a ensuite été progressivement réduit dans ses conséquences. Une protection matérielle, par des normes seules, a été considérée comme suffisante, ou presque, un contrôle de la personne publique restant nécessaire bien que limité. C'est la conception européenne de service universel. Une activité rattachée à une personne publique mais pouvant être exploitée selon les règles du marché par des opérateurs privés sous réserve de l'application de certaines normes garantissant un accès large et égalitaire à la prestation. D'un monopole de l'Etat impliquant un régime particulier mais aussi une protection organique, le système a évolué vers une protection presque purement normative. La réforme de la domanialité publique portée par le Code général de la propriété des personnes publiques en 2006 illustre dans bien des domaines le même phénomène. D'une protection organique très large, il s'est agit de revenir à une protection plus fonctionnelle à la mesure des nécessités de l'affectation. L'exception qui illustre la règle est le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques qui reste (malgré un avis de 1992 du Conseil d'Etat) déterminé par un critère purement organique et n'ayant pas évolué vers une conception fonctionnelle.

739. Ainsi en va-t-il pour la détermination de la compétence juridictionnelle. Initialement conçue comme purement organique, la présence d'une personne publique suffisant, elle a évolué vers un critère matériel encore très large, la présence d'une activité publique nécessitant d'être protégée, puis vers une réduction fonctionnelle du critère matériel à la mesure de la nécessité de protection telle qu'elle est perçue à un moment donné. Cette nécessité de protection peut-être indiquée par l'existence d'un droit spécial, le droit administratif. Dès lors la compétence suivra le fond selon la logique suivante. Une situation nouvelle se présente au juge et il constate qu'à cette situation il peut appliquer une portion du droit administratif existante. Dès lors, il en déduira sa compétence puisqu'il est le juge naturel du droit administratif et que ce dernier révèle une nécessité de protection

de l'administration. Pour autant, l'absence de droit administratif n'exclut pas sa compétence. Il peut constater que, pour les raisons politiques de protection qui ont elles-mêmes engendrées la création du droit administratif, il doit se reconnaître compétent. Il a le pouvoir, par sa jurisprudence, de créer un champ d'application de la protection organique que constitue sa compétence. Il aura ensuite vocation à créer des règles de droit administratif. S'il constate la nécessité d'appliquer le droit privé, il a deux solutions. Dédire de cette applicabilité son incompétence ou, plus rarement mais cela peut arriver, il tiendra à appliquer lui-même ce droit privé, par exemple parce qu'il est inséré dans une situation administrative. L'exemple du régime exorbitant du droit commun comme critère d'identification du contrat administratif correspond à ce mécanisme. Enfin, il pourra admettre que le juge judiciaire puisse lui-même appliquer le droit administratif. C'est l'exemple de la « jurisprudence établie ». La compétence du juge administratif est décidée quand elle est jugée utile. L'absence de droit administratif applicable est un critère qui n'est pas déterminant en soi. Les protections matérielles et organiques peuvent se croiser.

740. Ces croisements relèguent la règle de la liaison de la compétence et du fond à un rôle subsidiaire. Le fond du droit applicable est un indice mais il peut être renversé par le juge. L'intérêt de ce principe est notamment qu'il apporte - qu'il apporterait en tout cas s'il était systématiquement appliqué - une certaine stabilité. C'est un principe conservateur qui permet de reconnaître la compétence et qui a le mérite de la logique et de la clarté. Il est pourtant soumis aux évolutions et aux décisions ponctuelles des juges.

741. Cependant, l'existence de tels croisements ne doit pas laisser penser que la dualité de juridiction a perdu de son intérêt. Elle reste un principe structurant de l'ordre juridique français. C'est en prenant acte de cette structure que l'on peut apprécier les conséquences de la promotion de la parité au sein du Tribunal des conflits.

b) La liaison de la compétence et du fond et la question de la parité au tribunal des conflits

742. La promotion de la parité au Tribunal des conflits n'est évidemment pas sans lien avec la conception de la dualité de juridiction issue des croisements entre protection

organique et protection matérielle de l'administration. Le principe de liaison de la compétence et du fond est un principe technique. La question qu'il s'agit de se poser pour déterminer la compétence est celle du droit applicable. Il s'agit donc d'une question de champ d'application du droit qui semble écarter toute considération politique et donc tout risque de conflit sur le principe de la compétence, le débat devenant une simple question d'interprétation juridique. Il repose sur l'idée que le droit a été établi et qu'il s'agit à présent de l'appliquer en procédant à des choix techniques en cas de difficulté restante, des choix principalement fondés sur la volonté de trouver un critère simplificateur.

743. En ce sens s'exprime la position de Daniel Labetoulle⁴⁰⁷ qui indique que, selon lui, la technique des blocs de compétence a été remplacée par celle des « arrondis » de compétence. Il s'agit, selon l'auteur, d'arrondir les angles de la répartition, d'éviter les difficultés par des simplifications permises par le sacrifice de l'application des critères existants trop difficiles à mettre en oeuvre ou se contredisant entre eux. La jurisprudence « Berkani » est l'exemple le plus frappant de cette logique. Face à un critère satisfaisant sur le plan logique - celui de la participation au service public de l'agent dont on cherche à déterminer s'il est un agent public - mais inapplicable car donnant lieu à une casuistique portant une atteinte démesurée à la sécurité juridique, le Tribunal des conflits pose un critère organique simplificateur. Le Tribunal apparaît ainsi comme un organe légitime à s'élever au-dessus des ordres de juridiction pour apporter une simplification du droit des compétences à laquelle il est parvenu grâce aux vertus du dialogue.

744. Or, la jurisprudence montre d'une part que l'adoption d'un critère simplificateur n'est pas l'apanage du Tribunal des conflits et d'autre part que les ordres de juridiction du fond et le Tribunal des conflits sont toujours prêts à suivre un critère simplificateur de la jurisprudence, d'où qu'il provienne. Le Tribunal des conflits n'est en ce sens nécessaire ni pour le dialogue ni pour la légitimité. Les critères simplificateurs ne sont pas issus d'une quelconque expertise de fond mais d'une décision d'autorité et ils imposent leur légitimité par leurs vertus simplificatrices.

⁴⁰⁷ Daniel Labetoulle in *Le dualisme juridictionnel [Texte imprimé] : limites et mérites [actes du colloque organisé à La Rochelle, les 30 et 1er octobre 2005]*, Agathe Van Lang (ss la dir.), Paris, Dalloz, 2007, p.

745. La parité au tribunal des conflits relève d'une vision non conflictuelle de la dualité de juridiction qui est portée par le principe de liaison de la compétence et du fond qui est lui-même un principe technique. Ce principe est entendu comme le principe le plus effectif dans la répartition des compétences. Les solutions qui ne s'y conforment pas apparaissent comme des exceptions. Et, plus les exceptions se multiplient, plus l'idée que la dualité de juridiction n'a pas de raison d'être ou n'a pas de racine politique profonde se répand.

746. Le principe de la liaison de la compétence et du fond pose donc un paradigme qui se constitue en trois étapes. Il se pose d'abord comme le fondement de la répartition des compétences. Il induit ensuite que la dualité de juridiction est une modalité technique de l'organisation juridique française. Il pousse enfin, en s'érodant - érosion logique au regard de la finalité politique poursuivie - à considérer que la dualité de juridiction n'a pas ou plus de fondement politique.

747. L'étape suivante est une vision non conflictuelle de la dualité de juridiction. Puis, l'instauration de la parité d'expertise au Tribunal des conflits. Or, la dualité de juridiction reste un principe d'organisation politique.

748. La suppression de la présidence du Tribunal des conflits par le Ministre de la Justice est aussi la rupture d'un certain équilibre. Elle peut être comparée à l'évolution du conflit positif. La question est parfois - rarement - soulevée de la suppression de ce mécanisme exorbitant en faveur de l'administration. Il lui permet de suspendre le cours d'un procès. Il est une dérogation manifeste à la séparation des pouvoirs, l'intrusion du pouvoir exécutif dans la marche de la justice judiciaire. Pourtant, sa suppression n'a jamais été envisagée sérieusement. Le groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits de 2015 ne le mentionne pas. La volonté de fonctionner de façon pragmatique a justifié cette indifférence dans la mesure où ce dernier ne poserait pas de problème. Le pragmatisme aurait tout autant pu commander de laisser le ministre de la justice à la présidence du Tribunal des conflits, aucun dysfonctionnement majeur de l'ordre juridique n'ayant été à signaler le concernant. Le conflit positif est accepté parce qu'il est envisagé comme garant d'un certain équilibre dans la dualité de juridiction. C'est une procédure de surveillance

qui est bien encadrée. Elle permet de réprimer des abus éventuels de l'autorité judiciaire et son encadrement permet de réprimer ceux de l'autorité administrative. Réprimer mais surtout prévenir. Les mécanismes de surveillance institutionnels ont une vertu préventive évidente. Or, ce mécanisme de surveillance de l'autorité judiciaire vient d'être amputé d'une de ses armes les plus efficaces : la menace, en bout de chaîne, de la décision du Ministre de la Justice.

749. Il faut prendre acte de la modification des rapports de force. Il serait erroné de prétendre que la présidence du Ministre n'a pas permis de sécuriser l'existence de la juridiction administrative et son développement. L'étude de l'histoire de cette dernière montre bien qu'elle s'est développée d'autant plus sereinement et d'autant plus raisonnablement qu'elle était protégée par l'administration. Est exemplaire à ce titre la période de transition du passage de la justice retenue à la justice déléguée qui s'est d'abord traduite par un affaiblissement du contrôle de l'administration⁴⁰⁸. C'est aussi en ce sens que la suppression de la présidence est un « pari⁴⁰⁹ ». Pari est fait que la dualité de juridiction est suffisamment établie sur ses fondements politiques pour se résumer à des désaccords d'ordre technique.

750. Pourtant, il existe bien des exemples du maintien d'une dimension politique certaine dans la dualité. D'abord dans la jurisprudence relative à la dualité de juridiction à proprement parler. Peut ainsi être citée la résistance de la Cour de cassation en matière de compétence pénale. Ou encore, plus récemment, les déclarations vindicatives du premier président de la cour de cassation⁴¹⁰ à propos de la mise à l'écart de l'autorité judiciaire selon lui opérée par les dispositions relatives à l'état d'urgence. Peuvent encore être citées les divergences relatives au contrôle de conventionnalité ou au caractère prioritaire de la question prioritaire de constitutionnalité. Quoi qu'il en soit elles révèlent tout de même la possibilité d'oppositions entre les deux ordres de juridiction et, par ricochet, entre la

⁴⁰⁸ Voir sur ce point : Jacques Chevallier, *L'interdiction faite au juge administratif de faire acte d'administrateur*, AJDA 1972, p. 67.

⁴⁰⁹ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331. p 7

⁴¹⁰ AJDA, 2016, p. 173.

juridiction judiciaire et l'administration. Les agitations partisans qui émaillent les rapports entre l'exécutif et le pouvoir judiciaire sont encore un exemple de ce caractère politique. La question des rapports entre les magistrats et le ministère de l'intérieur, la question de l'indépendance des membres du parquet, la question de la présidence du Conseil Supérieur de la Magistrature sont autant de sources de conflits qui sont patents mais qui ont été contenus par l'ordre juridique français.

751. Le déséquilibre existant en faveur du pouvoir exécutif n'est certainement pas, là encore, inopérant dans l'explication de cette gestion des conflits institutionnels. Ce déséquilibre ne se caractérise certes pas par la seule présidence du ministre de la Justice au Tribunal des conflits. Elle en était cependant un élément. Il ne faut pas nier la dimension politique et l'affaiblissement du pouvoir exécutif que constitue cette suppression par une vision purement technique de la dualité de juridiction. Ce serait oublier ses fondements, qui existent toujours et que la réduction effective, que l'on observe et qu'il ne s'agit pas de nier, à des problèmes qui ne soulèvent pas d'oppositions graves a été permise par des mécanismes de déséquilibre en faveur du pouvoir exécutif. La dualité de juridiction n'est pas technique, elle est politique. L'intensité politique a été réduite et prend bien souvent les atours de la technique mais il est faux de l'y réduire. Dès lors, la parité doit être envisagée dans son rapport à la nécessité de trancher les conflits.

2) La parité face à la nécessité de trancher

752. Il faut étudier et critiquer les finalités ayant conduit à choisir l'impossibilité de trancher, à choisir l'idée du pari (a), avant de proposer un retour à la présidence du Ministre, dans certaines conditions (b).

a) Les finalités en question du « pari⁴¹¹ » de l'absence de départage

⁴¹¹ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331. p. 7, précité

753. Selon Pascale Gonod, « les concepteurs de la résolution des cas de partage ont souhaité allier la sagesse que promeut la parité, le temps qui assure la maturité des décisions, et la conscience des juges de leur mission, et notamment de leur obligation d'empêcher le déni de justice. La considération de la fréquence des cas de partage renforce la conviction qu'une situation de partage des voix imposera une issue au blocage, sauf à mettre en péril la légitimité du travail des juges des conflits et de l'autorité de leurs décisions⁴¹² ». L'auteur, dans son commentaire de la réforme indique encore qu'il « est attendu de cette formation des regards neufs, et du prolongement de la procédure qu'elle impose, des perspectives nouvelles susceptibles d'être dégagées et débattues tout à la fois par les avocats et le rapporteur public, nécessairement amenés les uns et les autres à considérer les éléments de blocage et à les discuter⁴¹³ ».

754. La logique institutionnelle est souvent celle d'une gestion des risques. Il est donc légitime qu'elle s'appuie sur une évaluation de ces risques tels qu'ils sont constatés dans l'ordre juridique et dans les rapports entre institutions. Le pragmatisme affiché par les réformateurs du Tribunal des conflits se justifie donc pleinement. Les risques de déstabilisation de l'ordre juridique par l'opposition entre le juge administratif et l'administration d'un côté et l'autorité judiciaire de l'autre ne sont pas les mêmes aujourd'hui qu'ils l'étaient en 1790, en 1848 ou même en 1872. Le contexte change, il est logique que les institutions changent aussi. L'erreur est peut être de penser que la dualité a changé de nature alors qu'elle n'a changé que d'intensité dans ses manifestations.

755. La solution en cas de partage de voix relève d'une logique de gestion des risques. Il a été considéré par le législateur que le risque de blocage était moins grand qu'auparavant en raison de la nature non-politique ou faiblement politique de la répartition des compétences juridictionnelles. Il a donc aussi été considéré aussi que le risque que la répartition des compétences deviennent de nouveau un enjeu politique, qu'elle le

⁴¹² Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331., p. 7

⁴¹³ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331., p. 7

redevienne, était lui aussi moins grand que l'avantage apporté dans le sens de la finalité poursuivie.

756. Cette finalité c'est la mise en cohérence de l'organisation du Tribunal des conflits avec sa « nature » juridictionnelle et donc l'apport des garanties traditionnelles du procès aux instances qui se tiennent devant lui. Dans le sillon des jurisprudences européennes en matière de droit au procès, la suppression de la présidence d'une juridiction, fut-ce-t-elle particulière, est une avancée nécessaire et même la rectification tardive d'une situation inacceptable.

757. Cette position consiste bien souvent, là encore, à ignorer la nature particulière du Tribunal. Ignorer l'argument de l'absence de parties privées aux procès qui se tiennent devant le Tribunal des conflits. En revanche, dans la mesure où le Tribunal est bel et bien amené à statuer sur des procès impliquant des parties privées, et dans un souci d'unité de l'organe, la présidence du ministre ne pouvait qu'être supprimée. En revanche, sa suppression n'est pas du tout de la même logique dans les autres modes de saisine. Dans les modes de saisine institutionnels, elle doit être comprise et critiquée comme une solution institutionnelle de gestion des risques de conflits et des déséquilibres entre les institutions de l'ordre juridique français.

758. La finalité du respect des garanties du procès, telle qu'elle est présentée, c'est-à-dire de façon globale, est erronée. Il s'agit bien de rapports institutionnels dans les modes de saisines institutionnels et l'idée selon laquelle les intérêts privés n'ont pas à interférer est toujours vraie. Choisir un autre mode de gestion des risques est possible mais n'a rien à voir avec les garanties du procès.

759. Tant le caractère politique que le caractère juridictionnel exigent qu'il existe un mécanisme pour trancher. il est problématique, voire contraire aux exigences du procès de ne pas pouvoir trancher. Partant de là, c'est la solution actuelle ne peut qu'être considérée comme étant, indépendamment des ses mérites logiques et principiels, insatisfaisante. La parité ne peut pas primer à ce point.

b. Le rétablissement de la présidence du Ministre de la Justice

760.

761. Cette dernière est fondée sur l'idée selon laquelle il s'est produit un changement d'intensité, mais pas de nature, dans le caractère conflictuel et politique de la répartition des compétences.

762.

763. Plusieurs solutions étaient envisageables, comme le note d'ailleurs Pascale Gonod. « Plusieurs formules de présidence ont été envisagées, qui sont liées à une révision de la composition du Tribunal. Ainsi, et *a minima*, il aurait pu être institué un 9^e membre, permanent, qui ne soit pas issu des rangs de la Cour de cassation et du Conseil d'État - comme les 7^e et 8^e membres, ou non -. La nature originale du Tribunal des conflits, indicateur de compétence, pouvait en effet s'accorder avec la présence de juristes qui ne soient pas magistrats. D'autres solutions ont été recherchées du côté du grand juge, d'un juge *ad hoc*, et du côté du Conseil constitutionnel, son président pouvant être requis en cas de départage (47) »⁴¹⁴.

764. Il faut commencer par écarter la solution du tirage au sort de l'ordre départiteur de compétence ou de la présidence avec voix prépondérante en cas de partage. Il est souhaitable qu'il s'agisse d'une prise de décision consciente, non en tant seulement qu'elle se positionne sur le problème mais aussi en tant qu'elle est une solution de départage. C'est avant tout par bon sens qu'il faut écarter la solution d'un départage par tirage au sort. D'abord parce que l'on souhaite que la décision soit prise par un homme ou une femme en conscience. Cependant, cette solution, aurait le mérite de souligner la nécessité d'une décision. Elle pourrait même constituer une menace pour les membres chargés de délibérer. Ce n'est pas une solution raisonnable, il faut l'écarter parce que la prise de décision finale n'équivaut pas, pour les membres, à un positionnement pris en sachant qu'un

⁴¹⁴ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331., p. 6

blocage est possible ou qu'en tout cas sa solution personnelle peut être la solution définitive de la question posée à la juridiction. C'est donc cette différence de nature entre la décision non décisive et la décision décisive qui justifie d'exclure un tirage au sort. Il était intéressant de le souligner et la question du tirage au sort a eu ce mérite comme n'aurait sans doute pas pu l'avoir une autre question car elle pousse à l'extrême l'idée de la parité. Et ce d'autant plus que c'est encore la différence de nature entre une décision en tant que membre d'un groupe et une décision en tant que décideur final qui justifiera la solution qui paraît la plus satisfaisante à proposer, après avoir exclu les autres.

765. Un mécanisme tentant est l'appel à un membre extérieur au Tribunal ou à l'administration. Ce type de solutions pose deux problèmes.

766. Le premier touche à la provenance de l'intervenant extérieur. Quelqu'un qui vient d'ailleurs vient donc forcément d'une institution publique ou du monde universitaire ou encore des métiers du droit plus largement. Dans le cas le plus probable, celui d'un membre d'une institution publique, on se demandera alors quel rôle joue cet institution publique (conseil constitutionnel, législateur, ministre) - au sein du Tribunal des conflits. En d'autres termes, la question de la représentation de l'institution d'origine du membre départiteur se posera nécessairement. C'est ce qui a empêché de faire appel au Conseil constitutionnel ou à l'Assemblée Nationale. Chacune de ses solutions a été envisagée non pas comme une intervention extérieure indépendante de l'institution de provenance mais bien comme une intrusion - et au plus haut niveau - de cette dernière au sein du Tribunal des conflits. On ne peut empêcher cette idée de représentation d'agir. Le même problème se pose, bien que différemment, avec les professeurs de droit. Ces derniers seront envisagés partisans en fonction de leurs spécialités, publique ou privée. Dans tous les cas, c'est le risque d'un caractère partisan, d'un caractère représentatif, qui est dirimant pour la solution.

767. En ce qui concerne les professionnels du droit n'appartenant pas à des institutions publiques, des problèmes de conflits d'intérêt se posent qui permettent, au vu des faibles avantages de la solution, de l'écarter d'un revers de la main. On ne voit pas pourquoi on

ferait appel à un professionnel venant du secteur privé pour décider au nom d'une institution publique.

768. Quoi qu'il en soit de ces considérations, il est un argument qui prévaut sur tous les autres et qui permet de condamner définitivement l'idée d'une intervention extérieure. Il s'agit de l'enjeu de l'autonomie et de la crédibilité de l'institution. Il serait contraire à ces deux principes qui doivent exister pour le Tribunal des conflits comme pour les autres organes, de lui imposer un intervenant extérieur précisément lorsque le débat se fait plus difficile, lorsque la tâche est la plus délicate.

769. Cependant, il est plus risqué pour la stabilité et le bon fonctionnement de l'ordre juridique français que le Tribunal des conflits ne possède pas, *in fine*, de mécanisme de départage plutôt qu'il en possède un qui méconnaît dans une mesure très limitée la parité de l'institution.

770. Le risque qu'un blocage fait peser sur le Tribunal des conflits est triple. D'abord, le préjudice porté aux justiciables du procès initial ou du procès au fond dont il connaît. Ensuite, la perte de crédibilité de l'institution due à la situation de blocage. Enfin, l'atteinte à la crédibilité et à l'indépendance de l'institution engendrée par la seule possibilité de déblocage : l'intervention d'une autorité extérieure.

771. La solution la plus cohérente avec la nature du Tribunal des conflits est le rétablissement de la Présidence du Ministre de la Justice. Cependant, elle doit être limitée aux cas de départage. Ainsi, la pratique antérieure sera transcrite dans l'organisation du Tribunal.

772. La parité ne pouvant primer, il faut qu'une faculté de trancher existe.

773. Tout d'abord, l'absence de mécanisme de partage, au-delà des blocages mentionnés plus haut, pose un problème plus systémique. Elle présente le risque de la multiplication d'oppositions entre le juge judiciaire et l'ordre administratif. En d'autres termes, elle présente le risque de faire renaître les conflits d'attribution.

774. La pacification des rapports entre le juge judiciaire et l'administration s'est faite au bénéfice de la domination de la seconde sur le premier. Il est curieux de penser que, cette domination ayant produit ses résultats, elle ait fait disparaître le conflit lui-même. En supprimant le mécanisme de partage, l'équilibre menace d'être rompu.

775. Le conflit entre juge judiciaire et administration est structurel et ne peut se résoudre autrement que par des modalités de domination de l'un sur l'autre.

776. Il faut donc choisir la domination de l'un sur l'autre et instaurer des mécanismes institutionnels qui ne rendent pas cette domination excessive et préjudiciable aux intérêts des administrés. La présidence du Tribunal des conflits était un outil de domination du pouvoir exécutif parmi d'autres. Si la domination était donnée au pouvoir judiciaire, ce serait menacer l'existence même de la dualité de juridiction.

777. Cette faculté de trancher ne doit pas menacer la justice administrative sinon c'est la dualité de juridiction elle-même qui est menacée. Dès lors que le système français de la dualité de juridiction est accepté et posé comme prémisses à la réflexion sur l'organisation du Tribunal des conflits, il impose que la juridiction administrative soit protégée car c'est elle qui est structurellement menacée.

778. La présidence du Ministre de la Justice est donc une solution équilibrée. Elle assoit la domination nécessaire du pouvoir exécutif sur le partage des compétences sans laquelle la juridiction administrative ne peut pas exister mais assure systématiquement la prise en compte des mérites de la compétence judiciaire en raison de la situation particulière dans le gouvernement du ministre de la justice.

779. Le retour de la Présidence peut en revanche être conditionné par son absence dans les cas de saisine touchant directement au fond du litige. Dans ces situations, il s'agit de trancher un procès sur le fond et donc de se positionner sur une question de pure application du droit et non pas de compétence. Dès lors la présidence du Ministre est non seulement contraire aux exigences de la séparation des pouvoirs mais encore est-elle inutile. Dans ces situations, le Vice-Président du Tribunal des conflits doit être amené à présider l'institution.

Paragraphe 2. Le Tribunal des conflits, régulateur de la dualité de juridiction

780. L'évolution du Tribunal des conflits, institutionnalisée et prolongée par la réforme qu'il vient de connaître ne peut finalement se comprendre qu'en examinant sa fonction dans l'ordre juridique au-delà de son strict office. La finalité poursuivie par le Tribunal des conflits tel qu'il évolue sous la volonté du législateur est celle d'une régulation de la dualité de juridiction, un maintien de son bon fonctionnement. Il s'agit de comprendre ces finalités (Sous Paragraphe 1) puis d'examiner comment les nouveaux modes de saisine contribuent au développement de cette fonction (Sous Paragraphe 2).

Sous Paragraphe 1. Les finalités de régulation de la dualité de juridiction

781. La source de l'idée de régulation se trouve dans le rapprochement constaté entre les deux ordres de juridiction (1). La fonction de régulation du Tribunal des conflits peut ainsi se comprendre par analogie avec celles existant au sein de chaque ordre juridictionnel (2).

1) Le rapprochement entre les deux ordres de juridiction à la source de l'idée de régulation de la dualité de juridiction

782. Le rapprochement entre les deux ordres de juridiction a été constaté de nombreuses fois et s'illustre de plusieurs façons. L'évolution du droit des questions préjudicielles en est un exemple. Les positions régulièrement prises en faveur de la liaison entre la compétence et le fond témoignent elles aussi d'un tel rapprochement. Le droit public et le droit privé sont par ailleurs, dans de nombreuses situations, appliqués à des litiges par l'ordre juridictionnel qui leur sont en principe étranger. Ce mouvement est aussi en grande partie procédural. Si la juridiction administrative s'est d'abord construite sur des instruments de contrôle limités, se caractérisant alors souvent par la relative innocuité des ses pouvoirs vis-à-vis de l'administration, elle a évolué vers plus de protection de l'administré. Il est communément admis aujourd'hui que le fait, pour un justiciable, d'être jugé par l'ordre judiciaire ou par l'ordre juridictionnel administratif est indifférent au degré de protection de ses droits et libertés, tant sur le fond que dans les procédures. Le

développement des référés a été, à cet égard, une avancée majeure. Imaginées pour contrer la montée en puissance de la voie de fait, des procédures d'urgence ont été mises en place afin de faire revenir dans le giron du juge administratif la connaissance de méconnaissances graves des droits des administrés par l'administration auxquelles il doit être mis un terme sans délai. La réforme des référés de 2000 a été un succès pour le juge administratif. C'est depuis lors qu'il est devenu traditionnel de parler de niveau de protection des droits devant le juge administratif et de comparer ce niveau à celui existant devant le juge judiciaire.

783. De nombreux progrès ont été faits quant aux actes attaquables par la voie du recours pour excès de pouvoir. La recevabilité du recours contre les mesures d'ordre intérieur et contre les actes de gouvernement s'est précisé et est allé dans le sens d'une plus grande soumission au juge de ces catégories d'actes administratifs unilatéraux. Le contentieux des directives de l'administration est aussi allé dans le sens d'une ouverture du prétoire. La théorie de l'erreur manifeste d'appréciation limitant le contrôle du juge sur le contenu de l'acte a reculé et les théories du contrôle de proportionnalité et du bilan coût-avantages ont encore contribué à renforcer l'arsenal des pouvoirs du juge. Ainsi, le juge administratif s'est-il rapproché de son homologue judiciaire. Le mouvement est naturellement celui-là et repose donc en très grande partie sur les évolutions de l'ordre juridictionnel administratif. Celui-ci, comme son histoire le montre, est obligé de se réformer pour survivre. Un trop grand décalage avec la justice historiquement dite ordinaire deviendrait tout à fait injustifiable dans l'ordre juridique moderne.

784. Ces évolutions sont souvent soulignées - il est intéressant de le noter et l'occasion sera donnée par la suite des développements d'y revenir - par le Vice-Président du Conseil d'Etat dans les nombreuses apparitions publiques donnant lieu à de nombreux discours⁴¹⁵ formant un corpus tout à fait intéressant car révélateur de l'esprit de l'institution. Elles ne pouvaient conduire qu'à une vision générale tout à fait apaisée de la dualité de juridiction, une vision non conflictuelle dont les effets s'observent de façon directe sur l'idée de parité

⁴¹⁵ Discours de Jean-Marc Sauvé publiés sur le site internet du Conseil d'Etat.

au Tribunal des conflits. Cette vision non conflictuelle va au-delà de l'idée de parité et se prolonge dans l'idée d'un organe régulateur de la dualité de juridiction. En d'autres termes, un organe dont la mission est d'assurer l'équilibre entre des forces opposées et, partant, le bon fonctionnement de la dualité de juridiction.

785. Il pourrait paraître paradoxal qu'un organe soit désigné pour réguler une dualité non conflictuelle. En réalité, c'est le contraire. L'idée de régulation renvoie en effet à une gestion apolitique permettant de maintenir un équilibre politiquement et préalablement déterminé. Si la dualité continuait d'être conflictuelle ou considérée comme telle, si les conflits d'attribution avait plus de vigueur, représentait d'avantage un risque pour la stabilité des institutions, il serait impensable de confier à un organe indépendant leur résolution. En effet, les soubresauts conflictuels qui existent encore entre les deux ordres juridictionnels sont toujours une rivalité entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif. Les volontés propres de l'ordre juridictionnel administratif sont inexistantes ou quasi inexistantes dans le système juridique français. Dès lors, un réel conflit (jurisprudentiel par exemple) renvoie toujours à un désaccord sur le degré de protection du pouvoir exécutif. Il appelle donc une décision politique. Un désaccord (jurisprudentiel là encore, par exemple) en revanche peut s'avérer technique et appelle une régulation.

2) Une fonction régulatrice comparable à celle existant au sein des deux ordres juridictionnels

786. L'idée de régulation est présente dans tous les ordres de juridiction. Elle revêt néanmoins des significations diverses. Il eut s'agir de régulation institutionnelle ou matérielle. La régulation institutionnelle désigne les pouvoirs des cours suprêmes de chaque ordre juridictionnel sur les autres juridictions de cet ordre. Ainsi, le Conseil d'Etat est-il le régulateur de l'ordre juridictionnel administratif en ce qu'il s'assure que les litiges sont bien répartis dans les différentes cours administratives. La gestion du corps des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel dépend par exemple du secrétariat général du Conseil d'Etat. Le Vice-Président du Conseil d'Etat est ainsi l'ordonnateur principal de leur budget et préside le Conseil Supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Il ne s'agit là que de quelques exemples

illustrant le rôle de régulateur du Conseil d'Etat. La doctrine s'accorde naturellement à lui reconnaître ce rôle. La jurisprudence elle-même l'a consacré à propos de la répartition des affaires contentieuses au sein de l'ordre juridictionnel administratif dans un arrêt Société coopérative du Briennon⁴¹⁶. Le Conseil d'Etat y mentionne en effet ses propres « pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif ». La régulation au sein de l'ordre juridictionnel administratif se fait également par la jurisprudence. Contrairement à l'ordre judiciaire où les désaccords jurisprudentiels ne sont pas rares - ni entre les différentes cours qui composent l'ordre aux différents degrés de juridiction, ni au sein même de la Cour de cassation où naissent des désaccords entre les chambres - la jurisprudence au sein de l'ordre juridictionnel administratif est fixée par le Conseil d'Etat. Il est extrêmement rare de voir un désaccord naître au sein de cet ordre. Cela est du à l'histoire de la juridiction administrative, construite à partir du Conseil d'Etat et dont la particularité est la proximité avec le pouvoir exécutif. Or, le Conseil d'Etat est celui qui fixe la mesure de cette proximité. La régulation de l'ordre juridictionnel administratif par le Conseil d'Etat se fait donc notamment par le biais de la jurisprudence.

787. La Cour de cassation dispose de pouvoirs du même type au sein de l'ordre judiciaire. Au titre de l'article 618 du Code de procédure civile, elle peut, par exemple, trancher les problèmes de répartition des affaires entre plusieurs tribunaux de l'ordre judiciaire. La comparaison avec le Conseil d'Etat est intéressante. En raison, là encore, d'une construction historique tout à fait différente, principalement influencée par la domination des pouvoirs exécutif et législatif sur le pouvoir judiciaire, la place de la Cour de cassation dans l'ordre judiciaire n'est pas la même que celle du Conseil d'Etat. Il s'agit pourtant bien de deux cours suprêmes à la tête de deux ordres de juridiction. La comparaison permet de mettre en lumière la diversité du rôle d'une Cour suprême selon la structure de l'ordre juridictionnel qu'elle domine. La mission de régulation varie donc selon les caractéristiques de ce dernier. Ainsi, si les caractéristiques juridiques permettent une comparaison objective, il s'agit aussi de comprendre la tradition d'un ordre juridictionnel et ses pratiques.

⁴¹⁶ CE, 10 novembre 1999, n° 208119.

788. La régulation d'un ordre juridictionnel a donc deux vocations principales, l'une institutionnelle, l'autre matérielle. Assurer le bon fonctionnement institutionnel et assurer l'unité de la jurisprudence. Ces deux missions seront remplies d'une façon qui changera en fonction des caractéristiques de l'ordre régulé et de la vision que se fait la Cour suprême de son office et donc du fonctionnement idéal de l'ordre en question.

789. Ce qui est plus délicat à identifier c'est l'étendue de la mission régulatrice du Tribunal des conflits. Il n'a pas le monopole de la répartition des compétences sur le fond. Il n'a que le monopole de la répartition des affaires contentieuses problématiques d'un point de vue procédural ayant justifié sa saisine.

Sous Paragraphe 2. Les moyens de la constitution d'un régulateur de la dualité juridictionnelle

790. La finalité régulatrice du Tribunal des conflits est un élément déterminant de la réforme de la loi des 16 février 2015. Elle permet tout d'abord de comprendre le mode de saisine relatif à la responsabilité de l'Etat engagée par le justiciable pour méconnaissance du délai raisonnable à la suite d'une procédure ayant fait intervenir les deux ordres de juridiction puisqu'il s'agit bien dans ce cas de réguler le fonctionnement de la dualité de juridiction (1). Elle permet ensuite de saisir le but de l'extension de la possibilité de saisine par les cours inférieures qui n'est pas seulement une réponse à des difficultés mais vise aussi une finalité régulatrice par la jurisprudence en augmentant le volume d'affaires traitées (2). C'est enfin le rôle du Président du Tribunal des conflits que la finalité de régulation permet de mieux cerner (3).

1. Le nouveau mode de saisine logique : responsabilité pour méconnaissance du délai raisonnable

791. Le mode de saisine nouveau concernant la responsabilité pour méconnaissance du délai raisonnable est tout à fait logique dans le développement de cette mission de régulation. Il vient répondre à une situation qui rendait l'intervention d'un organe extérieur tout à fait nécessaire. En ce sens, il s'agit pleinement de l'office du Tribunal des conflits.

Par ailleurs, au-delà de cette nécessité juridique, le nouveau mode de saisine correspond tout à fait à l'idée de régulation du fonctionnement de la dualité de juridiction.

792. L'article 16 de la loi du 16 février 2015 prévoit que « le Tribunal des conflits est seul compétent pour connaître d'une action en indemnisation du préjudice découlant d'une durée totale excessive des procédures afférentes à un même litige et conduites entre les mêmes parties devant les juridictions des deux ordres en raison des règles de compétence applicables et, le cas échéant, devant lui ». Le décret ajoute une disposition qui semble classique mais qui est tout de même intéressante puisqu'avant de former une requête devant le Tribunal des conflits il faut demander réparation au ministre de la justice. Cette exigence repose sur la règle classique d'obligation de demande préalable à toute action juridictionnelle en réparation devant le juge administratif. Le choix du ministre de la justice paraît tout à fait naturel. Il représente bel et bien l'administration dans l'exercice de la justice. Un refus ou une acceptation de la demande d'indemnisation constitueront des mesures d'administration de la justice. Pour autant, ces mesures administratives, ces actes administratifs ont toujours un statut particulier voire problématique puisque leur soumission au régime classique des actes administratifs emporte des risques quant à l'indépendance de la justice. Il en va de même des actes d'administration du pouvoir législatif⁴¹⁷. Ainsi, la question de la réparation du préjudice lié à un éventuel dysfonctionnement de la justice ne peut se faire par simple recours contre la décision du ministre ayant refusé l'indemnisation. Cela permettrait alors au juge administratif d'apprécier le bon fonctionnement de la justice judiciaire ce qui serait une méconnaissance de son indépendance. On ne peut toutefois que relever à quel point il s'agit là de décisions d'ordre politique liées à une volonté de protection de l'indépendance plus ou moins caractérisée. On pourrait en effet déjà considérer que la compétence du ministre est une violation de l'indépendance de la justice, administrative comme judiciaire. C'est bien dans cet esprit que la responsabilité administrative est soustraite à la compétence du juge judiciaire, il s'agit de ne pas méconnaître l'indépendance de l'administration. La protection

⁴¹⁷CE, Ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée Nationale, n° 163328.

de l'indépendance a donc ses degrés. La compétence du ministre est jugée acceptable par le législateur mais pas le recours de sa décision devant le juge administratif.

793. Le Tribunal des conflits avait été confronté à cette question délicate et la solution qu'il avait adopté montrait bien comment les questions d'indépendance peuvent comporter des antinomies appelant une décision politique permettant de sacrifier d'une façon ou d'une autre à l'indépendance d'une institution ou d'une autre. Il est impossible dans ces matières de satisfaire toutes les nécessités théoriques de l'indépendance. Une justiciable⁴¹⁸ avait saisi le Conseil d'Etat d'une requête tendant à faire condamner l'Etat à la réparation du préjudice qu'elle avait subi en raison d'une durée excessive des procédures juridictionnelles. Le litige initial concernait son licenciement pour motif économique qu'elle avait attaqué à la fois devant la juridiction des prud'hommes contre son employeur et devant le Tribunal administratif contre la commune suite à la résiliation par cette dernière de la concession qui la liait avec la société qui l'employait. Le Conseil d'Etat a renvoyé au Tribunal des conflits la question de la compétence pour connaître d'un tel litige au titre de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849, en vertu donc de la procédure d'avis créée par le décret de 1960.

794. La solution antérieure à cette décision reposait sur la distinction entre le fonctionnement du service public de la justice et l'organisation du service public de la justice. Selon la jurisprudence Préfet de la Guyane⁴¹⁹, si était en cause l'organisation du service public de la justice, la compétence était celle de la justice administrative. En revanche, si le fonctionnement était en cause, chaque ordre juridictionnel était compétent pour connaître de l'action en responsabilité. Il existait donc trois mécanismes. Le premier faisait du juge administratif le juge compétent pour l'organisation du service public de la justice, le deuxième le rendait compétent pour le fonctionnement de l'ordre juridictionnel administratif et le dernier rendait le juge judiciaire compétent relativement au fonctionnement de l'ordre judiciaire. Il n'existait cependant aucune solution explicite pour

⁴¹⁸TC 30 juin 2008, Bernardet, n° 3682.

⁴¹⁹TC, 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane, n°01420.

les affaires mettant en jeu à la fois l'ordre judiciaire et l'ordre juridictionnel administratif voire même le Tribunal des conflits lui-même. Naturellement, la solution d'une telle demande doit prendre en compte de façon prioritaire le souci de bonne administration de la justice, le justiciable ayant déjà eu à un certain nombre de difficultés et de juges. La question a ensuite été tranchée par le Tribunal des conflits dans un arrêt Bernardet⁴²⁰. La solution de trancher lui-même de telles actions en responsabilité avait donc été d'abord envisagée par le Tribunal des conflits⁴²¹. Fort est à parier que l'a freiné dans l'adoption de cette solution le caractère trop normatif de cette solution. Il n'a peut être pas osé franchir le pas d'une telle extension par lui-même de son office. La solution ensuite envisagée fut celle de confier ce type de litiges à la juridiction administrative. Cependant, il y aurait eu là un risque de méconnaissance de la jurisprudence Préfet de la Guyane et surtout de l'indépendance de la juridiction judiciaire par la juridiction administrative. La solution de l'arrêt Bernardet se comprend comme commandée par un esprit d'équité et de simplicité. L'ordre de juridiction compétent est celui qui était compétent sur le fond du litige. Elle porte une méconnaissance de l'indépendance d'un ordre par un autre mais elle ne le fait pas de façon systématique, c'est donc l'idée d'équité. On peut parler de méconnaissance non systémique et insusceptible de systématisation⁴²². La solution de confier l'affaire au Tribunal des conflits était donc délicate à imposer en jurisprudence, la solution de confier au Conseil d'Etat était une méconnaissance trop systématique de l'indépendance de l'ordre de juridiction et l'application de la jurisprudence Préfet de la Guyane était porteuse d'une complication inacceptable au vu du parcours juridictionnel déjà subi par les requérants.

795. Cependant, le Tribunal des conflits était un choix logique pour ce type de litiges. Il l'est tout particulièrement dans l'optique de régulateur de la dualité de juridiction. L'absence de titulaire pleinement satisfaisant de la compétence pour un litige de cette sorte ressort, typiquement, d'un cas de dysfonctionnement de la dualité de juridiction puisque de la spécialisation de ses organes et l'indépendance entre eux qu'elle exige. Aucune solution

⁴²⁰ TC 30 juin 2008, Bernardet, n° 3682.

⁴²¹ Rapport public annuel 2008 : www.tribunal-des-conflits.fr

⁴²² C'est aussi ce qui est à la base de la solution proposée dans la sous section précédente sur la Présidence.

n'est satisfaisante à moins de désigner un garant du fonctionnement de la dualité de juridiction. Ce garant ne peut donc, par nature, méconnaître l'indépendance des composantes de la dualité de juridiction. C'est l'idée qui permettait de justifier la présidence du Ministre de la Justice, c'est même l'idée constitutive de l'existence d'un tel poste ministériel⁴²³. Cette vocation régulatrice a été confiée au Tribunal des conflits.

796. En effet, il ne faut pas ignorer que le risque pour l'indépendance des ordres juridictionnels lorsqu'est statué sur leur mission est réel ou, au moins, potentiel. Le Tribunal des conflits aura donc entre les mains la possibilité d'influer par ses décisions en la matière sur le fonctionnement de ces derniers. Il faut donc comprendre quelle finalité il peut être susceptible de poursuivre dans le cadre de cette influence. C'est bien parce que sa finalité est celle de régulation du fonctionnement de la dualité de juridiction qu'il est le titulaire logique de cette compétence. Il aura donc à cœur d'assumer l'équilibre entre les besoins des justiciables et le respect de l'indépendance des ordres juridictionnels. Il ne saurait donc en ce sens leur imposer par exemple des délais ne prenant pas en compte la difficulté de leur action par une jurisprudence trop dispenseuse en faveur du justiciable.

797. L'idée selon laquelle cette procédure est exceptionnelle ou dérogatoire par rapport à la mission du Tribunal des conflits est donc erronée. Elle s'inscrit parfaitement dans la logique de développement d'un régulateur de la dualité de juridiction et des ses inconvénients procéduraux. De la même façon que le dispositif de la loi de 1932 s'inscrit dans cette optique.

2) Le nouveau mode de saisine stratégique : la transmission sans menace de conflit négatif pour question de compétence

798. La constitution du Tribunal des conflits en organe de régulation peut être utilement comparée dans ses moyens avec le développement de cette mission au sein des ordres juridictionnels administratif et judiciaire et constitutionnel par les Cours suprêmes. Les ordres juridictionnels administratif et judiciaire se sont respectivement construits, à

⁴²³ Et cette idée a parfois été et est encore parfois remise en cause.

titre principal, sur deux procédures distinctes mais similaires, le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation.

799. L'ordre juridictionnel judiciaire a d'abord été constitué de façon relativement indépendante du Tribunal de cassation. Ce dernier était considéré comme étant placé au-dessus des juridictions judiciaires mais uniquement dans l'optique de sanctionner ces dernières pour toute méconnaissance du droit. Le Tribunal de cassation n'était donc pas considéré comme faisant partie intégrante d'un éventuel ordre juridictionnel judiciaire. Les tribunaux étant pensés comme des instances chargés de la stricte application de la loi, il n'y avait pas lieu de mettre à leur tête un organe chargé d'unifier leur décisions ou de réguler le fonctionnement de leur corps. L'ordre judiciaire a donc été une construction empirique avant d'être une décision politique. La décision politique s'est finalement alignée sur une réalité indépassable, le développement d'une jurisprudence judiciaire. Cette construction s'est donc faite par le biais du recours en cassation. Le Tribunal de cassation a développé grâce à lui un véritable corpus jurisprudentiel dans les années ayant suivi la révolution. C'est donc très logiquement que le mécanisme du référé législatif fut abandonné.

800. En ce qui concerne l'ordre juridictionnel administratif, le mécanisme a évidemment été inverse. Il n'existait qu'une seule juridiction, le Conseil d'Etat et ce dernier a construit un corpus jurisprudentiel non plus donc grâce au recours en cassation mais grâce à la technique du recours pour excès de pouvoir. Il ne s'agissait pas de faire remonter les décisions de juges mais bien d'administrateurs. Le recours pour excès de pouvoir a d'ailleurs logiquement été pensé dans un premier temps comme un recours administratif. Avant de devenir un recours juridictionnel traité par l'administration puis un recours juridictionnel traité par un juge. Le développement du droit administratif s'est très largement fait sur la base de saisine par recours pour excès de pouvoir. Il a connu de nombreuses étapes mais il est possible de s'accorder pour dire que ses débuts comme outil d'encadrement de l'action administrative remonte aux années 1830. Cette période vit l'émergence de commissaires du gouvernement devant le Conseil d'Etat ayant une vision de leur rôle correspondant à l'application du principe de légalité à l'administration.

801. Le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir ont deux points communs. D'abord, il s'agit dans les deux cas d'un recours se limitant à l'invocation de moyens de légalité, donc objectifs. Ils ont ensuite en commun d'avoir permis aux juridictions compétentes de connaître d'un grand nombre d'affaires. Le caractère objectif a ainsi permis que se développe une jurisprudence qui, par nature, avait vocation à s'appliquer au-delà du cas d'espèce. Le grand nombre de recours a permis d'unifier la jurisprudence dans les deux ordres juridictionnels en permettant la création d'un véritable corpus jurisprudentiel de solutions à vocation générales car issues de questions de droit objectives.

802. Le Conseil constitutionnel a bénéficié de la même façon d'un mode de saisine portant sur des questions de droit objectives, des confrontations de norme à norme. Par ailleurs, la question prioritaire de constitutionnalité lui a permis, depuis sa mise en oeuvre, de multiplier le nombre de saisines de ce dernier. Le Conseil constitutionnel constitue cependant un modèle d'ordre juridictionnel différent de celui des ordres judiciaire et administratif puisqu'il s'est d'avantage construit grâce à l'autorité de ses décisions qu'en raison du nombre de saisine. Cette autorité est naturellement issue de l'obligation contenue dans l'article 62 de la Constitution faite à toutes les autorités publiques de respecter ses décisions dans une affaire. L'autorité juridique ne s'étend donc pas au-delà du cas d'espèce. Cependant, le Conseil constitutionnel a élaboré lui aussi un corpus jurisprudentiel allant au-delà des conditions de sa saisine. Les principes constitutionnels tel qu'il les applique ont une influence sur la jurisprudence des ordres juridictionnels administratif et judiciaire. Cette autorité s'explique aussi par la hiérarchie des normes. Le Conseil constitutionnel étant chargé de poser des principes de valeur constitutionnelle, ces derniers s'imposent à la loi que feront appliquer les ordres juridictionnels. Entrer en contradiction avec le Conseil constitutionnel est donc, pour eux, entrer en contradiction avec une institution qui peut modifier les lois et donc entrer, d'une certaine façon, en contradiction avec la loi elle-même. C'est un point essentiel car une des difficultés pour le Conseil constitutionnel a été - et reste encore - de donner une certaine autorité à ses décisions en dehors de ses modes de saisine. C'est une problématique qui est commune à tous les ordres de juridiction mais qui l'est plus encore pour les ordres de juridiction à

organise unique. Ainsi, si le juge administratif ou judiciaire suprême est souverain dans son ordre, cela peut lui suffire pour avoir un poids important dans l'ordre juridique et conserver ainsi son autorité sur cet ordre au moins. Il y a une sorte d'autosuffisance, bien que relative, de ce point de vue là pour les ordres juridictionnels administratifs et judiciaire. Il n'en va pas de même pour le Conseil constitutionnel ou le Tribunal des conflits qui sont limités dans le nombre d'affaires qu'ils traitent.

803. La comparaison entre le Conseil constitutionnel et le Tribunal des conflits est intéressante à plusieurs égards. Tout d'abord quantitativement. Ils ne connaissent tous deux que d'un petit nombre d'affaires. Ensuite naturellement, parce que tous deux sont les organes uniques d'un ordre juridictionnel qu'ils constituent donc seul. Enfin et par conséquent, parce qu'ils n'ont donc pas vocation à réguler un ordre juridictionnel d'un point de vue institutionnel et que leur vocation régulatrice par la jurisprudence se fait donc en concurrence avec les autres ordres juridictionnels. Ainsi, pour ne citer que l'ordre juridictionnel administratif, il se réserve la possibilité de créer des principes à valeur constitutionnels ou encore d'interpréter des principes, tel le principe d'égalité, ayant la valeur de principes généraux du droit. Le Conseil constitutionnel n'a pas le monopole de l'interprétation des principes matériellement constitutionnels.

804. La question se pose donc pour le Tribunal des conflits de savoir comment assoir l'autorité de ses décisions. Si elle est juridiquement protégée pour les affaires dont il connaît, la question se pose autrement du point de vue de ses solutions jurisprudentielles. Il ne peut pas se reposer sur la hiérarchie des normes pour leur assurer une autorité au-delà de ses modes de saisine.

805. C'est en ce sens que le nouveau mode de saisine relatif à la transmission d'une question par les cours inférieures sans que cela soit justifié par la menace d'un déni de justice est intéressant. Il étend le mécanisme de l'article 35 aux juridictions inférieures. Il accroît ainsi le nombre de recours potentiel lié au doute sur la compétence que peut rencontrer une juridiction. Ce faisant, il ouvre la possibilité d'un afflux de recours dès lors qu'une question de compétence délicate apparaît. En instituant ce mode de saisine, le législateur favorise le rôle de régulateur de la dualité de juridiction quant au fond du droit

du Tribunal des conflits. Le parallèle avec la procédure d'avis contentieux du Conseil d'Etat est évident. Or, cette procédure est toujours rattachée à l'idée de régulation de l'ordre juridictionnel administratif. Il s'agit en effet dans les deux cas d'accroître les occasions de clarifier et d'unifier la jurisprudence. En instituant cette procédure pour le Tribunal des conflits, le législateur organise en quelque sorte l'évitement des cours suprêmes de ces deux ordres. La pratique dira si les questions de compétence laissant planer un doute continueront à être principalement réglées par les ordres juridictionnels en leur sein ou si le Tribunal des conflits deviendra, par ce mode de saisine, un pourvoyeur quantitativement majoritaire de solutions relatives à la répartition des compétences juridictionnelles. Un tel développement lui permettrait à coup sûr d'ajouter du crédit et de l'autorité à ses décisions en la matière. Il pourrait en quelque sorte devenir l'organe référent en matière de répartition des compétences juridictionnelles. Cela constituerait un changement dans l'ordre juridique. Si les cours suprêmes des ordres juridictionnels du fond sont moins consultées sur les questions de compétence, elles perdent considérablement en indépendance. Les questions de compétence sont en effet indissociables de l'application du fond du droit et de sa détermination. Elles perdraient donc une grande partie de leur pouvoir jurisprudentiel. C'est d'autant plus vrai d'ailleurs pour l'ordre juridictionnel administratif. Le juge judiciaire se soucie traditionnellement peu des questions de compétence en dehors des cas où sont en jeu des éléments qu'ils jugent essentiels à son office. En revanche, le juge administratif est dans un souci permanent des limites de sa compétence qui correspond très logiquement à son souci permanent d'exister dans l'ordre juridique français.

806. Les évolutions voulues par la réforme du Tribunal des conflits sont donc une menace réelle, si elles se réalisaient, pour la dualité de juridiction. Cette dernière ne peut exister que si les ordres de juridiction qui la compose ont une indépendance forte. Ceci étant, le mouvement amorcé peut aussi être celui d'un recentrage de la juridiction administrative - car c'est bien elle qui est en jeu - sur des compétences avérées mais plus réduites. Le phénomène bien connu de développement d'un droit administratif dans les systèmes de *common law* rassure ceux qui pourraient s'inquiéter d'une disparition du droit administratif. Même lorsqu'il n'a pas été historiquement mis en avant, il semble

réapparaître. Dualité de droit applicable n'est pas dualité de juridiction mais elle en est une condition de possibilité et si l'on y ajoute l'histoire juridictionnelle française, il n'est pas à craindre que l'unité de juridiction soit pour demain. Si le Tribunal des conflits devenait l'organe de référence de la répartition des compétences cela ne se ferait quoiqu'il en soit pas sans la participation active du Conseil d'Etat. D'une part parce que le mode de saisine par les juridictions inférieures ne sera mis en place que si le Conseil d'Etat le permet étant donné son autorité sur l'ensemble des juridictions administratives. Doit d'ailleurs être noté ici que ce dernier n'a pris qu'une part très modeste dans la réforme. Peut-être est-il possible d'y deviner une certaine réserve quant au processus. D'autre part, naturellement parce qu'il compose la moitié du Tribunal des conflits. Pour autant, une plus grande place donnée au Tribunal des conflits signifierait tout de même pour le Conseil d'Etat une obligation d'inclure véritablement les juges judiciaires dans la détermination de ses compétences. Ce n'est pas un mince bouleversement. Il faut encore y ajouter la règle de la parité et le tableau dépeint montre un environnement juridique très différent. Toutes ces conjonctures dépendent naturellement de la pratique des juridictions dans leur usage des modes de saisine du Tribunal des conflits.

807. Certains éléments poussent à la modération. D'une part, il n'existe pas de volonté politique forte d'unification des ordres juridictionnels. D'autre part, cette dernière n'est pas souhaitable parce qu'elle n'est pas utile puisque la répartition des compétences est nécessairement une matière complexe et donnant lieu à des solutions qui ne sont jamais totalement satisfaisantes. Dès lors, le dialogue des juges ne servira ni à apaiser des tensions qui sont à un niveau tout à fait acceptable dans l'ordre juridique (voire profitables) ni à améliorer la qualité des décisions.

3) Le rôle du Président

808. Le Président du Tribunal des conflits fait lui aussi partie des moyens mis en place pour l'objectif de régulation de la dualité de juridiction et l'accroissement du rôle du Tribunal des conflits. La réforme lui donne le pouvoir de statuer par ordonnance sur les affaires où la solution semble évidente. Cette procédure est le pendant de l'ouverture du prétoire du Tribunal aux juridictions inférieures. Les auteurs de la réforme ont pris acte

d'une réalité contentieuse. Un grand nombre de recours devant le Tribunal des conflits, comme le souligne d'ailleurs le Président Philippe Martin⁴²⁴, ont une solution simple et sont finalement relatifs à une mauvaise application du droit. Pour autant, cette mauvaise application du droit n'est de la compétence du Tribunal des conflits, il est utile de le rappeler, qu'en vertu du cas de déni de justice qu'elle risque de causer. Le Tribunal des conflits n'est pas juge de cassation des compétences.

809. Le rôle du Président est à écrire. Le titulaire de ce titre pourra s'inspirer de ses homologues du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou du Conseil constitutionnel. Chacun a développé une pratique qui lui est propre et qui témoigne de sa vision du rôle de l'institution qu'il préside. Quoiqu'il en soit des variations de style de présidence, elles ont pour point commun de participer grandement à la visibilité de l'institution. Devenu un nouvel ordre de juridiction, le Tribunal des conflits devra avoir à sa tête un Président prêt à endosser ce rôle. La juste mesure d'une telle mission se trouvant sans doute entre une volonté d'expansion et une perception de ce que le Tribunal est déjà. Sans doute toute institution a-t-elle vocation à se développer, non pas forcément dans le sens d'un accroissement de ses pouvoirs mais dans celui d'une amélioration des conditions d'exercice de sa fonction.

Section 2. La réforme de 2015 : le Tribunal des conflits, nouvel ordre de juridiction

810. Il est possible d'identifier dans la réforme du 16 février 2015 l'intention de faire du Tribunal des conflits un nouvel ordre de juridiction. Il faut s'attacher à comprendre en quoi il l'est théoriquement (Paragraphe 1), ce qui permettra de s'écarter de la vision donnée par la réforme, avant de caractériser concrètement le nouvel ordre de juridiction qu'il constitue et qu'il a, en réalité, toujours été (Paragraphe 2).

⁴²⁴ Loïc Cadiet, Pascale Gonod, *Le Tribunal des conflits, bilan et perspectives*, Paris, Dalloz, 2009, p. 10.

***Paragraphe 1. Le Tribunal des conflits, nouvel ordre de juridiction :
identification théorique***

811. La notion d'ordre de juridiction peut s'entendre de plusieurs façons qu'il faut tenter d'identifier (Sous Paragraphe 1) afin de comprendre à laquelle correspond la réforme du 16 février 2015 et à laquelle le Tribunal des conflits correspond en réalité (Sous paragraphe 2).

Sous Paragraphe 1. Les acceptions de la notion d'ordre de juridiction

812. La notion d'ordre de juridiction peut être entendue d'un point de vue historique (1), politique (2) ou juridique (3).

1) La notion d'ordre de juridiction au sens historique du terme

813. Au sens historique, elle désigne avant la dualité juridictionnelle induite par la séparation des pouvoirs dite « à la française », c'est-à-dire l'existence d'un juge administratif à côté du juge judiciaire. D'un point de vue historique, l'expression d'ordre de juridiction renvoie à la dualité juridictionnelle, à la distinction entre les compétences de l'ordre juridictionnel administratif et celles de l'ordre juridictionnel judiciaire. Elle ne commence donc à produire ses effets qu'à partir de la séparation entre l'administration active et la juridiction administrative. Ainsi, l'expression est communément employée pour renvoyer à la détermination des compétences entre les deux ordres juridictionnels. Lorsqu'on y ajoute rien, c'est à l'ordre juridictionnel administratif et judiciaire qu'elle renvoie. C'est aussi à cette séparation que renvoie l'expression de dualité de juridiction. C'est le sens historique de la notion puisque l'ordre juridique français s'est progressivement construit autour de cette dualité. La dualité de juridiction, la séparation historique entre les ordres de juridiction administratif et judiciaire s'inscrit donc dans une organisation qui dépasse le simple pouvoir de juger. Il ne s'agit pas seulement d'organiser le pouvoir juridictionnel mais d'organiser les pouvoirs publics. L'existence du juge administratif mettant en jeu aussi bien l'organisation juridictionnelle que celle du pouvoir exécutif.

2) *La notion d'ordre de juridiction au sens politique du terme*

814. Au sens politique, la notion désigne une forme particulière, se traduisant institutionnellement, de l'intention d'isoler le traitement d'un domaine juridique. Elle est donc tautologique. Un ordre de juridiction au sens politique est en définitive une juridiction ou un groupement juridiction dont on reconnaît la volonté politique qu'il soit particularisé dans l'ordre juridique.

815. La notion d'ordre de juridiction revêt aussi une définition plus politique. Il s'agit de la décision politique de confier une partie de la fonction juridictionnelle à un organe indépendant des autres organes dans l'exercice de cette fonction. L'indépendance n'est jamais totale, ni sur le fond, ni d'un point de vue institutionnel. Elle doit cependant exister. L'ordre juridictionnel administratif est indépendant. Il entretient cependant des liens avec le pouvoir exécutif, principalement organiques au sein du Conseil d'Etat. Son indépendance a cependant été reconnue par une décision du Conseil constitutionnel⁴²⁵. C'est une donnée politique indéniable que la volonté d'instaurer la justice administrative comme un ordre de juridiction. Par notion politique d'ordre de juridiction il est donc possible d'entendre l'idée de traiter certains litiges de façon différente, isolée, des autres litiges. Cet isolement étant variable.

816. Au sens politique du terme, la notion d'ordre de juridiction est plus large qu'au sens juridique. On peut ainsi dénombrer les ordres juridictionnels administratif et judiciaire, naturellement mais aussi le Conseil constitutionnel et enfin le Tribunal des conflits. Ces ordres de juridiction au sens politique du terme ont la particularité d'avoir un office matériellement spécifique et d'être souverains dans le cadre de cet office. C'est cette souveraineté qui entraîne la qualification d'ordre de juridiction au sens politique. Un ordre de juridiction politique a une mission qui dépasse son office à proprement parler. Il est chargé d'une mission de régulation de la matière dont il connaît. Cette fonction est bien connue pour le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Elle peut être identifiée aussi pour

⁴²⁵ Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 - Conseil constitutionnel.

le Conseil constitutionnel pour lequel elle est constituée par la nature très politique de sa mission et de sa jurisprudence, notamment dans la question des rapports entre l'ordre juridique national et les ordres juridiques extra-nationaux. Le Tribunal des conflits exerce aussi une mission de régulation de la dualité de juridiction en tant qu'ordre de juridiction.

817. Le Conseil constitutionnel présente cette particularité qui intéresse naturellement l'analyse du Tribunal des conflits, de constituer à lui seul un ordre de juridiction. On peut constater une volonté politique d'instaurer un organe indépendant en charge d'une mission juridictionnelle. L'office du conseil constitutionnel est composite. Il est juge des élections mais il est principalement juge de la constitutionnalité de la loi. Il a le monopole de cette fonction juridictionnelle - que l'on peut qualifier comme telle parce que l'on peut observer qu'il a été décidé de la traiter dans des formes garantissant un certain degré de dépolitisation la question posée, une forme de rationalisation de cette question - et il l'exerce indépendamment de tout autre institution et, partant, souverainement.

818. En revanche, sa mission de régulation n'est pas monopolistique. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui participe à sa mission de régulation, n'est pas souveraine. L'autorité de ses décisions est totale quant à l'affaire traitée mais elle ne se prolonge pas dans une autorité juridique de sa solution au-delà de l'affaire.

819. L'indépendance des ordres de juridiction oblige à des solutions quant aux rivalités pouvant naître du point de vue des enchevêtrements procéduraux et des concurrences jurisprudentielles.

820. En effet, les ordres de juridictions sont indépendants les uns des autres mais leurs missions de régulation jurisprudentielle peuvent se heurter entre elles. C'est le risque pris par l'idée de spécialisation et la multitude des ordres de juridictions. Un autre risque est celui de l'entrecroisement des offices. C'est le cas bien connu de la contestation de la constitutionnalité d'un acte administratif entraînant la contestation logique de la constitutionnalité d'une loi. De la même façon, la contestation d'un acte administratif peut mettre en jeu, parce que cet acte reproduit une norme européenne, les rapports entre la Constitution et les normes juridiques internationales et notamment européennes qui ont la

particularité d'être intégrées. Les conflits de norme ne sont rien d'autre que des conflits d'office des juges et donc de conflits entre des ordres de juridictions spécialisés, indépendants et souverains.

821. La sauvegarde du système de spécialisation se fait en tentant de garantir les droits des justiciables et grâce à l'inventivité procédurale des juges. La double translation de l'arrêt *Arcelor* est en ce sens tout à fait caractéristique, elle préserve les solutions relatives à la suprématie de la Constitution mais aussi la compétence du juge communautaire. Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est également l'exemple frappant de l'invention d'un mécanisme permettant de préserver la spécialisation des ordres juridictionnels. La compétence du Conseil constitutionnel est préservé et le moyen d'inconstitutionnalité de la loi n'est plus déclaré irrecevable devant les ordres de juridictions dont les juridictions sont incompétentes pour le traiter.

822. Les rivalités ont appelé à un « dialogue des juges⁴²⁶ ». L'expression est restée car elle décrit parfaitement le mécanisme. Des pouvoirs souverains opposés les uns aux autres doivent nécessairement dialoguer s'ils visent tous à la préservation de l'équilibre de l'ordre juridique global dont ils sont des composantes. Les rapports de force s'établissent donc avec en toile de fond l'idée de préservation de l'équilibre d'un système que chacun entend conserver. Chaque ordre de juridiction doit donc développer une vision raisonnable de son office. Il peut s'y tenir fermement et s'opposer aux autres mais ne saurait sortir de l'esprit général du système. Cela vaut pour les rivalités procédurales⁴²⁷ comme jurisprudentielles. Comme le souligne Denys de Béchillon⁴²⁸, il n'est pas catastrophique qu'il existe des divergences de jurisprudence. Elles sont même parfois des sources d'amélioration du droit. Le dialogue n'exige pas l'uniformité permanente.

⁴²⁶ Conclusions Bruno Genevois, Conseil d'Etat, 22 décembre 1978, ministre de l'intérieur c/Cohn-Bendit, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, France, 2007, 16^E édition, p. 644.

⁴²⁷ Là encore, il est possible de penser à ce titre au délai entre l'arrêt de la cour de cassation *société Jacques Vabre* (1975) et celui du Conseil d'Etat *Nicolo* (1989).

⁴²⁸ Denys de Béchillon, *Cinq cours suprêmes? Apologie (mesurée) du désordre*, *Pouvoirs* 2011/2, n° 137, pp.33-45.

823. On peut noter par exemple que, depuis l'arrêt Koné⁴²⁹, le Conseil d'Etat se réserve la possibilité de créer des normes de valeur constitutionnelles à travers la technique des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Cette fonction n'est pas le monopole du Conseil constitutionnel. En effet, elle correspond à la vocation régulatrice jurisprudentielle de celui-ci mais peut également participer et de l'office stricto sensu et de la mission régulatrice du Conseil d'Etat.

824. Il y a ordre de juridiction malgré la présence d'une seule juridiction lorsque la volonté politique de créer un organe souverain pour un office monopolistique est constatée. Dès lors, que cet ordre de juridiction soit composé d'un seul ou de plusieurs organes ne fait pas de différence. Il ne s'agit que d'une question quantitative. Le Conseil constitutionnel, si le nombre de pourvoi l'exigeait pourrait très bien comme l'a fait le Conseil d'Etat ou le Cours de Justice de l'Union Européenne, se voir assisté dans son office par des cours inférieures soumises à sa régulation.

3) La notion d'ordre de juridiction au sens juridique du terme

825. Au sens juridique, la notion est explicitement utilisée par le Conseil constitutionnel. Elle désigne un ensemble de normes matériellement envisagées et appliquées par un ensemble de juridictions réunies par leur finalité d'application de ces normes matérielles.

826. D'un point de vue juridique, la notion d'ordre de juridiction renvoie à l'article 34 de la Constitution et à son interprétation par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. L'article 34 dispose que la loi est compétente pour fixer les règles relatives à « la création de nouveaux ordres de juridiction ». Cette notion n'est pas définie mais elle peut être cernée à travers les décisions du Conseil.

⁴²⁹ CE, Ass., 3 juillet 1996, Koné, n°169219.

827. Dans une décision jeudi 29 août 2002⁴³⁰ relative aux juridictions de proximité, le Conseil juge par exemple « qu’au nombre de ces règles figurent celles relatives au mode de désignation des personnes appelées à y siéger ainsi que celles qui fixent la durée de leurs fonctions, toutes règles qui sont des garanties de l’indépendance et de la capacité de ces juges ;(...) et que « les dispositions précitées (article 34 de la Constitution) n’obligent pas le législateur, lorsqu’il crée un nouvel ordre de juridiction, à adopter dans un même texte législatif, d’une part, les règles d’organisation et de fonctionnement de cet ordre de juridiction et, d’autre part, les règles statutaires applicables aux juges qui le composeront ». En l’espèce, les requérants reprochaient au législateur d’avoir confié des compétences aux juridictions de proximité, créant ainsi un nouvel ordre de juridiction sans avoir réglé le statut des juges de proximité.

828. Dans une décision du 4 décembre 2003⁴³¹ relative à l’Office français de protection des réfugiés et apatride, le Conseil constitutionnel indique que « le Commission de recours des réfugiés constitue un ordre de juridiction » au sens de l’article 34 de la Constitution. Le Conseil juge encore, dans une décision du 17 janvier 2008⁴³² que « en raison du caractère paritaire de leur composition et de la nature de leurs attributions, les conseils de prud’hommes constituent un ordre de juridiction au sens de l’article 34 de la Constitution ». Le 14 janvier 2016⁴³³, le Conseil constitutionnel a eu l’occasion de se prononcer à propos de l’ordre de juridiction constitué par la commission des sanctions de l’Autorité des marchés financiers. Il identifie bien un « corps de règles distinct » permettant d’entraîner cette qualification.

829. On peut encore noter que si l’expression recouvre parfois des situations internes aux ordres de juridictions « historiques », administratif et judiciaire, elle peut être utilisée par le Conseil pour désigner ces derniers. Ainsi, le Conseil a-t-il indiqué que le Conseil

⁴³⁰ Décision N° 2002-461 DC ; Loi d’orientation et de programmation pour la justice

⁴³¹ Décision N° 2003-485 DC ; Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d’asile

⁴³² Décision N° 2007-561 DC Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l’ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative)

⁴³³ Décision N° 2015-513/514/526 QPC

d'Etat et la Cour de cassation étaient placés à la tête de leur ordre de juridiction respectif⁴³⁴, position dont atteste l'article 61-1 de la Constitution. Il utilise par exemple l'expression dans une décision du 18 mars 2015⁴³⁵ à propos de dispositions pénales posant la question du cumul avec des sanctions administratives lorsqu'il explique « que le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction ».

830. Du point de vue de la jurisprudence constitutionnelle, nul doute que le Tribunal des conflits est devenu un nouvel ordre de juridiction. Il possède bien un champ matériel spécifique et un corps de règles distinct, qu'il s'agisse de ses modes de saisine, de sa procédure ou de sa composition. Les questions de son régime juridique se posent en effet de façon spécifique. Il a en charge une fonction juridictionnelle indépendante des autres malgré les interconnexions pouvant exister. Il se place dans la logique de spécialisation des fonctions juridictionnelles portée par l'ordre juridique français. Sa présidence par un membre d'une autre institution rendait cette affirmation impossible. Elle est à présent une réalité et a des conséquences juridiques et politiques. L'identification d'un nouvel ordre de juridiction se fait donc à partir d'un constat juridique - spécialisation et indépendance - et se prolonge dans une mission plus politique de l'institution.

831. Cependant, une autre définition, plus satisfaisante peut être avancée. Une définition faisant référence non plus au droit matériel et qui en réalité fait de l'ordre juridictionnel une notion subséquente à celle d'ordre de juridiction. Une définition procédurale de l'ordre de juridiction, indépendante de celle d'ordre juridique et permettant d'isoler les ordres juridictionnels entre eux, de les identifier grâce à l'office des ou de la juridiction qui les compose. Un ordre de juridiction peut en effet être identifié procéduralement. Il s'agit de l'ensemble des juridictions, ou bien d'une seule juridiction

⁴³⁴ Décision N° 2010-71 QPC du vendredi 26 novembre 2010

⁴³⁵ Décision N° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC

qui pourrait déléguer certaines compétences pour des raisons de gestion du flux des affaires, qui partagent un office commun. C'est-à-dire une nécessité procédurale à leur intervention. En d'autres termes, un ordre de juridiction est identifié par la notion de compétence, c'est-à-dire un pouvoir qui n'appartient à personne d'autre.

Sous Paragraphe 2. Le Tribunal des conflits, ordre de juridiction

832. Le Tribunal des conflits est consacré par la réforme en tant qu'ordre de juridiction au sens politique du terme (1). Cependant, cette définition étant vague, elle ne saurait satisfaire, il est préférable de lui substituer une définition plus juridique (2).

1) Au sens politique du terme

833. L'expression d'ordre de juridiction est employée par Jean-Louis Gallet pour désigner le Tribunal des conflits. Selon J.-L. Gallet, « le Tribunal des conflits est incontestablement une juridiction. Il constitue même un ordre de juridiction (...) il tend à donner de la cohérence à la répartition des compétences et a ainsi facilité l'accès des justiciables au juge compétent⁴³⁶ ». Il s'agit ici d'analyser cette qualification en mesurant les éléments constitutifs.

834. Le Tribunal des conflits constitue lui aussi un ordre de juridiction. Son office est tout à fait clair et, finalement, beaucoup mieux différencié que celui des ordres de juridictions administratif et judiciaire. Comme le Conseil constitutionnel, il a une mission spécifique dans le cadre de tous ses modes de saisine qui ne peut être, du point de vue procédurale, confondue avec celle des autres ordres de juridiction. Il n'y a pas de problèmes de frontière. Il est issu d'une volonté politique affichée par le législateur dans la réforme de 2015 de voir une partie de l'activité juridictionnelle de l'ordre juridique français traitée par un organe indépendant et souverain. Souverain sur les affaires qui lui sont soumises, pas au-delà.

⁴³⁶ Loïc Cadiet, Pascale Gonod, *Le Tribunal des conflits, bilan et perspectives*, Paris, Dalloz, 2009, p. 94.

835. La qualification d'ordre de juridiction permet donc de conclure cette étude des évolutions du Tribunal des conflits. Ces évolutions ont consacré le développement du conflit négatif. Elles ont révélé un office précis : l'intervention justifiée par un incident procédural causé par la dualité de juridiction et au sujet de laquelle l'intervention de tout autre organe aboutirait à une méconnaissance de l'indépendance des deux ordres juridictionnels entre eux ou de l'administration envers l'ordre judiciaire. Elles ont abouti à la qualification d'ordre de juridiction et à la constitution d'une mission de régulation qui l'accompagne logiquement.

836. Pour autant, malgré ces évolutions conséquentes, de nombreuses questions demeurent. Le Tribunal des conflits est-il devenu un organe véritablement indépendant ? S'est-il détaché de son passé et donc de ses liens avec l'administration et le juge administratif ? Ces évolutions constituent-elles des améliorations de ce qui est finalement accessoire du point de vue de son rôle dans l'ordre juridique français ? L'équilibre entre conflit positif et conflit négatif a-t-il réellement changé fondamentalement ? Le Tribunal des conflits demeure-t-il un protecteur de la compétence du juge administratif et partant, un organe que l'on ne saurait qualifier de neutre ?

837. Il sera démontré qu'à toutes ces questions peut être donnée une réponse unique. Le Tribunal des conflits reste ce qu'il a toujours été. Il s'agira en effet de montrer dans cette seconde partie que, loin d'avoir changé de rôle au sein de l'ordre juridique français, le Tribunal des conflits conserve sa mission historique de protection de la compétence juridictionnelle de l'administration exercée dans des formes juridictionnelles.

2) Au sens juridique du terme

838. Peu d'auteurs se sont réellement attachés à définir les notions d'ordre juridique ou d'ordre juridictionnel. Benoit Plessix le fait dans sa thèse. Cependant, son résultat peut être critiqué. La notion d'ordre juridique et celle d'ordre juridictionnel qui découle de son analyse sont conformes à la jurisprudence. Elles obéissent à la même logique et sa définition a donc le mérite de la cohérence avec le droit positif. Le droit positif est toutefois lui aussi à critiquer. La critique principale qui doit être adressé au droit positif et

à la doctrine sur ce point est celle de l'indétermination dans laquelle laisse la notion telle que définie ou employée. Toutefois, l'indétermination n'est pas en elle-même une raison suffisante de disqualifier une notion juridique. Nombre sont celles qui souffrent de ce défaut. Il faut néanmoins remarquer, incidemment ici, que l'indétermination de certaines notions est tout à fait souhaitable. L'intérêt général est une notion qui ne saurait être définie, bien qu'elle serve de fondement à de nombreuses qualification juridiques et donc au déclenchement de nombreux régimes juridiques, car il en va de la possibilité démocratique de faire varier politiquement le contenu de l'intérêt général. Tel n'est pas le cas de la notion d'ordre de juridiction qui gagnerait à être définie. Pour critiquer la définition d'une notion juridique au titre de son indétermination, il faut être en mesure de proposer une nouvelle définition qui rende légitime, par sa précision et les possibilités d'identification qu'elle offre, d'écarter la première.

839. Pour Benoit Plessix, un ordre juridique est⁴³⁷ un ensemble de règles structurées entre elles par une finalité identifiable, qui ont une efficacité, notamment permise par un contrôle juridictionnel interne, c'est-à-dire par un ordre juridictionnel « propre⁴³⁸ », disposant d'un « pouvoir prétorien⁴³⁹ ». L'ensemble formant ainsi un « système clos⁴⁴⁰ », ayant son « autonomie⁴⁴¹ ».

840. La définition proposée par B. Plessix allie donc droit matériel et ordre juridictionnel, elle fait même du second une conséquence du premier. C'est le problème de cette définition. Le droit matériel ne permet jamais d'identifier une juridiction et donc un ordre de juridiction. Il s'agit là en réalité d'une réitération de l'idée fautive selon laquelle la compétence suit le fond.

⁴³⁷ Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 781 et s.

⁴³⁸ Ibid.

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ Ibid.

841. En revanche, l’auteur, dans son manuel de droit administratif, renonce à identifier juridiquement la nature du Tribunal des conflits. Il explique en effet que « la situation juridique de l’institution est difficilement analysable⁴⁴² ». Il ajoute que le Tribunal des conflits « ne constitue pas un troisième ordre de juridiction, puisqu’il est seul⁴⁴³ » mais qu’il « ne se confond pas non plus avec les deux autres ordres de juridiction⁴⁴⁴ ». En adoptant une définition procédurale, il semble pourtant possible d’identifier le Tribunal des conflits en tant qu’ordre de juridiction.

842. Un ordre de juridiction peut en effet être identifié procéduralement. Il s’agit, il est utile de le rappeler ici, d’un ensemble de juridictions ou d’une juridiction seule, exerçant un office spécifique. C’est-à-dire réalisant la nécessité procédurale justifiant leur intervention. En d’autres termes, un ordre de juridiction est identifié par la notion de compétence, c’est-à-dire un pouvoir exclusif. Une compétence ne peut jamais être partagée.

843. S’il est possible d’identifier procéduralement une compétence juridictionnelle, un déclenchement de l’intervention, qui est une nécessité impliquée par l’incompétence des autres juridictions, alors on peut identifier les différents ordres de juridiction au sein d’un ordre juridique. Un ordre juridique se définissant par l’ensemble des normes découlant d’une norme source⁴⁴⁵.

844. La compétence procédurale du Tribunal des conflits peut être identifiée, mode de saisine par mode de saine et réunie sous une finalité commune : l’intervention d’une autorité extérieure aux deux ordres de juridiction, définie non pas matériellement (le droit des compétences n’est pas un critère) mais procéduralement. Pour autant, la réunion des différents modes de saisine autour d’une finalité unique n’est pas nécessaire à la constitution d’un ordre de juridiction au sens procédural du terme. En effet, une

⁴⁴² Benoît Plessix, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 532

⁴⁴³ Ibid.

⁴⁴⁴ Ibid.

⁴⁴⁵ Toute autre notion d’ordre juridique est en réalité une volonté politique d’ignorer la notion de souveraineté. La notion d’ordre juridique découle de l’idée de norme source donc de souveraineté.

compétence juridictionnelle unique car spécifique puisque ne pouvant être prise en charge par aucune autre juridiction ou groupe de juridiction suffit à constituer un ordre de juridiction.

845. Dès lors que les autres ordres juridictionnels n'ont pas le pouvoir de résoudre les difficultés de la dualité de juridiction car cela entraînerait une méconnaissance de l'indépendance d'un des ordres juridictionnels sur l'autre, le Tribunal des conflits doit intervenir, c'est ce qui constitue son office et permet de le définir en tant qu'ordre de juridiction, sans faire intervenir la répartition matérielle des compétences, mais en lui substituant la répartition des affaires contentieuses ou la résolution de litiges (réunis par l'objectif commun de résolution des difficultés de la dualité juridictionnelle). Les ordres de juridiction ont le pouvoir de changer le droit matériel des compétences, il n'y a donc pas de spécificité de ce point de vue là permettant de les distinguer entre eux ou avec le Tribunal des conflits.

***Paragraphe 2. Le Tribunal des conflits, nouvel ordre de juridiction :
identification matérielle***

846. Il est possible, pour chaque mode de saisine du Tribunal des conflits, d'identifier le motif de son intervention, c'est-à-dire la nécessité juridique qui la justifie, qu'il s'agisse des anciens modes de saisine (Sous Paragraphe 1) ou des nouveaux (Sous Paragraphe 2).

***Sous Paragraphe 1. La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits
dans les modes de saisine préalables à la réforme de 2015***

847. La nécessité procédurale de l'intervention du Tribunal des conflits peut être identifiée quant au conflit positif (1), au conflit négatif (2), quant à la saisine de l'article 35 (3) et de la loi de 1932 (4).

*1) La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits dans le cadre
du conflit positif*

848. En ce qui concerne le conflit positif, la question est délicate et se pose de façon radicalement différente que dans les autres modes de saisine. Se retrouvent là, sans surprise, les conséquences juridiques, dans l'office du Tribunal, de la distinction faite relativement aux différences d'objectifs entre le conflit positif et les autres modes de saisine. La nécessité de son intervention n'existe qu'à deux conditions. La première est de considérer que le traitement du conflit positif est bel et bien devenu une fonction juridictionnelle. En d'autres termes, il s'agit de faire une distinction entre la procédure d'élévation du conflit et la procédure de contrôle de l'acte d'élévation du conflit. Cette distinction est loin d'être évidente puisque le conflit positif est né comme une procédure unitaire, de l'élévation à la solution et exercée au sein de l'administration car à son bénéfice exclusif. Ce n'est qu'au terme de la juridictionnalisation de cette activité que la possibilité de faire cette distinction a pu être envisagée. Pour autant, il faut impérativement signaler que la juridictionnalisation de cette action administrative n'implique pas que la solution du conflit positif devienne une décision juridictionnelle et non plus administrative et qu'elle nécessite ainsi un juge, une autorité extérieure à l'administration pour la prendre.

849. Néanmoins, le développement du contrôle de l'acte d'élévation par le Tribunal des conflits, autorité distincte du pouvoir exécutif central (donc de l'autorité d'élévation), associé aux formes juridictionnelles qu'a pris ce développement du contrôle ont fait évoluer la solution du conflit positif d'un contrôle administratif à un contrôle juridictionnel administratif. La question se pose de savoir si ce passage est celui vers un contrôle juridictionnel « pur » ou total. Tel n'est pas le cas.

850. Dès lors, l'intervention du Tribunal des conflits correspond à la nécessité d'une autorité indépendante sur le sort du conflit élevé. En d'autres termes, son office se justifie par le caractère juridictionnel du contrôle de l'acte d'élévation et par les garanties qui accompagnent l'exercice de la mission juridictionnelle. Y compris la mission juridictionnelle administrative. C'est le caractère juridictionnel, c'est à dire l'existence d'un office de juge administratif, qui empêche aujourd'hui que l'administration soit de nouveau en charge de la solution du conflit positif.

851. Ce n'est qu'en raison de la dimension jurisprudentielle que le juge administratif peut être considéré comme juge et partie. Sinon, dans l'application de la loi il ne l'est pas plus qu'en recours pour excès de pouvoir ou même, plus spécifiquement que lorsqu'il juge d'une exception d'incompétence.

852. Il est possible, grâce à cette dimension jurisprudentielle d'avancer que le conflit positif nécessite un juge et ce juge ne peut pas être le juge administratif au sein de l'ordre juridictionnel administratif. L'alliance entre pouvoir créateur de la jurisprudence et intervention du préfet au sein d'un procès judiciaire rend une telle compétence trop exorbitante du point de vue de la séparation des pouvoirs. On peut donc identifier un besoin pour un nouvel organe, extérieur à l'ordre juridictionnel administratif et qui ne peut pas être non plus le juge judiciaire, d'une part pour la même raison jurisprudentielle et d'autre part et surtout pour une raison juridique : la compétence constitutionnellement protégée par la décision de 1987 sur l'annulation des actes administratifs (et l'aspect jurisprudentiel empêche que ce soit considéré comme entrant dans l'exception à cette protection constitutionnelle que serait la bonne administration de la justice, une telle exception serait plutôt constituée par la compétence du juge administratif).

853. Le conflit positif correspond donc bien à la nécessité logique d'un organe nouveau et donc à l'office du Tribunal des conflits. Paradoxalement, c'est l'élément le plus juridictionnel de l'office du Tribunal des conflits. C'est celui où le caractère juridictionnel de la mission implique immédiatement et directement l'intervention d'un organe nouveau.

854. Qu'en est il du conflit négatif, de la prévention du conflit négatif par l'article 34 et qu'en est il de la prévention par l'article 35?

2) La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits dans le cadre du conflit négatif

855. Le conflit négatif et la prévention du conflit négatif se posent différemment car la prévention pose une obligation mais ils partagent les mêmes enjeux relativement à l'indépendance et surtout relativement à la nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits.

856. La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits dans le cadre du conflit négatif provient de la volonté de respecter l'indépendance des ordres juridictionnels de fond dans le système français de spécialisation des juridictions. Cette indépendance n'est pas absolue, elle peut être remise en cause à différents degrés par différentes solutions de traitement du conflit négatif. Par exemple, c'est bien l'administration qui se chargeait des conflits négatifs avant la création du Tribunal des conflits. Aucune solution n'est donc exclue a priori, il s'agit donc seulement de comprendre ce que chacun met en cause du point de vue des principes régissant l'ordre juridique français. L'enjeu de l'indépendance des ordres de juridictions a été mise en exergue par l'analyse des dispositions de la loi de 1932 qui la mettaient en jeu de façon particulièrement visible car elles concernent non plus seulement leur possibilité de juger (conflit positif) ou même leur obligation de juger (conflit négatif) mais bien l'exercice même de leur fonction de juger (remise en cause de leurs décisions sur le fond).

857. Dans le cadre du conflit négatif, la nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits provient de l'ajout d'une donnée. De la même façon que la question posée au Tribunal des conflits dans le cadre de la loi de 1932 est inédite (malgré qu'il s'agisse bien du même litige), celle qui lui est posée dans le conflit négatif l'est aussi. Il s'agit bien de la même question de droit que celle posée devant les ordres de juridictions du fond mais elle est posée dans une situation nouvelle, une situation à laquelle a été ajoutée le présupposé de l'existence d'une compétence.

858. Devant l'ordre juridictionnel administratif ou judiciaire, en raison de la spécialisation des juridictions dans l'ordre juridique français, la question de la compétence est limitée à l'ordre juridictionnel qui en connaît. Ce dernier ne se prononce qu'au regard de sa compétence. Lorsqu'il se déclare incompétent, il ne signifie pas que l'autre ordre juridictionnel est compétent. Si, en pratique, c'est souvent le cas, il n'existe pourtant aucun fondement juridique à une telle affirmation, implicite ou explicite et, dès lors, aucun effet juridique non plus. Aucun des deux ordres ne peut contraindre l'autre à connaître d'un litige. Une déclaration d'incompétence ne saurait produire cet effet.

859. En revanche, la saisine valable du Tribunal des conflits a cet effet. Elle correspond à l'idée précise qu'un désaccord des ordres juridictionnels souverains sur leur compétence ne saurait justifier un déni de justice. Si la demande est reçue - ce qui exclut donc les hypothèses où aucune juridiction n'est compétente (actes injusticiables par exemple) - le Tribunal des conflits ajoute à son office, par rapport à celui des ordres de juridictions du fond, l'obligation de déterminer un ordre compétent. Les ordres de juridictions du fond n'avaient pas cette obligation. Le contexte juridique de la réponse qui va être apportée à la question de droit est donc radicalement différent. L'obligation de déterminer un ordre compétent, concrétisée par l'admission de la recevabilité du recours devant le Tribunal des conflits, est un présupposé. C'est même une fiction. Il y a une finalité nouvelle qui va commander à l'interprétation des textes de lois sur la compétence. Le raisonnement des deux ordres juridictionnels peut être rigoureux et juste. Il est possible et même légal (puisqu'aucune obligation de déterminer un juge compétent ne pèse sur eux) qu'ils aboutissent indépendamment à une absence de juge.

860. Pour le Tribunal des conflits, une telle solution est impossible, elle est illégale. Il a été ajouté à ses normes de référence l'obligation de déterminer un juge compétent. Or, cet ajout, nécessaire pour éviter le déni de justice issu de la dualité de juridiction, ne peut être fait que dans l'office du Tribunal des conflits. En effet, faire un tel ajout dans l'office des deux ordres de juridiction reviendrait à méconnaître l'indépendance des ordres juridictionnels entre eux.

861. La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits, ce qui justifie donc son office, réside ainsi dans la possibilité qu'il est seul à offrir d'un tel ajout, de la prise en compte de la nécessité de désigner un juge compétent.

862. Ainsi se comprend l'office du Tribunal des conflits et les pouvoirs qui le composent. Ainsi se comprennent donc surtout les méconnaissances à l'indépendance des ordres juridictionnels que portent les compétences du Tribunal des conflits. L'atteinte par le Tribunal des conflits à l'indépendance des ordres juridictionnels est une garantie de cette même indépendance. Plus précisément encore, le Tribunal des conflits permet de donner à un organe extérieur aux deux ordres de juridiction le pouvoir de méconnaître leur

indépendance. Ainsi, ce n'est pas un ordre de juridiction qui méconnaît l'indépendance de l'autre mais un organe extérieur qui méconnaît l'indépendance des deux. C'est le rôle fondamental du Tribunal des conflits dans le conflit négatif, ce qui constitue la nécessité de son intervention et donc son office.

863. En ce qui concerne la prévention du conflit négatif, la question se pose de la même façon. L'obligation qui est faite à l'ordre juridictionnel saisi en second de transmettre la question au Tribunal des conflits est elle aussi une méconnaissance de l'indépendance de l'ordre juridictionnel ainsi obligé (donc des deux potentiellement). Pourtant, cette méconnaissance se justifie de la même façon que celle portée par la décision du Tribunal des conflits elle-même. Elle a pour elle, en plus, l'avantage de l'efficacité.

3) La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits dans le cadre de l'article 35 du décret de 1960

864. En ce qui concerne l'article 35, il a été vu qu'il ne pouvait s'agir que d'un mécanisme de prévention. Il faut cependant noter que l'atteinte à l'indépendance est plus grande puisqu'il s'agit de questions portant sur le fond du droit indépendamment de tout incident procédural constitué. La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits est plus discutable dans cette situation. En témoigne d'ailleurs l'absence de caractère obligatoire de la transmission qui contrebalance l'absence d'incident procédural. Dans le cadre de l'article 35, l'intervention du Tribunal des conflits n'est pas nécessaire.

865. Il est compréhensible que certaines missions du Tribunal des conflits viennent enrichir son office en vertu de sa fonction jurisprudentielle. Tel est le cas de l'article 35. Pourtant, il s'agit là de compétences accessoires qui, d'un point de vue théorique, manquent de cohérence. Leur maintien dépend donc de l'exigence de cohérence. Il faut parfois sacrifier à la cohérence pour l'efficacité.

4) L'office du Tribunal des conflits dans le cadre de la loi de 1932

866. Cet office a été analysé. Il ne s'agit donc ici que de le rappeler. L'intervention du Tribunal des conflits est rendue nécessaire par la contradiction issue de deux décisions souveraines. Il faut donc qu'un organe extérieur intervienne, non pas pour dédire les ordres souverains mais pour adopter une solution sans avoir le droit de se borner à constater une incompétence légale. C'est donc là encore la dualité de juridiction qui crée une situation spécifique nécessitant l'intervention d'un organe extérieur aux deux ordres de juridiction.

Sous paragraphe 2. La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits dans les modes de saisine issus de la réforme de 2015

867. Le mode de saisine relatif à la responsabilité pour méconnaissance du délai raisonnable répond à la même préoccupation. La dualité de juridiction a créé une situation dans laquelle le jugement d'un litige - celui du justiciable contre l'Etat, responsable du service public de la justice - par l'un ou l'autre des ordres de juridiction conduirait celui-ci à méconnaître l'indépendance de l'autre.

868. Dès lors, la compétence du Tribunal des conflits est loin d'être dérogatoire par rapport à son office normal. Elle y est au contraire parfaitement intégrée en répondant à la logique qui fait l'unité de son office. Dès lors que la dualité de juridiction crée une situation dans laquelle l'intervention d'un ordre de juridiction conduit à méconnaître l'indépendance de l'autre, l'office du Tribunal des conflits est constitué.

869. Il ne faut faire aucune différence selon qu'il juge « du fond » ou pas. Cette distinction trop souvent utilisée n'est pas véritablement pertinente. D'abord parce que dans le cadre du conflit positif il jugeait déjà du fond de la légalité de l'arrêté de conflit. Ensuite parce que l'office d'un juge ne doit pas être envisagé selon les normes de référence qu'il applique puisqu'on ne peut que constater qu'un même juge peut avoir différents ensembles de normes de référence et qu'un même ensemble de normes peut être utilisés par différents juges. L'office d'un juge se comprend selon ce qui constitue la nécessité de son intervention. Celui du Tribunal des conflits forme donc un ensemble cohérent.

870. La constatation de cette unité peut être prolongée par celle de la constitution par le Tribunal des conflits d'un ordre de juridiction à part entière.

871. En ce qui concerne la saisine par les tribunaux inférieurs, il s'agit du même office que celui identifié à propos de l'article 35 du décret de 1960.

Conclusion du chapitre

872. La réforme du Tribunal des conflits contenue dans la loi du 20 janvier 2015 va au bout de la vision technique de la dualité de juridiction et du rôle du Tribunal des conflits. Avant cette réforme, il y avait une certaine indétermination autour de la nature du Tribunal des conflits, dans sa perception doctrinale. La réforme affiche une intention de clarification du statut de cet organe.

873. Cette clarification passe d'abord par les deux axes qu'il a été tenté d'identifier comme directeurs de la réforme : la primauté de la parité au Tribunal des conflits et sa transformation en organe chargé de réguler la dualité de juridiction. Au-delà même de ces deux axes, il a été tenté de montrer que derrière la réforme pouvait être perçue la volonté de transformer le Tribunal des conflits en véritable ordre de juridiction. Il a aussi été tenté de prendre la mesure de cette qualification qui, *in fine*, peut-être attachée au Tribunal des conflits sans pour autant adhérer à l'esprit de la réforme tel qu'il a été identifié.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

- 874.** L'office du Tribunal des conflits a évolué plusieurs fois depuis sa création.
- 875.** Toujours dans le même sens : le renforcement des droits des justiciables, c'est à dire en tout premier lieu : éviter le déni de justice que peut engendrer sous différentes formes la dualité de juridiction.
- 876.** La première étape c'est 1932 : loi accidentelle mais révélatrice de la question problématique de la place du Tribunal dans l'ordre juridique et de ses rapports avec les deux ordres de juridictions souverains. Questions théoriques mais en définitive utiles pour comprendre la place du Tribunal dans l'ordre juridique français.
- 877.** La seconde étape, la plus concrète, la plus cohérente, c'est 1960 et l'extension des procédures de conflit négatif. C'est l'étape la plus révélatrice car elle montre bien le basculement schématique d'un Tribunal des conflits centré sur le conflit positif à un Tribunal des conflits centré sur le conflit négatif avec toutes les conséquences que cela implique : une vision moins conflictuelle des conflits d'attribution, une prise en compte accrue de la situation des justiciables, une valorisation de la conception « arbitrale » et donc neutre du Tribunal des conflits.
- 878.** La réforme de 2015 est intéressante parce qu'elle entérine complètement (ou presque - on peut en effet pousser le raisonnement et s'interroger sur le maintien du conflit positif dans le système) la vision arbitrale.
- 879.** On y voit le Tribunal des conflits considéré pleinement comme une juridiction grâce à la conception purement technique de la dualité et de sa mission. On y voit mise en avant la parité et de la neutralité, rattachées à la fonction juridictionnelle. On y voit aussi, adjointe à cette nature juridictionnelle, comme d'autres cours suprêmes, l'idée d'une régulation de la répartition des compétences juridictionnelles.

880. Pourtant, malgré ces évolutions, le rôle du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français n'a pas réellement changé. Il faut donc démontrer que la vision de la réforme du Tribunal des conflits doit être remise en cause et que la grille d'analyse la plus pertinente pour comprendre le rôle de l'institution dans l'ordre juridique français est la mise en lumière de sa continuité historique.

TITRE SECOND.

LA CONTINUITE DU ROLE DU TRIBUNAL DES CONFLITS

881. Aux fondements de l'évolution de l'office du Tribunal des conflits et du discours sur l'institution se trouvent l'affirmation de son caractère juridictionnel et de son rôle décisif dans la répartition matérielle des compétences entre les deux ordres juridictionnels.

882. Ces deux idées sont erronées. Le caractère juridictionnel du Tribunal des conflits existe de facto puisque certaines compétences indiscutablement juridictionnelles matériellement lui ont été confiées. Pour autant, ce dernier est affirmé de façon générale pour le Tribunal des conflits. Or, ce caractère juridictionnel est, pour ses compétences les plus déterminantes quant à son rôle dans l'ordre juridictionnel français, contestable. En ce qui concerne la répartition des compétences, le même effort de questionnement de cette qualité d'expert que l'on entend donner au Tribunal des conflits doit être remis en cause.

883. Ce qui a justifié la création du Tribunal des conflits et fixé son rôle dans l'ordre juridique français, c'est-à-dire celui de gardien de la compétence du juge administratif intégré au système institutionnel administratif, existe toujours et reste pertinent pour comprendre cette institution.

884. Le Tribunal des conflits a un rôle qui est induit logiquement par la dualité de juridiction. Ce que la logique induit, l'histoire le révèle et la jurisprudence le montre. Après avoir relativisé les fondements de l'évolution du Tribunal des conflits (Chapitre 1), c'est donc la continuité du rôle du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français qui sera démontrée car expliquée (Chapitre 2).

Chapitre 1. Relativisation des fondements de la nouvelle vision du Tribunal des conflits

885. SI le Tribunal des conflits est aujourd'hui pensé comme un organe neutre chargé de résoudre les difficultés de compétences entre les deux ordres de juridiction et non plus comme l'organe intégré au système administratif qu'il est en réalité c'est d'abord parce que la dualité de juridiction est de plus en plus perçue comme un enjeu de pure technique juridique. En d'autres termes, elle serait dépourvue de tout caractère politique et ne résulterait que de décisions juridiques.

886. Il est indéniable, et tel est le mouvement logique de tout système démocratique, que la dualité de juridiction s'est juridicisée, c'est-à-dire que les notions et critères juridiques s'y font plus nombreux et plus précis. Il n'en reste pas moins qu'elle reste un objet fondamentalement politique, dans son principe, naturellement, mais aussi dans ses solutions. La répartition des compétences juridictionnelles appelle des prises de décisions de nature fondamentalement politiques. Dès lors, l'organe chargé de prendre ces décisions, qu'il soit spécialisé dans cette tâche ou pas, (Conseil d'Etat, Cour de cassation et Tribunal des conflits – voire même d'autres juridictions du fond – y concourent ensemble) a, à cet égard, une mission de nature plus politique que juridictionnelle.

887. Pour s'en convaincre il faut analyser les cas de figure qui se présentent à un organe chargé de répartir les compétences juridictionnelles. Cet examen permettra de relativiser le rôle du Tribunal des conflits à cet égard dans l'ordre juridique français, non seulement en raison de l'opération réalisée elle-même mais encore au regard de l'intervention d'autres institutions (Section 1). Si la réforme tente de convaincre qu'il serait opportun que le Tribunal des conflits devienne ou soit considéré comme l'organe clé de cette répartition des compétences juridictionnelles, cette idée doit être, elle aussi, relativisée.

888. C'est ensuite et conséquemment à l'examen de l'opération de répartition des compétences juridictionnelles, le caractère juridictionnel du Tribunal des conflits qui devra

être relativisé (Section 2). Si un tel caractère existe, il faut néanmoins en prendre la juste mesure, ce qui conduira à remettre en cause les conséquences du principe d'impartialité sur l'institution, au vu de sa mission particulière.

Section 1. La relativisation du rôle du Tribunal des conflits dans la répartition des compétences juridictionnelles

889. La répartition des compétences juridictionnelles est une opération qui, structurellement, peut être décomposée en différentes sous-opérations correspondant aux différents cas de figure qu'elle présente. Il existe trois cas de figure dans la répartition des compétences (Paragraphe 1). Cette structure révèle ce qu'il y a de problématique à considérer le Tribunal des conflits, idée sur laquelle repose la réforme de la loi du 16 février 2015, comme un expert de la répartition des compétences (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les cas de figure de la répartition des compétences

890. Du point de vue de la technique nécessaire à la résolution des questions de compétence, il existe trois cas de figures. Premièrement, la fixation des grands principes par la jurisprudence (Sous Paragraphe 1), deuxièmement l'application de ces grands principes et la casuistique engendrée par les notions qui servent de critères de compétence (Sous Paragraphe 2) et troisièmement l'articulation des critères entre eux (Sous Paragraphe 3).

891. Si ces catégories ne sont sans doute pas totalement imperméables entre elles, elles relèvent malgré tout de trois opérations différentes. Etablir un critère de partage, appliquer ce critère sans pour autant le modifier et choisir entre plusieurs critères lorsqu'ils ont vocation à s'appliquer en même temps. La dernière opération ressemble à la première puisque choisir entre deux critères c'est aussi établir un critère. Parfois même ce choix peut-il façonner un critère en partie neuf. Pour autant, d'une part il s'agit le plus souvent de favoriser un critère préexistant et d'autre part ce choix est le plus souvent fait pour des

raisons de bonne administration de la justice d'avantage que pour des motifs tenant à la compétence elle-même.

Sous Paragraphe 1. Première situation : la fixation des grands principes de la répartition des compétences

892. Il s'agit des compétences que les ordres de juridiction veulent défendre. Qui sont des principes importants de notre ordre juridique. Il s'agit de donner ici quelques exemples récents de ces principes bien connus. Ces derniers sont admis des deux ordres de juridictions et ne font donc plus l'objet de conflits de principe entre eux.

893. Ils ressortissent tout d'abord soient aux compétences acquises par l'administration puis transférées au juge administratif (1) soit aux compétences réservées « par nature » - comme l'indique la décision du conseil constitutionnel de 1987 sur les décisions du conseil de la concurrence - à l'autorité judiciaire (2). Ces deux catégories de principes de répartition des compétences sont intéressants à signaler ici car ils représentent ce que chaque ordre de juridiction tient à conserver dans le champ de sa compétence. En d'autres termes, il s'agit de compétences qui pourraient donner lieu à des conflits. Contrairement à de nombreuses questions de partage des compétences qui revêtent d'avantage un caractère technique et, s'ils nécessitent la meilleure résolution possible, ne mettent pas en jeu les rapports entre les deux ordres de juridiction. Témoigne d'ailleurs de ce caractère technique, un principe général de répartition des compétences entre les ordres juridictionnels : celui en vertu duquel la compétence suit le fond du droit (3).

1) Il peut s'agir de principes où le fond a historiquement suivi la compétence en faveur du juge administratif

894. Il ne s'agit donc pas ici de s'attarder sur ces chefs de compétence mais de les citer rapidement et de donner quelques exemples récents de leur application.

895. Une controverse bien connue a - notamment - opposé René Chapus et Eisenmann, celle de la liaison de la compétence et du fond. Il s'agissait de se demander si, en matière de critère de compétence du juge administratif, la compétence suivait le fond du droit ou

bien si le fond du droit suivait la compétence choisie pour d'autres raisons. Quoi qu'il en soit de cette controverse, force est de constater qu'historiquement, le fond du droit a suivi la compétence. Le critère organique, la simple présence d'une personne publique ou d'un de ses représentants, ayant longtemps suffi à justifier la compétence de l'administration contentieuse puis du juge administratif. Une grande partie de l'histoire de la jurisprudence administrative du 20^{ème} siècle consiste dans la réduction de cette protection organique très large et dans l'émergence d'une protection plus limitée et donc fonctionnelle. Cependant, des traces de cette protection organique de l'administration se trouve encore dans la jurisprudence. Ce grand principe de répartition des compétences reste donc en partie d'actualité. Le contentieux de la régularité de l'élection des délégués du personnel, par exemple, relève du juge administratif dans plusieurs cas qui s'expliquent par le critère organique. Il en va ainsi lorsque l'organisme doit être considéré comme constituant un service extérieur d'un ministère, tel un laboratoire de l'Ecole des mines⁴⁴⁶. De même la compétence du juge administratif relative à la vente de biens immobiliers du domaine privé de l'Etat relève-t-elle du juge administratif et non judiciaire en vertu d'un critère légal⁴⁴⁷ issu d'une vision organique que le Tribunal des conflits a eu l'occasion d'appliquer⁴⁴⁸.

896. L'un des grands principes de répartition des compétences est celui, concernant les biens de l'administration, réservant le contentieux du domaine public au juge administratif. On peut en donner quelques exemples et signaler l'exception de la copropriété.

897. La jurisprudence relative à la compétence du juge administratif relative aux biens du domaine public est bien établie⁴⁴⁹ et trouve naturellement des applications régulières⁴⁵⁰. Cette compétence s'étend à l'appartenance⁴⁵¹ du bien au domaine public, à sa consistance

⁴⁴⁶ TC, 3 décembre 1979, Ministère de l'industrie c/ Synd. CFDT des transports des Bouches-du-Rhône, Rec. CE p. 577

⁴⁴⁷ Article L. 3231-1 du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques.

⁴⁴⁸ TC, 6 juin 2011 Préfet de Seine-et-Marne c. Sté Participations premières, n°3806, AJDA 211.1172

⁴⁴⁹ TC, 22 avril 1985 Belouet et autres, CE, s., Sté EDA

⁴⁵⁰ Pour un exemple récent : TC, 18 mars 2013, Cts Orcière c/ Commune de Rambaud, n°3887, AJDA 2013.662

⁴⁵¹ CE, 14 juin 1972, Eidel, Rec. CE, p.442, AJDA 1973 note Dufau : appartenance du Bois de Vincennes au domaine public de la Ville de Paris ; CE 25 janvier 2006, Commune de la Souche c/ M. et Mme Claite,

et à ses limites. Signalons ici le cas de l'absence d'appartenance au domaine public d'un bien détenu en copropriété⁴⁵². Solution intéressante qui pourrait sembler relever de la conciliation entre divers chefs de compétence mais qui est en réalité entièrement due à une volonté d'éviter l'application du régime de la domanialité publique au risque de voir le coût des locations ou acquisitions des personnes publiques augmenter à mesure des contraintes que la domanialité publique ferait poser sur les copropriétaires. Il ne s'agit donc pas d'une conciliation entre divers chefs de compétence mais bien d'une solution liée à la définition de la domanialité publique elle-même.

898. La règle en vertu de laquelle le juge administratif est compétent pour se prononcer sur l'appartenance d'un bien au domaine public connaît une dérogation dans le cas où, devant le juge judiciaire, une telle question doit être résolue de façon accessoire mais ne soulève aucune contestation sérieuse⁴⁵³.

899. La matière des travaux publics est encore un chef de compétence historique du juge administratif. Elle date de la célèbre loi de Pulviose an VIII mais a été largement étendue en jurisprudence. Les travaux publics sont en effet une notion dont le caractère attractif a été reconnu, même s'il connaît quelques limites.

900. On peut ensuite évoquer le jugement des actes administratifs unilatéraux, matière accueillant le noyau dur de la compétence du juge administratif, protégé constitutionnellement depuis la décision Conseil de la concurrence de 1987⁴⁵⁴ et consistant dans l'annulation ou la réformation de tels actes lorsqu'ils sont pris en vertu de prérogatives de puissance publique. Il s'agit là d'une compétence d'un champ restreint et qui par ailleurs peut se voir opposer des dérogations au titre des concepts de « bonne

n°284878 : appartenance au domaine public d'un gîte rural aménagé par la commune et affecté au service public de développement économique et touristique.

⁴⁵² CE, sect., 11 février 1994, Cie d'assurances de la préservative foncière, Rec. CE, p.64

⁴⁵³ A propos de tableaux exposés dans un musée : Cass. 1ère civ. 2 avril 1963, AJDA 1963 II. 486

⁴⁵⁴ Conseil Constitutionnel, Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence

administration de la justice » et de « matières réservées par nature à l'autorité judiciaire » qui, eux, au contraire, peuvent être interprétés très largement.

901. Cette compétence justifie par exemple que le juge administratif ait à connaître de la légalité d'un acte à portée réglementaire fixant les conditions de travail des personnels d'un service public industriel et commercial⁴⁵⁵. Peut être mentionnée ici une exception à ce principe faite au nom de la séparation des pouvoirs et qui veut que le juge administratif décline sa compétence lorsqu'il s'agit d'un acte relatif au fonctionnement du service public de la justice⁴⁵⁶. On peut signaler encore sur ce point la controverse sur les nominations au Conseil supérieur de la magistrature⁴⁵⁷.

902. Il faut ensuite naturellement évoquer la compétence du juge administratif relative à la notion de service public, et ce à deux titres. D'abord en raison de la correspondance de principe existant entre service public administratif et compétence du juge administratif (et par conséquent celle qui lui est symétrique en matière de service public industriel et commercial) et d'autre part parce qu'elle sert de support à plusieurs notions clés de la répartition des compétences. Elle joue en effet un rôle (non exhaustif) dans le contrat administratif, le domaine public, l'acte administratif unilatéral et un rôle exhaustif pour les travaux publics (vérifier). L'exécution d'un service public peut, par exemple, entraîner la qualification d'actes pris par des personnes privées d'actes administratifs unilatéraux⁴⁵⁸. Qu'il s'agisse des ordres professionnels⁴⁵⁹ ou d'autres organismes privés⁴⁶⁰. La décision

⁴⁵⁵ CE, ass., 13 janvier 1967, Syndicat unifié des techniciens de la RTF, Rec. CE, p.10 ; TC, 15 janvier 1968, Cie Air France c/ Epoux Barbier, Rec. CE, p.789

⁴⁵⁶ Pour une application récente : CE, 23 juillet 2010, Syndicat de la magistrature, n°328463, AJDA 2012.1508

⁴⁵⁷ AJDA, semaine du 25 janvier 2016 références

⁴⁵⁸ CE, 31 juillet 1942, Monpeurt, Rec. CE, p. 239; CE, ass., 2 avril 1943, Bouguen, Rec. CE, p. 86.

⁴⁵⁹ Pour une application récente : TC, 18 juin 2001, JCP, ed. E, 2001.1529 : décisions du Conseil National des barreaux à portée générale et relatives à l'exercice de la profession, telles que le règlement général harmonisé;

⁴⁶⁰ CE, ass., 13 juillet 1967, Allegretto, Rec. CE, p. 314 : décisions d'attribution et de retrait de la carte de docker professionnel par les autorités portuaires dans le cadre de leur mission de service public administratif

de principe sur ce point étant la décision Magnier⁴⁶¹. La difficulté d'identification du service public géré par des personnes privées a donné lieu à ce qui a été à juste titre décrit comme une saga jurisprudentielle, qu'il ne s'agit pas de retracer ici. Sera simplement relevé son épilogue trouvé dans la décision APREI de 2007⁴⁶² sur laquelle nous reviendrons à propos de la casuistique à laquelle elle donnera lieu malgré tout effort de systématisation.

903. Le contentieux des contrats administratifs ressortit également de la compétence du juge administratif par principe. Le Conseil d'Etat a posé des critères de qualification du contrat administratif qui permettent de l'identifier et d'en tirer pour conséquence la compétence du juge administratif. Ces critères donnent lieu à une certaine casuistique mais le principe de cette compétence n'est pas remis en cause.

904. La puissance publique et sa manifestation dans les clauses exorbitantes ou le régime exorbitant est aussi un chef de compétence de la juridiction administrative qui n'est pas remis en cause par le juge judiciaire.

905. En matière fiscale, le contentieux des impôts directs peut être cité. Peut enfin être évoquée ici la faute de service, chef de compétence de la juridiction administrative en matière de responsabilité.

906. Cette liste permet d'avoir un aperçu des grands principes bien établis qui fondent les compétences de la juridiction administrative. Ils ont été construits au 19ème et au 20ème siècle et ont constitué l'évolution de la répartition des compétences contentieuses. Le Tribunal des conflits a eu un rôle à jouer les concernant, il s'agira de comprendre lequel.

2. Il peut ensuite s'agir des domaines réservés par nature à l'autorité judiciaire et qu'elle tient donc à défendre malgré l'extension du droit administratif.

⁴⁶¹ CE, sect., 13 janvier 1961, Magnier, Rec. CE, p. 33. AJDA 1961.II.142, n°54 obs.

⁴⁶² CE, sect. 22 février 2007, APREI, n°264541, AJDA 2007.399, obs. Brondel

907. Certains domaines contentieux sont reconnus comme étant réservés à l'autorité judiciaire. Là encore, si des problèmes de frontières peuvent survenir - et nous aurons l'occasion d'en rencontrer dans la suite des développements - le principe même de ces compétences n'est plus remis en cause à l'heure actuelle. Il s'agit de compétences historiques correspondant notamment à la protection des libertés individuelles et à celle de la propriété privée. Elles ont été reconnues par le Conseil constitutionnel dans sa décision Conseil de la concurrence⁴⁶³. La compétence en matière de propriété privée implique celle en matière d'emprise⁴⁶⁴ ou de voie de fait commise par l'administration.

908. Un principe bien admis veut également que seules les juridictions judiciaires puissent condamner des personnes privées au paiement de dommages-intérêts⁴⁶⁵. De même, il n'est pas contesté aujourd'hui que le juge judiciaire répressif soit compétent pour résoudre toutes questions de domanialité qui se présente à l'occasion des litiges dont il a à connaître⁴⁶⁶. Le juge judiciaire est encore traditionnellement compétent par principe en matière d'internement d'office⁴⁶⁷ ou de voies d'exécution⁴⁶⁸. Enfin, le contentieux de la faute personnelle d'un agent public ou celui des impôts indirects peuvent également être cités.

3. Il s'agit enfin du principe qui s'applique par défaut et qui veut que la compétence suive le fond

⁴⁶³ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence

⁴⁶⁴ Par exemple : CE, 8 juin 1966, Lamonin, Rec. CE, p. 377

⁴⁶⁵ TC, 28 février 1977, ville de Bagnières-de-Bigorre c/ Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du bassin de l'Adour, Rec. CE, p. 655; CE, sect. 13 octobre 1978, ADASEA du Rhône, Rec. CE, p. 368; TC, 25 janvier 1988, Bunelier c/ Portugal, AJDA 1988.408, RDP 1988.911 obs. Y. Gaudemet; CE, 17 février 1992 Sté Textron, Rec. CE, p. 66; CE, 21 décembre 2007, Mme Lipietz et a. n°305966; TC, 15 avril 2013, Sté Allianz c/ Bureau de contrôle Sototec c/ Sté SMABTP, n°3892 : action tendant au paiement des sommes dues par un assureur au titre de ses obligations de droit privé; compétence judiciaire nonobstant la compétence du juge administratif connaître de la responsabilité de son assuré dans la réalisation du fait dommageable.

⁴⁶⁶ Cass. crim., 3 mars 1955, Bull.crim., n°134; 4 juin 1957, *ibid.*, n°487; 14 janvier, 1959, *ibid.*, n°40

⁴⁶⁷ CE, 9 mai 1975, Planchon, Rec. CE, p. 930

⁴⁶⁸ Saisie immobilière : TC, 17 décembre 1962, Delle Fleury, Rec. CE, p. 829; saisie sur le traitement : CE, 24 mars 1972, Painel, Rec. CE, table p. 1015; vente amiable provoquée par le Trésor Public pour le règlement d'impôts : CE, 5 mars 1975, Lance, AJDA 1975.II.418; ordre de démolition d'une maison suite à l'annulation d'un permis de construire, incompétence du juge administratif : CE, 19 janvier 1979, Hurdebourg c/ Ministre de l'équipement et aménagement du territoire, Rec. CE, p. 20

909. On peut considérer qu'à défaut d'application de ces grands principes de répartition des compétences, un principe général s'applique, celui de la liaison entre la compétence et le fond. Il ne s'agit pas ici de se prononcer sur la controverse doctrinale évoquée plus haut mais simplement de constater qu'indéniablement et en toute logique, l'idée que la compétence suit le fond est aujourd'hui très souvent opérante dans la répartition des compétences. Cette controverse fait est aussi théorique qu'historique et, puisque devant chaque juge s'est indéniablement développé un droit spécial, il est aujourd'hui toujours possible de lier une compétence à un ensemble de règles spéciales.

910. Nous traitons ici de l'idée selon laquelle la compétence suit le fond en tant qu'elle complète des grands principes, qu'elle permet de régler des situations qui ne sont pas couvertes par ces grands principes mais qu'elle permet de régler en toute logique et en toute simplicité. Elle s'applique en effet dans de nombreux cas. Cette solution se couple bien souvent avec l'objet du litige. Ce dernier justifie souvent la compétence au sein d'un bloc de compétence n'ayant pas comme critère l'objet du litige mais des concepts plus généraux. Ces concepts s'effacent s'ils ne trouvent pas de motif pour s'appliquer en raison de l'objet du litige.

911. En matière d'agents publics, le juge se sert parfois de la « coloration » de droit public de la situation de l'agent pour déterminer la compétence. Ainsi, le juge administratif s'est-il déclaré compétent à propos d'un professeur à temps partiel d'une chambre des métiers⁴⁶⁹. De même pour les rapports entre l'Etat et les gestionnaires des ordinaires, qualifiés de « rapports de droit public » et justifiant ainsi la compétence du juge administratif⁴⁷⁰. Inversement mais en application du même raisonnement, les personnels d'une chambre d'agriculture affectés à un établissement d'utilité agricole ont avec lui « des liens contractuels de droit privé » justifiant la compétence de l'autorité judiciaire⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ CE, 16 avril 1969, Chambre des métiers du Nord, Rec. CE, tables, p. 779

⁴⁷⁰ CE, 17 avril 1970, Rabah Mohamed Lazhar, Rec. CE, p. 257, AJDA 1970.II.364, chron. Denoix de Saint Marc et Labetoulle

⁴⁷¹ CE, 18 juin 1969, Chambre d'agriculture du Cher c/ Quesnel, Rec. CE, table p. 770. Solution confirmée par le juge judiciaire : Cass. soc. 26 mars 1984, dame Héron et autre, JCP 1984.IV.177

912. Les grands arrêts⁴⁷² relatifs au service public industriel et commercial donnent eux aussi des exemples d'une répartition des compétences issue du principe de liaison de la compétence et du fond. Il ne s'agit en effet pas d'une matière réservée par nature à l'autorité judiciaire. Le service public industriel et commercial se reconnaissant notamment par l'application des règles du droit privé à ses personnels, la compétence du juge judiciaire pour le contentieux les concernant s'imposait logiquement en vertu de ce principe. De même, en sens inverse, lorsque les personnels d'un service public industriel et commercial ont usé de leur droit d'option suite au changement de statut d'un établissement public et acquis ainsi la qualité de fonctionnaire, le contentieux les concernant relève alors par principe de la juridiction administrative⁴⁷³.

913. On peut encore citer le cas où un agent public réclame une prestation prévue par la réglementation sur les accidents du travail ou par un régime de sécurité sociale. Dans de tels cas, le juge administratif a décliné sa compétence, estimant que les juridictions compétentes étaient les juridictions judiciaires spécialisées de ces matières⁴⁷⁴. En outre et toujours en application du même principe de liaison de la compétence et du fond, le juge administratif redevient compétent en cas de prescription quadriennale⁴⁷⁵.

914. En matière domaniale, la compétence suit également le fond dans certains cas. Ainsi, la gestion quotidienne d'un bien du domaine privé de l'administration relève-t-il de la compétence du juge judiciaire⁴⁷⁶.

915. La question de la détachabilité d'un acte administratif donne lieu à une grande casuistique, il s'agira donc d'en parler ci-après. On peut noter en revanche ici la synthèse

⁴⁷² CE, 26 janvier 1923, de Robert Lafrégeyre ; CE, sect. 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Rec. CE, p. 157

⁴⁷³ CE, ass., 29 janvier 1965, L'Herbier, Rec. CE, p. 60

⁴⁷⁴ CE, 29 octobre 1965, Min. des Finances et des affaires économiques c/ Dardant, Rec. CE, p. 875; CE, 19 juin 1967, delle Sampic, Rec. CE, table, p. 731

⁴⁷⁵ Vérifier TC, 22 oct. 1979, Agent judiciaire du Trésor c/ dame et delle Jaubert, RDP 1980.455, note R. Drago

⁴⁷⁶ CE, 21 oct. 1974, Lambourdière, Rec. CE, table p. 902 : recours contre la décision du préfet de Paris fixant les barèmes des loyers applicables à des appartements dépendant du domaine privé de la ville de Paris gérés par une SEM

faite par Daniel Labetoulle dans ses conclusions dans l'affaire Gaillard puisqu'elle met en lumière une répartition des compétences fondée sur la liaison de la compétence et du fond. La compétence du juge administratif en matière d'actes détachables existe en effet à trois conditions qui impliquent l'application du droit administratif : litige donnant à juger un recours pour excès de pouvoir (même si cette condition, prise indépendamment des autres, se rattache à un grand principe de compétence), recours dirigé contre une décision d'une assemblée locale ou une délibération d'un conseil d'établissement public et recours fondé sur les vices propres de l'acte attaqué.

916. La compétence du juge administratif pour statuer sur l'appartenance d'un bien au domaine public est bien établie. Ce principe implique que le juge judiciaire soit obligé de poser sur ce point une question préjudicielle au juge administratif⁴⁷⁷. Cependant, si la question de l'appartenance du bien ne soulève aucune difficulté sérieuse, le juge judiciaire peut en connaître lui-même⁴⁷⁸. Il s'agit bien de l'application de ce principe car c'est précisément l'absence de nécessiter d'appliquer le droit - autrement que de façon mécanique⁴⁷⁹ - administratif à une question évidente qui justifie l'absence de nécessité de transmettre. De même, symétriquement, s'il faut au juge administratif résoudre une question de propriété privée, il doit poser une question préjudicielle au juge judiciaire au nom des « titres privé » et de l'application des « principes du droit commun » en jeu dans la résolution du problème de droit, comme l'énonce une décision du Conseil d'Etat du 6 novembre 1970, Cts Bernard contre Commune de la Crau⁴⁸⁰, identifiant clairement le principe de la liaison de la compétence et du fond, au-delà de celui de la propriété privée, matière réservée par nature à l'autorité judiciaire. Naturellement, de la même façon que

⁴⁷⁷ Cass. 3ème civ, 23 mai 1978, JCP 1978.IV.226; TC, 18 avril 1980, Sté civile immobilière et foncière « Résidence des Perriers » c/ Centre hospitalier intercommunal de Montfermeil, RDP, 1981.238

⁴⁷⁸ Cass. 1ère civ. 2 avril 1963, AJDA 1963.II.486 obs. Dufau

⁴⁷⁹ Et c'est bien ce qui explique aussi le principe selon lequel la compétence suit le fond. La compétence suit le fond d'une part parce que le litige sera traité par des juges spécialisés mais aussi parce que le droit est susceptible d'évoluer et qu'il faut que ce soit le juge spécialisé qui fasse évoluer ce droit ou qui puisse l'interpréter. Ce principe de la liaison de la compétence et du fond a donc pour limite logique l'absence d'interprétation du droit et son application mécanique.

⁴⁸⁰ Rec. CE, p. 665; ou encore CE, 14 juin 1972, Epoux Chabrol, Rec. CE, p. 441; ou encore comme l'a décidé la Cour de cassation : Cass. 1ère civ. 2 novembre 1955, Bull. civ.I, n°158

pour le juge judiciaire, le juge administratif peut statuer sur une question de titres privés si aucune difficulté sérieuse ne justifie le renvoi au juge judiciaire⁴⁸¹.

917. On voit ici ce qui a été signalé plus haut. Les grands principes de compétence, fondés sur des questions politiques, ont entraîné le développement d'un droit spécialisé qui est aujourd'hui à la base de décisions de compétences en vertu de principe de la liaison de la compétence et du fond. Ce dernier est un complément des principes politiques de répartition des compétences, il en est la suite logique. En effet, si le fond ne suit pas la compétence, c'est que le fond suit une décision politique, c'est-à-dire non scientifique, non technique. Il est donc naturel que la catégorie de solutions sont nous traitons ici rejoigne celle des grands principes matériels de répartition des compétences. Elle est pourtant distincte puisqu'il s'agit de cas où les grands principes seuls n'auraient pas suffi. Il s'agit ici de comprendre quel droit sera appliqué. Or, au moment où les grands principes ont été dégagés, il ne s'agissait pas de cela. Le principe de la liaison de la compétence et du fond est une conséquence des grands principes politiques. Elle permet, en répétant les champs d'application du droit commun ou du droit public issus des principes politiques, de déterminer des champs de compétence. Il permet d'aiguiller vers les grands principes de compétence quand il existe un doute entre eux et sans choisir politiquement d'en favoriser un plutôt qu'un autre. L'ambiguïté du principe est qu'il est un principe de conservation des séparations existantes. Il n'est pas un principe de répartition au sens politique mais bien au sens technique. Il est choisi comme une technique de répartition lorsqu'aucun enjeu politique n'apparaît. A tout moment une décision politique peut créer un chef de compétence nouveau et par conséquent entraîner le développement d'un droit nouveau qui lui-même pourra ensuite donner lieu à l'application du principe de la liaison de la compétence et du fond.

918. Dans le cas d'un contentieux⁴⁸² entre l'utilisateur d'un service public industriel et commercial et ce service public généré à l'occasion d'une prestation mal exécutée se

⁴⁸¹ CE, 3 mai 1963, *Ministre des travaux publics c/ Dame Boudet*, Rec. CE, p. 264

⁴⁸² TC, 17 novembre 1975, *Gamba c/ chambre de commerce et d'industrie de Nice*, Rec. CE, p. 801, AJDA 1976.II.91

déroulant sur le domaine public, la compétence est celle du juge judiciaire en raison de l'objet du litige, ce dernier permettant d'appliquer le principe de la liaison de la compétence et du fond. En effet, comme le notent Jacques Moreau et M.A. de la Tournerie⁴⁸³, « la faute contractuelle liée au contrat entre le service et l'utilisateur est indépendante de l'occupation du domaine public ». L'objet du litige permet d'exclure le droit applicable au domaine public, qui n'est pas en cause dans le litige, et donc la compétence du juge administratif.

919. Le droit applicable justifie encore, par exemple, que, dans la continuité de la jurisprudence Monpeurt-Bouguen, les recours en responsabilité extracontractuelle fondés sur l'illégalité des actes pris par les organismes concernés par cette jurisprudence relèvent de la compétence du juge administratif⁴⁸⁴. Ou encore que le juge judiciaire connaisse en revanche des contestations concernant le recouvrement des cotisations ordinaires⁴⁸⁵ ou que pour la cotisation annuelle d'un ordre professionnel le juge judiciaire soit compétent pour le recouvrement de la cotisation tandis que le juge administratif sera compétent pour l'établissement et la fixation de la cotisation⁴⁸⁶

920. La décision bien connue du 15 janvier 1968, du Tribunal des conflits, *Compagnie Air France contre Epoux Barbier*, relève elle aussi de l'idée que la compétence doit suivre le fond. S'agissant d'un service public, bien qu'industriel et commercial, les actes pris par l'autorité qui en est chargée, lorsqu'ils ont une portée générale, sont des actes de gestion du service public et relèvent donc de l'application du droit public et par conséquent leur contentieux relève quant à lui de la compétence du juge administratif⁴⁸⁷. En vertu de l'objet du litige et donc du principe de liaison, le juge judiciaire retrouve logiquement sa

⁴⁸³ Jacques Moreau, RDCA, *Répartition des compétences*, n°196

⁴⁸⁴ CE, sect., 6 octobre 1944, *Sassot*, Rec. CE, p. 258

⁴⁸⁵ CE, 24 février 1989, *Syndicat départemental des médecins généralistes des Bouches-du-Rhône, Audiffret, Bousquet*, Dr. Adm. 1989, n°287

⁴⁸⁶ CE, 29 décembre 1999, *Villa*, D. 2000, IR 30

⁴⁸⁷ La contestation des dispositions à caractère réglementaire du statut du personnel d'Air France relève ainsi du juge administratif : CE, 9 novembre 1984, *Camier*, Rec. CE, p. 353, RDP. 1985.852 note R. Drago; TC, 17 avril 2000, *Préfet du Val-de-Marne*, AJDA 2000.410, chron. Guyomar et Collin

compétence lorsque les dispositions contestées sont individuelles ou ne constituent pas des mesures d'organisation du service public⁴⁸⁸.

921. Les exemples sont nombreux où, au coeur d'un bloc de compétence, en raison de l'objet du litige, le juge normalement mis de côté retrouve sa compétence. Le juge judiciaire est par exemple compétent pour le contentieux relatif à l'arrêté préfectoral d'internement d'office en vertu de la loi⁴⁸⁹. Pour autant, le juge administratif retrouve sa compétence lorsqu'il s'agit des irrégularités formelles ou procédurales de l'acte ou de réparer une faute de service commise lors de son édicition⁴⁹⁰. Autre exemple⁴⁹¹, les actes de tutelle des commissaires du gouvernement auprès des SAFER - activité administrative de contrôle - sont « le seul îlot de compétence administrative que connaît le contentieux de ces sociétés de nature privée⁴⁹² ». Le contentieux des états exécutoires se répartit selon la nature de la dette, ce qui se justifie également par la liaison entre la compétence et le fond. Il en va de même en cas de créance contre une personne publique⁴⁹³.

922. Avant la loi MURCEF⁴⁹⁴, la jurisprudence⁴⁹⁵ considérait que la soumission de la passation d'un contrat au code des marchés publics n'était pas suffisante pour entraîner sa qualification de contrat administratif et donc la compétence du juge administratif. C'est un cas qu'il est intéressant de mentionner malgré la qualification légale opérée ensuite car il s'agissait finalement de considérer que, en quelque sorte, il n'y avait pas assez de fond pour que la compétence suive. L'application du droit administratif étant limitée à la passation, elle n'impliquait pas une qualification entière du contrat en contrat administratif.

⁴⁸⁸ TC, 12 juin 1961, Rolland c/ SNCF, Rec. CE, p. 866, AJDA 1961.II.633

⁴⁸⁹ Pour une application de ce bloc de compétences : CE, 9 mai 1975, Planchon, Rec. CE, p. 930

⁴⁹⁰ CE, 10 février 1984.

⁴⁹¹ TC, 8 décembre 1969, Arcival et autres c/ SAFALT et SAFER de Bourgogne c/ Epoux Soyer et Vala, Rec. CE, p. 695 et p. 684

⁴⁹² RDCA, Jacques Moreau, n°241, *Répartition des compétences*

⁴⁹³ TC, 14 nov. 2011, Cts Caci c/ Commune de Falicon, n°3810, AJDA 2011.2260 : recours indemnitaire contre une commune en raison de titres exécutoires liquidatifs d'astreinte annulés

⁴⁹⁴ Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 dite « loi MURCEF »

⁴⁹⁵ TC, 5 juillet 1999, Commune de Sauve, ADA 1999.626, RFDA 1999.1163, conclusions Schwartz

923. Le domaine des contrats administratifs vient de livrer un exemple inverse d'abandon de qualification administrative qui se fonde aussi sur le principe de liaison de la compétence et du fond. Le Tribunal des conflits a en effet, dans une décision du 9 mars 2015⁴⁹⁶, abandonné la célèbre jurisprudence Société Entreprise Peyrot⁴⁹⁷. Elle posait la compétence administrative pour les marchés de travaux des sociétés concessionnaires d'autoroutes passés avec des personnes privées. Cette solution a donc été abandonnée, ces contrats sont à présent qualifiés de contrats privés dès lors qu'ils ont été signés après la décision du Tribunal des conflits et le juge judiciaire a la compétence de principe pour connaître des litiges qu'ils peuvent engendrer. Il s'agit comme toujours d'une compétence de principe qui, si l'objet du litige le justifie, pourra laisser apparaître des cas de compétence du juge administratif. La liaison de la compétence et du fond a motivé cette solution, ces contrats n'ayant pas vocation à se voir appliquer le droit public.

924. Le domaine des contrats donne enfin encore un exemple de liaison de la compétence et du fond. Le Tribunal des conflits, étendant ainsi une jurisprudence récente⁴⁹⁸ posant que les contrats conclus par le concessionnaire d'un ouvrage public pour son entretien sont des contrats privés, a qualifié de contrat privé et désigné ainsi la juridiction judiciaire comme compétente les contrats passés pour l'exploitation d'un ouvrage public⁴⁹⁹. Ces solutions s'expliquent par la constatation par le juge qu'aucune règle de droit public n'a vocation à s'appliquer à l'activité d'entretien ou d'exploitation d'un ouvrage public. Le caractère attractif de la notion d'ouvrage public n'a pas de raison de s'appliquer ici.

⁴⁹⁶ TC, 9 mars 2015, Mme Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France, n°3984, Lebon, AJDA 2015.481 obs. Pastor

⁴⁹⁷ TC, 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Estérel Côte-d'azur, Lebon; La décision du Tribunal des conflits comprend une modulation dans le temps de ses effets en vertu du principe selon lequel la nature d'un contrat s'apprécie au moment où il a été signé, les contrats signés avant le 9 mars 2015 demeurent administratifs et régis par le droit public. Le Conseil d'Etat a fait application de cette modulation (au demeurant superfétatoire sur le plan strictement logique mais qui évite des hésitations qui auraient pu se produire) : CE, 17 juin 2015, Société des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, n°383202

⁴⁹⁸ TC, 9 juillet 2012, n°3834, Compagnie des eaux de l'ozone

⁴⁹⁹ TC, 16 juin 2014, Sté d'exploitation de la Tour Eiffel c/ Séchaud-Bossuyt et autres, n°3944, Lebon, AJDA 2014.1234

925. Le principe de liaison de la compétence et de fond est un principe fonctionnel et conservateur. Il n'est pas un motif de répartition des compétences, il est une solution technique à un problème de répartition des compétences. Il constate l'absence de règles de droit public ou de droit privé applicables et en déduit la compétence. La création de normes de droit public ou privé impliquera, sur la même question, une solution différente. Il ne renvoie à aucun principe de répartition des compétences, il ne fait que les compléter. Il est donc logiquement mis en oeuvre dans tous les domaines de la répartition des compétences. Le principe ne peut pas jouer lorsqu'il n'existe pas de droit spécifique à une situation et que des normes dans les deux domaines du droit public et du droit privé peuvent avoir vocation à s'appliquer autant les unes que les autres. Cependant, la situation est rare. Le plus souvent, le droit public a été appliqué de façon globale et le principe de la liaison de la compétence et de fond permet de réduire ce caractère global en isolant des contentieux plus précis. Les motifs d'application du droit administratif disparaissent avec l'objet du litige.

926. Lorsque ni les grands principes ne suffisent à eux seuls pour décider de la compétence, ni l'application du principe selon lequel la compétence suit le fond du droit applicable au litige, c'est soit qu'il s'agit de faire application des grands principes (2), soit de les concilier entre eux (3).

Sous Paragraphe 2. Deuxième situation : l'application des grands principes de répartition des compétences

927. L'application des grands principes de répartition des compétences énoncés plus haut donnent lieu dans certains cas à une casuistique inévitable. Il ne s'agit pas ici de savoir quel principe doit être appliqué lorsque plusieurs d'entre eux peuvent justifier une solution de compétence. Il s'agit de notions qui, par essence, ne permettent que des appréciations au cas par cas et qui ne souffrent aucune systématisation. Les exemples de tels notions ne sont pas si nombreux qu'on pourrait le croire. Certaines sont considérées un peu vite comme génératrice d'une telle casuistique. Pour autant, lorsqu'elles existent, elles sont évidemment un problème au regard de la sécurité juridique. La casuistique signifie que chaque cas peut donner lieu à une interprétation différente. Chaque juge, chaque

formation de jugement, chaque affaire fait apparaître une solution qui n'était pas plus prévisible qu'une autre. La seule stabilité pouvant être alors espérée est celle résultant de la solution sur un cas particulier. En ce qui concerne chaque cas, il est possible d'espérer en effet que les autres juges suivront la solution. De la même façon, une certaine cohérence entre les solutions peut être attendue. Non pas en vertu d'une conviction venue du raisonnement du premier juge (cela signifierait qu'il ne s'agissait pas réellement de casuistique) mais en vertu d'une part de l'équivalence des solutions et d'autre part d'une volonté de sécurité juridique. La casuistique pourrait finalement être définie comme les situations où les solutions ont des mérites équivalents sur le plan du raisonnement, où la logique juridique ne permet pas de faire émerger une solution. Il faut identifier les notions faisant naître ces situations (sans prétendre à l'exhaustivité) afin de comprendre dans le sous paragraphe suivant quel pourra être le rôle du Tribunal des conflits face à de telles notions. Il faut bien distinguer la casuistique du cas qui sera étudié ci-après où plusieurs principes de répartition des compétences ont vocation à s'appliquer et impliquent un choix entre ces derniers. Dans les cas de casuistique, une seule notion est en jeu et le juge s'interroge sur son application.

928. La participation au service public est un exemple frappant de notion appelant une casuistique pour son application. C'est pour mettre fin à cette casuistique que le Tribunal des conflits a établi la jurisprudence Berkani, sur laquelle il s'agira de revenir. En effet, si la notion d'exécution du service public est relativement claire, celle de participation s'est révélée bien trop vague. Nombreuses et bien connues sont les décisions sur cette question qui laissent dubitatif lorsqu'elles sont comparées entre elles. Ainsi, les serveurs d'un restaurant universitaire du CROUS n'ont pas été qualifiés d'agents publics⁵⁰⁰ tandis que le chef boucher de ce même établissement l'a été⁵⁰¹, les premiers se voyant refuser la qualification de participants au service public, le second acceptée. Les agents hospitaliers d'entretien, d'hygiène et de désinfection des locaux ont été considérés comme participant

⁵⁰⁰ TC, 19 avril 1932, Mme Robert, Rec. CE, p. 561

⁵⁰¹ TC, 23 septembre 1987, Soulas, Rec. CE, p. 776

au service public⁵⁰² tandis que le cuisinier du même hôpital ne l'a pas été⁵⁰³. En revanche, le chef cuisinier d'une ambassade s'est vu reconnaître cette qualité⁵⁰⁴. J. Moreau et M.A de Latournerie, estiment que « le point d'orgue a sans doute été atteint avec la jurisprudence Bungener ». Le même agent donnait des cours de formation au personnel paramédical puis au agents d'entretien d'un hôpital public. Il a été reconnu comme participant au service public dans le premier cas, et ne participant pas directement à celui-ci dans le second⁵⁰⁵. S'il est possible d'y voir une distinction complexe car elle s'opère au sein d'une même activité, elle ne paraît cependant pas dénuée de logique et la qualifier de « point d'orgue » semble donc discutable. L'articulation des décisions entre elles en revanche montre parfaitement l'impossibilité de la jurisprudence à dégager une vision systématique de la participation au service public. Une telle situation a semblé trop problématique du point de vue de la sécurité juridique et a mené le Tribunal des conflits à abandonné le critère de la participation au profit d'un critère organique que nous étudierons plus bas car il correspond au troisième cas de répartition des compétences, le choix entre des grands principes. La qualification des agents publics fournit une parfaite illustration des problèmes de la casuistique puisqu'avant le critère de la participation - critère qui, au demeurant, avait paru très satisfaisant lorsqu'il a été choisi comme en témoigne son application immédiate par les juges judiciaires⁵⁰⁶ - un faisceau d'indices était utilisé (modalités de recrutement, activité durable ou partielle, rémunération forfaitaire ou à la vacation. Le critère de la participation a donc marqué un passage vers l'identification des fonctions exécutées. Puis, suite aux insuffisances du critère de la participation, le Tribunal des conflits a opéré deux tentatives pour dégager un nouveau critère. Le critère temporel, se concentrant sur les dernières fonctions exercées⁵⁰⁷, et le critère issu de l'attractivité du caractère administratif de la mission pour prévenir les qualifications multiples pour un

⁵⁰² TC, 26 octobre 1987, Gruszka, Petites Affiches, 16 mars 1988, p. 8

⁵⁰³ TC, 4 novembre 1991, Mme Cellid, D. 1992, IR 34

⁵⁰⁴ CE, sect., 7 juin 1991, Troquet, Rec. CE, p. 222

⁵⁰⁵ TC, 29 juin 1987, Bungener, Rec. CE, p. 451

⁵⁰⁶ Voir par exemple : Cass. soc. 15 février 1961, JCP.1961.II.12077

⁵⁰⁷ TC, 26 novembre 1990, Mme Salliège, Rec. CE, p. 402

même contrat de recrutement à raison de l'exécution de plusieurs missions⁵⁰⁸. Cette dernière solution peut être considérée comme ayant préfiguré l'arrêt Berkani puisqu'il s'agissait déjà d'ignorer une partie de la mission de l'agent.

929. Le critère de l'exécution du service public qui permet de qualifier un contrat d'administratif présente lui aussi la particularité de donner lieu à une certaine casuistique. Ainsi, la compétence administrative a par exemple été reconnue pour un contrat d'association à l'exploitation d'un établissement thermal entre un département et une personne privée⁵⁰⁹, pour l'affrètement de cargos par une compagnie de navigation destinés à ravitailler des armées⁵¹⁰, pour le transport et la garde de véhicules destinés à la fourrière⁵¹¹, pour l'aménagement d'une salle des fêtes à des fins culturelles⁵¹² ou encore pour un contrat de location d'immeuble HLM à un CROUS afin de sous-louer les chambres à des étudiants⁵¹³ ou pour un contrat par lequel un département a confié à une entreprise privée l'organisation et l'exécutif d'opérations de communication, de parrainage et de promotion de l'image du département⁵¹⁴. Inversement, la compétence judiciaire a été retenue, en raison du défaut d'exécution d'un service public pour un contrat de fourniture d'appareils fumigènes pour la protection des vignobles contre les gelées de printemps⁵¹⁵, pour la location d'un hôtel à la Mission française auprès de la Commission de contrôle des accords de Genève⁵¹⁶, pour des difficultés liées au loyer d'un hôtel occupé par l'armée⁵¹⁷ ou encore d'un prêt accordé par une caisse de crédit municipal⁵¹⁸. La difficulté de ces qualifications est patente. Pour autant, la casuistique semble être plus limitée que dans le

⁵⁰⁸ TC, 22 juin 1992, Rouquier, Rec. CE, p. 836; RDP 1993.1775 note J.-M. Auby

⁵⁰⁹ CE, 25 octobre 1961, Geronimi, Rec. CE, p. 592

⁵¹⁰ CE, 13 juillet 1961, Compagnie havraise de navigation à vapeur, Rec. CE, p. 490

⁵¹¹ CE, 24 mai 1968, Min. de l'Intérieur c/ Chambrin, Rec. CE, p. 331

⁵¹² CE, 4 juillet 1969, Trouvé, Rec. CE, p. 360

⁵¹³ CE, 8 octobre 2010, x.

⁵¹⁴ TC, 5 juillet 1999, International Management Group, D. 1999, IR, 256

⁵¹⁵ CE, 6 janvier 1961, Société d'orientation commerciale et industrielle, Rec. CE, Table, p. 972

⁵¹⁶ CE, 20 décembre 1961, Sarrault, Rec. CE, Table, p. 972

⁵¹⁷ CE, 13 juillet 1963, Consorts Morin, Rec. CE, p. 438

⁵¹⁸ CE, 13 juin 1979, Mme Rieux, Rec. CE, p. 272

cas de la participation. L'exécution est une notion plus restreinte. Si elle peut prêter à des hésitations, c'est sur son caractère direct ou indirect. L'examen matériel de la mission permet tout de même d'exclure facilement un certain nombre de cas. Il n'en reste pas moins qu'une casuistique se développe. Or, contrairement au critère de la participation, celui de l'exécution reste en vigueur, sans doute précisément en raison de cette différence de degré.

930. La notion de voie de fait, elle aussi, laisse celui chargé de l'appliquer devant des hésitations irréductibles. Ainsi l'exemple de la décision du Tribunal des conflits du 5 juillet 1999⁵¹⁹ considérant qu'un avis d'expulsion sans menace d'exécution à un jour fixé ne constitue pas une voie de fait. La définition même de la voie de fait implique une certaine casuistique dans son application.

931. L'idée de contrôle de l'administration est au coeur de l'identification du service public géré par une personne privée. On la décèle même dans la définition bien connue qu'en donne René Chapus⁵²⁰. Après ce qui fut qualifié de saga jurisprudentielle, le Conseil d'Etat a pris une décision très pédagogique afin de clarifier au maximum cette importante question d'identification aux conséquences juridiques significatives. L'arrêt APREI⁵²¹ a posé une méthode d'identification visant à isoler des indices révélateurs de la volonté de l'administration d'ériger une activité en service public. Obligations imposées, mesures de vérification des objectifs, modalités de fonctionnement et de création forment un faisceau d'indices qui conduira, malgré cette clarification salutaire, à des interprétations diverses quant à la volonté de contrôle de l'administration.

⁵¹⁹ Préfet du Calvados, D. A, 1999, n°258

⁵²⁰ Le service public est, pour R. Chapus, « une mission d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique ». L'utilisation du verbe « assumer » renvoie à cette idée de contrôle de l'administration sur l'activité. René Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 2001, p. X.

⁵²¹ CE, section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, n°264541, AJDA 2007.399, obs. Brondel (précité)

932. La volonté est également, selon F.-P. Benoit⁵²², ce qui permet d'identifier une autre notion ayant donné lieu à une forte casuistique, la clause exorbitante du droit commun⁵²³. En effet, c'est en réponse, là encore, à la forte casuistique de la jurisprudence sur l'identification de telles clauses que l'auteur a utilisé la notion de volonté pour systématiser celle d'exorbitance. En d'autres termes, l'exorbitance serait en réalité révélée par la volonté des parties de se situer en dehors d'un régime de droit privé. Notons d'ores et déjà que la notion d'exorbitance est problématique puisqu'elle semble signifier que la sortie du droit commun entrainerait automatiquement l'entrée dans le droit administratif. Ce dernier apparaît alors comme un droit dérogatoire sans autonomie car sans objet propre. Or, le droit administratif n'est pas le droit qui s'applique quand le droit commun ne s'applique pas. Il est un droit qui correspond à des situations particulières liées à l'action administrative. Se trouve ici tout l'enjeu d'une recherche d'un critère du droit administratif permettant de fonder son autonomie. Sans entrer dans ce débat, il est néanmoins possible d'admettre que le droit administratif a une ou plusieurs raisons d'être, spécifiques et qu'il ne correspond donc pas à la simple situation de dérogation au droit commun. Quoi qu'il en soit de cette discussion d'ordre théorique, l'application pratique de la notion a donc posé aux juges de nombreuses difficultés⁵²⁴. La question a notamment été de savoir si la clause exorbitante était, en droit commun, une clause rare, impossible ou encore illégale. Peuvent être citées ici des décisions récentes qui montrent le caractère casuistique des solutions. La Cour de cassation a par exemple jugé, en 2005⁵²⁵, qu'une clause dérogeant au droit des baux commerciaux en conférant un caractère précaire au droit concédé n'était pas une clause exorbitante, le caractère précaire ne suffisant pas à lui seul à justifier cette qualification. Il apparaît donc *a contrario* qu'accompagné d'autres particularités, cette précarité pourrait être considérée comme exorbitante. Restera à déterminer lesquelles, au

⁵²² Référence citation ; position confirmée par la jurisprudence : TC, 2 jun 1975, Salas c/ OPHLM de la ville de Toulouse

⁵²³ L'origine du critère de la clause exorbitante est bien connue : CE, 31 juillet 1921, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Rec. CE, p. 909, conclusions Blum, RDP, 1914.154

⁵²⁴ Le doyen Vedel en a fait une synthèse : *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, Mélanges Mestre, 1956, p. 527.

⁵²⁵ Civ. 3ème, 2 février 2005, n°03-18.199

cas par cas. Le Tribunal des conflits a quant à lui estimé, en 2011, qu'une clause permettant à toutes les parties de résilier le contrat n'était pas exorbitante⁵²⁶ et, également en 2011, qu'une clause permettant à une personne morale de droit public preneur à bail, de résilier le contrat pour des raisons financières ou de service n'était pas exorbitante du droit commun⁵²⁷. Une solution qu'il aurait été difficile d'anticiper. Est plus claire en revanche la solution adoptée en 2009⁵²⁸ par le Conseil d'Etat et posant que le renvoi du contrat à un cahier des clauses administratives générales est une clause exorbitante, mais il s'agit là d'un rare espace de clarté dans la notion. En effet, l'exorbitance peut encore être constituée par le contrôle de l'administration sur son cocontractant. On remarque là encore la similitude avec l'identification du service public et on y retrouve les hésitations congruentes. Ainsi, l'exorbitance peut résulter d'un simple droit de surveillance et de contrôle⁵²⁹, mais encore d'exigences formulées par la personne publique à son cocontractant privé tel que le renvoi sans motif et sans indemnité pour un but de moralité publique⁵³⁰ ou de la combinaison de différentes obligations⁵³¹, combinaison qui ne pourra être appréciée, qu'au cas par cas. Le Tribunal des conflits a ainsi récemment indiqué que le contrôle des comptes n'était qu'un élément parmi d'autres permettant d'identifier un contrôle de la personne publique⁵³².

933. Parfois, la casuistique résulte non pas de la notion elle-même et de son application mais de la nécessité de rattacher certaines situations qui n'avaient pas été prévues à des notions qui, prises isolément sont assez claires. Il en va ainsi par exemple des prélèvements obligatoires. Certains d'entre eux ne se rattachent *a priori* à aucun prélèvements identifiés, il s'agit dès lors d'opérer des rapprochements avec ceux existant ou encore d'appliquer des critères plus généraux. Lorsqu'un prélèvement ne peut être

⁵²⁶ TC, 12 décembre 2011, Commune de Nouméa c/ Société Lima, n°3824, AJDA 2011.2502, obs. Brondel

⁵²⁷ TC, 17 octobre 2011, Mme Schwartz-Didier c/ centre hospitalier de Laragne, n°3809

⁵²⁸ CE, 3 juin 2009, Groupement d'intérêt public - carte du professionnel de santé, n°319103

⁵²⁹ CE, 8 janvier 1965, De Fonseca, Rec. CE, p. 7

⁵³⁰ TC, 20 avril 1959, Société nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires, Rec. CE, p. 866

⁵³¹ Cass. 1ère civ. 16 mars 1999, D. 1999, IR 100

⁵³² TC, 15 mars 2010, M. Anthony Dumontet c/ Commune de Vallon-en-Sully, n°3755, AJDA 2010.586

qualifié ni d'impôt direct ni d'impôt indirect, le juge décide qu'il se rapproche « d'actes et opérations de puissance publique » et se prononce en faveur de la compétence administrative⁵³³. Comme le soulignent J. Moreau et M.-A. de La Tournerie, « dans d'autres cas, beaucoup plus nombreux, la solution est choisie de façon plus *empirique*, en fonction des données de l'espèce ». Ainsi en va-t-il selon eux, par exemple, de la compétence administrative pour les surtaxes communales d'abattage⁵³⁴, les taxes pour frais de visite et de poinçonnage⁵³⁵, ou encore les redevances pour utilisations de locaux de vente dans un abattoir public⁵³⁶. De la même façon et plus récemment, le Tribunal des conflits a-t-il décidé en 2003, que le contentieux des redevances d'équipement des ports de plaisance relevait de la juridiction judiciaire en raison du rapprochement pouvant être fait entre ce prélèvement et les droits de douane⁵³⁷ au motif que le code des douanes soumet le premier aux régimes contentieux des seconds.

934. *In fine*, ces différentes notions, si elles permettent d'identifier l'objet de l'interprétation laissent malgré tout, par nature, un choix irréductiblement dépendant des faits de l'espèce à celui qui doit les appliquer.

Sous Paragraphe 3. Troisième situation : les principes doivent être conciliés entre eux.

935. Dans certains, il ne s'agit ni de décider de grands principes de compétences - décision par nature politique - ni de les appliquer mais de choisir entre ces derniers. Ce choix, est, lui aussi, de nature nécessairement politique. Pour autant, le but visé n'est pas du même ordre que dans la détermination des grands principes. Il s'agit, le plus souvent, de

⁵³³ Pour les taxes perçues au profit du Fonds forestier national : TC, 13 février 1961 Société Bourgogne-Bois, AJDA.1961.II.288; TC, 10 juin 1963, Werling c. Min. de l'Agriculture, Rec. CE, p. 783; CE, ass., 13 mai 1960, Cie d'exploitations et d'achat de rondins, Rec. CE, p. 327; ou encore pour les prélèvements effectués sur les sommes engagées au pari mutuel quant aux courses de lévrier : CE, 24 juin 1965, Dubonnet, Rec. CE, p. 417

⁵³⁴ CE, 15 mars 1961, Vanuini et autres, Rec. CE, p. 183; CE, 20 mars 1968 Ville de Saint-Lô c/ Bardot, Rec. CE, p. 866; CE, 17 juin 1970, Ville de Rouen, Rec. CE, table, p. 967

⁵³⁵ CE, 28 mars 1962, Mongour, Rec. CE, p. 228

⁵³⁶ CE, 25 juin 1975, Montpillié, Rec. CE, table p. 916

⁵³⁷ TC, 28 avril 2003, Debourain, n°3352, D.A. 2003, n°172

choisir en ayant pour objectif la clarté du droit et la bonne administration de la justice. L'exemple le plus net de cette opération de répartition des compétences réside dans la jurisprudence Berkani.

936. Dans une décision⁵³⁸ du 25 mars 1996, le Tribunal des conflits a abandonné la jurisprudence relative à la participation au service public dans le cadre de l'identification des agents publics. Le critère précédent a été remplacé par un critère plus global. Les agents travaillant pour le compte d'un service public administratif, géré par une personne publique - cette précision a été utilement apportée par une décision ultérieure⁵³⁹ rapidement prise par le Tribunal des conflits - sont des agents publics quelque soit leur fonction. Il s'agit d'un critère qui reste en partie fonctionnel puisqu'il s'attache à la nature du service public en cause mais qui se rapproche d'un critère purement organique, les personnes privées ne gérant que très rarement des services publics administratifs. Le choix qui a été fait l'a été dans un but de simplification de la jurisprudence et pour limiter la casuistique à laquelle le Tribunal des conflits avait eu à faire face au premier chef. Il a donc été créé un bloc de compétences au détriment d'une étude au cas par cas de l'activité exécutée par l'agent. Etude qui se justifiait au nom du principe de liaison de la compétence et du fond. Le critère organique a donc été préféré à celui de la liaison de la compétence et du fond. La conséquence de cette situation sera donc une clarification de la jurisprudence, une application facile au litige - quoique reste à déterminer la nature du service public et de l'organisme employant l'agent mais ce sont là des opérations qui sont beaucoup plus rarement problématiques - mais également l'application du droit administratif à des situations qui n'en relèvent logiquement pas.

937. Le Tribunal des conflits a, plus récemment, opéré un revirement en sens inverse. Il est en effet revenu sur la jurisprudence Société entreprise Peyrot⁵⁴⁰ en remplaçant un critère lié à la « nature » de l'activité par un critère fonctionnel commandé par le principe

⁵³⁸ TC, 25 mars 1996, Berkani c/ CROUS de Lyon Saint-Etienne, Rec. CE, p. 536, concl. Ph. Martin

⁵³⁹ TC, 3 juin 1996, Gagnant, Rec. CE, p. 542

⁵⁴⁰ Précitée.

de liaison de la compétence et du fond⁵⁴¹. La jurisprudence Peyrot posait que les marchés de travaux passés entre les concessionnaires d'autoroute et des entreprises privées avaient la nature de contrat administratif. Il s'agissait d'une solution basée sur la nature particulière de l'activité et de son lien nécessaire avec un régime de droit public. Il s'agissait donc de faire suivre la compétence mais l'application du droit public avait une visée finaliste extrêmement marquée qui se détachait complètement de l'activité matérielle elle-même. La jurisprudence Peyrot pouvait presque s'analyser comme une jurisprudence fondée sur le critère organique. En effet, la société concessionnaire était considérée comme agissant pour le compte de l'Etat. Ainsi, le Tribunal des conflits revient, dans la lignée d'une autre jurisprudence rendue en matière d'ouvrage public⁵⁴², à une conception fonctionnel permettant de constater l'absence de nécessité d'appliquer le droit public à ces contrats. Dès lors, on peut dire que le critère organique a été abandonné au profit du principe de liaison de la compétence et du fond et ce à l'inverse de la jurisprudence Berkani.

938. On peut relever d'autres cas dans lesquels il a fallu opérer un choix entre deux chefs de compétence aux mérites équivalents. Dans le contentieux du domaine privé, la compétence de principe du juge judiciaire a par exemple dû s'incliner devant la présence d'une clause exorbitante dans un contrat⁵⁴³. Les travaux publics ont aussi pour effet d'emporter la compétence du juge administratif malgré le fait qu'ils soient effectués sur le domaine privé. Dès lors que les travaux sont qualifiés de travaux publics, la compétence du juge judiciaire s'efface. Or, la notion de travaux publics est connue pour son caractère attractif. Pourtant, face à la compétence du juge judiciaire, la tendance semble être à l'interprétation strict de la notion. La jurisprudence Abamonte⁵⁴⁴ représente ce mouvement

⁵⁴¹ Tribunal des conflits, 9 mars 2015, Société des Autoroutes du sud de la France c/ Garage des pins, n° 3992, AJDA 2015. 481

⁵⁴² TC, 16 juin 2014, Sté d'exploitation de la Tour Eiffel c/ Séchaud-Bossuyt et autres, n°3944, précitée, d'ailleurs citée par Nathalie Escaut – RFDA 2015. 270 - dans ses conclusions sur l'affaire Société des Autoroutes du sud de la France

⁵⁴³ Solution *a contrario* : TC, 20 février 2008, M. et Mme V. c/ Courly, n° 3623; TC, 17 novembre 1975, Leclert, Rec. CE, p. 800; CE, 30 janvier 1980, Ville de Paris, Rec. CE, p. 55

⁵⁴⁴ CE, section, 28 novembre 1975, ONF c/ Abamonte et CPAM de la Haute-Saône, Rec. CE, p. 601

mais elle a été fortement critiquée. Quoiqu'il en soit de cette controverse, il est intéressant de constater que, si la compétence administrative pour les travaux publics l'emporte systématiquement sur celle du juge judiciaire relative au domaine privé, cette prééminence ne va pas de soi. Elle n'est pas remise en cause directement mais elle tente de l'être par une appréciation stricte de la notion de travaux publics. Cette tentative est problématique dans la mesure où la notion de travaux publics est naturellement en jeu dans d'autres cas que dans sa confrontation avec la compétence du juge judiciaire en matière de domaine privé. Dès lors, les solutions adoptées dans cette opposition pourraient avoir un impact dans d'autres domaines ou, plus probablement, impliquer des contradictions dans l'identification des travaux publics selon les domaines.

939. On peut encore citer la jurisprudence, surprenante de prime abord, qui fait primer le régime de compétence du rapport entre un service public industriel et commercial et ses usagers - c'est-à-dire la compétence du juge judiciaire - sur la présence d'une clause exorbitante du droit commun⁵⁴⁵. Cette jurisprudence peut en réalité se comprendre si l'on continue d'identifier la clause exorbitante à une volonté de se placer dans un régime de droit public. Une telle volonté doit logiquement plier devant le régime des services publics industriels et commerciaux puisque l'application du droit privé leur est constitutif, il sert même à les identifier. Cependant, si la solution se comprend, il n'en reste pas moins que la solution procède d'un choix qui aurait pu être différent. Ainsi, en ce qui concerne les fournisseurs des services publics industriels et commerciaux, la solution est-elle opposée, la clause exorbitante emportant le caractère administratif du contrat et la compétence du juge administratif⁵⁴⁶. En témoigne également l'arbitrage fait en faveur du juge administratif lorsque l'action des usagers d'un service public concerne un accident survenu

⁵⁴⁵ CE, section, 13 octobre 1961, Ets Companon- Rey, Rec. CE, p. 567; décision confirmée par le Tribunal des conflits : TC, 17 décembre 1962, dame Bertrand c/ Commune de Miquelon, Rec. CE, p. 831

⁵⁴⁶ CE, section, 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant, Rec. CE, p. 48; TC, 24 avril 1978, Sté Boulangerie de Kourou, Rec. CE, p. 645

sur un ouvrage public⁵⁴⁷. La solution est la même lorsque l'usager subit un préjudice lié à l'occupation du domaine public⁵⁴⁸.

940. On peut encore citer la jurisprudence en vertu de laquelle la règle qui veut que la responsabilité des personnes privées ne puisse être engagée devant le juge administratif s'incline devant le caractère attractif des travaux publics puisque ce dernier peut en connaître si les premières ont participé à de tels travaux⁵⁴⁹. Citons enfin l'arbitrage effectué en faveur de la compétence du juge administratif pour connaître des actes de tutelles qui efface celle relative aux services publics industriels et commerciaux⁵⁵⁰.

941. A présent qu'ont été identifiés les différentes opérations de répartition des compétences contentieuses, il est possible de comprendre quel peut-être le rôle du Tribunal des conflits dans chacune d'entre elles.

Paragraphe 2. Le Tribunal des conflits et la répartition des compétences

942. La structure de la répartition des compétences juridictionnelles empêche le Tribunal des conflits - comme tout autre institution - d'en être un expert. Cela se vérifie dans les différents cas de figure de la matière (Sous Paragraphe 1), ce qui conduit à relativiser le rôle nouveau que la réforme de 2015 entend lui donner dans l'ordre juridique français (Sous Paragraphe 2).

Sous Paragraphe 1. La place de la jurisprudence du Tribunal des conflits vis-à-vis de celles des juridictions suprêmes

943. Le Tribunal des conflits, il faut le constater, n'a pas de spécificité dans le droit matériel de la répartition des compétences. Il y prend une part importante, en raison

⁵⁴⁷ CE, 9 juin 1971, Entreprise Lefebvre, Rec. CE, p. 424 ou encore CE, 16 juin 1978, Ets Peperiot et Cie, Rec. CE, table, p. 738

⁵⁴⁸ TC, 13 décembre 1976, Epx Zaoui, Rec. CE, p. 706, D. 1977.434, note Moderne AJDA 1977.II.438

⁵⁴⁹ CE, section, 29 janvier 1971, Association « Jeunesse et Reconstruction », Rec. CE, p. 81

⁵⁵⁰ CE, 23 mai 1980, Carpentier, Rec. CE, table, p. 643

naturellement de ses modes de saisine, mais on chercherait vainement à établir, quant aux solutions adoptées, une spécificité à la jurisprudence du Tribunal par rapport à celle du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. On constate, dans de nombreux domaines, que le Tribunal des conflits est aussi souvent à l'origine de la solution jurisprudentielle à une difficulté de compétence que le Conseil d'Etat. C'est sans doute moins vrai pour la Cour de cassation et cela s'explique aisément. En effet, l'ordre juridictionnel judiciaire est moins préoccupé par les problèmes de répartition des compétences que l'ordre juridictionnel administratif. Cela s'explique historiquement et matériellement. Historiquement, le droit administratif est issu de l'attitude d'expansion des autorités administratives. Il a acquis son autonomie avant d'exister matériellement. Matériellement, ensuite, le droit administratif s'est construit comme un droit dérogatoire autonome. A certaines situations, encore aujourd'hui seulement partiellement identifiées comme en témoigne la controverse vivace entre le service public et la puissance publique envisagés comme fondements rivaux du droit administratif, correspond l'application d'un droit spécifique. Le droit privé est bien appelé le droit *commun*. Le droit commun a, par définition, vocation à s'appliquer à toutes les situations, y compris donc celles dont on l'exclut. Si cette exclusion était levée, il retrouverait son applicabilité. Il n'en va pas de même du droit administratif. Ce dernier a vocation à s'appliquer à des situations spécifiques. Il est certes possible d'en étendre abusivement le champ et le pouvoir exécutif, souvent par autoritarisme, a usé de cette possibilité durant certaines périodes de l'histoire. Pour autant, le droit administratif reste un droit structurellement menacé, tout comme l'est la juridiction administrative. Ils doivent donc respectivement être tous deux particulièrement attentifs à leur délimitation et à leur compétence. Il est donc naturel de constater dans l'élaboration ce que l'on pourrait appeler le droit de la répartition des compétences - c'est-à-dire l'ensemble des solutions juridiques permettant la répartition des compétences et la résolution des difficultés qu'elle pose - la place prééminente du Conseil d'Etat par rapport à celle de la Cour de cassation. Le Conseil d'Etat, par nature, et le Tribunal des conflits, par ses modes de saisine ont donc des rôles particuliers. Cependant, la Cour de cassation est également à l'origine de certaines solutions.

944. Par ailleurs, le juge judiciaire suit de façon presque systématique les solutions adoptées par le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat et ne fait jamais aucune différence basée sur le fait que la solution provienne de l'un ou de l'autre. C'est toujours le droit matériel qui l'emporte.

945. Il faut donc conclure ceci : le droit matériel de la répartition des compétences pourrait se faire sans le Tribunal des conflits et ce dernier n'apporte rien, par sa composition spécifique, aux solutions adoptées. Cette conclusion tranche naturellement très fortement avec ce que nous définissions plus haut comme l'office du Tribunal des conflits. La nécessité de son intervention et donc de son existence ne peuvent être mises en doute dans les cas de figures procéduraux que nous avons identifiés. Cette conclusion est étayée par l'analyse du rôle de la jurisprudence du Tribunal des conflits dans chaque type de difficulté de compétence.

Sous Paragraphe 2. La portée de la jurisprudence du Tribunal des conflits dans les différents cas de figure posés par la répartition des compétences

946. Pour comprendre le rôle du Tribunal des conflits, il faut expliquer qu'il représente, à des titres et avec une actualité différente, deux figures, celle du dialogue et celle de l'autorité (1). Ce sont les vertus de l'autorité et du dialogue qui seront examinées dans les différents cas de figure posés par la répartition des compétences (2).

1. La place de l'autorité et du dialogue

947. Le Tribunal des conflits se présente aujourd'hui comme une instance de dialogue. Il peut aussi être perçu, il l'a incontestablement été et continue à l'être, comme une instance d'autorité. Cependant, les évolutions récentes tendent à le présenter avant tout comme un organe de dialogue permettant de résoudre, par ce biais, les difficultés jurisprudentielles de la répartition des compétences. Nous démontrerons que son rôle jurisprudentiel est secondaire et que le dialogue que l'institution l'est, par liaison, également. La question qui se pose est donc celle du choix entre autorité et dialogue dans les différents cas de figure posés par la répartition des compétences.

948. La première mission de la jurisprudence en matière de répartition des compétences est, on l'a vu, de fixer les grands principes de cette dernière. La deuxième est d'appliquer ces grands principes et la troisième consiste à les concilier entre eux, c'est à dire à décider lesquelles doivent primer et lesquels doivent s'effacer.

949. Ces trois types de missions donnent lieu à ce que l'on doit appeler une politique jurisprudentielle. Nous entendons le terme de politique comme décrivant une opération de décision ne pouvant être fondée sur la seule technique, sur la seule science. Il s'agit donc d'une décision qui intervient soit en méconnaissance de la technique (c'est fort peu pratiqué voire inexistant dans les démocraties libérales) soit au-delà de la technique, quand la technique laisse plusieurs options. Il y a donc un choix qui peut être justifiée par différentes considérations (morales, administratives, plus largement philosophiques).

950. Il serait vain de prétendre qu'un Etat ne peut pas fonctionner sans droit administratif ou sans dualité de juridiction. Il serait complexe de comprendre l'ensemble des tenants et aboutissants du système français et d'identifier ainsi quels sont les avantages spécifiques et les inconvénients concédés portés par ce dernier. Les considérations historiques et sociales (rôle de la dualité de juridiction dans le concept français de service public) sont inextricables. Elles sont pour autant bel et bien présentes et il faut constater que ce sont sur elles que repose le choix politique dont est issue la nécessité de répartir les compétences contentieuses.

951. La prise de décisions de nature politique et non seulement juridique peut être de différente valeur, elle peut se faire à différentes échelles. La définition des grands principes est naturellement l'échelle la plus générale. La casuistique impliquée par l'application de ces grands principes est la plus réduite. La conciliation des principes entre eux se situe à un échelon intermédiaire. Il faut se demander, à ces trois échelons, quels peuvent être la place du dialogue et de l'autorité. Si l'idée d'autorité est liée à celle de décision de nature politique, elle n'exclut pas nécessairement le dialogue.

2) Autorité et dialogue dans les cas de figure posés par la répartition des compétences

952. Il s'agira donc d'étudier le cas de la fixation des grands principes (2.1), celui de leur application (2.2), et enfin celui de leur conciliation (2.3).

2.1. La fixation des grands principes de répartition des compétences

953. La détermination des grands principes de répartition des compétences a été faite par le juge administratif et le Tribunal des conflits avant que le législateur n'y prenne une part déterminante. Lorsqu'il l'a fait à la Révolution, c'est sur des interprétations extensives du Tribunal et du Conseil d'Etat que s'est dessinée la répartition des compétences. La tâche était simple et très politique. Il s'agissait de protéger l'administration et de permettre au pouvoir exécutif de gouverner très librement. L'idée Napoléonienne est un développement des droits privés et de leur protection par un juge judiciaire présentant des garanties d'indépendance mais également une grande liberté pour l'administration passant par une maîtrise organique de son contentieux. Les rapports entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire n'étaient pas propices au dialogue. Il s'agissait pour le premier d'affirmer sa prééminence sur le second.

954. Il n'est pas exagéré de dire qu'aujourd'hui, les grands principes qui régissent la répartition des compétences et que nous avons évoqué sont fixés. Le rôle actuel du Tribunal des conflits est donc, de ce point de vue, inexistant, pour cette simple raison temporelle. En outre, si des grands principes, de cette nature, devait encore être fixés à l'heure actuelle, il n'est pas douteux que, dans notre système constitutionnel, la loi s'en chargerait. Le législateur a en effet pris une part importante dans la répartition des compétences.

955. Le rôle du Tribunal des conflits dans la création de ces grands principes est bien connu. Qu'il s'agisse de l'arrêt fondateur de l'autonomie du droit administratif Blanco⁵⁵¹ ou des jurisprudences en matière de faute personnelle et faute de service⁵⁵². Il a également

⁵⁵¹ Préc.

⁵⁵² Préc.

joué un rôle dans des déterminations plus récentes. Dans ces différents cas de figure, c'est en tant que figure d'autorité et non de dialogue que le Tribunal des conflits a eu un rôle à jouer. Il s'agissait de faire primer les intérêts de l'administration et d'imposer aux juges judiciaires la solution. Il ne s'agissait en aucun cas de les consulter. Le Tribunal des conflits se comportait alors comme le Conseil d'Etat lorsqu'il avait en charge les conflits d'attribution. La place du juge judiciaire était anecdotique. Le Tribunal des conflits n'apportait pas plus de garanties que son prédécesseur dans sa mission et l'intervention du Garde des Sceaux dans de rares cas de départage ne faisait que le confirmer ponctuellement.

956. La fixation des grands principes de répartition des compétences se situe à une échelle trop politique pour que le dialogue entre l'administration et le juge judiciaire ou encore entre les juges judiciaires entre eux puisse y jouer un rôle quelconque. Le Tribunal des conflits n'a donc pas vocation à être un lieu de dialogue mais d'autorité dans ce cas de figure.

2.2. L'application des grands principes de répartition des compétences

957. Nous en avons donné suffisamment d'exemples, l'application des grands principes donne bien souvent lieu à une forte casuistique. Nous avons également précisé entendre par casuistique l'impossibilité de trouver une solution au litige en application seule des principes applicables et sans considérer les faits de l'espèce. Cette casuistique est intrinsèque à certaines notions. La politique jurisprudentielle, le fait pour la jurisprudence de prendre une décision au-delà de la technique, se cantonne alors à ses fondements. Puisque ce sont les faits de l'espèce qui déterminent la solution, la portée jurisprudentielle de la solution ne peut s'étendre qu'aux mêmes faits. La solution est fixée pour un cas particulier. Elle pourra avoir un impact sur d'autres cas particuliers uniquement dans la mesure où le juge pourra rechercher une cohérence entre différents cas particuliers. Alors, la solution adoptée dans un cas deviendra, indirectement, une des circonstances de l'espèce.

958. On le comprend aisément, le dialogue entre deux ordres de juridictions proposé par le Tribunal des conflits ne peut avoir dans ce cas de figure, aucune utilité. La casuistique implique que, quelque soit l'autorité qui prend la décision, une autre décision aurait pu être prise, tout aussi légitimement, par une autre autorité. La casuistique ne naît pas d'un désaccord ou d'une mauvaise connaissance du droit. Elle naît de la notion à appliquer et rend simultanément correctes et donc légitimes plusieurs solutions. Or, le dialogue permis par le Tribunal des conflits a bien pour vocation de permettre soit une meilleure connaissance de la pratique juridictionnelle d'un ordre juridictionnel par un autre - ce qui est discutable, il s'agira d'y revenir - soit de donner une certaine légitimité à la décision en raison de la participation des deux ordres juridictionnels. Les difficultés engendrées par la casuistique ne résultant ni d'une méconnaissance de la jurisprudence de l'autre ordre ni d'un problème de légitimité puisque la casuistique donne elle-même la légitimité à toutes les solutions possibles (ce qui ne signifie naturellement pas que toutes les solutions fassent parties des solutions possibles - la casuistique ne permet pas n'importe quelle solution, elle permet plusieurs solutions), le dialogue semble inutile les concernant. Le rôle du Tribunal des conflits ne saurait donc être celui d'un organe de dialogue. Le rôle de sa jurisprudence ne peut être considéré comme permettant que soient trouvées de meilleures solutions, plus rationnelles ou plus légitimes. Il est, au même titre que les autres juges, soumis au caractère essentiellement casuistique de certaines notions. Ses décisions n'apporteront rien de plus à l'ordre juridique que celles des autres juges et son éventuel positionnement comme spécialiste du droit des compétences ne pourrait rien y changer non plus.

959. Dans tous les cas d'application des principes de répartition des compétences impliquant une casuistique le rôle du dialogue est inutile et le Tribunal des conflits est réduit à sa spécificité procédurale. C'est-à-dire qu'il n'est utile qu'en tant qu'il intervient pour des motifs procéduraux particuliers. On peut donc en déduire que dans ces cas, qui sont très nombreux, une saisine du Tribunal des conflits serait tout à fait inutile. Aucune cohérence ou unité de la jurisprudence ne pourrait en être attendue, chaque cas étant, par nature indépendant. Par ailleurs, en ce qui concerne la cohérence sur un même cas, le juge

cherchant la cohérence dans la jurisprudence n'a pas besoin de renvoyer au Tribunal pour appliquer les solutions d'un autre juge.

2.3. Le rôle de la jurisprudence du Tribunal des conflits dans la conciliation entre les grands principes de répartition des compétences

960. L'application des principes de répartition des compétence appelle parfois un choix entre eux. Plusieurs exemples ont été donné et il a également été mis en lumière que cette conciliation appelait, elle aussi, une décision de nature politique. Aucun principe juridique externe aux principes en conflit ne permet de résoudre ces situations. Il faut donc faire un choix externe au droit, politique.

961. C'est donc, là encore, l'autorité du Tribunal des conflits qui lui sera avant tout utile. Pour autant, dans une telle situation, ses fonctions de dialogue permettront également d'améliorer la situation de la répartition des compétences. On peut en effet soutenir que, dans la mesure où une solution est politique, elle appelle une décision et donc une autorité pour la prendre. Cependant, dialogue et décision ne sont évidemment pas incompatibles. Dès lors, l'avantage du dialogue ne résidera, à notre sens, pas tant dans la qualité matérielle de la décision que dans sa légitimité.

962. En effet, il nous semble curieux de prétendre que chaque juge est isolé dans son ordre juridictionnel et n'aurait accès à la pratique juridictionnelle de l'autre qu'à la faveur des séances du Tribunal des conflits. Que ces séances soient effectivement l'occasion d'échanges enrichissants, c'est indéniable à en croire les témoignages des membres de l'institution. Que ces échanges soient nécessaires pour parvenir à des solutions juridiquement satisfaisantes en matière de répartition des compétences, c'est douteux. En revanche, puisqu'une conciliation entre des principes appelle une décision et une certaine autorité, la délibération commune entre les deux ordres que permet le Tribunal permet sans aucun doute de donner à la solution un caractère tout à fait incontestable. La jurisprudence du Tribunal des conflits est alors, dans cette situation particulière, utile grâce à son mode d'élaboration et non pour ses qualités intrinsèques.

963. Elle est utile mais elle prive les deux ordres de juridiction de la possibilité d'affirmer la primauté d'un principe de répartition sur un autre. Elle les prive d'une souveraineté quant à leur compétence. Le choix qui leur est laissé de saisir ou de ne pas saisir révèle cet enjeu et la volonté de ne pas franchir la ligne de leur indépendance.

964. Parfois, la conciliation des principes n'implique que de trouver le critère le plus aisé à mettre en oeuvre, dans le souci d'une bonne administration de la justice. Dans ce cas là, s'agissant de qualités matérielles intrinsèques à la solution, le Tribunal perd son caractère utile ou spécial.

3) Le caractère secondaire du rôle jurisprudentiel du Tribunal des conflits

965. Il est donc possible de conclure à présent quant au rôle de la jurisprudence du Tribunal des conflits en matière de répartition des compétences. Les différents cas de figure dans lesquels il intervient et leur analyse permet de comprendre que ce rôle est secondaire. Il faut bien distinguer selon que l'on traite de la place de la jurisprudence du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique de façon générale ou bien au sein du Tribunal lui-même. Notre démarche a consisté à étudier les deux de façon concomitante et la place de la jurisprudence dans l'ordre juridique a permis de comprendre celle qui était la sienne au sien du Tribunal lui-même.

966. Dans le cadre de la fixation des grands principes, le rôle de la jurisprudence du Tribunal des conflits est aujourd'hui nulle. Dans le cadre de l'application des grands principes, elle n'apporte rien de spécifique en raison de la nature casuistique de l'opération. Dans le cadre de la conciliation entre les grands principes, le Tribunal des conflits peut-être utile à travers sa jurisprudence, là est sa plus-value. Cependant, le choix laissé aux juridictions de l'ordre initialement saisi du litige rend cette intervention secondaire. L'indépendance laissée aux ordres de juridictions du fond révèle le caractère secondaire de la jurisprudence du Tribunal des conflits. Cette dernière ne serait une plus-value pour l'ordre juridique que si elle était systématique. Il est difficile de comprendre pourquoi sur une matière, il s'agirait pour le Tribunal d'intervenir et dans d'autres de

laisser à chaque ordre juridictionnel la possibilité de procéder à une conciliation autoritaire entre les principes de répartition des compétences. Cet entre-deux est révélateur de l'impossibilité actuelle de donner au Tribunal des conflits un rôle prépondérant en matière de répartition des compétences contentieuses. Il ne peut, à ce jour, du point de vue de sa jurisprudence, que rester un acteur parmi d'autres.

967. Aujourd'hui, quant à la répartition des compétences, le Tribunal des conflits est organisé autour de la naissance d'un doute sur la compétence juridictionnelle. Le juge du fond peut saisir le Tribunal s'il hésite sur la compétence. Cette condition de possibilité de la saisine repose sur une volonté d'améliorer le fonctionnement de la justice et d'éviter les erreurs. Il s'agit là d'une conception problématique puisqu'elle remet en cause la plénitude de compétence des juridictions du fond. On ne peut encourager chaque juge à se délaisser des problèmes de compétences pour les renvoyer à un expert que serait le Tribunal des conflits. Cette conception repose sur l'idée que le doute naîtrait de la méconnaissance des règles de compétence en raison des pratiques de l'autre ordre juridictionnel. Dès lors, seul un organe composé de juges de deux ordres juridictionnels pourrait être à même de régler la situation problématique. C'est une vision qui paraît contestable et qu'il s'agit de remettre en cause en étudiant la réforme du Tribunal des conflits issue de la loi de 2015.

Section 2. La relativisation du caractère juridictionnel du Tribunal des conflits

968. Le caractère juridictionnel du Tribunal des conflits, bien qu'affirmé par la doctrine ou par la jurisprudence⁵⁵³, reste mal identifié. Lui est souvent associé le caractère de juridiction « particulière ». Il faut donc s'attacher à établir ce caractère juridictionnel. Ce faisant, il apparaîtra qu'il peut être relativisé. Ainsi, les conséquences juridiques devant en être tirées devront elles être à la mesure de cette qualification et principalement des exigences résultant de l'impartialité qui s'y attache.

⁵⁵³ TC, 18 mai 2015, M. K, n°3995.

969. Si le Tribunal des conflits est difficile à qualifier c'est qu'il est difficile de s'entendre sur la notion de juridiction elle-même. Il faut donc commencer par se positionner sur ce point (Paragraphe 1) avant d'appliquer cette position au Tribunal des conflits (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La notion de juridiction retenue

970. La notion de juridiction est controversée en doctrine. Certains critères sont posés sans parvenir à réunir systématiquement définition et identification, obligeant parfois à observer le régime pour constater la nature de l'organe (Sous paragraphe 1). Une définition doit cependant être retenue (Sous paragraphe 2) afin de permettre une identification de la nature du Tribunal des conflits.

Sous paragraphe 1. Les critères de la juridiction et leurs difficultés

971. Définir ne permet pas toujours d'identifier. Cependant, certains auteurs semblent inclure dans leur définition de la juridiction des éléments de régime pouvant servir à leur identification (1). Ce paradoxe, bien que classique, pose problème lorsqu'il s'agit, comme pour le Tribunal des conflits, de s'interroger précisément sur les garanties devant encadrer son fonctionnement. Ainsi, qu'il s'agisse des modalités formelles ou matérielles d'identification (2), elles demeurent peu satisfaisantes pour l'opération de qualification du Tribunal des conflits (3).

1. Définition et identification

972. La plupart des ouvrages de contentieux administratif ou de droit administratif se contentent de donner les critères d'identification d'une juridiction. Certains ignorent même totalement cette question.

973. Comme l'explique pertinemment les auteurs de la *Théorie générale du Procès*⁵⁵⁴, la question est finalement abordée de façon différente selon les objectifs de ceux qui se la posent. Ainsi, les privatistes se sont intéressés à la question lorsqu'ils cherchaient à définir le rôle du procureur de la République. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, il s'agit de s'interroger sur l'applicabilité de la Convention. Une conception plus ou moins large de la notion de juridiction apparaît donc en fonction des finalités de la question. Pour les publicistes, la question se pose le plus souvent à propos d'organes a priori administratifs ayant des compétences en matière de résolution de litiges. Il peut s'agir par exemple des ordres professionnels ou encore des autorités administratives indépendantes. La question devient alors celle des garanties qu'il convient d'appliquer à ces modes de résolution des litiges. La qualification de juridiction entraînant l'application de ces garanties. Le critère central de définition est la résolution d'un litige. Cependant, certains organes administratifs disposent du pouvoir de résoudre un litige sans pour autant se voir attribué par la jurisprudence ou par la doctrine le caractère de juridiction.

974. Les auteurs en ont déduit que le critère fonctionnel de résolution d'un litige était insuffisant et qu'il fallait s'attacher, pour définir (et bientôt seulement reconnaître) une juridiction aux conditions dans lesquels ce litige était résolu. Pour M. Debbasch et M. Ricci⁵⁵⁵ la juridiction se définit par le pouvoir de résoudre des litiges et par l'autorité de la décision sur ce litige, son caractère définitif. De la même façon, J. Chevallier estime que « la fonction juridictionnelle implique donc un élément supplémentaire, d'ordre formel, qui constitue le véritable fondement de sa spécificité. Le propre de la fonction juridictionnelle est de vider une fois pour toutes le contentieux⁵⁵⁶ ». Or, ce caractère définitif n'est pas un critère de définition, il est une conséquence de la fonction de juger. Il peut donc servir pour l'identification mais pas pour la définition. En effet, d'abord, il est possible de régler définitivement un litige sans le droit mais surtout si le contentieux est vidé c'est précisément parce qu'il y a application du droit, donc le raisonnement est fait à

⁵⁵⁴ Loïc Cadet, Jacques Normand, Soraya Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2013

⁵⁵⁵ Charles Debbasch, Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2001.

⁵⁵⁶ Jacques Chevallier, *Réflexions sur l'arrêt "Cadot"* (1889), *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1989, n° 9, pp. 90-91.

l'inverse de sa logique. Le fondement n'est pas le caractère définitif, c'est l'application du droit. L'application du droit entraîne le caractère définitif parce que si le droit a été appliqué, il n'y a aucune raison de revenir sur la décision. La seule raison serait en définitive de s'assurer systématiquement que le droit est bien appliqué. Ainsi, si l'on prévoit une procédure juridictionnelle après une procédure administrative c'est pour s'assurer, d'un point de vue systémique, que le droit est appliqué. Il en va de même pour les voies de recours juridictionnelles contre des décisions juridictionnelles. Elles ne signifient pas que les premières ne soient pas juridictionnelles, bien qu'elles ne soient pas définitives. Le caractère définitif ne peut donc être inséré dans la définition. Il est une conséquence et peut exister même sans la fonction juridictionnelle.

975. Les garanties procédurales elles-mêmes sont parfois intégrées à la définition. Ainsi, J. Chevalier indique encore que « si les actes juridictionnels sont investis de cette autorité, c'est parce qu'ils émanent d'organes qui, par leur mode de recrutement, leurs principes de fonctionnement et la procédure qu'ils observent transforment les données du débat contentieux : les garanties qui leur sont accordées *font*⁵⁵⁷ de ces organes de véritables tribunaux et aboutissent corrélativement à la juridictionnalisation de la fonction contentieuse qu'ils exercent⁵⁵⁸ ». Les garanties constitueraient donc la juridiction, elles s'intégreraient donc à sa définition et, ainsi, lorsqu'elles ne seraient pas présentes, il n'y aurait pas juridiction. Le raisonnement est tautologique.

976. Ces défauts de définition sont causés par la nécessité d'identifier la juridiction. Plusieurs méthodes sont appliquées.

2. Identifications formelle et matérielle

⁵⁵⁷ Nous soulignons.

⁵⁵⁸ Jacques Chevallier, *Réflexions sur l'arrêt "Cadot" (1889)*, *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1989, n° 9, pp. 90-91.

977. René Chapus a mis en avant dans son article⁵⁵⁹ sur la jurisprudence de Bayo⁵⁶⁰ que la qualification de juridiction était, pour le juge administratif, constitué par la matière traitée. La matière disciplinaire serait ainsi, par nature, un moyen d'identification de la juridiction. Tout organe chargé de résoudre des litiges en matière disciplinaire est une juridiction et doit donc appliquer les garanties juridictionnelles.

978. L'identification formelle consiste à constater l'existence de garanties et à en déduire la qualité de juridiction. Ainsi, si la loi a établi des garanties relatives au contradictoire de la procédure, à l'impartialité ou aux voies de recours, l'organe en charge du litige sera qualifié de juridiction.

979. O. Gohin indique le critère formel prévaut sur le critère matériel dans le processus d'identification.

3. Des méthodes insatisfaisantes

980. Les méthodes d'identification proposées ne sont pas entièrement satisfaisantes. Elles posent problème dès lors qu'il s'agit de se demander si une garantie juridictionnelle doit être appliquée à un organe. La question s'est posée pour les voies de recours de l'opposition et de la tierce opposition ou encore pour la récusation d'un membre du Tribunal ou pour l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

981. La réponse donnée à ces questions est d'ailleurs toujours la même. Soit la garantie est ajoutée au régime du fonctionnement du Tribunal au motif que le Tribunal des conflits est une juridiction soit elle n'est pas ajoutée au motif que, bien qu'étant une juridiction, celui-ci reste une juridiction *particulière*. Ceci sans que ne soit fait le lien entre

⁵⁵⁹ René Chapus, *Qu'est-ce qu'une juridiction? La réponse de la juridiction administrative*, Mélanges Charles Eisenmann, éd. Cujas, 1975, p. 265.

⁵⁶⁰ René Chapus, *Qu'est-ce qu'une juridiction? La réponse de la juridiction administrative*, Mélanges Charles Eisenmann, éd. Cujas, 1975, p. 265. extrait de l'arrêt De Bayo p. 63 : « eu égard à la nature de cette matière et quelles que soient les formes dans lesquelles elles interviennent, le caractère de décisions rendues par une juridiction ».

la particularité et la soustraction à la garantie en question. Il s'agit donc de choisir une définition de la juridiction qui permette d'identifier une juridiction et dès lors de déterminer son régime applicable. Ce régime n'est pas uniforme selon les juridictions. Le Tribunal des conflits est en effet une juridiction particulière mais il faut faire le lien entre la particularité et la différenciation de régime pour la fonder logiquement et, partant, juridiquement.

Sous paragraphe 2. La notion retenue

982. Il est préférable d'utiliser une définition fonctionnelle (1) dont les conséquences permettent de comprendre les variations de régime juridique (2).

1) L'utilisation d'une définition fonctionnelle

983. O. Gohin distingue dans son manuel⁵⁶¹ entre la fonction contentieuse et la fonction juridictionnelle. Il faut caractériser cette distinction. Soit il s'agit simplement d'une question de vocabulaire, soit elle révèle une véritable différence de nature. En effet, la question de la définition de la juridiction peut-être reformulée. Dans quelles conditions la résolution d'un litige constitue-t-elle une fonction juridictionnelle? Pour y répondre, il est possible de prendre cette question a contrario. Dans quelles conditions la résolution d'un litige peut-elle être faite sans la fonction juridictionnelle? Que signifie la résolution d'un litige de façon non juridictionnelle? La présence de garanties pourrait faire la différence mais il a été vu qu'elle n'est qu'une conséquence. Qu'est-ce que résoudre un litige? Cela peut être deux choses. Soit une réalisation du droit existant, soit la création d'une norme applicable à l'espèce.

984. Une définition plus arrêtée peut être retenue. Elle permet d'exclure les éléments de régime du processus d'identification, de procéder ainsi à une identification fonctionnelle, de déduire de cette définition les garanties devant être appliquées et de sortir ainsi du raisonnement tautologique.

⁵⁶¹ Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, 2014, p.

985. La juridiction peut être définie comme l'organe qui résout un litige soit en application du droit soit, à défaut et seulement à défaut, en créant une norme nouvelle qui aura valeur de norme uniquement pour le litige. Les garanties juridictionnelles ne font pas partie de la définition. Elles peuvent servir à son identification mais n'y sont pas nécessaires. Elles existent précisément pour que la fonction juridictionnelle puisse être exercée de façon adéquate. Elles sont donc des éléments de régime et non pas de définition ou même d'identification. Ainsi, un organe ayant la capacité de trancher un litige n'est pas juridictionnel si et seulement si il dispose du pouvoir de ne pas trancher le litige en droit. S'il tranche en équité ou en vertu de principes moraux ou religieux ou autres, il n'est pas juridictionnel. Le contrôle des décisions des organes tranchant un litige signifie qu'ils doivent eux-mêmes trancher le litige en droit. Sinon il ne s'agit pas de contrôle, il s'agit d'un office différent. Ce contrôle signifie donc que ces organismes contrôlés sont des juridictions. Elles exercent bien une fonction juridictionnelle. Le contrôle est mis en place pour permettre de meilleures garanties dans l'exécution de cette mission. Mal contrôler ou mal effectuer une fonction ce n'est pas la dénaturer. Par ailleurs, il faut noter que la qualification législative de l'organe ne saurait donc avoir, en toute logique, d'effet.

2) Conséquences théoriques de la notion de juridiction sur le principe d'impartialité

986. Si c'est le droit qui est appliqué et uniquement le droit - et certaines garanties peuvent alors encadrer la procédure à cette fin - alors la décision rendue aura, quel que soit l'organe ou les conditions dans lesquelles elle est rendue, la qualité de décision impartiale. Ou plutôt de partialité légitime. La norme étant élaborée de façon extérieure au litige, elle est nécessairement prise au regard de la situation dans laquelle se trouve les requérants et au regard d'une situation que la norme a précisément entendu encadrer. La norme a pris parti en faveur d'une situation plutôt que d'une autre. Et elle l'a fait en toute légitimité démocratique. Plutôt que d'impartialité il faudrait donc parler de partialité légitime car il y a naturellement toujours un parti à prendre. En ne faisant qu'appliquer le droit, le juge ne fait que réaliser la norme. Il ne fait que rétablir la situation dans ce qu'elle aurait du être. D'où la dimension rétroactive de sa décision. Le litige n'aurait jamais du exister dans un

environnement juridique théorique parfait. La fonction juridictionnelle n'est en cela qu'une réalisation rétroactive de la norme.

987. Lorsque le litige ne peut pas être tranché uniquement par l'application du droit, il faut tenter de faire réapparaître les conditions légitimes de production de la norme.

988. Juger c'est réaliser rétroactivement la perfection de l'ordre juridique. Soit en rétablissant l'application de la norme telle qu'elle aurait du être faite. Soit, à défaut, en produisant une nouvelle norme au cas conflictuel.

989. Dès lors, le régime juridique du jugement consiste à permettre les conditions soit du rétablissement de la norme soit de la production d'une norme nouvelle présentant les mêmes caractéristiques de légitimité démocratique que la norme non juridictionnelle qui devrait s'appliquer.

990. S'il n'y avait pas création de normes l'application de la norme suffirait à apporter toutes les garanties nécessaires à la réalisation de l'ordre juridique. Les garanties sont comprises dans la validité de la norme appliquée. Il n'y aurait donc pas besoin, en ce cas, d'un juge impartial. Le juge pourrait être absolument partial, cela n'importerait pas puisqu'il ne ferait qu'appliquer une norme qui, elle, par sa validité, est impartiale, ou en tous cas, légitimement partiale.

991. Cependant, il y a presque toujours création de norme dans l'opération de juger et, quoi qu'il en soit, un juge, au sens organique du terme, rencontre toujours des litiges où il y a création de normes. Dès lors, l'organisation de son fonctionnement nécessite la mise en place d'une légitime partialité (ou d'une impartialité).

992. En effet, la norme qui va être créée par le juge doit elle aussi être d'une partialité légitime. Il s'agit pour le juge de décider en faveur de la situation visée par la norme et non de qualités extérieures à cet objet qui s'attacheraient à une partie ou une autre. Qu'il s'agisse d'interprétation ou de création de norme importe peu, un élément normatif car obligatoire nouveau va apparaître dans l'ordre juridique et cet élément doit présenter les caractéristiques de toute norme. Il doit viser à réglementer une situation et non pas à

favoriser une partie pour des motifs illégitimes par rapport au cas d'espèce. En d'autres termes, il doit avoir une visée d'intérêt commun et non pas d'intérêt particulier. Il n'y a aucune raison que cette nouvelle norme, même ayant une portée limitée, ne présente pas les caractéristiques fondamentales des autres normes.

993. Et si la norme ne peut pas favoriser une partie plutôt qu'une autre dans l'élaboration de sa norme (la question ne se pose même pas dans l'application de la norme) c'est parce que les deux bénéficient de la protection juridique du principe d'égalité. L'impartialité du juge est donc une conséquence logique de sa fonction et du patrimoine juridique des parties placées devant lui. Elle est automatique lorsqu'il ne s'agit que d'appliquer la loi⁵⁶². Elle est d'avantage menacée quand le juge est face aux parties. Pourtant, en définitive, il s'agit bien de la même exigence.

994. Ainsi, la condition de mise en oeuvre de l'impartialité est l'égalité des parties devant le juge. Les garanties juridictionnelles peuvent donc varier en fonction du statut des parties au litige tranché par le juge. La définition choisie et ses conséquences étudiées, il faut à présent l'appliquer au Tribunal des conflits, pour le qualifier et déterminer le régime applicable devant lui.

Paragraphe 2. L'application de la notion de juridiction au Tribunal des conflits

995. Le Tribunal peut, grâce à la définition adoptée, être qualifié de juridiction quel que soit le régime juridique de son fonctionnement (Sous paragraphe 1). Indépendamment ainsi, tout spécialement, de la question de sa présidence. Il est ensuite également possible, grâce à cette définition non plus seulement d'évoquer sa particularité mais de la mettre en relation avec les différents éléments du régime juridique de son fonctionnement (Sous paragraphe 2).

⁵⁶² Quoi que sur ce point il faille aussi regarder les conditions d'élaboration de la norme générale, ce qui pose la question des groupements d'intérêts qui peuvent influencer le pouvoir normatif en faveur d'intérêts particuliers. De telles situations ne sont que des formes symétriques du problème d'impartialité recentré par le juge.

Sous paragraphe 1. La qualification juridictionnelle du Tribunal des conflits

996. Le Tribunal des conflits est une juridiction puisqu'il résout, au sens large, un litige (1) soit en application du droit soit en créant une norme qui s'appliquera au cas d'espèce. Il faut identifier les différents types de litiges qui se présentent à lui (2) afin d'en déduire ensuite le régime applicable.

1) La présence d'un litige

997. La fonction juridictionnelle a pour finalité la résolution pacifique des litiges. Il faut donc entendre la notion de litige au sens large. Toute opposition susceptible de créer des troubles que le droit entend régler pacifiquement doit être entendue comme un litige.

998. Il existe devant le Tribunal des conflits différentes formes de litige. Celui qui retient l'attention du point de vue de l'existence ou non d'une opposition méritant la qualification de litige est celui dans lequel l'opposition naît entre institutions, qu'il s'agisse du conflit positif ou du conflit négatif. Dans les deux cas, il y a bien un désaccord juridique entre deux autorités publiques.

999. La résolution de ce type d'opposition mérite elle aussi la qualification de litige. En effet, une opposition entre autorité publique porte atteinte à l'ordre public constitutionnel, à la bonne marche des institutions. Dès lors, sa résolution pacifique est une finalité légitime de l'ordre juridique. Il n'y a pas de parties personnes privées au conflit d'attribution mais les parties au procès qui donne lieu à conflit d'attribution sont concernées. La considération de ces dernières dans le conflit d'attribution pourrait sembler l'effet des évolutions récentes notamment dues à au droit européen du procès. Il n'en est rien. Déjà au XIXème siècle la question de l'impact de la procédure sur les parties était posée. Les termes de cette interrogation n'ont pas changé.

1000. D'une part, elles sont concernées très directement en raison du délai supplémentaire qu'un conflit d'attribution impose à leur procès. De ce point de vue, rien de convaincant. Si le conflit d'attribution est constitué, il est inévitable qu'il prenne du temps

et que les parties au procès aient à subir un délai de jugement plus long. Il s'agit bien sûr de s'assurer qu'il soit le moins long possible. Quoiqu'il en soit, ce délai n'intéresse pas les parties au procès initial de façon assez directe pour que l'on puisse considérer que leur présence seule suffise à justifier l'application de garanties juridictionnelles liées au débat sur la compétence. La question du délai et celle de la compétence sont distinctes.

1001. D'autre part, les parties n'ont aucun droit à la compétence juridictionnelle d'un ordre plutôt qu'un autre. Le conflit d'attribution met en jeu l'ordre public constitutionnel, la répartition des pouvoirs publics. C'est au législateur et à l'autorité appliquant la loi de déterminer les compétences. Le justiciable n'a qu'un droit, issu de la notion d'état de droit, celui de se voir appliquer correctement la loi. Les parties au procès au fond n'ont aucun intérêt juridique personnel à défendre de ce point de vue. L'existence d'une politique jurisprudentielle leur étant plus ou moins favorable ne leur donne aucun droit à la compétence d'un juge ou d'un autre. Elles seront jugées par l'organe compétent fixé par la loi ou son interprétation par une autorité désignée à cette fin. La possibilité de produire des moyens relatifs à la compétence ne leur confère pas ce droit. Elle n'est que le reflet d'un élément accusatoire de la procédure. C'est parce qu'un rôle pratique est donné aux parties qu'elles débattent sur la compétence. Elles n'y sont, en théorie, pas véritablement intéressées.

1002. En revanche, elles ont des droits procéduraux liés au respect du procès auxquelles elles sont pleinement parties. Ainsi, le conflit positif comme le conflit négatif ne doivent pas obérer l'exercice normal de leur droit au procès.

2) Les diverses formes du litige et la règle de l'impartialité

1003. Il y a plusieurs formes de litiges devant le Tribunal des conflits.

1004. Dans le cadre du conflit positif, le litige naît entre le pouvoir exécutif central, c'est-à-dire l'Etat, et le juge judiciaire. Dans le cadre du conflit négatif, le litige est constitué par l'opposition entre le juge administratif et le juge judiciaire. La procédure de saisine pour avis, soit par une cour suprême, soit par une cour inférieure, répond à une

logique de prévention relative soit au conflit positif soit au conflit négatif. Le Tribunal des conflits règle donc dans ces hypothèses un litige potentiel qui n'est pas encore constitué.

1005. Deux modes de saisine font intervenir des parties personnes privées. La loi de 1932 et le recours pour responsabilité du fait du dépassement du délai raisonnable de jugement. Dans le premier cas, le litige est un litige classique pouvant impliquer deux personnes privées, deux personnes publiques ou une ou plusieurs personnes publiques et privées. Dans le second, il s'agit d'une partie contre l'Etat.

1006. Il faut donc s'attacher à examiner l'application de principe de la règle de l'impartialité dans ces différents cas puisque cette règle est fondée sur l'égalité devant le droit entre les parties au litige.

1007. Lorsqu'il s'agit d'un litige entre autorités constitutionnelles, la règle de l'impartialité ne peut avoir le même sens que dans un litige entre personnes privées. La création de normes n'obéit pas aux mêmes principes lorsqu'il s'agit de personnes privées ou de personnes publiques ou d'institutions.

1008. Ainsi, il ne contrevient à aucune règle juridique de favoriser une autorité constitutionnelle au détriment d'une autre lors de la création d'une norme d'origine jurisprudentielle. Si le Tribunal des conflits, créateur (non-exclusif) de normes en matière de répartition des compétences, décide de favoriser l'administration par rapport au juge judiciaire, rien ne l'en empêche. En revanche, comme tout juge, s'il décide de favoriser une partie personne privée par rapport à une autre en dehors de tout fondement juridique, il méconnaît le principe d'égalité.

1009. Tout dépend donc des motifs pour lesquelles le juge tranche.

1010. Dans le cadre d'un litige entre personnes privées, aucun motif autre que l'établissement d'une norme et donc de la réglementation d'une situation ne permet de décider.

1011. Dans le cadre d'un litige entre une personne privée et une personne publique, l'intérêt de l'administration permet déjà de décider en faveur de la partie publique car cette dernière n'est pas placée sur un pied d'égalité avec la personne privée puisqu'elle agit dans l'intérêt général. L'illégalité s'établira donc principalement au regard de la poursuite de l'intérêt général et non uniquement de l'égalité au regard d'une règle de droit applicable au litige.

1012. Dans le cadre d'un litige obligeant le juge à créer une règle en matière de répartition des compétences, rien n'empêche le juge de statuer en faveur de la compétence administrative en raison de motifs politiques. Le juge judiciaire et l'administration, ou encore le juge judiciaire et le juge administratif ne se situent pas sur un pied d'égalité. Les juges n'ont pas de droit à l'attribution d'une compétence. La décision sur la compétence est politique.

1013. Cela relativise la portée de la règle de l'impartialité. Favoriser la compétence administrative par rapport à la compétence judiciaire ne constitue pas une méconnaissance du principe d'impartialité. Etant ici exclues les questions d'intérêt strictement personnels des juges en raison de leur marginalité.

1014. Dès lors, le régime juridique applicable au Tribunal des conflits peut, au regard du principe d'impartialité notamment, varier selon les modes de saisine.

Sous Paragraphe 2. Conséquences de la notion de juridiction sur le régime du fonctionnement du Tribunal des conflits

1015. De la notion fonctionnelle de juridiction peuvent être déduits les éléments du régime du fonctionnement du Tribunal des conflits. Ces éléments sont relatifs à principe d'impartialité (1), au principe du contradictoire (2) et aux voies de recours (3).

1) Le principe d'impartialité au Tribunal des conflits

1016. Deux éléments de régime juridique dépendent de l'application du principe d'impartialité : la dénomination de commissaire du gouvernement (a) et la récusation (b).

Si le premier élément peut être traité indifféremment des modes de saisine en question, le second doit en revanche faire l'objet d'une étude différenciée.

a. La dénomination « commissaire du gouvernement »

1017. La dénomination de commissaire du gouvernement a été supprimée par la réforme de 2015. Le terme a été remplacé par celui de rapporteur public. P. Gonod⁵⁶³ indique que cela a été fait contre l'avis du groupe de travail. Cette dernière regrette en effet que le terme soit emprunté au fonctionnement du Conseil d'Etat. Il y a en effet une certaine ironie du point de vue de l'impartialité prônée par la réforme. La dénomination commissaire du gouvernement avait été mise en cause par la Cour européenne des droits de l'Homme mais seulement devant le Conseil d'Etat. Le Tribunal des conflits n'a pour sa part jamais été concerné par la jurisprudence de la Cour.

1018. Le remplacement de la dénomination de commissaire du gouvernement par celui de rapporteur public est une réforme heureuse. Non pas au nom de la théorie des apparences qui apparaît comme une concession discutable faite à la supposée psychologie du requérant mais en raison de la fonction même qui est en cause. Le commissaire du gouvernement a en effet été institué pour défendre l'administration, comme le ferait un avocat. Cependant, la pratique, en raison du contexte histoire que de la Restauration et des menaces qui pesaient sur l'existence même du Conseil d'Etat, a tout de suite conduit à en faire d'avantage un défenseur de la loi et de la soumission de l'administration au droit.

1019. Le rapporteur public est bien un rapporteur exerçant sa mission publiquement. Il est donc heureux que cette dénomination ait changé. Il est par ailleurs logique qu'il porte le nom de son homologue au Conseil d'Etat. Pour ce motif fonctionnel d'abord et ensuite parce qu'il s'agit exactement de la même institution, le Tribunal des conflits ayant été conçu sur le modèle du Conseil d'Etat.

b. La récusation des membres du Tribunal des conflits

⁵⁶³ Pascale Gonod, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331.

1020. La possibilité de récuser un membre du Tribunal des conflits a très longtemps été rejetée. La jurisprudence sur ce point était constante. Aucun texte n'est venu trancher la question, la loi du 16 février 2015 ne l'aborde pas.

1021. Dans un arrêt Marquigny contre Préfet du Nord du 4 novembre 1880, le Tribunal des conflits a argumenté que « le Tribunal des conflits, institué pour assurer l'application du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, n'est appelé à trancher aucune contestation d'intérêt privé⁵⁶⁴ » et a, pour ce motif, rejeté la possibilité de demander la récusation d'un de ses membres. Plus récemment, le Tribunal des conflits a renouvelé cette solution dans ses motifs en expliquant, dans sa décision Alioune Kane du 13 janvier 1958, que « devant le Tribunal des conflits et à raison du caractère particulier de cette juridiction les conclusions à fin de récusation ne sont pas recevables⁵⁶⁵ ». Se retrouve ici l'idée de *nature particulière*, non explicitée, du Tribunal des conflits. Il est intéressant de noter que dans cette décision, le Tribunal des conflits avait été saisi dans le cadre du dispositif de la loi de 1932 ce qui rend plus marquante encore la solution. L'aspect organique l'a emporté sur l'aspect matériel puisqu'il est indéniable que dans le cadre de ce dispositif, les parties au procès initial sont bel et bien parties à l'instance devant le Tribunal des conflits. Il s'agissait donc d'en faire des parties diminuées de certaines garanties. Si cela peut éventuellement se justifier pour le contradictoire puisque les parties ont déjà eu l'occasion de défendre leur position, cela ne saurait se justifier du point de vue de l'impartialité.

1022. La jurisprudence, muette jusque là mis à part ces deux occurrences, a récemment évolué sur ce point. Dans une décision du 18 mai 2015⁵⁶⁶ le Tribunal des conflits a décidé d'accueillir la demande de récusation de l'un de ses membres, J. Arrighi de Casanova. Ce dernier s'était en effet prononcé en tant que président de la formation de jugement sur une

⁵⁶⁴ TC, 4 novembre 1880, Marquigny contre Préfet du Nord, n°171

⁵⁶⁵ TC, 13 janvier 1958, Alioune Kane, n°1623.

⁵⁶⁶ TC, M. K., 18 mai 2015, n°3995

des décisions dont le requérant demande l'annulation en raison de la constitution, selon eux, d'un conflit négatif.

1023. Un argument est avancé par le rapporteur public dans ses conclusions sur cette affaire. Selon ce dernier, outre l'idée selon laquelle à l'époque de la première décision (1880) la nature juridictionnelle du Tribunal n'était « pas pleinement affirmé[e] » (c'est bien en dessous de la réalité, il était explicitement désigné comme un corps administratif chargé d'une mission de haute administration), le refus de la récusation s'expliquait peut être également par la Présidence du Garde des Sceaux. En effet, admettre la possibilité de faire une demande en récusation d'un des membres du Tribunal, c'était potentiellement exposer systématiquement la Présidence à une telle réclamation. L'argument, sans être décisif (un rejet ferme de la récusation du Président par une jurisprudence bien établie aurait sans doute eut un effet dissuasif), est intéressant car il met en évidence la difficulté d'insérer par petites touches des garanties juridictionnelles. Souvent liées les unes avec les autres, en introduire certaines révèle la faiblesse du niveau de protection des autres.

1024. Ainsi, le rapporteur public continue en appuyant sa solution en faveur de la récusation sur la loi de 2015 et la suppression de la présidence du Ministre. Il propose de mettre en cohérence la réforme et la question de la récusation. Selon lui, le refus de cette dernière ne s'appuyait donc que sur ce qu'il nomme, comme beaucoup, cette « survivance de la justice retenue ». Une fois disparue, plus rien ne ferait obstacle à admettre le principe de la récusation. Le principe d'impartialité est en effet applicable devant le Tribunal des conflits, en vertu notamment d'une décision de ce dernier, en date de 2000 et qu'il rappelle dans ses conclusions⁵⁶⁷.

1025. S'il est possible de tomber d'accord avec les deux premiers éléments du raisonnement (l'incompatibilité levée entre la Présidence du Tribunal par le Garde des

⁵⁶⁷ « Quoi qu'il en soit, par votre arrêt Préfet du Val-de-Marne c/ CPH de Villeneuve –Saint-Georges du 17 avril 2000 vous avez dissipé toute interrogation, en posant le principe que le Tribunal des conflits « tranche les questions touchant à la répartition des compétences entre les juridictions des deux ordres dans le cadre des règles qui garantissent à toute personne le droit à une juridiction indépendante et impartiale » (Rec. 759) ». Conclusions sur Conclusions sur TC, 18 mai 2015, n°3995, http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3995_Conclusion_conclusions_tc_3995.pdf.

Sceaux et la récusation et l'applicabilité du principe d'impartialité devant le Tribunal), la suite du raisonnement paraît plus discutable. Le rapporteur public explique en effet que, selon lui, « il ne peut être soutenu que les parties au litige à l'occasion duquel s'est posée la question de compétence portée devant vous ne seraient pas parties à la procédure de conflits⁵⁶⁸ ». Ce raisonnement est contestable. Il semble qu'il ait une finalité consistant à appliquer des garanties juridictionnelles, or ces garanties pouvaient s'appliquer sans attacher aux parties au procès initial une qualité de parties devant le Tribunal des conflits qu'elles n'ont en réalité pas dans la plupart des modes de saisine. L'attribution de cette qualité n'est d'ailleurs pas véritablement argumentée (ce qui explique peut-être la formulation quelque peu autoritaire de son affirmation). Le seul argument utilisé - outre la mention devant être entendue comme dépassée des qualificatifs doctrinaux donnés aux parties (« effacées, imparfaites, passagers ») - est textuel. Le rapporteur public explique que la loi de 2015 prévoit des garanties, de représentation et de production d'observations.

1026. La reconnaissance d'une telle possibilité devant le Tribunal des conflits ne va pas sans certaines difficultés majeures du point de vue de son fonctionnement. Ils sont de deux ordres, les difficultés concrètes de personnel et la question de la parité. Il est d'abord beaucoup plus difficile, étant donné le faible nombre de membres du Tribunal des conflits, d'assurer un roulement comme celui qui existe devant le Conseil d'Etat. Une règle, provoquée par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, empêche qu'un conseiller d'Etat ayant statué sur un règlement dans le cadre des fonctions consultatives du Conseil ne siège lors d'un contentieux lié à cet acte. Il y a là un exemple de cette impartialité qui ne touche pas directement à la position des parties mais bien à l'impartialité des positions sur le fond. Si le conseiller d'Etat est partial, ce n'est pas en raison des parties elles-mêmes mais d'une position qui, certes, en favorisera très certainement une mais qui leur préexistait.

1027. Or, l'intervention du Tribunal des conflits n'est pas, dans la plupart des modes de saisine, une voie de recours pour les parties. Elle permet de répondre à un besoin nouveau

⁵⁶⁸ Conclusions sur TC, 18 mai 2015, n°3995, http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3995_Conclusion_conclusions_tc_3995.pdf.

issu des défauts de la dualité de juridiction. Il importe peu que les membres aient pris position sur les litiges ayant précédé sa saisine. Lorsqu'ils jugent, ils sont saisis d'un problème nouveau qui n'est pas la chose des parties. Ils ne peuvent, de facto, se cantonner à leurs positions antérieures. Leur rôle même au sein du Tribunal est de parvenir à une solution qui, même si elle est matériellement similaire aux positions de certains des membres sur les litiges initiaux, sera nouvelle. Ils ne peuvent donc, par structure, pas être influencés par leurs anciennes décisions. Leur récusation semble donc à écarter.

1028. La récusation dans un contentieux objectif se justifie uniquement par le caractère de contrôle exercé par la juridiction sur l'acte. Ce contrôle ne sera pas effectif si l'un des membres de la formation de jugement est à l'origine de l'acte contrôlé. De la même façon, le contrôle issu de l'exercice des voies de recours juridictionnelles obéit au même principe⁵⁶⁹.

1029. Cependant, dans le cadre d'un conflit négatif comme en l'espèce ou encore d'un conflit positif ou d'une saisine dans le cadre de la loi de 1932, il ne s'agit pas de contrôler la décision des juges des deux ordres de juridiction. Le Tribunal des conflits n'est pas une juridiction suprême de la compétence, il ne constitue pas une voie de recours. Les deux ordres se sont prononcés souverainement. Le pouvoir de cassation du Tribunal des conflits n'est pas un pouvoir de cassation hiérarchique. Le seul mode de saisine dans lequel l'admission de la récusation est acceptable est celui relatif à la responsabilité de l'Etat pour méconnaissance du délai raisonnable de jugement. Il s'agit de l'examen d'une faute, il peut donc y avoir un risque d'impartialité.

1030. Dans l'espèce du 6 juillet 2015, le fait que l'un des membres ait présidé la formation l'un des jugements ayant entraîné la constitution d'un conflit négatif ne justifie pas sa récusation. La position que ce dernier a prise lorsqu'il était juge administratif n'est issue d'aucune impartialité. Sa partialité est légitime puisqu'issue de l'exercice normal de la fonction juridictionnelle. Dans le cadre de son office devant le Tribunal des conflits, il

⁵⁶⁹ Pour la récusation en cas d'exercice successifs de fonctions juridictionnelles dans une même affaire : CE, sect., 2 mars 1973, n° 84740, Demoiselle Arbousset

n'est pas devenu illégitime à soutenir cette position. Il pourra en changer s'il estime que les conditions dans lesquelles il traite l'affaire devant le Tribunal des conflits - c'est-à-dire avec cette mission nouvelle transcendant la dualité de juridiction et nécessitant l'octroi d'un juge à une affaire au-delà des règles de compétence (mais pas au-delà de toute règle puisqu'*in fine* il y a bien en l'espèce une injusticiabilité) - le justifie. En l'espèce, il s'agissait d'un cas particulier puisque l'incompétence du juge administratif n'est pas déclarée au motif que le litige serait présenté devant une juridiction incompétente mais au motif qu'il n'existe en réalité pas de litige. En réalité, il ne s'agit pas d'un conflit négatif.

1031. La récusation fondée sur l'impartialité suppose qu'il y ait une raison sérieuse de penser que le juge est illégitimement enclin à statuer dans le sens d'une partie plutôt que dans celui d'une autre. Pour que la règle de l'impartialité s'applique il faut qu'il y ait des parties devant être traitées de façon égale. Tel n'est pas le cas dans les conflits d'attribution. La récusation ne devrait pas y être admise.

2. Le principe du contradictoire devant le Tribunal des conflits

1032. Deux éléments de régime concerne le respect du contradictoire devant le Tribunal des conflits. D'une part la possibilité pour les parties de produire des observations, d'autre part l'accès aux voies de recours que sont l'opposition, la tierce opposition et la rectification d'erreur matérielle. Dans tous les cas, le régime se justifie par le statut que l'on décide d'accorder aux parties.

a. La production d'observations devant le Tribunal des conflits

1033. Les parties peuvent tout d'abord présenter des observations orales. Elles le feront par le biais de leur représentation et donc d'un avocat appartenant à l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Ces derniers ont en effet le monopole de la représentation devant les cours suprêmes de chaque ordre et, assez logiquement étant donné sa composition, devant le Tribunal des conflits. La possibilité pour les parties de présenter des observations est intéressante car elle est tout à fait représentative du statut des parties au procès initial devant le Tribunal des conflits. Ces dernières ne sont pas

parties à la procédure mais, puisqu'elles sont concernées, on leur donne la possibilité de produire des observations. C'est intéressant parce que ça montre bien que si l'on avait voulu faire d'elles des parties, cela aurait été tout à fait possible. En d'autres termes, l'absence de qualité de parties devant le Tribunal des conflits, comme nous l'avons montré, relève d'un choix procédural et non matériel. Leurs observations pourraient tout à fait être considérées comme des conclusions au soutien desquels les arguments qu'elles comportent devraient être considérées comme des moyens. Il y a donc lieu à un procès, à un litige. Un litige de nature objective. Les parties n'ont pas de droit à ce que leur litige soit attribué à l'une de deux juridictions mais elles ont un droit, au nom du principe de l'égalité, à ce que leur litige soit traité par la juridiction légalement compétente. De ce droit, comme des autres, elles disposent à leur convenance, choisissant de le faire valoir ou pas, de présenter des moyens ou pas. Quoi qu'il en soit de ce choix, la question reste d'ordre public et sera soulevée par le juge s'il l'estime nécessaire et traité indépendamment de l'argumentation des parties.

1034. C'est d'ailleurs cette nature de question d'ordre public qui tend à laisser penser que les parties ne seraient pas, à son égard, de réelles parties. Or, ce raisonnement est erroné. Les moyens d'ordre public sont aussi des éléments qui nécessitent la protection juridictionnelle pour les parties. Certes le contradictoire est moins essentiel mais l'impartialité l'est tout autant. Les parties restent des parties par rapport aux moyens d'ordre public. On ne songerait pas à réduire à de simples observations les moyens des parties concernant les moyens d'ordre public dans le cours d'un procès devant les ordres juridictionnels. C'est donc bien au niveau procédural que se situe la justification de l'exclusion du statut de parties. Il en va de même pour le régime des voies de recours ouvertes contre les décisions du Tribunal.

b. Les voies de recours et moyens invocables devant le Tribunal des conflits

1035. Doivent être étudiés le régime de l'opposition et de la tierce-opposition (1), celui de recours justifiés par la bonne administration de la justice (2), celui du double degré de juridiction (3) et la question de l'inviolabilité du moyen d'inconstitutionnalité d'une loi par la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (4).

1. Opposition et tierce opposition devant le Tribunal des conflits

1036. A priori, aucune voie de recours n'est ouverte contre les décisions du Tribunal des conflits. Son caractère de juridiction souveraine s'exprime ainsi. Certaines voies de recours particulières posent cependant question.

1037. L'opposition est une voie de recours qui permet au justiciable n'ayant pas produit de défense en forme régulière et ayant donc fait défaut, d'obtenir la rétractation de la juridiction à son égard. Elle est exclue lorsque la décision a été rendue contradictoirement avec une partie qui avait les mêmes intérêts que le justiciable défaillant. L'article 10 du décret du 26 octobre 1849 (remplacé par l'article XX de la loi du 16 février 2015) excluait explicitement le recours à l'opposition vis-à-vis des décisions du Tribunal des conflits.

1038. Ce dernier a prolongé cette interdiction en ce qui concerne la tierce-opposition. La tierce-opposition est la voie de recours semblable à l'opposition mais qui intervient lorsque la décision n'a pas été rendue de façon contradictoire. Le justiciable utilisant cette voie de recours n'a donc pas produit d'observations parce qu'il n'a été ni appelé, ni représenté lors de l'instance. Le Tribunal l'a exclue dans une décision de 1996⁵⁷⁰.

1039. La justification de cette exclusion est à rechercher, là encore, dans le statut des parties au procès initial dans la procédure devant le Tribunal des conflits. Les voies de recours de l'opposition et de la tierce-opposition permettent de rétablir le contradictoire quand il n'a pas été respecté lors d'un procès. Il garantit donc aux parties d'être effectivement entendues et permet de faire renaître un procès qui ne l'aurait pas permis. Cette voie de recours touche donc à la validité elle-même de la décision prise par la

⁵⁷⁰ TC, 3 juin 1996, SNC « Baie de Saint-Tropez », Rec. CE, p. 542

juridiction. Ainsi, la solution refusant d'ouvrir ces voie de recours devant le Tribunal des conflits indique que la défaillance des parties devant le Tribunal n'est pas à même d'affecter la validité de sa décision. Cela illustre, là encore, le statut des parties au procès initial. Leur présence n'est pas considérée comme nécessaire, leur défaillance n'a donc pas de conséquence sur la validité de la décision. Il en va de même pour toute personne intéressée à la décision. En effet, si dans le procès devant les ordres de juridiction du fond, les parties peuvent faire opposition, toute personne intéressé peut également user de cette voie de recours. Il s'agit en réalité de toute personne dont il est justifié qu'elle fasse opposition car elle participe pleinement au caractère contradictoire de la procédure. Ainsi, devant le Tribunal des confits, le même raisonnement que pour les parties s'applique à elles. La prise en compte de leurs arguments n'est pas nécessaire à la validité de la décision rendue.

2. Les voies de recours liées à la bonne administration de la justice devant le Tribunal des conflits : le recours en rectification d'erreur matérielle et le recours en interprétation

1040. Le recours en rectification d'erreur matérielle est ouvert lorsqu'une décision d'une cour administrative d'appel ou du Conseil d'État est entachée d'une erreur matérielle susceptible d'avoir exercé une influence sur le jugement de l'affaire (CJA, art. R. 833-1). Le recours en rectification d'erreur matérielle n'est ouvert qu'aux parties (et non à toute personne intéressée) et ne peut conduire à une remise en cause de l'appréciation juridique faite durant le procès et qui ne serait pas liée à l'erreur matérielle. Il ne s'agit pas de reprendre le débat juridique.

1041. Le Tribunal des conflits a d'abord refusé d'ouvrir cette voie de recours devant lui, dans une décision *Sté immobilière Trystram* de 1952⁵⁷¹. La justification de ce refus était la nature particulière du Tribunal et l'absence de nécessité d'appliquer les garanties juridictionnelles devant lui. Longtemps, nous l'avons vu, toutes les question de garanties juridictionnelles devant le Tribunal des conflits étaient effectivement traitées de cette

⁵⁷¹ TC, 20 févr. 1952, *Sté immobilière Trystram*, S. 1953. 3. 46

façon. Elles étaient exclues en vertu de l'idée selon laquelle le Tribunal des conflits prononçait sur des questions en faisant un organe à part, pas véritablement juridictionnel. Le Tribunal des conflits est finalement revenu sur cette jurisprudence. Dans une décision de 1999, Bergas, il a considéré que l'omission de statuer sur des conclusions était une erreur matérielle et justifiait le recours en rectification de cette erreur⁵⁷².

1042. Il est assez aisé de comprendre l'esprit de cette jurisprudence. L'erreur matérielle est un défaut du procès qui n'est pas lié intrinsèquement au respect du contradictoire. Son admission ne vaut pas reconnaissance du caractère de parties au procès, elle n'est que peu liée à la nature juridictionnelle du Tribunal des conflits. Elle est la simple garantie de la bonne administration de la justice. Dans la mesure où aucun recours administratif ne permet de pallier à une telle erreur devant le Tribunal des conflits il est naturel que la voie juridictionnelle d'une telle rectification soit ouverte.

1043. De la même façon, le recours en interprétation est ouvert devant le Tribunal des conflits depuis une décision *Aéroports de Paris* de 2003⁵⁷³ afin que soit clarifiée une décision comportant une ambiguïté. Ce recours commandant naturellement un examen de recevabilité assez strict.

3) L'appel des décisions au fond devant le Tribunal des conflits

1044. Les modes de saisine du Tribunal des conflits dans lesquels il statue au fond pose la question du droit à ce que son affaire soit traité par plusieurs degrés de juridiction.

1045. La question se pose aussi bien pour le conflit positif que pour la responsabilité pour méconnaissance du délai raisonnable de jugement ou la loi de 1932. Elle se pose notamment au regard de la protection processuelle issue de la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁵⁷² T. confl. 7 juin 1999, Bergas, Rec. CE, p. 456, Rev. gén. procédures 1999. 439, concl. J. Arrighi de Casanova

⁵⁷³ T. confl. 23 juin 2003, Aéroports de Paris, Rec. CE, p. 574

1046. Cependant, le double degré de juridiction n'est ni un règle constitutionnelle⁵⁷⁴, ni un principe général du droit⁵⁷⁵. Les juges européens ne condamnent pas non plus son absence⁵⁷⁶.

4) La question prioritaire de constitutionnalité devant le Tribunal des conflits

1047. La question prioritaire de constitutionnalité est la procédure permettant de traiter le moyen d'inconstitutionnalité d'une loi devant les juridictions du fond sans méconnaître le principe de spécialité des juridictions dans l'ordre juridique français. Un tel résultat est permis par la transmission du moyen de l'ordre juridique dans lequel il est né vers la juridiction constitutionnelle. La réforme du Tribunal des conflits portée par la loi du 16 janvier 2015 ayant vocation à donner au Tribunal des conflits les caractéristiques d'une juridiction, la question a été soulevée en doctrine⁵⁷⁷ de l'application du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité devant lui. Il a été soutenu qu'une telle possibilité était logique étant donné la nature juridictionnelle du Tribunal et que l'absence de reconnaissance de celle-ci revenait à nier au Tribunal sa véritable place et nature juridictionnelle dans l'ordre juridique.

1048. Il nous paraît là encore, comme pour la question de la récusation, que c'est aller trop vite. La nature juridictionnelle du Tribunal des conflits n'empêche pas un traitement particulier. Au contraire, elle le justifie car elle est elle-même de nature particulière.

1049. Il faut distinguer selon les modes de saisine. Dans le cas des traitements au fond de la loi de 1932 et de la responsabilité pour méconnaissance de délai raisonnable, cela se justifie. Pour autant, on peut estimer que l'intervention du Tribunal des conflits se faisant dans un cadre très restreint, il n'est pas illogique ni même problématique de faire une exception pour la bonne administration de la justice. Si c'est une question de statut du

⁵⁷⁴ Cons. const. 12 février 2004, n°2004-491 DC

⁵⁷⁵ CE, 17 décembre 2003, Meyet et a.

⁵⁷⁶ CJUE 28 juillet 2011 Samba Diouf aff. C-69/10 ; CEDH, 4 mars 2008, Marturana c/ Italie, par. 110

⁵⁷⁷ Nirmal Nivert, *Une réforme à faire ? Plaidoyer pour l'extension de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Tribunal des conflits*, RFDA 2015, p. 343.

Tribunal des conflits, il faut considérer que le Tribunal, s'il est une juridiction, est une juridiction à part, qualification qui sera développée dans la suite des développements.

1050. Dans le cas des autres modes de saisine, cela n'a pas d'objet puisque les parties ne présentent pas de moyens.

Conclusion du chapitre

1051. La réforme du Tribunal des conflits de 2015 repose sur deux fondements. D'une part, sur une vision technique de la dualité de juridiction. D'autre part, sur une affirmation de la nature juridictionnelle du Tribunal des conflits.

1052. La vision technique de la dualité de juridiction fait du fameux principe selon lequel la compétence suit le fond le principe directeur de l'activité de répartition des compétences juridictionnelles et, partant, de la bonne administration de la justice la finalité de la répartition. Donner à chaque juge les affaires dont c'est le métier naturel, habituel, de connaître. Mais cette vision technique se heurte à deux obstacles logiques. D'une part, elle est largement surestimée et c'est à tort, nous le verrons, que la dimension politique est ignorée. Mais surtout à ce stade du raisonnement, l'observation de l'activité de répartition des compétences révèle que le Tribunal des conflits ne possède aucune autorité ni aucun avantage particulier qui en ferait un expert, un lieu de concertation technique utile à la dualité de juridiction. L'utilité du Tribunal des conflits est procédurale, pas matérielle. Il paraît donc illusoire d'organiser son fonctionnement autour d'une supposée spécificité technique.

1053. La vision juridictionnelle du Tribunal des conflits va de pair avec la vision technique de l'activité de répartition des compétences. Et elle est tout aussi critiquable. En effet, devant le Tribunal des conflits, hormis des compétences marginales qui ne font que compliquer le fonctionnement de l'institution, les questions posées sont de l'ordre de l'organisation des pouvoirs publics. Il n'est donc pas pertinent d'analyser le Tribunal des conflits comme une juridiction. C'est oublier qu'il a adopté les formes juridictionnelles en raison de la matière qu'il traitait. Elles garantissent en effet un traitement stabilisé des questions de compétence mais elles ne suffisent pas à constituer une véritable mission juridictionnelle qui supposerait l'égalité des « parties » en présence devant la norme, ce qui n'a pas de sens avec les deux ordres de juridiction qui n'ont, à proprement parler, pas de prétentions, pas de droit à revendiquer. La pertinence de l'application du principe d'impartialité devant le Tribunal des conflits ne peut donc qu'être remise en cause.

1054. Les fondements de la réforme ayant été remis en cause, il faut à présent expliquer positivement la continuité du rôle du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français.

Chapitre 2. Motifs de la continuité de la dimension politique du Tribunal des conflits

1055. Le Tribunal des conflits ne saurait pertinemment être présenté comme un expert de la dualité de juridiction. La dualité de juridiction dans l'ordre juridique français suppose au contraire l'impossibilité d'un organe régulateur placé au-dessus de deux ordres juridictionnels. Si elle n'est pas l'objet de conflits institutionnels permanents et désatilisant le système juridique français, elle n'en reste pas moins un principe d'organisation des pouvoirs publics qui ne va pas de soi mais découle de décisions politiques anciennes, celle de favoriser le pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire et celle d'avoir un système juridictionnel fait d'institutions politiquement spécialisées et non hiérarchisées entre elles.

1056. C'est ce qui explique la continuité de la dimension politique du Tribunal des conflits. Sa mission résulte avant tout de ces décisions politiques historiques. Son action, son fonctionnement peuvent et doivent se juridictionnaliser et se juridiciser mais ces mouvements, qui existent depuis l'époque Napoléonienne, ne fourniront jamais, dans le système juridique français tel qu'il existe, la grille d'analyse pertinente de l'institution.

1057. La jurisprudence récente du Tribunal des conflits montre que la dimension politique de son rôle reste prépondérante (Section 1). Au-delà même de sa jurisprudence, la dimension politique de la dualité de juridiction ne cesse de se révéler, entraînant avec elle la continuité du rôle politique spécialisé dans la protection de l'action administrative de l'institution chargée de résoudre les difficultés procédurales engendrées par la dualité de juridiction (Section 2).

Section 1. Une continuité matérielle illustrée par la jurisprudence du Tribunal des conflits postérieure à la réforme de 2015

1058. Deux affaires montrent la continuité matérielle de la mission du Tribunal des conflits. D'une part, sa solution favorable à la compétence du juge administratif dans le

domaine de l'arbitrage des personnes publiques (Paragraphe 1). D'autre part, la solution nouvelle adoptée à propos de la responsabilité des personnes privées dans le cadre de la passation d'un marché public (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'arbitrage des personnes publiques

1059. Le Tribunal des conflits a contribué à créer, dans le sillon du Conseil d'Etat, un droit administratif spécifique en matière d'arbitrage international (Sous paragraphe 1). Le Tribunal des conflits choisit dans cette matière très politique la continuité et la protection des intérêts de l'administration telle qu'elle est souhaitée par le Conseil d'Etat et contre la position du juge judiciaire (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1. Le Tribunal des conflits, outil de l'émergence d'un droit administratif de l'arbitrage international

1060. Le contentieux de l'arbitrage international devant le Tribunal des conflits permis à ce dernier par le passé de créer les conditions d'apparition d'un droit administratif de l'arbitrage international (1). De nouveau confronté à cette question, plusieurs solutions étaient envisageables pour le nouveau Tribunal des conflits (2).

1. L'émergence d'un droit administratif de l'arbitrage international

1061. Le 11 avril 2016, le Tribunal des conflits a rendu une décision *Société Fosmax* Le Tribunal a été saisi par le Conseil d'Etat, comme cela avait déjà été le cas en matière d'arbitrage international, sur le fondement de l'article 35 du décret du 27 février 2015 (anciennement décret du 25 juillet 1960). Il s'agissait donc pour lui de résoudre une difficulté de compétence.

1062. La société *Fosmax* avait saisi le Conseil d'Etat de l'annulation d'une sentence arbitrale, rendue le 13 février 2015, par le tribunal de la cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, limitant à 68 805 345 euros la somme que le groupement d'entreprises STS devait lui verser et la condamnant à verser à ce groupement la somme de 128 162 021 euros.

1063. La société « Fosmax » avait fait valoir devant le Conseil d'Etat la compétence de la juridiction administrative pour connaître de la contestation de cette sentence arbitrale. Le groupement d'entreprise arguait pour sa part en faveur de la compétence de la juridiction judiciaire.

1064. C'était déjà le Tribunal des conflits, dans le fameux arrêt Inserm du 17 mai 2010, rendu lui aussi sur saisine de l'article 35 par le Conseil d'Etat, qui avait fixé les critères de répartition des compétences en matière de contestation d'une sentence arbitrale.

1065. Le contentieux des sentences arbitrales concernant des personnes publiques est relativement complexe et il a été difficile de trouver une solution quant à la répartition des compétences. Sa complexité est avant tout due au principe de la prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques. Ce principe est ancien et repose sur le principe d'égalité et l'une de ses conséquences, l'interdiction des libéralités.

1066. Une personne publique ne peut pas, en principe, se soumettre à une sentence arbitrale rendue en équité. Que l'arbitre puisse s'inspirer ou même appliquer des règles de droit ne saurait entrer en ligne de compte. Lorsque le droit n'est qu'une option, il n'est pas le droit. La concomitance matérielle de l'équité et du droit ne remplace pas la valeur obligatoire. Il existe quelques divergences doctrinales sur les fondements de cette règle, certains y voient une extension de l'existence de la juridiction administrative - si les personnes publiques sont soustraites aux juridictions civiles, ce n'est pas pour se soumettre à des arbitres pensait Laferrière - d'autres, tel Rivero, y voient un manque de confiance inacceptable de l'Etat dans son système juridictionnel. L'interdiction des libéralités reste cependant le seul fondement juridique que l'on puisse trouver à cette prohibition.

1067. Le Conseil d'Etat a affirmé dans son avis Eurodisneyland du 6 mars 1986⁵⁷⁸ que l'interdiction de l'arbitrage découlait des principes généraux du droit. Le conseil constitutionnel a en revanche refusé d'y voir un principe à valeur constitutionnelle⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Avis de l'Assemblée générale de la section des travaux publics n°339710, EDCE 1987, n 38, p. 17.

1068. C'est bien la prohibition de l'arbitrage qui, paradoxalement, est au coeur de la problématique de la répartition des compétences en matière de contestation des sentences arbitrales internationales.

1069. En effet, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits construisent peu à peu un régime administratif de l'arbitrage international qui, dans une certaine mesure, contrevient à la philosophie même de l'arbitrage, fondée sur la liberté des parties et renvoie aux idées commandant sa prohibition. Le régime de l'arbitrage des personnes publiques doit dès lors se construire entre l'opposition radicale entre deux axes : abandonner le principe de la prohibition et appliquer le régime de l'arbitrage privé aux personnes publiques d'une part (ce qui est très largement l'opinion, par exemple, d'Yves Gaudemet⁵⁸⁰) et abandonner l'idée d'ouvrir l'arbitrage aux personnes publiques d'autre part (position qui n'est défendue par personne). L'une des questions qui se pose est alors de savoir quels sont les éléments du régime de droit public spécifiques à l'arbitrage des personnes publiques qui seront sauvegardés et quels sont ceux qui pourront être écartés par les parties. Or, il existe quant à ce choix une divergence évidente entre les positions du juge judiciaire et du juge administratif. La solution sur la compétence est donc liée à la solution sur le fond. La détermination du juge judiciaire comme compétent pour les divers contentieux des sentences arbitrales - exequatur ou contestation de la sentence - emporterait un rapprochement du régime de l'arbitrage des personnes publiques avec celui des personnes privées. Désigner au contraire le juge administratif permet à ce dernier de construire un régime spécifique.

1070. La question se pose car la possibilité a bien été ouverte, par des dispositions législatives, aux personnes publiques d'avoir recours à l'arbitrage dans le cadre de contrat de commerce international. Lorsque se présente un élément d'extranéité, la possibilité

⁵⁷⁹ Conseil constitutionnel, n° 2004-506 DC du 02 décembre 2004

⁵⁸⁰ Y. Gaudemet, référence article 2017, « La talentueuse construction d'une impasse ».

d'arbitrer apparait. Es exceptions sont juridiquement contestables puisque l'élément d'extranéité ne fait en aucun cas disparaître le fondement de l'inarbitrabilité.

2. La solution retenue par le Tribunal des conflits

1071. Trois moyens de répartir les compétences peuvent être envisagées en matière d'arbitrage des personnes publiques dans le cadre de contrat internationaux.

1072. La première consiste à détacher complètement l'arbitrage du contrat initial. C'est la solution judiciaire. Elle a pour conséquence de n'appliquer à l'arbitrage que les règles propres à ce type de procédure, qu'il intervienne dans le cadre d'un contrat de droit privé ou dans le cadre d'un contrat administratif. En d'autres termes, la détachabilité de l'arbitrage par rapport au contrat dont le litige est issu implique logiquement la compétence du juge judiciaire et le contrôle extrêmement restreint de l'arbitrage. C'est toute la logique de l'arbitrage que de se soustraire à l'application du droit et de permettre un arrangement en équité. Cet arrangement doit seulement se situer dans les limites de l'acceptable. Cet « *acceptable* », c'est ce que le juge judiciaire appelle l'ordre public international. C'est-à-dire un ensemble de normes considérées comme trop fondamentales pour que les parties puissent s'y soustraire, même dans leur volonté de ne pas constituer entre elles de véritable litige (ce qui les conduirait devant un juge). La jurisprudence de la cour de cassation révèle ainsi, en toute logique, un contrôle très réduit de la sentence arbitrale et, toujours de façon aussi logique, une apposition de l'exequatur proche d'une simple formalité. Peut ainsi se comprendre l'inquiétude suscitant chez les publicistes l'hypothèse du transfert au juge judiciaire de la compétence de contrôle des sentences arbitrales impliquant des personnes publiques. Peut aussi se comprendre ainsi, symétriquement, la justification de la compétence administrative. Le juge judiciaire exerçant un contrôle extrêmement restreint, il ne saurait correspondre aux nécessités du contrôlée d'un arbitrage impliquant une personne publique. Ce dernier exigeant l'application de règles de droit public et un examen dès lors plus approfondi de la sentence arbitrale.

1073. La deuxième solution possible consiste à attacher la procédure d'arbitrage au contrat dont elle est issue. La compétence juridictionnelle pour le contrôle de la sentence arbitrale reviendrait ainsi au juge du contrat en cause. Le juge administratif pour un contrat administratif, le juge judiciaire pour un contrat privé. C'était la solution avant l'arrêt Inserm⁵⁸¹. Cette solution était néanmoins problématique puisqu'elle faisait dépendre la compétence d'une autre compétence tandis que les deux fondements ne se recoupaient pas logiquement. Ainsi, par exemple, un contrat non administratif d'une personne publique pouvait être soustrait à la compétence du juge administratif tandis que le contrôle de la sentence continuerait d'exiger l'application des règles impératives du droit public et donc un contrôle plus approfondi que celui actuellement exercé par la cour de cassation. Il était donc souhaitable que cette solution soit abandonnée.

1074. La troisième solution consiste à détacher l'arbitrage du contrat mais à rattacher les règles du droit public à la volonté de la personne publique. C'est la solution du Tribunal des conflits issue de l'arrêt Inserm et réitérée par la décision du 11 avril 2016. Ce que sa volonté ne peut abandonner doit continuer à s'appliquer à la sentence arbitrale. On peut dès lors retrouver tout le droit administratif puisqu'on ne voit pas pourquoi la personne publique serait autorisée à renoncer à l'application de certaines de ses règles. Il y a une indisponibilité du droit administratif.

1075. Cette solution de la détachabilité est la plus logique. Elle peut être mise en oeuvre de deux façons, soit par le juge administratif, soit par le juge judiciaire. La position du Conseil d'Etat, suivi par le Tribunal des conflits, consiste à invoquer le principe de la suite du fond par la compétence. Les règles impératives du droit public impliqueraient la compétence du juge administratif. Pour Yves Gaudemet, la solution du juge judiciaire

⁵⁸¹ Comme le rappelle M. Guyomar dans : Mathias Audit, Camille Broyelle, Yves Gaudemet, Mattias Guyomar, Sophie Lemaire, Charles Jarrosson. *Débat, personnes publiques et arbitrage*. Table ronde du 6 février 2014, organisée par la Revue du droit public et le Centre de Recherches en Droit Administratif (CRDA) de l'Université Panthéon-Assas.

serait plus souhaitable et pourrait avoir pour effet indirect et méritoire d'entraîner un meilleur contrôle des sentences arbitrales privées⁵⁸².

1076. Les enjeux de la décision et les solutions envisageables compris, il s'agit de s'intéresser à la portée de la solution du Tribunal des conflits.

Sous paragraphe 2. Portée de la décision du Tribunal des conflits

1077. Le contentieux de l'arbitrage international est une matière significative dans les rapports entre juge administratif et judiciaire (1) et le Tribunal des conflits choisit la solution favorable au juge administratif (2). Un point de vue critique quant aux solutions récentes peut être proposé (3).

1. Un contentieux conflictuel entre autorité judiciaire et administrative

1078. Ce contentieux revêt une dimension politique puisqu'il s'agit de savoir si le Conseil d'Etat admettra de laisser au juge judiciaire le contrôle des règles impératives de droit public. L'enjeu est donc l'application du droit administratif par le juge judiciaire. Le bloc de compétence judiciaire est en effet une des solutions souvent avancée.

1079. Les auteurs spéculent alors sur les conséquences que pourrait avoir un tel transfert de compétences. Certains estiment que cela entraînerait un renforcement du contrôlée du juge judiciaire y compris sur les opérateurs privés, notamment au regard du droit de la commande publique.

1080. Le contentieux de l'arbitrage est donc significatif du point de vue de la protection de la compétence du juge administratif. La solution dégagée par le Tribunal des conflits doit donc être interprétée au regard de cette problématique.

⁵⁸²Mathias Audit, Camille Broyelle, Yves Gaudemet, Mattias Guyomar, Sophie Lemaire, Charles Jarrosson. *Débat, personnes publiques et arbitrage*. Table ronde du 6 février 2014, organisée par la Revue du droit public et le Centre de Recherches en Droit Administratif (CRDA) de l'Université Panthéon-Assas.

2. La protection de la compétence administrative par le Tribunal des conflits

1081. Le Tribunal des conflits fait le choix de maintenir la compétence partagée. Ainsi, il prend le risque de priver de tout intérêt le recours à l'arbitrage. En effet, à travers la réserve Inserm, réitérée dans la décision de 2016, c'est potentiellement tout le droit public qui est applicable. Cela dénature le contentieux de l'arbitrage de la même façon que le contrôle de l'exequatur serait dénaturé en étant confié au juge administratif.

1082. Il n'y a en l'espèce d'autres motifs à la jurisprudence du Tribunal des conflits que la volonté du juge administratif de conserver un contrôle sur les sentences arbitrales des personnes publiques. Les représentants de l'autorité judiciaire n'ont pas souhaité ou bien n'ont pas été en mesure de faire prévaloir la position de la Cour de cassation.

1083. Comme pour toutes les questions de compétence juridictionnelle, toutes les solutions sont envisageables. Cependant, la compétence du juge judiciaire paraît difficile à instaurer dans le contexte actuel. Elle n'aurait pour mérite que de donner une meilleure image de l'arbitrage des personnes publiques mais l'on peut craindre qu'elle ait pour effet l'amenuisement de l'effectivité des règles de droit public et le risque d'une incohérence avec la jurisprudence du juge administratif dans d'autres domaines que celui de l'arbitrage. Il y aurait par exemple une jurisprudence judiciaire de l'insaisissabilité développée à l'occasion du contentieux de l'arbitrage des personnes publiques et une jurisprudence administrative afférente au même principe, avec des risques de dissonances. De la même façon pour l'application du droit de la commande publique. Or, le Conseil d'Etat semble décidé à créer un droit administratif de la commande publique qui permette de satisfaire les exigences liées à sa source principale, le droit de l'Union, et à celles issues de l'action administrative française. Il est dès lors difficile de concevoir qu'un tel éclatement soit accepté par le Conseil d'Etat. Le contentieux de l'arbitrage des personnes publiques ne saurait ouvrir la possibilité à l'application par le juge judiciaire de l'ensemble du droit administratif. Il en résulterait, comme à chaque fois que le juge judiciaire applique le droit

administratif - sauf hypothèse Chêneau avec la notion de « jurisprudence établie⁵⁸³ » - une grande insécurité juridique. L'idée de la soumission au juge judiciaire repose en réalité d'avantage sur l'idée d'un noyau dur de compétence du juge administratif et du droit administratif duquel est exclu l'arbitrage. Il est évident que le droit administratif appliqué par le juge judiciaire n'est pas le droit administratif appliqué par le juge administratif.

1084. Dans une décision du 9 novembre 2016, société Fosmax LNG⁵⁸⁴, le Conseil d'Etat, saisi de la même affaire suite à la déclaration de la part du Tribunal des conflits de la compétence en faveur du juge administratif a étoffé ce régime juridique de l'arbitrage administratif. Le Conseil d'Etat explique son contrôle sur le fond en indiquant qu'il appartient au juge administratif « de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public⁵⁸⁵ ». Il précise également qu'une « sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne⁵⁸⁶ ».

1085. C'est donc un régime très particulier qui se dessine et dont les contours ne seront connus qu'après des décisions jurisprudentielles. Ainsi, en l'espèce, l'une des règles

⁵⁸³ Une notion qui certes peut être discutée mais qui se comprend néanmoins très bien. Il serait fait un usage de fort mauvaise foi de la part du juge judiciaire de cette notion si elle lui servait à diverger des solutions du juge administratif.

⁵⁸⁴ CE, 9 novembre 2016, Société Fosmax, n°388806

⁵⁸⁵ CE, 9 novembre 2016, Société Fosmax, n°388806

⁵⁸⁶ CE, 9 novembre 2016, Société Fosmax, n°388806

auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger consiste en la liberté de choisir le mode de gestion de la régie en matière de travaux publics.

1086. Apparaît ainsi clairement par cette succession de décisions, le relais pris par le Conseil d'Etat après la décision du Tribunal des conflits. Le second permet au premier de construire un régime de l'arbitrage qu'il estime adapté aux personnes publiques, ce qui n'eut pu être fait devant le juge judiciaire et ce qui n'était pas le souhait de ceux qui souhaitaient un alignement de l'arbitrage des personnes publiques sur celui des personnes privées. Reste à connaître les autres éléments de ce régime. D'abord sur l'étendue de la notion d'ordre public en la matière, ensuite sur les autres éléments de l'office du juge administratif en matière d'arbitrage, notamment sur les modalités du contrôle de l'exequatur, qui pourraient conduire à une dénaturation de cette procédure. Il est en effet difficile d'imaginer que le juge administratif, au vu notamment de la décision Fosmax, se contente d'un contrôle semblable à celui du juge judiciaire. Il existait donc une réelle opposition sur cette question.

1087. *3. Point de vue critique : l'impossible construction d'un régime de l'arbitrage international des personnes publiques.*

1088. La promotion du développement de l'arbitrage des personnes publiques pour les contrats internationaux souffre en définitive d'une faiblesse indépassable. Il n'existe pas de motif théorique convaincant qui conduise à appliquer un régime juridique différent lorsqu'un élément d'extranéité est présent.

1089. L'inarbitrabilité des personnes publiques a deux fondements. Le premier est très concret et semble pourtant bien souvent oublié : l'interdiction des libéralités (a), elle-même fondée sur le principe d'égalité (on notera d'ailleurs que l'exigence d'une contrepartie pour céder à un vil prix n'est rien d'autre que le traitement différent d'une situation présentant une différence objective au regard de l'objet de la norme). Le second, le plus fondamental, est théorique et, malgré tous les efforts déployés, reste indépassable : l'indisponibilité du droit administratif pour les personnes publiques (b). Il est d'ailleurs à l'origine de toutes les difficultés à construire un régime de l'arbitrage.

1090. Dès lors, ce qui sera construit ne sera pas un régime juridique à proprement parler mais une autorisation pour le juge de valider, espèce par espèce, des dérogations au fondement même de l'existence des personnes publiques.

1091. a) L'inarbitrabilité, conséquence de l'interdiction des libéralités

1092. Il est parfois avancé que le fondement de l'interdiction de l'arbitrage pour les personnes publiques est institutionnel. Il s'agirait d'une défiance envers les arbitres. Soit par manque de spécialité de ces derniers, soit parce que l'administration s'étant soustraite du contrôle judiciaire, il serait curieux qu'elle se soumette au jugement d'arbitres. L'argument est pour le moins curieux, ne serait-ce d'abord que parce que le recours à l'arbitrage est un choix de l'administration elle-même. Il l'est encore dans la mesure où le rapport paraît difficile à établir entre les deux situations.

1093. Cependant, si l'on estime que ce fondement institutionnel est le bon, alors le fait que le contrat s'exécute à l'étranger ou dépende de juridictions étrangères peut, dans une certaine mesure, justifier un régime juridique différent de celui ayant cours en droit interne.

1094. Le problème de l'arbitrage est qu'il permet de statuer en équité. Ainsi, il permet d'envisager qu'une personne publique verse à une personne privée, dans le cadre d'un litige réglé par un arbitre, une somme d'argent public qui ne lui est pas due par le droit. Le fondement concret de l'interdiction de l'arbitrage pour les personnes publiques est donc l'interdiction des libéralités, qui elle-même découle du principe d'égalité devant les charges publiques.

1095. L'extranéité est un facteur inopérant pour opérer un changement de régime juridique. Dès lors que l'on considère l'interdiction des libéralités comme le fondement de la prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques, on ne voit pas comment un quelconque élément d'extranéité pourrait éviter à l'acceptabilité de l'arbitrage international d'être qualifié d'inconstitutionnelle. L'interdiction des libéralités est certes interprétée

largement par le conseil constitutionnel. Pour qu'une vente puisse se faire à un vil prix, la jurisprudence exige une contrepartie suffisante⁵⁸⁷.

1096. Faut-il alors envisager de soumettre la sentence arbitrale à un contrôle de l'existence de contrepartie suffisante pour la personne publique qui choisit de recourir à l'arbitrage dans le cadre d'un contrat international ? D'une façon plus générale, pourquoi ne pas transposer la solution applicable dans le champ international au champ interne ? S'il est impossible dans l'un il doit l'être dans l'autre et inversement s'il est possible dans l'un, il n'y a pas de raison de ne pas le transposer dans l'autre. L'extranéité est sans lien avec le fondement du régime, il n'est donc aucune raison qu'elle l'altère.

1097. Ces questions ne font que mettre en lumière un problème plus profond. L'interdiction a un fondement théorique indépassable qui est à l'organe de toutes les difficultés rencontrées actuellement par ceux qui tentent d'en construire le régime juridique.

1098. b) Un fondement théorique indépassable : l'indisponibilité du droit administratif

1099. Il est impossible de sortir d'un système de dérogations d'espèces successives car au fondement de l'interdiction de l'arbitrabilité se trouve la règle la plus importante du droit administratif : l'indisponibilité du droit administratif. Ainsi, l'intervention du législateur, censé apporter la sécurité juridique que les solutions jurisprudentielles éparses ne satisfont pas, ne sera inévitablement que de façade.

1100. Au fondement de l'inarbitrabilité réside donc quelque chose de beaucoup plus fondamental même que l'interdiction des libéralités qui est finalement une prévention des injustices dans l'usage des deniers publics. Le fondement peut paraître théorique. Pourtant, il empêche immanquablement d'établir un régime de l'arbitrage pour les personnes publiques. Les arguments parfois invoqués en faveur de l'arbitrage international des personnes publiques sont économiques. Il s'agit de ne pas faire perdre à la « place de

⁵⁸⁷ CE, section, 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles, n°169473.

Paris », réputée pour la compétitivité de son marché de l'arbitrage, ses parts de marché. On peut commencer par faire remarquer que celle-ci a réussi à se développer malgré l'incertitude juridique encadrant l'arbitrage des personnes publiques. L'argument économique n'est pas à balayer d'un revers de la main. Il faut néanmoins essayer de l'envisager à sa juste mesure. L'ouverture de l'arbitrage des personnes publiques n'est pas une nécessité pour la place de Paris en matière d'arbitrage. Sans doute néanmoins serait-elle un réel avantage pour elle. La question est donc politique. Faut-il sacrifier à l'orthodoxie juridique pour permettre le développement économique d'une activité dans laquelle la France a développé une expertise et une réputation enviable ? Cela semble en définitive la seule question posée par l'ouverture de l'arbitrage. Les complexes questions de régime et notamment de contrôle contentieux des sentences arbitrales (recours à l'arbitrage et contenu de l'arbitrage) peuvent apparaître comme des tentatives infructueuses d'éviter cette question.

1101. Quand on s'interroge sur la nature du contrôle du juge et que l'on invente la notion de normes impératives du droit public, on ne fait rien d'autre que méconnaître radicalement la nature même du droit administratif et de l'existence des personnes publiques. Une personne publique n'est pas libre, elle est compétente. Elle n'agit que pour remplir une mission. Toutes les règles du droit administratif sont des règles de définition matérielle de cette compétence, de cette mission. Aucune, en aucun cas et d'aucune façon ne peut être écartée. Il semblerait que le juge puisse avoir à choisir quelles règles l'administration peut, de son propre chef, décider de mettre de côté dans le cadre d'un arbitrage. Il s'agit donc de mettre des règles de droit administratif à la disposition de l'administration.

1102. Contrairement à une personne privée, une personne publique a besoin du droit pour exister, pas pour se protéger. Elle n'existe pas sans le droit administratif. Il est donc impossible qu'elle en dispose. Aucune règle n'est accessoire. Elles découlent toutes de l'institution d'une personne morale. Il est impossible d'isoler des règles impératives en droit public, elles le sont toutes, constitutivement. Toutes les règles du droit administratif sont des éléments de définition de la mission de l'administration, soit de son but, soit de

ses limites. En l'état actuel du droit, le régime de l'arbitrage des personnes publiques est une suite de solutions d'espèce. Le juge exclut certaines règles de droit de la possibilité d'arbitrer. Le raisonnement a contrario de ces décisions est assez vertigineux. Toutes les autres règles sont-elles optionnelles ? Le juge, conscient bien sûr, du péril de cette pente, se réserve la possibilité d'ajouter d'autres règles. Il sera intéressant de le voir isoler des règles sur lesquelles il est permis d'arbitrer.

1103. Certains auteurs, comme récemment le Professeur Delaunay⁵⁸⁸, en appellent au législateur pour fixer le régime de l'arbitrage international. Cet appel serait justifié par la nécessité de retirer la définition de ce régime au juge administratif. Cela semble assez illusoire. Pas plus que le juge, le législateur ne pourra déclarer impératives certaines règles plutôt que d'autres. Du statut de normes d'habilitation de l'administration à agir, ces dernières passeraient à celui d'options susceptibles d'être négociées dans le cadre d'un arbitrage. Ce serait s'engager dans une voie extrêmement curieuse et absolument incohérente avec la raison d'être du droit administratif.

1104. D'une certaine façon, la personne publique, dans le champ d'un contrat international, deviendrait donc une personne privée. Comme une personne privée, les normes qui la contraignent ne sont pas là pour enclencher son action mais pour restreindre sa liberté initiale. Dès lors, une question se pose. D'où vient cette liberté initiale ? Quel est son fondement ? Quel est ensuite le fondement de cette limitation ? Pour les personnes privées, on le connaît. C'est la liberté d'autrui qui justifie toutes les limitations à la liberté d'un individu. L'administration entrerait-elle dès lors dans ce paradigme ? Limite-t-on sa liberté pour protéger celle des autres ? Mais alors, si réside là le seul fondement de ses limites, pourquoi ne pas l'autoriser à faire plus ? Est-elle libérée de sa mission, qui fonde ces règles devenues pour elles optionnelles ?

⁵⁸⁸ Benoit Delaunay, *Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif. Note sous Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806*, RFDA 2017, p. 111 : « Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif ; Note sous Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806 »

1105. Ces questions d'ordre théorique et sans doute en partie rhétoriques permettent de montrer l'incohérence du régime qui se dessine peu à peu et qui est demandé par une partie de la doctrine. Le législateur ne pourra en aucun cas définir les règles impératives et encore moins celles qui ne le sont pas. Il trouvera donc une formule vague, incluant ce qui a déjà été fait par la jurisprudence. C'est donc en définitive le juge qui tracera avec grand peine les contours de ce régime incohérent, de cette dérogation à la fonction même du droit administratif et donc à sa nature.

1106. Ainsi, la sécurité juridique espérée dans ce domaine n'arrivera jamais car il s'agit d'une volonté dérogatoire et, partant, impossible à systématiser. D'autre part, c'est le cœur même du droit administratif auquel il est question de déroger. Bien sûr, la volonté de développement économique est primordiale et le droit, y compris administratif doit absolument savoir s'y adapter. Il ne peut cependant devenir pour autant un droit privé. Car il existe bien un critère théorique simple de distinction entre les deux. Le droit privé est le droit de la volonté libre. Le droit administratif est celui d'une volonté liée. La limite de l'action administrative est aussi son fondement, sa raison d'être. Cette dernière ne disparaît pas dans le champ international.

1107. Le Tribunal des conflits, par sa solution en matière d'arbitrage, révèle ce qui constitue la continuité matérielle de sa mission, la protection de la compétence du juge administratif lorsqu'elle est nécessaire à la protection de l'action administrative. Le même phénomène peut être observé dans sa jurisprudence relative à la responsabilité des personnes privées dans le cadre de la passation d'un marché public.

Paragraphe 2. La responsabilité des personnes privées dans la passation des marchés publics

1108. La responsabilité des personnes privées dans le cadre de la passation des marchés publics (Sous paragraphe 1) a donné lieu à une jurisprudence nouvelle du Tribunal des conflits qui se révèle très protectrice de la compétence du juge administratif (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1. Données du problème

1109. Dans un arrêt du 16 novembre 2015, *Région Ile-de-France*, le Tribunal des conflits a décidé que « litiges relatifs à la responsabilité de personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif, notamment de ses clauses financières, dont la connaissance relève de la juridiction administrative, et d'avoir ainsi causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat, relèvent de la compétence de la juridiction administrative⁵⁸⁹ ».

1110. Cette solution a tout de suite été vivement critiquée par la doctrine administrativiste⁵⁹⁰. Elle lui est apparue sans fondement et remettant en cause, au contraire, une solution inverse fondée elle sur une tradition de compétence du juge judiciaire pour connaître des actions en responsabilité engagées contre des personnes privées. Ces critiques en effet ne manquent pas d'arguments.

1111. Le principe en vertu duquel il n'appartient pas au juge administratif de condamner des personnes privées à réparer les préjudices causés par elles à l'administration est en effet souvent reconnu comme une solution simple, logique et traditionnelle. On ne peut cependant manquer de signaler que, d'une part, aucun fondement juridique ne peut être trouvé à cette solution, ni même d'arrêt de principe sur la question. Tout au plus constate-t-on en effet une succession régulière (mais pas ininterrompue) de décisions juridictionnelles des deux ordres allant en ce sens. Comme le signale G. Eveillard, il faut également remarquer que de nombreuses exceptions existent au principe : actions récursoires, expulsion des occupants sans titre, le contentieux contractuel qui ne fait pas de différence entre les condamnations de la personne publique ou de son cocontractant dans le litige.

Sous paragraphe 2. Portée de la décision : une protection de la compétence du juge administratif

⁵⁸⁹ TC, 16 novembre 2015, *Région Ile de France*, n°4035

⁵⁹⁰ Stéphane Braconnier, *Quand un simple prétexte se substitue aux principes*, AJDA 2015, p. 2401.

1112. Pour G. Eveillard, le Tribunal des conflits aurait opté pour cette solution afin d'assurer l'unité du contentieux du contrat administratif⁵⁹¹, consacrant un caractère attractif du contrat administratif. L'explication peut se discuter d'autant que la solution est critiquée par S. Braconnier⁵⁹² au motif justement de la rupture qu'elle opère dans l'unité du contentieux de la responsabilité des personnes privées engagée par une personne publique.

1113. Si le Tribunal des conflits a entendu consacrer un caractère attractif du contrat administratif, cela ne peut être que d'une portée limitée. En d'autres termes, ce caractère attractif peut être considéré comme étant à l'origine de la solution en l'espèce et dans la matière de cette espèce mais rien ne laisse à penser qu'il puisse mettre en échec d'autres chefs de compétence. Il y a donc peut être un caractère attractif mais alors très limité. Il n'est par exemple pas assimilable dans ses effets au caractère attractif des travaux publics. La formulation choisie par le Tribunal des conflits aurait sinon été plus générale. Elle poserait par ailleurs de nombreuses difficultés. En effet, l'établissement d'un bloc de compétence peut entraîner la rupture d'un autre.

1114. La solution se justifie parfaitement en droit. Elle contrevient uniquement au principe de la suite du fond par la compétence mais ce principe n'est pas un fondement juridique, ce n'est qu'un principe technique subsidiaire qui est utilisé quand aucune volonté de compétence du juge administratif ne s'y oppose.

1115. Rien ne s'oppose donc à cette compétence du juge administratif. Il appliquera certes le droit privé à une personne privée mais nombreux sont les cas dans lesquelles le juge judiciaire applique le droit public à une personne publique. Ni le fond du droit, ni l'aspect organique, ni même la réunion des deux ne fait obstacle à une compétence juridictionnelle. Il suffit qu'il existe un lien qui justifie le rattachement. En l'espèce, ce lien est donné par le Tribunal des conflits qui explique que le comportement en cause a lésé les clauses financières d'un contrat administratif. Le Tribunal des conflits établit un lien en vertu de la technique classique de l'attachabilité d'un litige à un acte juridique. Le

⁵⁹¹ Gweltaz Eveillard, Action en responsabilité exercée par une personne privée, AJDA 2016, p. 786

⁵⁹² Stéphane Braconnier, *Quand un simple prétexte se substitue aux principes*, AJDA 2015, p. 2401.

contentieux en cause est extracontractuel mais a eu des conséquences sur la signature du contrat. Il n'est pas non plus sans fondement d'estimer qu'il appartienne au juge administratif d'estimer les réparations dues en raison de dommages subis par l'administration.

1116. Cette décision est particulièrement révélatrice, dans la mesure où elle contrevient tant aux solutions en faveur de la compétence judiciaire qu'elle fait même réagir les publicistes, de la continuité d'un Tribunal des conflits protecteur de la compétence du juge administratif.

1117. C'est un très bon exemple où la cohérence voudrait que les règles, mêmes privées de la responsabilité, si elles sont appliquées en faveur de l'administration soient considérées comme *devenant* des règles de droit administratif. Le juge administratif doit avoir le contrôle de la façon dont est appliqué le droit privé de la responsabilité à l'administration. Non pas de façon caricaturale pour condamner de façon exagérée, systématique ou systématiquement exagérée les administrés mais pour être libre, comme le fait indubitablement le juge judiciaire, d'avoir une politique jurisprudentielle en matière de responsabilité. Sans doute le Conseil d'Etat, et le Tribunal des conflits lui en donne les moyens (même si le Conseil d'Etat aurait pu le faire même sans cette jurisprudence facilitatrice du Tribunal des conflits), souhaite-t-il établir une politique stricte en matière de respect des règles de la commande publique ou simplement prendre sa part dans la répression des manoeuvres de corruption qu'ont subies les personnes publiques, non pas par esprit de revanche mais parce qu'il s'estime techniquement plus à même d'évaluer le réel préjudice subi par ces dernières.

1118. La dualité de juridiction a des implications politiques qui vont au-delà des politiques jurisprudentielles qui peuvent être développées. Ces implications politiques doivent être rappelées et soulignées afin que ne prévalent pas une vision purement technique de la dualité de juridiction. En témoigne en effet leur existence en dehors des prétoires.

Section 2. Un caractère politique de la dualité au-delà de la jurisprudence du Tribunal des conflits

1119. La mission du Tribunal des conflits est politique parce que la dualité de juridiction est politique et non pas technique. En témoignent tout particulièrement les contentieux de la rétention (Paragraphe 1) ou encore les utilisations de la notion de police administrative (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La constance matérielle du caractère politique de la dualité de juridiction : les contentieux de la rétention

1120. Le contentieux de l'asile illustre la dimension politique de la dualité de juridiction (Sous paragraphe 1), comme le fait le contentieux de l'internement (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1. Le caractère politique du contentieux de l'asile

1121. Le partage des compétences en matière de contentieux des étrangers est révélateur des enjeux d'ordre politique que peut présenter la dualité juridictionnelle. Il s'agit d'une part de renforcer l'efficacité de l'action administrative et de l'autre de garantir la protection de la liberté individuelle. La complexité est aujourd'hui le prix de l'état d'équilibre entre ces objectifs dans lequel se situe ce contentieux. Les problèmes techniques sont principalement des problèmes de délais d'intervention et de conséquences de l'intervention d'un juge sur les décisions de l'autre juge. Ces problèmes pourraient être résolus par une décision d'ordre politique relative à l'objectif qui prime dans le contentieux des étrangers, c'est ce qui atteste de leur caractère politique.

1122. Le régime, notamment contentieux, a été principalement (car beaucoup de lois sont intervenues) organisé par la loi de 2003. Elle pose que le préfet peut décider du placement en rétention administrative pour un délai de quarante-huit heures. Au-delà, la rétention peut être prolongé par le juge judiciaire pour une durée de quinze jours. Le juge judiciaire intervient là dans le cadre d'une mission administrative d'avantage que dans celui d'une mission juridictionnelle. Au-delà des quinze jours de prolongation, une

nouvelle prolongation peut-être décidée par le juge judiciaire, d'une durée de quinze ou cinq jours selon les cas. Il n'y a, dans ce cadre, pas de recours intenté devant lui. Aussi, le conseil constitutionnel, dans une décision du 20 novembre 2003⁵⁹³, a-t-il ajouté à ces dispositions. Il a estimé que le juge judiciaire devait pouvoir intervenir à tout moment de la rétention, soit pour vérifier sa régularité de sa propre initiative (ce qui est tout de même curieux au regard de l'impossibilité de principe pour un juge de s'auto-saisir) soit pour répondre à la demande d'un requérant contestant la validité de sa rétention. Le pouvoir réglementaire (intervention curieuse au regard de l'article 34) a donc prévu un pouvoir de remise en liberté pour le juge judiciaire par un décret du 14 novembre 2006. Une loi du 16 juin 2011, validée par le conseil constitutionnel⁵⁹⁴, a encore modifié ce régime. Le placement en rétention se fait pour une durée de cinq jours. Le juge judiciaire ne peut pas intervenir avant ce délai. C'était le régime avant la loi du 7 mars 2016.

1123. Le contentieux de l'asile a un caractère très politique. Les lois y sont appliquées de façon différente selon qu'il s'agit du pouvoir exécutif ou même du juge administratif d'un côté, ou du juge judiciaire de l'autre.

1124. Le rapport fait au nom de la Commission des lois et remis à l'Assemblée en septembre 2010 estime ainsi qu'il est regrettable que les juges des libertés et de la détention n'aient pas « tous la même vision de leur rôle : alors que beaucoup concentrent leur intervention sur ce qui la justifie, c'est-à-dire la nécessité ou non de priver une personne de sa liberté, certains autres ont une vision maximaliste de leur rôle⁵⁹⁵ » et qu'il n'est « pas acceptable que des procédures d'éloignement parfaitement légales et validées par le juge administratif soient annihilées par les pratiques erratiques de certains juges des

⁵⁹³ Conseil constitutionnel n°2003-484 DC, loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et du droit d'asile

⁵⁹⁴ Décision n° 2011-631 DC, 09 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, J.O. du 17 juin 2011, p. 10306.

⁵⁹⁵ Rapport n° 2814 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité par M. Thierry Mariani, XIII^e législature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 septembre 2010.

libertés et de la détention⁵⁹⁶ ». Le nombre d'étrangers éloignés sans avoir pu avoir eu recours au juge judiciaire est passé de 30% en 2011 à 62 % en 2012⁵⁹⁷ suite à la réforme de 2011, révélant ainsi la dimension d'efficacité de la politique publique mise en oeuvre par l'administration en jeu dans la réforme. Le délai de cinq jours avant la saisine du juge judiciaire conduit les plaignants à se tourner en priorité vers la procédure du référé liberté. Très bon exemple d'une soustraction de la compétence au juge judiciaire par le juge administratif. Le juge administratif était donc le juge le plus important de la rétention : « c'est devant le premier juge auquel l'étranger est présenté que se noue l'essentiel du débat juridictionnel⁵⁹⁸ ». Ce qui est une décision politique. ça ne découle pas de considérations techniques.

1125. Les éléments techniques visant à la simplification des règles de compétences sont en définitives secondaires. La succession de réformes législatives montre que s'il y a bel et bien un enjeu de simplification, il y a aussi des désaccords politiques irréductibles. Aucune simplification n'est possible sans une unification qui a elle même une portée politique.

1126. La réforme de 2016 a réparti les compétences de façon plus claire. Le contentieux de la détention, y compris celui du placement en rétention, est unifié au profit du juge judiciaire. Le juge administratif reste compétent pour l'obligation de quitter le territoire. Ainsi, les risques de décisions contradictoires sur une même affaire ne disparaissent pas. La solution d'une contestation d'une obligation de quitter le territoire peut entrer en contradiction avec une décision sur la détention. Le but de la réforme est de faire du juge judiciaire le juge prioritaire et dès lors principal de la rétention administrative.

1127. Un choix a donc été fait nonobstant les risques de politique jurisprudentielle libérale du juge judiciaire. Cependant, la compétence du juge administratif a bien été maintenue pour certains actes administratifs de la procédure jugés trop liés à la mise en

⁵⁹⁶ Ibid.

⁵⁹⁷ Rapport de M. FEKL, « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France », remis au Premier ministre le 14 mai 2013

⁵⁹⁸ Ibid.

oeuvre de la politique du pouvoir exécutif en la matière. Les enjeux politiques sont irréductibles et aucune solution technique ne peut les résoudre. Il en va de même dans le contentieux de l'internement psychiatrique d'office.

Sous paragraphe 2. Le contentieux de l'internement psychiatrique d'office

1128. La répartition des compétences juridictionnelles dans contentieux de l'internement psychiatrique d'office révèle elle aussi le caractère politique de la dualité de juridiction.

1129. En vertu d'une décision du Tribunal des conflits du 27 novembre 1995, Préfet de paris contre Melle Boucheras, « il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision qui ordonne le placement⁵⁹⁹ ».

1130. L'internement d'office de personnes souffrant de troubles mentaux obéit à des impératifs de sécurité publique. La finalité d'une telle procédure étant de veiller à ce que ces individus ne causent pas de trouble à l'ordre public ou d'atteintes à la sécurité des personnes. A ces finalités de l'action administrative s'oppose le respect de la liberté individuelle. Ainsi, la compétence du juge administratif a pu être discutée.

1131. Il est en effet classiquement attendu du juge judiciaire qu'il soit un protecteur plus vigilant des libertés individuelles que le juge administratif. C'est ainsi que lorsque le législateur entend garantir une meilleure protection des droits des personnes souffrant de troubles psychiques, il confie le contrôle de leur détention au juge judiciaire. L'idée est bien celle d'une plus grande indépendance de l'autorité judiciaire que du juge administratif, plus proche de l'autorité qui procède à l'internement d'office. Le motif de la répartition des compétences est donc purement politique, il n'est pas d'ordre technique, il ne dépend pas du droit applicable. La question du droit applicable est secondaire, ce qui prime c'est la crainte d'une trop grande proximité entre juge administratif et action administrative.

⁵⁹⁹ TC, 27 novembre 1995, Préfet de Paris contre Melle Boucheras, n°2973

1132. En la matière, le Conseil d'Etat refuse de qualifier de privation de liberté un internement d'office en raison de sa durée et préfère le terme de mesures restrictives de liberté, ces divergences de vocabulaire permettant d'éviter la protection constitutionnelle de la compétence du juge judiciaire. Est ainsi très significative la décision du 19 juillet 2002, M. Mohamed Benmedjahed⁶⁰⁰. Le Conseil d'Etat y procède à cette distinction lui permettant de conserver sa compétence. S'y manifeste donc une réelle intention de la part du juge administratif de garder un contrôle sur la procédure d'internement d'office. Une volonté qui peut également être observée à propos de l'interprétation de la notion de police administrative.

Paragraphe 2. Le caractère politique de la dualité de juridiction illustré par la notion de police

1133. La notion de police est révélatrice du caractère politique de la dualité de juridiction, qu'il s'agisse de définir la police administrative générale (Sous paragraphe 1) ou de s'interroger sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1. La police administrative générale : une extension logique au champ des infractions pénales permises par la dualité de juridiction

1134. La police administrative a pour but spécifique (mais non exclusif) d'interdire des comportements qui, considérés de façon isolée et individuelle, sont licites et par conséquent n'exposent pas leur auteur à des poursuites pénales. C'est la marque distinctive du caractère administratif de cette police que de ne pas viser immédiatement l'individu mais son comportement. Le caractère illicite du comportement est indépendant d'une faute de l'auteur du comportement. Deux cas de figure se présentent alors. Soit le comportement est interdit soit pour des motifs dont l'auteur n'est pas considéré comme responsable. Soit le comportement est interdit pour des motifs dont l'auteur pourrait être jugé comme

⁶⁰⁰ CE, 19 juillet 2002, M Mohamed Benmedjahed, n° 248798.

responsable mais il est fait abstraction de cette responsabilité dans le cadre de la mesure de police administrative. C'était le cas de l'affaire Dieudonné⁶⁰¹. Il y a alors organisation d'un potentiel régime de cumul de polices. Un même comportement peut donner lieu à une mesure de police administrative et de police judiciaire. Les deux polices n'ont pas la même finalité immédiate, bien qu'elles partagent une finalité générale d'ordre public. La finalité de la mesure de police judiciaire est la sanction individuelle d'une faute. La finalité de la mesure de police administrative est la cessation d'un trouble à l'ordre public.

1135. L'affaire Dieudonné était un cas très spécifique puisqu'il s'agissait du cas d'une infraction annoncée. Le spectacle organisé contenait des propos illégaux. Il s'agissait donc d'une situation étrange où la commission d'une infraction était certaine, ou, à tout le moins, aussi certaine qu'elle puisse l'être⁶⁰² et, quoi qu'il en soit et surtout, organisée.

1136. Le caractère a priori disqualifiait la police judiciaire. Impossible de punir avant les faits. Tandis que la simple préparation de certaines infractions peut l'être (un attentat par exemple), préparer un spectacle illégal n'est pas incriminé.

1137. Le caractère d'infraction pénale pouvait aussi sembler disqualifier la police administrative, au nom d'une séparation matérielle erronée des polices administrative et judiciaire fondée sur la notion d'ordre public. Le débat doctrinal s'est d'ailleurs porté principalement sur l'inclusion de la prévention des infractions pénales dans l'ordre public. Débat ainsi déplacé vers la question de la subjectivité de l'ordre public immatériel. Une réflexion rapide sur les composantes de l'ordre public matériel permettant pourtant de s'apercevoir que ces derniers aussi peuvent faire l'objet d'appréciation tout aussi subjectives, quant à leur intensité mais aussi quant à leur nature.

1138. Le rétablissement d'une notion fonctionnelle de la police administrative, basée sur sa finalité et sans référence à la notion matérielle d'ordre public, permet de comprendre qu'un même comportement puisse être interdit indépendamment de sa qualification pénale.

⁶⁰¹ CE, 9 novembre 2015, Sociétés de la Plume, n°376107

⁶⁰² V. sur ce point notamment : C. Broyelle, *Retour sur Dieudonné*, RFDA n°3, mai-juin 2014, p. 521.

L'autorité publique entend que certains événements n'aient pas lieu sans avoir à les lier à leur auteur. Cette liaison implique en effet un régime juridique beaucoup plus protecteur des libertés individuelles, en matière de procédure ou de preuve par exemple. C'est en ce sens que son but spécifique concerne des comportements qui, individuellement ne sont pas illicites et donc pas incriminés pénalement mais que ce but n'est pas exclusif puisqu'elle peut aussi concerner des comportements qui sont incriminés pénalement. Elle les traitera cependant de façon différente.

1139. Cette situation d'interdiction préventive d'un comportement qui est constitutif d'une infraction pénale est délicate puisqu'apparaissent alors comme mis en concurrence du point de vue du caractère libéral du régime deux types d'interventions publiques bien distinctes du point de vue de leur rapport à la faute. D'une part la police judiciaire qui punit individuellement et doit donc *attendre* que les faits soient commis puisqu'elle se fonde directement sur la faute (c'est-à-dire sur l'incrimination pénale du comportement). D'autre part, la police administrative qui se désintéresse de la faute et de l'individu et qui n'a vocation qu'à empêcher ou faire cesser la survenance matérielle du comportement.

1140. La solution du Conseil d'Etat n'est pas incohérente mais elle eut été sans doute impossible à mettre en oeuvre sous l'égide du seul juge judiciaire en tant qu'il se considère comme politiquement spécialisé dans la protection des libertés individuelles. Il s'est et se serait arrêté à cette concurrence des polices administrative et judiciaire et n'aurait vu dans l'intervention de l'autorité administrative dans l'affaire Dieudonné qu'une intrusion des moyens de la police administrative (interdiction préalable à la commission des faits) dans le domaine matériel de la police judiciaire (le traitement des comportements pénalement incriminés).

1141. La matière de la police administrative offre un autre exemple du caractère politique que peut revêtir la dualité de juridiction à travers les controverses relatives à l'état d'urgence.

Sous paragraphe 2. La notion de police administrative dans le cadre de l'état d'urgence

1142. L'arrêt du Conseil d'Etat Cédric D. du 11 décembre 2015 permet, dans le cadre de l'état d'urgence, la prévention de certaines infractions pénales par le pouvoir exécutif. La loi du 24 juillet 2015 sur le renseignement développe les pouvoirs des services de renseignement en se fondant sur la poursuite d'un but de protection de l'ordre public⁶⁰³.

1143. L'enjeu n'est donc pas un débat technique sur la répartition des compétences mais bien une volonté politique de garder certaines procédures au sein d'un système administratif d'exécution et de contrôle afin d'en garantir l'efficacité. Il est notamment deux questions dont la réponse est politique et non technique. Celle du régime des assignations à résidence⁶⁰⁴ et celle du régime des perquisitions administratives.

1144. En ce qui concerne les assignations à résidence, il s'agit de la même question que celle posée dans le cadre de l'internement psychiatrique, c'est-à-dire de l'interprétation de l'article 66 de la Constitution. La protection de la compétence de l'autorité judiciaire est limitée par cette interprétation et cette limitation s'est également manifestée pour les mesures d'assignation à résidence prises dans le cadre de l'état d'urgence. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il affirmé, dans une décision du 22 décembre 2015⁶⁰⁵, qu'une assignation est « une mesure qui relève de la seule police administrative ». Se retrouve dans cette décision le caractère politique d'une telle interprétation de la notion de police administrative. Ce caractère politique est même révélé par la révélation faite par un membre du Conseil d'Etat et expliquant que ce dernier souhaitait, dans le cadre de l'état d'urgence, « éviter l'écrasement de l'article 66 de la Constitution par le futur article 36-1 (de la loi sur le renseignement)⁶⁰⁶ ». Il ne s'agit donc pas de questions d'ordre technique. Ainsi, lorsque le rapport du Sénat sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la nation explique que le régime contentieux de l'état d'urgence « ne saurait remettre en

⁶⁰³ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement

⁶⁰⁴ Dont J. M. Sauvé signale dans un article du Monde du 20 novembre 2016 qu'il faut améliorer le régime relatif à leur délai d'expiration.

⁶⁰⁵ Décision QPC 2015-527 QPC, rendue à l'occasion de l'affaire Cédric D.

⁶⁰⁶ Juvénal, « Le Conseil d'Etat, défenseur du juge judiciaire ? », AJDA, 2016, p. 65.

cause la compétence de l'autorité judiciaire dans le cas où une mesure mettrait en cause la liberté individuelle⁶⁰⁷ », il semble bien loin de la réalité.

1145. Le contentieux de l'état d'urgence fait également apparaître le caractère irréductiblement politique du dualisme juridictionnel à travers la question du contrôle des perquisitions administratives. Il conduit à s'interroger sur la propriété privée comme fondement d'une compétence réservée par nature au juge judiciaire. Les perquisitions effectuées dans le cadre de l'état d'urgence sont qualifiées de perquisitions administratives et leur contentieux est dès lors confié au juge judiciaire. Un régime de perquisition judiciaire aurait incontestablement été plus difficile à mettre en oeuvre, tout particulièrement en ce qu'il aurait supposé une consultation du procureur de la République avant chaque perquisition. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs décidé que les mesures de perquisitions administratives « relèvent de la seule police administrative, y compris lorsqu'elles ont lieu dans un domicile⁶⁰⁸ ».

1146. La dualité de juridiction a donc une dimension politique. C'est cette dimension politique qui la fonde. Les questions techniques n'apparaissent que lorsque la dimension politique n'est pas en cause. Dès lors, l'organe de répartition des compétences juridictionnelles a, lui aussi, une dimension politique.

Paragraphe 2. Le caractère politique de l'organe de répartition des compétences juridictionnelles

1147. Le caractère politique de l'organe de répartition des compétences juridictionnelles est inévitable (Sous paragraphe 1). Cela n'empêche cependant pas qu'il soit mesuré (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1. Un caractère politique inévitable

⁶⁰⁷ Rapport n° 447 (2015-2016) de M. Philippe BAS, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 mars 2016

⁶⁰⁸ Cons. const. 19 février 2016, n°2016-536 QPC Ligue des droits de l'Homme

1148. Historiquement, il est incontestable que la juridiction administrative s'est construite en opposition avec la juridiction judiciaire. Il y a eu une lutte politique, remportée, sous le Second Empire, par l'autorité administrative, c'est-à-dire par le pouvoir exécutif.

1149. Il faut ici se souvenir de l'opposition déterminée du juge judiciaire durant tout le XIX^{ème} siècle à la construction d'un droit administratif autonome et à l'établissement d'une compétence pour le juge administratif en dehors des lois d'attribution. C'est donc une victoire que le juge administratif a su faire prospérer malgré l'avènement de la République et l'effondrement du régime qui l'avait vu naître. En cela l'arrêt Blanco est important. Il marque le prolongement, dans le régime républicain et dans ceux qui vont suivre, de la victoire politique du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire.

1150. Cette victoire acquise, le Conseil d'Etat semble parfois vouloir la faire oublier. La rhétorique développée par ses membres est celle d'une dualité juridictionnelle inoffensive, technique, dominée non pas par la volonté politique de faire primer le pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire mais par la volonté de les placer sur un pied d'égalité.

1151. Or, il n'en est rien. La dualité de juridiction n'est pas une conséquence technique de l'existence d'un droit spécial pour l'administration. C'est un système politique et administratif qui s'est construit pendant le XIX^{ème} siècle et qui se perpétue aujourd'hui.

1152. La suppression de la présidence du Ministre de la Justice obéissait à une volonté de respecter le principe de la séparation des pouvoirs. Cette volonté découlait elle-même de l'idée, abusive si elle n'est pas relativisée, comme les développements précédents sur ce point ont tenté de le montrer, selon laquelle le Tribunal des conflits serait un organe juridictionnel. Il y aurait donc antinomie entre caractère juridictionnel et présidence par un organe du pouvoir exécutif. Il y aurait là une atteinte à l'indépendance de la juridiction en cause.

1153. Si l'idée que juridiction et intervention du pouvoir exécutif seraient antinomiques semble logique du point de vue d'une conception théorique de la séparation des pouvoirs, elle est en réalité contestable. Le Tribunal des conflits est une juridiction mais il est une

juridiction particulière. Or, parmi ces particularités se trouve celle de sa dépendance logique vis-à-vis du pouvoir exécutif.

1154. Que cette dépendance prenne les formes de la présidence ou qu'elle se réduise à la pratique issue de la participation des membres du Conseil d'Etat n'a trait qu'à ses formes. Sa mission exige une certaine forme de dépendance.

1155. Le pouvoir exécutif, l'administration, n'est pas une partie comme une autre. Elle oeuvre dans l'intérêt général. Des modalités de contrôlée permettent de vérifier qu'elle le fait. Ainsi, lorsqu'elle est partie à un litige, lorsqu'elle est en opposition avec le juge judiciaire, elle n'est pas sur un pied d'égalité.

1156. Il ne découle d'aucun principe constitutionnel que le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire fussent être sur un pied d'égalité dans l'organisation constitutionnelle de la France. Les modalités de la séparation des pouvoirs sont multiples. La primauté du pouvoir législatif elle-même, tandis que l'on pourrait considérer qu'il s'agit du principe le plus intangible de la séparation des pouvoirs, est remise en cause par le fait majoritaire. Pourquoi devrait-on dès lors considérer que la primauté du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire n'existe pas ou qu'elle serait indue ?

1157. Pourquoi la répartition des compétences devrait-elle être placée sous l'égide du principe d'impartialité ? Pourquoi devrait-on considérer que ses formes juridictionnelles n'en sont plus seulement, qu'elles sont devenues des indicateurs d'une matière par nature juridictionnelle ? Les abus d'un système de prévalence du pouvoir exécutif ne doivent pas entraîner sa condamnation systématique, cette dernière ne pouvant en définitive qu'être de façade.

Sous paragraphe 2. Un caractère politique mesuré et ponctuel

1158. Le caractère politique de la dualité de juridiction et, partant du Tribunal des conflits, pour être acceptable dans l'ordre public constitutionnel, est ponctuel (1) et mesuré (2).

1) Un caractère politique ponctuel

1159. Qu'est ce que c'est qu'un Tribunal des conflits impartial? Un Tribunal des conflits qui applique quelles normes? Les lois de répartition des compétences? Il y en a peu et elles doivent être interprétées. Cela ne peut donc être qu'un Tribunal des conflits appliquant le principe de liaison de la compétence et du fond. Un Tribunal des conflits impartial c'est donc un Tribunal des conflits technique. Or, le principe de liaison est subsidiaire. Le Tribunal des conflits protège en réalité l'administration à travers son privilège de compétence juridictionnelle. Il fait en ce sens partie du système administratif français.

1160. Le rapport du Tribunal des conflits au caractère politique de la dualité de juridiction est le même que celui que le Conseil d'Etat entretient avec dernier. C'est un rapport ponctuel. Il ne s'agit pas d'une volonté systématique et répétée mais du pouvoir d'intervenir ponctuellement lorsqu'est en jeu l'intérêt systémique de l'administration.

1161. Le Tribunal des conflits est une des formes de cette capacité d'intervention qu'a le Conseil d'Etat dans la répartition des compétences juridictionnelles. Cela fait partie de sa mission naturelle.

1162. Le caractère politique de la répartition des compétences renvoie également à une idée de spécialisation qui ne doit pas choquer. Au juge administratif la protection prioritaire de l'intérêt général, au juge judiciaire celle de la liberté individuelle. Un même litige ne sera pas traité de la même façon selon que l'on se place de l'un ou de l'autre de ces objectifs spécialisés. Cela conduit à s'interroger sur l'idée d'équivalence des protections. Equivalence des protections ne signifie pas nécessairement égalité des protections. Le fait que le juge judiciaire soit considéré par le législateur comme garant de la meilleure protection des libertés individuelles conduit en définitive à espérer que tel soit le cas, que la protection du juge judiciaire de la liberté individuelle soit effectivement plus attentive. Il faut dès lors accepter le corollaire de cette idée. Cela signifie en effet que celle du juge administratif l'est moins. Et son rapport de dépendance avec le pouvoir exécutif rend cela légitime. Le juge administratif n'aborde pas le litige avec les mêmes priorités. Il

est prêt à d'avantage de sacrifices des libertés individuelles. C'est le fondement même de la norme que de diminuer l'étendue des libertés individuelles.

1163. Il ne s'agit donc pas seulement de droit applicable mais aussi d'attitude face à ce droit, c'est-à-dire de politique jurisprudentielle.

2) Un caractère politique mesuré

1164. Ainsi la décision du Tribunal des conflits n'est elle pas neutre. Il ne s'agit donc pas de se demander si le niveau de protection des libertés est le même de façon structurelle devant le juge administratif ou le juge judiciaire. Il s'agit de se demander si dans une matière donnée, il est souhaitable, à un moment donné, de favoriser une politique jurisprudentielle potentiellement protectrice des individus ou de l'intérêt général. L'établissement de cette priorité une décision d'ordre politique.

1165. Si l'on se place du point de vue de la théorie des apparences, le juge doit être exempt de tout doute quant à son indépendance. Or, ce ne sera jamais le cas devant le juge administratif. Ce dernier démontre souvent sa tendance, même ponctuelle, à favoriser les visées de l'administration dans sa politique jurisprudentielle et le législateur en prend acte bien souvent lors de son intervention dans la dualité de juridiction. En effet, quant le contentieux est trop sensible, le risque qu'un tel biais se manifeste dans la décision du juge est pris en compte et conduit à des attributions de compétences au juge judiciaire. Inversement il faut donc constater que dans certains domaines, le législateur accepte ce risque.

1166. Néanmoins, ce caractère politique, cette constatation qu'il existe des politiques jurisprudentielles n'implique pas que ces dernières aient un caractère systématiquement abusif. Le juge administratif est aussi un protecteur des libertés individuelles. Il prend prioritairement en compte l'intérêt de l'administration mais il n'ignore jamais la dimension individuelle. De la même façon, le juge judiciaire n'est-il pas indifférent à la prise en compte des intérêts de l'administration. Il faut accepter la dimension politique pour pouvoir l'identifier et en donner la juste mesure.

Conclusion du chapitre

1167. Il y a bien une continuité du rôle du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français. Il n'est pas un arbitre neutre qui se contenterait d'appliquer les règles de répartition des compétences posées par le législateur. L'activité de répartition des compétences juridictionnelles revête une dimension politique inévitable. Elle consiste essentiellement à choisir entre deux systèmes-type. Celui où le pouvoir judiciaire est prédominant et celui où le pouvoir administratif est prédominant. Parce que juger l'administration c'est effectivement encore administrer, l'organe chargé de contrôler l'action administrative dispose d'un pouvoir considérable et, par ricochet, celui qui choisit cet organe de contrôle également.

1168. L'histoire institutionnelle française ainsi que l'importance de la mission de l'administration en France à travers les services publics a conduit la France à adopter un système où le pouvoir exécutif est prédominant dans le champ politique. La dualité de juridiction est la pierre angulaire de ce système. L'organe, ou plutôt les organes qui ont le pouvoir de répartir les compétences sont donc mécaniquement impliqués dans ce système. Le Tribunal des conflits n'est pas seul dans ce système. Le législateur intervient bien sûr mais son œuvre doit toujours être complétée. Et elle l'est par le Tribunal des conflits mais également par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, Tribunal des conflits et Conseil d'Etat convergeant dans leur objectif de protection de la compétence du juge administratif. La cour de cassation a depuis longtemps adopté une attitude de soumission à leurs décisions exceptées sur certains chefs de compétence qu'elle juge sensibles.

1169. La jurisprudence récente du Tribunal des conflits montre bien qu'il continue, naturellement, à aligner ses vues sur celles du Conseil d'Etat quand cela est nécessaire. De nombreux domaines montrent que la dualité de juridiction revêt une dimension politique indépassable. A cet égard, la perte du mécanisme de sauvegarde que constituait la présidence du Tribunal des conflits par un membre du pouvoir exécutif n'est pas un élément anodin.

1170. La continuité du rôle du Tribunal des conflits est structurelle, elle est liée à l'existence même de la dualité de juridiction. Cette dernière reste un objet politique controversé, cela se constate dans de nombreux domaines que l'on peut, à cet égard, qualifier de « sensibles », domaines qui appellent soit des solutions jurisprudentielles adoptées par le Tribunal des conflits ou le Conseil d'Etat, soit des interventions du législateur. Quelles que soient les solutions adoptées, elles contribuent à affaiblir ou à renforcer le système existant. En d'autres termes, elles ne sont jamais neutres.

1171. A cet égard, le Conseil d'Etat comme le Tribunal des conflits s'inscrivent dans des dynamiques institutionnelles fortes qui leur donne une marge de manœuvre considérable. Il n'est pas dans la tradition administrative française d'en user avec autoritarisme. Ce caractère politique de la dualité de juridiction est à la fois ponctuel et mesuré.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

1172. Malgré les nombreuses évolutions de son office et de son fonctionnement, le rôle du Tribunal des conflits dans l'ordre juridique français n'a pas évolué. Il est marqué par une grande continuité.

1173. Cela s'explique d'abord grâce à la relativisation des fondements de ces évolutions.

1174. D'abord, le caractère juridictionnel doit être relativisé, pris à sa juste mesure. Il ne peut y avoir de juridiction au sens classique du terme lorsque sont en présence devant le Tribunal des institutions publiques de nature constitutionnelles et non des personnes physiques ou morales dotées de volontés libres. La règle de l'impartialité ne peut s'appliquer de la même façon. Cette dernière a en effet pour but d'attacher à la dimension politique issue de la décision juridictionnelle la même légitimité (ou celle qui peut s'en approcher le plus) que celle de la norme législative. Or, l'autorité administrative et le pouvoir judiciaire ne sont pas situées sur un pied d'égalité. Le paradigme égalitaire ne

fonctionne pas pour les institutions à qui l'on attribue des compétences en fonction d'une volonté politique.

1175. Ensuite et ainsi, la nature même de la mission de répartition des compétences doit être contestée. Présentée comme une matière technique gouvernée par le principe de la liaison de la compétence et du fond, elle est en réalité politique et gouvernée par des questions institutionnelles de rapport entre les pouvoirs publics.

1176. Cette continuité se constate matériellement par la manifestation du rôle de protecteur de l'administration, d'organe intégré au système administratif, dans la jurisprudence et dans les lois de compétence qui montrent que la spécialisation continue bien de produire ses effets sur la répartition des compétences.

1177. Elle s'explique ensuite structurellement. Il y a en effet une logique politique de spécialisation inhérente à la dualité de juridiction et liée au rôle de l'administration en France.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1178. Le lien entre le Tribunal des conflits et le système institutionnel administratif français, composé de l'administration et de son juge, demeure malgré les évolutions que celui-ci a connu et la réforme de l'année 2015.

1179. La volonté de faire du Tribunal des conflits une instance neutre, arbitre entre les deux ordres de juridiction ne peut qu'échouer. Elle est contraire à la nature de cet organe et à sa fonction dans l'ordre juridique français. Son histoire contribue à le montrer. Sa résistance aux évolutions et aux discours novateurs sur son compte le montre encore d'avantage. Les réformes du Tribunal des conflits sont basées sur deux idées : celle de faire avancer les droits des justiciables et de diminuer pour eux les inconvénients de la dualité de juridiction. Cette prémisse n'est pas contestable.

1180. En revanche, elle a tendance à emporter avec elle une vision plus problématique du Tribunal des conflits, une vision erronée. Une vision technique de la mission du Tribunal. Une vision technique de la dualité de juridiction. Or, la mission du Tribunal et la dualité de juridiction qu'elle contribue à façonner sont des objets politiques. Il y a une part politique irréductible. Et le refus de le voir a des conséquences concrètes sur l'organisation de l'institution et sur la légitimité des décisions prises. A faire prendre des décisions politiques par des procédés et des autorités techniques on ne réduit pas la part de politique dans le système mais on la prive de légitimité et on la rend, *in fine*, plus difficile encore à accepter.

1181. Se pose dès lors la question de la part politique de l'action administrative qui est compliquée à traiter puisqu'elle suppose une certaine continuité et une certaine technicité qui ne sont pas adaptées à la volonté démocratique du processus de décision politique.

CONCLUSION GENERALE

1182. Tout exercice de réflexion sur le droit exige un positionnement moral car politique. En droit public, ce positionnement doit se faire sur l'une des questions les plus complexes qui soit, l'organisation de la vie publique, c'est-à-dire de l'action et du fonctionnement des institutions.

1183. Ces questions sont fondamentalement insaisissables. Il est difficile de dire si un état se portera mieux en changeant ses institutions ou en perpétuant la tradition, de faire des arbitrages entre l'adaptation et la conservation. Qui plus est, le droit public renvoie sans cesse, en creux, quelque soit le sujet traité, à la question des buts de l'état. Doit-il chercher le bonheur de ses citoyens, se contenter d'assurer leur sécurité ou les conditions de leur liberté? A quel point doit-il intervenir ?

1184. Il en résulte une très pénible insaisissabilité de la ligne de démarcation entre droit et morale, entre droit et politique. Le droit ne devrait être que cet outil technique au service de la politique mais l'intrication entre les deux est permanente, systématique. C'est se mentir à soi-même pour le juriste que d'essayer de le nier. C'est ne pas comprendre son rôle que d'essayer de l'exagérer. Le juriste doit demeurer en équilibre dans cette tension fondamentale, qui lui est existentielle.

1185. C'est tout le sens de la démarche entreprise à propos du Tribunal des conflits. Organe éminemment politique, éminent lié à une conception très ancienne de l'Etat, de l'administration et de son action, il est de plus en plus présenté, comme l'est la dualité de juridiction, comme un organe neutre et technique opérant presque mécaniquement et sans nulle idéologie le partage de compétences.

1186. Nous avons voulu montrer que telle n'était pas la réalité de cette institution. Non pas pour prôner un retour à cette dimension politique qui s'estompe petit à petit dans le

discours mais pour montrer que malgré ce dernier, elle était toujours présente et qu'il fallait, pour lui donner sa juste place, en prendre la juste mesure.

1187. D'une façon plus générale encore nous avons voulu montrer que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif n'étaient finalement séparés dans l'opération normative que par des formes. La généralité de l'opération législative ne lui assure aucune suprématie tant est systématique son complément par le pouvoir exécutif. Un organe tel que le Tribunal des conflits participe donc pleinement à la production normative relative aux bornes de la dualité de juridiction. Et cette production a un but essentiel, logique dans le système français : protéger l'existence de la dualité de juridiction.

1188. L'idée selon laquelle le Tribunal des conflits serait un organe neutre, une simple juridiction renvoie finalement à l'écueil abusif auquel peut conduire l'aporie logique de l'auto-limitation de l'Etat. A toujours vouloir mettre du droit au dessus du droit, des institutions au-dessus des institutions, on tente de fuir la décision politique. Pourtant, ne pas la voir, ne pas la nommer, refuser d'identifier un organe titulaire d'un pouvoir politique n'empêche pas ce pouvoir d'exister et cet organe de le posséder.

1189. En ce sens la théorie de la séparation des pouvoirs a sans doute été abusivement et paradoxalement interprétée. La séparation entre pouvoir législatif et pouvoir judiciaire ou pouvoir exécutif a tendance à être exagérée. L'idée que la loi pourrait tout faire, en matière de répartition des compétences par exemple, est erronée. La séparation des pouvoirs, c'est avant tout la séparation d'un seul et même pouvoir, celui de produire de la norme. Toutes les manifestations de ce pouvoir de production de la norme n'ont pas les mêmes caractéristiques, pas les mêmes effets, mais elles sont tout de même les déclinaisons d'un pouvoir normatif, c'est-à-dire politique, c'est-à-dire précédant le droit. Ce dernier peut l'encadrer, le limiter mais il ne peut pas le faire disparaître, ni dans le travail exécutif, ni dans le travail juridictionnel.

1190. L'idée que le Tribunal des conflits serait un organe impartial placé entre les deux ordres de juridiction repose sur un refus de voir le caractère politique de ses décisions et, par extension, la spécialisation politique des ordres juridictionnels. Si l'on ne reconnaît pas de

pouvoir politique aux ordres juridictionnels, la différence d'attribution de compétences n'a en effet qu'un enjeu technique de bonne administration de la justice. Si l'on reconnaît la dimension politique de la mission juridictionnelle alors seule une spécialisation politique et non plus seulement technique permet de comprendre, de justifier logiquement l'existence de la dualité de juridiction. Et si l'on reconnaît cette spécialisation politique alors on ne peut que constater le rôle politique du Tribunal des conflits : protéger la compétence du juge administratif lorsque cela est nécessaire et permettre ainsi la pérennité du modèle français d'organisation des pouvoirs publics.

1191. Il faut alors éviter de tomber dans l'écueil opposé consistant à croire que la présence du pouvoir politique est choquante et exclusive de celle du droit. L'Ancien Régime est parfois décrit comme une période uniquement caractérisée par l'arbitraire tandis qu'à en étudier les productions écrites, la présence de notions et de raisonnements juridiques est absolument frappante. Sans doute le droit n'est-il à l'époque aussi organisé, aussi centralisé qu'il l'est aujourd'hui ou depuis la Révolution qui a en effet marqué cette unification. Cependant, il est faux de concevoir cette période comme purement politique, comme arbitraire. De la même façon, il est erroné et sans doute illusoire, de tenter de décrire l'ordre juridique actuel comme de pur droit. Il y a de la décision politique à tous les niveaux, dans chaque institution, dans chaque décision qui n'est pas mécaniquement déterminable a priori par induction depuis la norme. C'est-à-dire dans l'immense majorité des décisions des institutions de l'ordre juridique. Cette dimension politique doit être identifiée, sans résignation mais aussi sans crainte.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, Traités, Manuels

Aucoc (Léon), *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869, 1^{ère} éd., tome I.

Batbie (Anselme-Polycarpe), *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence ; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne ; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789 ; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique*, Paris, Cotillon, 1885-1894, 2^e éd.

Burdeau (François), *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, PUF, 1995.

Broyelle (Camille), *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2017-2018.

Cadiet (Loïc), Normand (Jacques), Amrani-Mekki (Soraya), *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2013

Chapus (René), *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 2001.

Cormenin (Louis-Marie de Lahaye de), *Droit administratif*, Paris, Pagnerre éditeur, Gustave Thorel Libraire, 5^{ème} ed., 1840.

Dareste (Rodolphe), *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Paris, 2012, La Mémoire du Droit, coll. de la Faculté Jean Monnet, réimp. de l'édition de 1862, Paris, Auguste Durand.

Eisenmann (Charles), *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982-1983.

Gaudemet (Yves), *Traité de droit administratif : l'administration, la juridiction administrative, les actes administratifs, les régimes administratifs. Tome 1. Droit administratif général*, Paris, LGDJ, 2001.

Gérando (Jospeh-Marie de), *Institutes du droit administratif français, ou élémens du code administratif*, Paris, Nève, 1829-1836, 1^{ère} éd., 6 vol.

Gohin(Olivier), *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, 2014.

Hauriou (Maurice), *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Sirey, 12e éd., 1933.

Henrion de Pansey (Pierre-Paul-Nicolas), *De l'Autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris, Théophile Barrois Père, 1810, 1^{ère} éd.

Jacquelin (René), *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, ed. Giard et Brière 1899.

Mestre (Jean-Louis), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985.

Plessix (Benoît), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016.

Rivero (Jean), Waline (Marcel), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2000.

Rousselier (Nicolas), *La puissance de gouverner*, Paris, Gallimard essais, 2015.

Royer (Jean-Paul), Jean-Paul (Jean), Durand (Bernard), Derasse (Nicolas), Dubois (Bruno), *Histoire de la justice en France : du XVIIIème siècle à nos jours*, Paris, PUF, 2010, p.

Thèses et ouvrages spécialisés

Aucoc (Léon), *Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel. Étude historique et bibliographique*, Paris, Imprimerie Nationale, 1876,

Auger (Bernard), *Le Tribunal des conflits sous la deuxième République*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1911,

Bardonnet (Daniel), *Le Tribunal des conflits, juge du fond*, 1957.

Bavoux (François-Nicolas), *Des conflits ou de l'empiètement de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire*, Paris, J.- Aillaud, 1828, 2 tomes en 1 vol.

Besnard (Jean-Marcel), *Le Conseil d'Etat du Second Empire*, Paris, S.I., 1943.

Bigot (Grégoire), *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002.

Bigot (Grégoire), *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999,

Bouvet (Marc), *Le Conseil d'Etat sous la monarchie de juillet*, Paris, LGDJ, 2011.

Cadiet (Loïc), Gonod (Pasacale), *Le Tribunal des conflits, bilan et perspectives*, Paris, Dalloz, 2009,

Chapus (René), *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, LGDJ, 1957.

Chevallier (Jacques), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970.

Chouvel (François), Lambert (Thierry), Péliissier (Didier), *Les cas de partage au Tribunal des conflits*, Paris, Economica, 1984,

Cohen (Dany), *La cour de cassation et le principe de séparation des autorités*, Paris, Economica, 1987.

Cormenin (Louis-Marie de Lahaye de), *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Pillet, 1818,

Félix (Maurice), *L'histoire du conflit d'attribution (étude historique du contentieux administratif)*, Paris, Arthur Rousseau, 1899.

Gaudemet (Yves), *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972.

Godechot (Jacques), *Les institutions de la France sous la Résolution et le Second Empire*, Paris, PUF, 1998.

Gorce (Pierre de la), *Histoire du Second Empire*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1894-1905.

Gorsse (Jean-Marie-Alfred), *Réforme de la présidence du Tribunal des conflits*, Paris, PUF, 1932.

Halperin (Jean-Louis), *Le Tribunal de cassation sous la Révolution : 1770-1790*, Paris, LGDJ, 1987.

Laferrière (Edouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887.

Latournerie (Marie-Aimée de), Arrighi de Casanova (Jacques), *Le Tribunal des conflits*, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, Paris, Dalloz, 2015.

Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1974,

Le dualisme juridictionnel [Texte imprimé] : limites et mérites [actes du colloque organisé à La Rochelle, les 30 et 1er octobre 2005], Agathe Van Lang (ss la dir.), Paris, Dalloz, 2007,

- Mestre (Achille), *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, Paris, LGDJ, 1974.
- Mougue (Serge), *La présidence du Tribunal des conflits*, Rennes, Edouard, 1926.
- Olivier-Martin (Bernard), *Le Conseil d'Etat sous la Restauration*, Paris, Sirey, 1941.
- Pacteau (Bernard), *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003, pp.
- Petit (André), *La présidence du Tribunal des conflits*, Paris, A. Rousseau, 1909.
- Plessix (Benoît), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon- Assas, 2003.
- Sandevoir (Pierre), *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, LGDJ, 1964.
- Sautel (Gérard), Harouel (Jean-Louis), *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution Française*, Paris, Dalloz, 1997.
- Serrigny (Denis), *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, A. Durand, 1865.
- Taillandier (Alphonse-Honoré), « Rapport de M. de Cormenin, lu dans la première séance de la Commission des conflits », *Commentaire sur l'ordonnance des conflits (1^{er} juin 1828)*, Paris, J. L. J Brière, 1829, p
- Tocqueville (Alexis de), *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Flammarion, 1988 (éd. or. : Paris, 1856).
- Tocqueville (Alexis de), *Souvenirs*, Paris, Gallimard, 1964, coll. « Folio ».
- Troper (Michel), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973.
- Van Lang (Agathe), *Juge judiciaire et droit administratif*, Paris, LGDJ, 1996.
- Verpeaux (Michel), *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, Paris, PUF, 1991.
- Vivien (Alexandre-François-Auguste), *Études administratives*, Paris, impr. de H. Fournier, 1842; Paris, impr. de Lottin de Saint-Germain, 1845.
- Waline (Jean), *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Paris, 1962.

Articles

Amselek (Paul), *Le service public et la puissance publique, Réflexions autour d'une étude récente*, AJDA 1968, p. 492.

Artur (Emile), *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions de juger et d'administrer*, RDP, 7e année, 1900, tome XIII, p. 214-246, 470-496, tome XIV, p. 34-64, 236-280, 436-505; 9e année, 1902, tome XVII, p. 78-97, 234-274, 439-472; 10e année, 1903, tome XX, p. 415-502.

Auby (Jean-Marie-), *Le décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution*, AJDA, 1961, p. 1.

Béchillon (Denys de), *Cinq cours suprêmes? Apologie (mesurée) du désordre*, Pouvoirs 2011/2, n° 137, pp.33-45

Benoît (Francis-Paul), *Les fondements de la juridiction administrative*, in Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public, Paris, L. G. D. J., 1974, p. 233-295.

Benoît (Francis-Paul), *Juridiction judiciaire et juridiction administrative*, Semaine juridique, 1964, 1, n° 1838.

Bernard (Alain), *Aperçu sur l'oeuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement durant la seconde moitié du XIXème siècle*, in Le Conseil d'État: livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII, 24 décembre 1949, Paris, Sirey, 1952.

Bienvenu (Jean-Jacques), *D'un droit à l'autre : sur le contentieux des biens nationaux*, in : L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago, Paris, Economica, 1996. - p. 193-201

Bigot (Grégoire), *Les enjeux constitutionnels de la présidence du Tribunal des conflits*, in Etudes à la mémoire de François Burdeau, Paris, Litec, 2008, p. 45-78.

Bigot (Grégoire), *Les mythes fondateurs du droit administratif*, Revue française de droit administratif, 2000, n° 3, mai-juin, p. 527-536.

Blanche (Alfred), éd. Dictionnaire général d'administration, Paris; 1884-1885, 2 vol.

Bonnard (Roger), *Les droits subjectifs des administrés*, RDP 1932, p. 695.

Braconnier (Stéphane), *Quand un simple prétexte se substitue aux principes*, AJDA 2015, p. 2401.

Burdeau (François), *Les crises du principe de dualité de juridictions*, Revue française de droit administratif, 1990, p. 724-733

Burdeau (François), *Naissance d'un droit*, in *Nonagesimo anno*, Mélanges en l'honneur de Jean Gaudemet, Paris, PUF, 1999

Chabanol (Daniel), *Faut-il brûler le Tribunal des conflits?* AJDA 1988, p. 737.

Chapus (René), *Dualité de juridiction et unité de l'ordre juridique*, *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 739-744.

Chapus (René), *Le service public et la puissance publique*, RDP, 1968, p. 235-282.

Chapus (René), *Qu'est-ce qu'une juridiction? La réponse de la juridiction administrative*, Mélanges en l'honneur de Charles Eisenmann, éd. Cujas, 1975, p. 265.

Chevallier (Jacques), *Du principe de séparation au principe de dualité*, RFDA 1990, p. 26.

Chevallier (Jacques), *Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Stassinopoulos, Paris, L. G. D. J., 1974, p. 275-290.

Chevallier (Jacques), *L'interdiction faite au juge administratif de faire acte d'administrateur*, AJDA 1972, p. 67.

Chevallier (Jacques), *Réflexions sur l'arrêt Cadot (1889)*, *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1989, n° 9, p. 79-91

Debbasch (Charles), Ricci (Jean-Claude), *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 8ème éd., 2001

Delaunay (Benoit), *Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif. Note sous Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806*, RFDA 2017, p. 111

Drago (Roland) et Frison-Roche (Marie-Anne), *Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative*, in *Le privé et le public*, *Archives de philosophie du droit*, t.41, Sirey, 1997, p.135-148.

Drago (Roland), *La loi du 24 mai 1872*, EDCE, 1972, p. 13.

Eisenmann (Charles), *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, RDP 1972, p. 1345.

Eisenmann (Charles), *Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE 1957, p. 25.

Eisenmann (Charles), *Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE 1957, p. 25.

Eisenmann (Charles), *Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français*, Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz, 1960, tome 2, p 379;

- Eisenmann (Charles), *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique*, ADP 1966, p. 29.
- Eveillard (Gweltaz), *Action en responsabilité exercée par une personne privée*, AJDA 2016, p. 786
- Gazier (François), *Réflexions sur les symétries et dissymétries au Tribunal des conflits*, RFDA 1990 p. 745.
- Genevois (Bruno), *Conclusions sous Conseil d'Etat*, 22 décembre 1978, ministre de l'intérieur c/Cohn-Bendit, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, France, 2007, 16ème édition, p. 644.
- Gonod (Pascale), *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, RFDA 2015, p. 331.
- Gonod (Pascale), *Le vice-président du Conseil d'État, ministre de la juridiction administrative ?*, Pouvoirs n°123, novembre 2007, p.117-132
- Hauriou (André), *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé*, Recueil d'études sur les sources du droit en honneur de François Gény, Paris, Sirey, p. 43.
- Hauriou (Maurice), *De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII*, RGDA 1982, Tome 2, p. 386.
- Jèze (Gaston), *La présidence du Tribunal des conflits*, RDP 1908, p. 257.
- Juvénal, « Le Conseil d'État, défenseur du juge judiciaire ? », AJDA, 2016, p. 65.
- Labetoulle (Daniel), *L'avenir du dualisme juridictionnel. Point de vue d'un juge administratif français*, AJDA 2005, p. 1770.
- Lachaume (Jean-François), *La compétence suit la notion*, AJDA 2002, p. 77.
- Laroque (Pierre), *Les conflits d'attribution*, RDP, 1932, p. 5-71.
- Latournerie (Marie-Aimée de), Arrighi de Casanova (Jacques), *Le Tribunal des conflits*, RDCA, octobre 2016
- Luchaire (François), *Formalisme et nature juridique des actes composant la procédure du conflit positif d'attribution*, RDP, 1946, p. 369-388.
- Luchaire (François), *Formalisme et nature juridique des actes composant la procédure du conflit positif d'attribution*, RDP, tome 62, 1946, p. 369-388.
- Mestre (Achille), *La notion de personne morale chez Rousseau*, RDP 1902, p. 447.

- Mestre (Jean-Louis), *Aux origines du contentieux administratif*, RFDA 1996, p. 289-304.
- Mestre (Jean-Louis), *La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée constituante*, Études et documents du Conseil d'État, 1989, pp. 187-209
- Mestre (Jean-Louis), *La signification de la loi des 7 14 octobre 1790*, EDCE 1991, p. 281-298.
- Mestre (Jean-Louis), *Le renforcement des prérogatives de l'administration sous le Consulat et l'Empire*, Mélanges offerts à Pierre Montané de la Roque, Presses de l'Institut d'Études politiques de Toulouse, 1986, t.II, pp.607-632.
- Mestre (Jean-Louis), *Les fondements historiques du droit administratif français*, Conseil d'Etat. Etudes et documents, n°34, 1982-1983, p. 63-80.
- Michoud (Léon), *La notion de personne morale*, RDP 1899, p. 5 et 143.
- Moreau (Jacques), en collaboration avec Moreau (Pierre) et Cazin (Bernard), *Compétence administrative (Répartition des compétences entre le judiciaire et l'administratif)*, RDCA, 2002 (actualisation juin 2016).
- Nivert (Nirmal), *Une réforme à faire ? Plaidoyer pour l'extension de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Tribunal des conflits*, RFDA 2015, p. 343
- Oraison (André), *Le partage d'opinions au Tribunal des conflits*, AJDA, 1971, p. 585-597.
- Rapport public annuel 2008 du Tribunal des conflits sur www.tribunal-des-confits.fr
- Rivero (Jean), *Existe t il un critère du droit administratif?*, RDP, 1953, p. 279.
- Rivero (Jean), *L'évolution du droit public*, Recueil Sirey, 1956, p. 461.
- Sauvé (Jean-Marc), *Le Conseil d'Etat, une cour suprême administrative*, Discours du 9 décembre 2014 à la remise des prix de la faculté de droit de Strasbourg, www.conseil-etat.fr
- Scelle (Georges), *La notion d'ordre juridique*, RDP 1944, p. 85.
- Seiller (Bertrand), *L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux*, RDP 2004, p. 481.
- Strin (Bernard), *Conclusions sur Tribunal des conflits*, 6 juin 1989, Préfet de la Région Ile-de-France, RFDA 1989, p. 457.
- Truchet (Didier), *Fusionner les juridictions administrative et judiciaire?*, Mélanges en l'honneur de M. Auby, Dalloz, 1992.

Vedel (Georges) : « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 31.

Vedel (Georges), *De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires)*, *Semaine juridique*, 1948, I, n° 682.

Vedel (Georges), *Discontinuité constitutionnelle et continuité administrative : le rôle du juge*, in *Le juge et le droit public*, Mélanges offerts à Marcel Waline, Paris, LGDJ, 1974.

Vedel (Georges), *La loi des 16-24 août 1790. Texte ? Prétexte ? Contexte?* RFDA 1990, p.698.

Vedel (Georges), *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, Conseil d'Etat. Etudes et documents, 1954, p. 21.

Vedel (Georges), *Remarques sur la notion de clause exorbitante mélanges*, *L'évolution du droit public*, in études offertes à Achille Mestre, Paris, Sirey, 1956 ; p. 527-561.

Velley (Serge), *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs*, RDP, 1989, p. 767-783.

Venezia (Jean-Claude), *Réflexions sur la volonté en droit administratif*, in Études offertes à Pierre Kayser, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979 ; t. 2, p. 383-415.

Waline (Marcel), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Études en l'honneur de G. Scelle*, II, p. 612 *sq.*, spéc. n° 22, p. 629.

Waline (Marcel), *A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès, et l'ordre de juridiction compétent*, RDP, 1961, p. 8.

Weil (Prosper), *Le Conseil d'Etat statuant au contentieux, politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique?* *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1959, p. 281.

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION | 9 |
| PREMIERE PARTIE. LA PROTECTION DE L’ADMINISTRATION ET LA CREATION DU TRIBUNAL DES CONFLITS | 21 |
| TITRE PREMIER. LA CREATION DU TRIBUNAL DES CONFLITS EN 1848 | 23 |
| <i>Chapitre 1. Les motifs de la création du Tribunal des conflits en 1848</i> | 25 |
| Section 1 La juridictionnalisation des conflits d’attribution avant la création du Tribunal des conflits..... | 26 |
| Paragraphe 1. La juridictionnalisation des conflits au sein du Conseil d’Etat | 26 |
| Sous paragraphe 1. Les premières hésitations sur le traitement du conflit | 26 |
| 1) Le traitement du conflit d’attribution entre 1806 et 1811 | 27 |
| 2) Les positions du Conseil d’Etat spécifiques au traitement du conflit : 1811 et 1813 | 34 |
| Sous-paragraphe 2. La synthèse de l’avis de 1821..... | 36 |
| 1) L’avis de 1821 et la nature du conflit d’attribution, un avis fondateur..... | 36 |
| 2) Le maintien des formes contentieuses pour le traitement du conflit d’attribution : la dualité du conflit d’attribution..... | 41 |
| Paragraphe 2. La juridictionnalisation des conflits suite à la crise de 1827-1828..... | 45 |
| Sous paragraphe 1. Une crise étrangère à l’usage normal du conflit | 45 |
| 1) Un mouvement général de limitation de l’arbitraire : 1815-1830 | 46 |
| 2) La révélation des carences de l’encadrement de la procédure du conflit d’attribution..... | 54 |
| Sous-paragraphe 2. Une crise provoquant l’encadrement du conflit : l’ordonnance de 1828..... | 56 |
| 1) Encadrement du champ et de la procédure du conflit d’attribution..... | 56 |
| a) La réglementation du champ d’application du conflit..... | 56 |
| b) Réglementation de la procédure d’élévation du conflit | 57 |
| 2) Les questions non résolues par l’ordonnance | 60 |
| Section 2. Le contexte institutionnel ayant entraîné la création du Tribunal des conflits en 1848..... | 63 |
| Paragraphe 1. Avant 1848 : vers le développement des garanties juridictionnelles | 64 |
| Sous paragraphe 1. Un contexte menaçant pour le conflit | 64 |
| Sous-paragraphe 2. Une réaction face à ce contexte affectant le conflit d’attribution | 67 |
| Paragraphe 2. La nécessité d’un nouvel organe administratif | 70 |
| Sous paragraphe 1) La création du Tribunal des conflits engendrée par la mutation du Conseil d’Etat | 70 |
| 1. La mutation du Conseil d’Etat | 70 |
| 2. La volonté de créer des institutions nouvelles et l’abandon de certaines..... | 74 |
| Sous-paragraphe 2. Le passage à la justice déléguée et la nécessité d’un nouvel organe administratif | 76 |
| 1. De très vives craintes vis-à-vis de la justice déléguée..... | 76 |

| | |
|---|-----|
| 2. Des procédures nouvelles..... | 77 |
| <i>Conclusion du chapitre</i> | 82 |
| <i>Chapitre 2. Les caractéristiques du Tribunal des conflits créé en 1848 : un caractère administratif voulu</i> | 83 |
| Section 1 La proximité structurelle du Tribunal des conflits avec l'administration | 83 |
| Paragraphe 1. Un fonctionnement administratif : missions et formes de procéder | 84 |
| Sous paragraphe 1 Le caractère administratif du Tribunal des conflits révélé par ses missions..... | 84 |
| 1. Le recours contre les décisions de la Cour des Comptes : un recours significatif..... | 84 |
| 2) Les recours contre les décisions de la Section du contentieux du Conseil d'Etat | 85 |
| 3) Les recours contre les décisions du Tribunal administratif supérieur..... | 88 |
| Sous-Paragraphe 2. Le caractère administratif du Tribunal des conflits révélé par ses modalités de fonctionnement..... | 88 |
| Paragraphe 2. Une composition permettant la protection de l'administration | 90 |
| Sous-paragraphe 1. Enjeux théoriques du traitement du conflit | 91 |
| A. Les conceptions des constituants de 1848 inconciliables du conflit d'attribution | 91 |
| B. Les trois systèmes envisageables de traitement du conflit d'attribution..... | 93 |
| C. La nécessaire hiérarchisation des objectifs | 95 |
| Sous-Paragraphe 2. La réalisation du compromis nécessaire à la création du Tribunal des conflits..... | 96 |
| 1) Les membres du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation au Tribunal des conflits | 96 |
| A. La participation logique des membres de la Cour de cassation | 97 |
| B. La présence ambiguë des membres du Conseil d'Etat..... | 98 |
| 2) La présidence du ministre de la Justice | 100 |
| Section 2. Un organe ayant rempli sa mission au service de l'administration..... | 104 |
| Paragraphe 1. La protection matérielle de l'administration : la réussite de la mission du Tribunal des conflits | 105 |
| Sous-Paragraphe 1. Le contexte jurisprudentiel auquel doit faire face le Tribunal des conflits | 106 |
| Sous-Paragraphe 2. La réussite du Tribunal des conflits : protection de l'administration et avancées jurisprudentielles | 114 |
| <i>Conclusion du chapitre</i> | 127 |
| CONCLUSION DU TITRE PREMIER..... | 128 |
| TITRE SECOND. LE TRIBUNAL DES CONFLITS CREE EN 1872 | 129 |
| <i>Chapitre 1. Les motifs de la création du Tribunal des conflits de 1872</i> | 131 |
| Section 1. L'apaisement des conflits, facteur matériel de réapparition du Tribunal des conflits | 132 |
| Paragraphe 1. Causes et moyens de l'apaisement des conflits d'attribution | 132 |
| Sous-paragraphe 1. Apaisement et libéralisation : des tendances générales reconnues..... | 132 |
| Sous-paragraphe 2. L'indépendance du Conseil d'Etat vis-à-vis de l'Empereur : l'affaire des biens de la famille d'Orléans..... | 134 |
| Sous-paragraphe 3. La disparition de certains conflits grâce au recours pour excès de pouvoir | 136 |
| Paragraphe 2. Manifestations de l'apaisement des conflits dans la jurisprudence par des critères de répartition mieux établis | 138 |

| | |
|--|-----|
| Sous-paragraphe 1. Les dommages permanents de travaux publics : abandon de sa jurisprudence par l'autorité judiciaire | 139 |
| Sous-paragraphe 2. La théorie de l'expropriation indirecte | 142 |
| Sous-paragraphe 3. Les actes des entrepreneurs de travaux publics..... | 144 |
| Sous-paragraphe 4. La qualification des travaux communaux : la prévalence complète des thèses administratives | 145 |
| Sous-paragraphe 5. La responsabilité extra-contractuelle de l'administration : une matière fondamentale mettant en jeu l'autonomie du droit administratif..... | 152 |
| Sous-paragraphe 6. Influence de la jurisprudence du Second Empire sur la création du Tribunal des conflits ... | 156 |
| Paragraphe 2. La volonté de limiter les pouvoirs du Conseil d'Etat, facteur institutionnel de réapparition du Tribunal des conflits en 1872..... | 157 |
| Sous-paragraphe 1. La place initiale du Conseil d'Etat dans le régime impérial | 157 |
| Sous-paragraphe 2. La limitation des pouvoirs du Conseil d'Etat à la fin du régime et au début du nouveau régime | 160 |
| <i>Conclusion du chapitre</i> | 163 |
| <i>Chapitre 2. Les caractéristiques du Tribunal des conflits de 1872 : un caractère administratif inévitable</i> | 164 |
| Section 1. Un compromis favorable au pouvoir exécutif..... | 164 |
| Paragraphe 1. Un compromis indispensable au maintien de la présidence du Ministre de la Justice | 165 |
| Sous-paragraphe 1. Les projets du gouvernement et de l'Assemblée..... | 165 |
| 1. Le projet du gouvernement et les arguments en faveur de la présidence du Ministre de la Justice | 165 |
| 2. Les arguments contre la Présidence du Ministre de la Justice..... | 167 |
| a. Le déséquilibre général en faveur du pouvoir exécutif..... | 167 |
| b. La politisation du Tribunal des conflits..... | 167 |
| c. L'incompétence d'un personnage politique pour des questions juridiques | 168 |
| d. L'absence de distinction entre Gouvernement et administration | 168 |
| 3. Le projet de l'Assemblée : un Tribunal des conflits composé de neuf membres | 169 |
| Sous-paragraphe 2. Le compromis entre les projets du gouvernement et de l'Assemblée | 171 |
| a. La Vice-présidence du Tribunal des conflits..... | 172 |
| b. Les éléments départiteurs..... | 173 |
| Paragraphe 2. Un compromis rapidement remis en cause..... | 173 |
| Section 2. La continuité entre le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat du Second Empire | 173 |
| Paragraphe 1. La continuité organique entre le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat du Second Empire..... | 174 |
| Sous paragraphe 1. Un Conseil d'Etat conservateur | 174 |
| Sous-paragraphe 2. Une autorité judiciaire affaiblie..... | 182 |
| Paragraphe 2. La continuité matérielle entre le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat du Second Empire..... | 183 |
| <i>Conclusion du Chapitre</i> | 193 |
| CONCLUSION DU TITRE SECOND..... | 194 |
| CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE..... | 195 |

SECONDE PARTIE. LA PROTECTION DE L'ADMINISTRATION ET

| | |
|---|------------|
| L'EVOLUTION DU TRIBUNAL DES CONFLITS | 197 |
| TITRE PREMIER. LES EVOLUTIONS DE L'OFFICE DU TRIBUNAL DES CONFLITS | 200 |
| <i>Chapitre 1. Les évolutions du Tribunal des conflits relatives au déni de justice</i> | <i>202</i> |
| Section 1 L'office du Tribunal des conflits et la loi de 1932 | 203 |
| Paragraphe 1. L'objet de la loi du 20 avril 1932..... | 203 |
| Sous-paragraphe 1. La loi de 1932 et la souveraineté des ordres de juridiction judiciaire et administratif..... | 203 |
| 1) Formulation du problème | 204 |
| 2) Formulation des solutions..... | 205 |
| Sous-paragraphe 2. La loi de 1932 et le conflit négatif..... | 206 |
| 1) Les rares cas de contradiction stricto sensu..... | 207 |
| 2) La contradiction lato sensu : une question de compétence implicite..... | 209 |
| a) Rattachement direct à un conflit de compétence..... | 210 |
| b) Rattachement indirect à un conflit de compétence | 214 |
| c) Une évolution jurisprudentielle logique illustrant la proximité avec le conflit négatif | 219 |
| Paragraphe 2. Le rôle du Tribunal des conflits dans le cadre de la loi de 1932 | 219 |
| Sous-paragraphe 1. Une suprématie problématique..... | 220 |
| 1) Une suprématie apparente..... | 220 |
| 2) Une suprématie à remettre en cause : le droit à la contradiction des ordres juridictionnels | 221 |
| Sous-paragraphe 2. L'articulation entre le droit du justiciable à l'absence de contradiction et le droit des ordres juridictionnels à se contredire entre eux | 223 |
| 1) Un pouvoir de cassation non hiérarchique..... | 224 |
| 2) Le Tribunal des conflits, garant de la dualité de juridiction..... | 226 |
| Section 2 La place nouvelle du conflit négatif au Tribunal des conflits : les décrets de 1960 | 227 |
| Paragraphe 1. La rationalisation du rôle du Tribunal des conflits dans le conflit positif | 227 |
| Sous Paragraphe 1. La disparition de la notion de « haute administration »..... | 228 |
| 1) Le constat de la disparition de la notion de haute administration..... | 228 |
| 2) Les causes de la disparition de la notion de « haute administration » | 229 |
| a) L'acceptation du rôle créateur du juge et sa dissociation avec un pouvoir gouvernemental | 229 |
| b) Le développement du légicentrisme..... | 230 |
| c) Le remplacement de la notion par d'autres mécanismes de domination du pouvoir exécutif..... | 230 |
| Sous Paragraphe 2. Le Tribunal des conflits, juge de l'excès de pouvoir de l'arrêté d'élévation du conflit..... | 232 |
| 1. Constitution de la qualification de juge administratif | 232 |
| a) Le contrôle d'un acte administratif unilatéral | 232 |
| b) Le contrôle de la légalité d'un acte administratif unilatéral | 235 |
| 2) La portée de la qualification de juge administratif | 236 |
| Paragraphe 2. La place nouvelle du conflit négatif..... | 238 |
| Sous paragraphe 1. Comparaison entre conflit positif et conflit négatif..... | 238 |
| 1. Les points communs entre conflits positif et négatif..... | 238 |

| | |
|---|-----|
| a. La mission jurisprudentielle du Tribunal des conflits | 239 |
| b. La nature de conflit d'attribution | 239 |
| 2. Les différences entre conflits positif et négatif..... | 239 |
| a. L'expression de la volonté de l'administration | 240 |
| b. La différence des objectifs des procédures | 240 |
| c. La place du justiciable | 241 |
| d. L'influence sur la question de la qualification juridictionnelle du Tribunal des conflits..... | 242 |
| Sous paragraphe 2. La concrétisation de la place nouvelle du conflit négatif par des nouveaux modes de saisine | 243 |
| 1. La prévention comme signe de l'absence de problème d'indépendance des ordres de juridiction | 243 |
| a) L'extension à la prévention du conflit négatif : conséquence de la place du conflit négatif | 244 |
| b) L'extension du conflit négatif : le signe de l'innocuité de la procédure de conflit négatif..... | 245 |
| 2. L'article 35 et l'indépendance des ordres juridictionnels : un mécanisme ambigu car optionnel..... | 248 |
| <i>Conclusion du chapitre</i> | 253 |
| <i>Chapitre 2. Les évolutions au-delà du déni de justice</i> | 255 |
| Section 1. Les deux axes directeurs de la réforme de 2015..... | 256 |
| Paragraphe 1. La primauté de la parité au Tribunal des conflits | 256 |
| Sous Paragraphe 1. La parité révélatrice d'une conception technique de la mission du Tribunal des conflits..... | 256 |
| 1) Les deux conceptions antagonistes de la parité : expertise et représentation..... | 257 |
| 2) Le Tribunal des conflits, expert de la répartition des compétences | 258 |
| a. Une vision paradoxale de la mission du Tribunal des conflits..... | 258 |
| b. L'utilité de l'expertise selon les missions du Tribunal des conflits | 260 |
| Paragraphe 2. Les conséquences de la primauté de la parité sur l'organisation du Tribunal des conflits | 263 |
| Sous paragraphe 1. Les conséquences de la parité dans la réforme du Tribunal des conflits | 263 |
| a. Les quatrièmes membres..... | 264 |
| b. La présidence..... | 265 |
| Sous Paragraphe 2. La parité comme perte d'un mécanisme de sauvegarde pour l'administration | 267 |
| 1) La parité et la dualité de juridiction | 267 |
| a) Le principe de liaison de la compétence et du fond | 267 |
| b) La liaison de la compétence et du fond et la question de la parité au tribunal des conflits | 270 |
| 2) La parité face à la nécessité de trancher | 274 |
| a) Les finalités en question du « pari » de l'absence de départage | 274 |
| b. Le rétablissement de la présidence du Ministre de la Justice | 277 |
| Paragraphe 2. Le Tribunal des conflits, régulateur de la dualité de juridiction..... | 281 |
| Sous Paragraphe 1. Les finalités de régulation de la dualité de juridiction..... | 281 |
| 1) Le rapprochement entre les deux ordres de juridiction à la source de l'idée de régulation de la dualité de juridiction | 281 |
| 2) Une fonction régulatrice comparable à celle existant au sein des deux ordres juridictionnels | 283 |
| Sous Paragraphe 2. Les moyens de la constitution d'un régulateur de la dualité juridictionnelle | 285 |
| 1. Le nouveau mode de saisine logique : responsabilité pour méconnaissance du délai raisonnable..... | 285 |

| | |
|--|-----|
| 2) Le nouveau mode de saisine stratégique : la transmission sans menace de conflit négatif pour question de compétence | 289 |
| 3) Le rôle du Président..... | 294 |
| Section 2. La réforme de 2015 : le Tribunal des conflits, nouvel ordre de juridiction..... | 295 |
| Paragraphe 1. Le Tribunal des conflits, nouvel ordre de juridiction : identification théorique..... | 296 |
| Sous Paragraphe 1. Les acceptions de la notion d'ordre de juridiction | 296 |
| 1) La notion d'ordre de juridiction au sens historique du terme..... | 296 |
| 2) La notion d'ordre de juridiction au sens politique du terme | 297 |
| 3) La notion d'ordre de juridiction au sens juridique du terme | 300 |
| Sous Paragraphe 2. Le Tribunal des conflits, ordre de juridiction..... | 303 |
| 1) Au sens politique du terme | 303 |
| 2) Au sens juridique du terme | 304 |
| Paragraphe 2. Le Tribunal des conflits, nouvel ordre de juridiction : identification matérielle..... | 307 |
| Sous Paragraphe 1. La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits dans les modes de saisine préalables à la réforme de 2015 | 307 |
| 1) La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits dans le cadre du conflit positif..... | 307 |
| 2) La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits dans le cadre du conflit négatif..... | 309 |
| 3) La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits dans le cadre de l'article 35 du décret de 1960..... | 312 |
| 4) L'office du Tribunal des conflits dans le cadre de la loi de 1932..... | 312 |
| Sous paragraphe 2. La nécessité de l'intervention du Tribunal des conflits dans les modes de saisine issus de la réforme de 2015..... | 313 |
| <i>Conclusion du chapitre</i> | 315 |
| CONCLUSION DU TITRE PREMIER | 316 |
| TITRE SECOND. LA CONTINUITÉ DU RÔLE DU TRIBUNAL DES CONFLITS | 318 |
| <i>Chapitre 1. Relativisation des fondements de la nouvelle vision du Tribunal des conflits</i> | 319 |
| Section 1. La relativisation du rôle du Tribunal des conflits dans la répartition des compétences juridictionnelles | 320 |
| Paragraphe 1. Les cas de figure de la répartition des compétences | 320 |
| Sous Paragraphe 1. Première situation : la fixation des grands principes de la répartition des compétences..... | 321 |
| 1) Il peut s'agir de principes où le fond a historiquement suivi la compétence en faveur du juge administratif | 321 |
| 2. Il peut ensuite s'agir des domaines réservés par nature à l'autorité judiciaire et qu'elle tient donc à défendre malgré l'extension du droit administratif..... | 325 |
| 3. Il s'agit enfin du principe qui s'applique par défaut et qui veut que la compétence suive le fond..... | 326 |
| Sous Paragraphe 2. Deuxième situation : l'application des grands principes de répartition des compétences..... | 334 |
| Sous Paragraphe 3. Troisième situation : les principes doivent être conciliés entre eux..... | 341 |
| Paragraphe 2. Le Tribunal des conflits et la répartition des compétences | 345 |
| Sous Paragraphe 1. La place de la jurisprudence du Tribunal des conflits vis-à-vis de celles des juridictions suprêmes | 345 |

| | |
|--|-----|
| Sous Paragraphe 2. La portée de la jurisprudence du Tribunal des conflits dans les différents cas de figure posés par la répartition des compétences..... | 347 |
| 1. La place de l'autorité et du dialogue | 347 |
| 2) Autorité et dialogue dans les cas de figure posés par la répartition des compétences..... | 348 |
| 2.1. La fixation des grands principes de répartition des compétences | 349 |
| 2.2. L'application des grands principes de répartition des compétences | 350 |
| 2.3. Le rôle de la jurisprudence du Tribunal des conflits dans la conciliation entre les grands principes de répartition des compétences | 352 |
| 3) Le caractère secondaire du rôle jurisprudentiel du Tribunal des conflits | 353 |
| Section 2. La relativisation du caractère juridictionnel du Tribunal des conflits..... | 354 |
| Paragraphe 1. La notion de juridiction retenue | 355 |
| Sous paragraphe 1. Les critères de la juridiction et leurs difficultés | 355 |
| 1. Définition et identification | 355 |
| 2. Identifications formelle et matérielle..... | 357 |
| 3. Des méthodes insatisfaisantes | 358 |
| Sous paragraphe 2. La notion retenue | 359 |
| 1) L'utilisation d'une définition fonctionnelle..... | 359 |
| 2) Conséquences théoriques de la notion de juridiction sur le principe d'impartialité..... | 360 |
| Paragraphe 2. L'application de la notion de juridiction au Tribunal des conflits..... | 362 |
| Sous paragraphe 1. La qualification juridictionnelle du Tribunal des conflits..... | 363 |
| 1) La présence d'un litige | 363 |
| 2) Les diverses formes du litige et la règle de l'impartialité | 364 |
| Sous Paragraphe 2. Conséquences de la notion de juridiction sur le régime du fonctionnement du Tribunal des conflits | 366 |
| 1) Le principe d'impartialité au Tribunal des conflits..... | 366 |
| a. La dénomination « commissaire du gouvernement » | 367 |
| b. La récusation des membres du Tribunal des conflits | 367 |
| 2. Le principe du contradictoire devant le Tribunal des conflits | 372 |
| a. La production d'observations devant le Tribunal des conflits | 372 |
| b. Les voies de recours et moyens invocables devant le Tribunal des conflits..... | 373 |
| 1. Opposition et tierce opposition devant le Tribunal des conflits..... | 374 |
| 2. Les voies de recours liées à la bonne administration de la justice devant le Tribunal des conflits : le recours en rectification d'erreur matérielle et le recours en interprétation..... | 375 |
| 3) L'appel des décisions au fond devant le Tribunal des conflits..... | 376 |
| 4) La question prioritaire de constitutionnalité devant le Tribunal des conflits | 377 |
| <i>Conclusion du chapitre</i> | 379 |
| <i>Chapitre 2. Motifs de la continuité de la dimension politique du Tribunal des conflits</i> | 381 |
| Section 1. Une continuité matérielle illustrée par la jurisprudence du Tribunal des conflits postérieure à la réforme de 2015 | 381 |
| Paragraphe 1. L'arbitrage des personnes publiques | 382 |

| | |
|--|------------|
| Sous paragraphe 1. Le Tribunal des conflits, outil de l'émergence d'un droit administratif de l'arbitrage international | 382 |
| 1. L'émergence d'un droit administratif de l'arbitrage international..... | 382 |
| 2. La solution retenue par le Tribunal des conflits..... | 385 |
| Sous paragraphe 2. Portée de la décision du Tribunal des conflits..... | 387 |
| 1. Un contentieux conflictuel entre autorité judiciaire et administrative | 387 |
| 2. La protection de la compétence administrative par le Tribunal des conflits | 388 |
| Paragraphe 2. La responsabilité des personnes privées dans la passation des marchés publics..... | 395 |
| Sous paragraphe 1. Données du problème..... | 396 |
| Sous paragraphe 2. Portée de la décision : une protection de la compétence du juge administratif..... | 396 |
| Section 2. Un caractère politique de la dualité au-delà de la jurisprudence du Tribunal des conflits..... | 399 |
| Paragraphe 1. La constance matérielle du caractère politique de la dualité de juridiction : les contentieux de la rétention | 399 |
| Sous paragraphe 1. Le caractère politique du contentieux de l'asile | 399 |
| Sous paragraphe 2. Le contentieux de l'internement psychiatrique d'office | 402 |
| Paragraphe 2. Le caractère politique de la dualité de juridiction illustré par la notion de police | 403 |
| Sous paragraphe 1. La police administrative générale : une extension logique au champ des infractions pénales permises par la dualité de juridiction | 403 |
| Sous paragraphe 2. La notion de police administrative dans le cadre de l'état d'urgence..... | 405 |
| Paragraphe 2. Le caractère politique de l'organe de répartition des compétences juridictionnelles | 407 |
| Sous paragraphe 1. Un caractère politique inévitable | 407 |
| Sous paragraphe 2. Un caractère politique mesuré et ponctuel | 409 |
| 1) Un caractère politique ponctuel | 410 |
| 2) Un caractère politique mesuré | 411 |
| <i>Conclusion du chapitre</i> | 412 |
| CONCLUSION DU TITRE SECOND | 414 |
| CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE | 416 |
| CONCLUSION GENERALE | 417 |
| BIBLIOGRAPHIE | 420 |
| TABLE DES MATIERES..... | 429 |

Résumé :

Le Tribunal des conflits a été créé pour trancher les conflits d'attribution qui, avant lui, étaient réglés par le Conseil d'Etat. Institution liée à l'arrivée de la justice déléguée et composée de membres des cours suprêmes de deux ordres juridictionnels, son rôle dans l'ordre juridique français pose question. S'agit-il d'un arbitre neutre entre les deux ordres de juridiction ou d'une institution intégrée au système institutionnel administratif ayant pour mission de protéger l'action administrative à travers la protection de la compétence du juge administratif ? La thèse démontre que le Tribunal des conflits a été créé comme un organe de protection de l'administration et que cette mission historique a perduré au-delà des évolutions que l'institution a connu. Si l'office du Tribunal des conflits a évolué au fil du temps, son rôle dans l'ordre juridique français est marqué par la continuité.

Descripteurs : Tribunal des conflits – Répartition des compétences – Dualité de juridiction – Institutions administratives

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.