

**RFDA 1990 p.734****Dualité de juridictions et protection des libertés** 📖(1)

**Jean Rivero, Professeur émérite à l'université Panthéon-Assas (Paris II)**

---

On pourrait envisager sous des angles très différents la relation entre la dualité juridictionnelle et la protection des libertés. A la lumière de la pure logique juridique, on pourrait se demander s'il est rationnel de confier à deux juridictions entièrement distinctes un seul et même objet, la protection des libertés. On pourrait aussi s'engager dans la voie de l'étude comparative : les libertés sont-elles mieux garanties dans les pays dualistes ou dans ceux qui, selon le modèle anglo-saxon, restent attachés à l'unité juridictionnelle ?

Mais c'est un bicentenaire qui est au coeur de ce numéro spécial, et un bicentenaire français : celui de la loi des 16-24 août 1790, faisant « défense aux juges de troubler en quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ». C'est donc à la seule perspective du dualisme national qu'on se limitera.

Ce dualisme, la loi bicentenaire ne l'a, à vrai dire, pas fondé, mais elle l'a, sans le vouloir, rendu nécessaire. En refusant, au seul ordre de juridiction créé par eux, tout contrôle sur les actes des autorités administratives, les constituants de 1790, paradoxalement, institutionnalisèrent au profit du pouvoir exécutif ce qui s'écartait le plus sûrement des principes affirmés par eux, un an plus tôt, dans la Déclaration de 1789 : le déni de justice. D'où la nécessité, pour remédier à cette situation, d'une juridiction spécialisée dans le contentieux des actes administratifs. Mais il fallut attendre l'an VIII et - nouveau paradoxe ! - une constitution autoritaire, pour voir émerger, avec la création du Conseil d'Etat, le germe de cette nouvelle juridiction : la dualité était née.

Mesurer son incidence sur la protection des libertés ne saurait consister en un bilan critique de ce que chacun des deux ordres de juridiction a fait pour elles. C'est le principe même de la dualité qui est en question. La comparaison entre l'action des deux ordres ne suffirait pas à fournir la réponse. Quelle qu'ait été cette action, le seul fait de la coexistence du juge judiciaire et du juge administratif est-il, pour la protection des libertés, bénéfique ou nuisible ? C'est à cette question qu'on se limitera. Encore faut-il, avant de tenter d'y répondre, prendre l'exacte mesure de la dualité qui, en matière de libertés, est loin d'être absolue.

I. Les menaces qui pèsent sur les libertés sont double : les unes viennent des pouvoirs publics, les autres des pouvoirs privés. Ce sont les premières que les hommes de 1789 avaient spécialement en vue. Sans doute pensaient-ils les avoir jugulées en supprimant les formes traditionnelles que leur donnait l'absolutisme monarchique : la détention arbitraire, la lettre de cachet, la censure. Ils n'imaginaient sans doute pas que d'autres puissent les remplacer. Cet optimisme naïf est peut-être l'une des causes qui expliquent leur refus de confier au juge, sur les actes de l'exécutif, un contrôle désormais inutile pour la défense des libertés. Ils ne se sont guère préoccupés, par contre, des inégalités de fait qui subsistent entre les personnes privées, et qui permettent aux forts d'attenter à la liberté des faibles.

Cette dualité des menaces pourrait fournir, à la dualité des juridictions, une justification à la fois logique et pragmatique : au juge judiciaire, la protection des libertés dans les rapports entre les particuliers, au juge administratif, la protection des citoyens contre l'arbitraire des autorités publiques.

En réalité, les choses sont moins simples, et chacun des deux ordres est parfois amené à intervenir dans le domaine des libertés qui semblent relever normalement de l'autre.

1) Il est un premier domaine dans lequel le fondement normal de la dualité se trouve mis en échec au profit du juge judiciaire, habilité à étendre son contrôle aux comportements des agents publics : c'est celui de la

répression pénale. Lorsque l'atteinte à une liberté imputable à un représentant du pouvoir revêt le caractère d'un délit, l'auteur perd sa qualité, et, comme tout citoyen, relève du juge qui possède le monopole de la justice répressive. On connaît, certes, les mesures qui se sont succédé dans le temps pour tenter d'assurer aux agents publics une certaine protection contre des poursuites qui pourraient être abusives. Mais, en définitive, le dernier mot - réserve faite de l'interruption des instances en cours par voie d'admnistie - reste à la juridiction pénale. La rigueur du principe qui fonde la dualité trouve là une limite.

2) Il en est d'autres, issues de l'histoire. Création napoléonienne, la juridiction administrative a longtemps été entachée aux yeux des libéraux de ce péché originel : oeuvre d'un pouvoir autoritaire, elle ne pouvait, pensaient-ils, que le servir, et il eût été illusoire d'attendre d'elle qu'elle puisse assurer contre lui la protection des libertés. On sait comment les audaces prudentes de la jurisprudence du Conseil d'Etat ont progressivement infirmé ces défiances, et rallié les tenants de la liberté, en France et dans nombre d'autres pays, à la solution dualiste. Mais les défiances initiales ont laissé des traces dans le droit positif, au profit, là encore, du juge judiciaire. Ainsi de la théorie de la voie de fait, qui rend à celui-ci la connaissance des atteintes administratives aux libertés lorsqu'elles sortent des pouvoirs de l'administration. A la même tradition se rattache l'article 66 de la Constitution qui fait, de l'autorité judiciaire et d'elle seule, la gardienne de la liberté individuelle.

3) C'est parfois la loi elle-même qui, en introduisant dans des relations privées l'intervention de l'administration, amène les deux ordres de juridiction à connaître, chacune dans sa sphère de compétence propre, des deux aspects d'un même litige mettant en cause une liberté. Le rôle de l'inspection du travail dans le licenciement des salariés protégés offre un exemple typique de cette conjugaison des deux juridictions dans une seule et même affaire. Plus largement, la protection des libertés s'exerce souvent dans deux sens opposés : telle liberté, exposée aux menaces du pouvoir, peut, si elle dépasse certaines bornes, porter atteinte aux libertés des autres. Dès lors, elle relève des deux compétences : au juge administratif de les défendre contre les abus imputables aux autorités publiques, au juge judiciaire, civil ou pénal, de protéger les particuliers contre les comportements qui, susceptibles de « nuire à autrui », cessent de relever de la liberté telle que la définit l'article 4 de la Déclaration de 1789. De cette intervention des deux ordres à propos de la même liberté, le régime de la presse fournit de multiples exemples : le juge administratif la défend contre le pouvoir, en annulant par exemple les saisies arbitraires, le juge judiciaire défend, contre elle, la liberté de la vie privée ou la dignité de la personne.

Ainsi, la dualité des juridictions n'enferme pas chacune d'elles dans un champ dont l'autre serait totalement exclue. Le régime des libertés découle, le plus souvent, de l'intervention des deux ordres et de la prise en compte des deux jurisprudences.

**II. A la dualité ainsi délimitée, la protection des libertés a-t-elle gagné, ou perdu ? Comme tout bilan, celui qu'on voudrait esquisser ici comporte un actif et un passif.**

1) Un premier élément d'actif est capital, même s'il demeure en partie rétrospectivement conjoncturel : c'est à la dualité qu'on doit, pense-t-on, l'existence d'un système de protection des libertés contre le pouvoir exécutif.

Il faut revenir à la loi de 1790, et à celle du 16 fructidor an III, qui en confirme et aggrave les dispositions. Si l'an VIII n'avait pas vu l'émergence d'une juridiction administrative juxtaposée à la juridiction judiciaire, celle-ci aurait-elle eu l'audace de méconnaître, fût-ce pour assurer la protection des libertés, les interdits qui la frappaient, de « connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient », et de « troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs » ? Ce qui conduit à en douter, c'est l'exemple de la Belgique. Elle avait pensé, en 1830, lors de son indépendance, rallier la cause libérale en adoptant le principe de l'unité de juridiction. Mais, fidèles à l'héritage français de 1790 et de l'an III, les juges belges ne se sont pas cru autorisés à sanctionner par l'annulation les actes de l'administration, et c'est seulement en 1920 que, se jugeant menacés dans leur autorité par le projet de création d'un Conseil d'Etat, ils se sont décidés à connaître de la réparation des dommages causés par l'action administrative. Mais il a fallu attendre 1945, et cette création, pour que s'instaure en Belgique le contentieux d'annulation.

Juge unique, le juge français aurait-il réagi autrement ? Certes, une réforme législative aurait pu abolir les

interdictions qui le frappaient. Mais les régimes qui se sont succédé chez nous se sont rarement montrés soucieux de réduire l'autorité du pouvoir et de ses agents en les soumettant au contrôle du juge. Celui-ci, d'ailleurs, dans les rares cas où il était habilité à connaître, au pénal notamment, de comportements ou d'actes publics, n'a guère fait preuve d'audaces excessives. On est donc en droit de penser que c'est la naissance de la juridiction administrative, c'est-à-dire la dualité, qui a permis en France, sur les actes de l'administration un contrôle juridictionnel dont rien ne prouve qu'il eût pu s'instaurer sans cela.

2) On peut porter à l'actif un second élément : au service des libertés, les deux juridictions, chacune selon sa spécificité, ont mis des moyens différents, mais complémentaires : le juge administratif a situé l'essentiel de son action au niveau des normes, le juge judiciaire au niveau des réalités concrètes.

On mesure mal aujourd'hui ce qu'il fallait d'audace, et de liberté vis-à-vis de la règle écrite, à un juge, fût-il administratif, pour affirmer l'existence de « principes généraux du droit applicables même en l'absence de textes », pour inclure parmi ceux-ci les principales libertés affirmées dans la Déclaration de 1789, leur restituant ainsi dans le droit positif une place qu'elles avaient perdue, et pour censurer les actes de l'administration sur la base de ces principes. Aujourd'hui, la promotion au sommet de la hiérarchie des normes du « bloc de constitutionnalité » grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel estompe quelque peu le caractère novateur de l'affirmation par le Conseil d'Etat des principes généraux. Il serait injuste de sous-estimer ce qu'elle a apporté à la protection des libertés en anticipant sur leur promotion au niveau constitutionnel.

Moins libre que le juge administratif à l'égard de la règle écrite, mais plus soucieux que lui, sans doute, des réalités vécues par les hommes, le juge judiciaire, dès que la loi lui a permis de s'engager dans cette voie, a utilisé à fond la procédure du référé pour porter d'urgence un remède aux atteintes infligées aux libertés des particuliers dans les rapports privés.

Ainsi, les deux ordres ont mis en évidence les deux exigences fondamentales de la protection des libertés, l'ordre administratif en affirmant leur transcendance parmi les normes juridiques, quitte à se montrer moins soucieux de leur application pratique, le juge judiciaire, en soulignant la nécessité de les faire passer dans la réalité.

**III.** L'actif n'est pas négligeable, le passif reste lourd. La protection des libertés n'est efficace que si elle en assure l'exercice effectif, soit par la prévention des menaces qui pèsent sur elles, soit, si l'atteinte a été portée, en rétablissant d'urgence la liberté qu'elle a frappée. La dualité des juridictions peut, dans nombre de cas, mettre obstacle à cette effectivité.

1) Elle le peut d'abord dans la mesure où la dualité des compétences est génératrice de lenteurs qui retardent la solution. Ces lenteurs peuvent être imputables aux erreurs commises par la victime ou même ses conseillers juridiques quant au choix du juge. Mais la complexité des règles de compétence suffit à expliquer ces erreurs. L'exemple type est celui de la voie de fait : l'atteinte à la liberté imputable à l'administration constitue-t-elle une simple illégalité relevant du juge administratif, ou un comportement « insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration » et entrant, dès lors, dans la compétence judiciaire ? Le juge qui a été saisi le premier peut, sur cette base, décliner sa compétence, et l'on sait les complications qui peuvent, à partir de là, retarder la décision finale. Pendant ce temps, l'atteinte à la liberté continue à produire son effet.

Parfois aussi, le retard résulte, non d'une erreur initiale dans la saisine du juge, mais de la complexité des règles applicables. Les questions préjudicielles posées par le juge du fond au juge de l'autre ordre peuvent produire cet effet retardateur. Plus grave encore : la lenteur imputable à l'intervention de deux actes distincts, l'un émanant d'une autorité administrative, l'autre d'un particulier, dont les effets se conjuguent pour porter atteinte à une seule et même liberté : on a déjà relevé l'exemple du licenciement d'un salarié protégé, soumis à l'autorisation de l'inspection du travail, et fondé, en réalité, sur son appartenance syndicale. La combinaison des deux instances administrative et judiciaire retarde parfois scandaleusement la sanction de l'atteinte à la liberté.

2) Une autre faiblesse du système tient moins au principe même de la liberté qu'à la différence entre les pouvoirs

respectifs des deux ordres. Que le juge administratif, face à une décision de l'autorité publique, ne dispose pas des mêmes moyens d'action que le juge judiciaire saisi d'un conflit entre personnes privées ne saurait surprendre : les prérogatives de la puissance publique ne font que traduire la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers. C'est le fondement du droit administratif français, et il ne saurait être question de remettre en cause, de façon générale et en tous domaines, le caractère exécutoire de la décision, le caractère non suspensif du recours, la stricte limitation du référé administratif, ou le refus par le juge de substituer sa décision à celle qu'il vient d'annuler.

Seulement, on sait de longue date que le respect inconditionnel de ces règles, voire la réticence du Conseil d'Etat à en atténuer la rigueur même lorsque la loi lui en fournit les moyens - on songe, bien sûr, à la jurisprudence sur le sursis à exécution - , aboutissent trop souvent à priver de toute portée pratique l'annulation de l'acte illégal : lorsqu'elle intervient, il a produit tout son effet, et la sanction, quelle que soit sa valeur quant à l'affirmation de la norme, ne modifie en rien la situation du requérant. Tout au plus peut-on lui reconnaître un effet préventif : l'administration, à l'avenir, connaîtra mieux les limites de son pouvoir. Mais la protection des libertés exige autre chose que le rappel de leur valeur juridique : elle reste dérisoire si elle ne rend pas à la victime l'usage immédiat de celle dont on l'a arbitrairement privé.

Le juge judiciaire dispose de moyens plus efficaces : au service des libertés bafouées dans les rapports privés, le référé produit un effet immédiat ; le jugement peut ordonner la cessation de l'atteinte, et la remise des choses en l'état. On aboutit ainsi à une situation paradoxale : celui des deux juges compétent pour les atteintes aux libertés commises par les autorités les mieux armées pour les méconnaître dispose pour les défendre de moyens très inférieurs à ceux du juge des rapports entre personnes privées, *a priori* moins inégaux et moins lourds de menaces. Les libertés sont mieux protégées quand les risques sont moindres que quand ils sont plus graves.

**IV.** C'est, au total, à un bilan nuancé qu'on aboutit. Le passif ne suffit pas à fonder une condamnation de la dualité. Mais il suggère les aménagements qui pourraient accroître l'efficacité du système sans remettre en cause ses acquis positifs.

A partir du moment où « la conservation des droits de l'homme » est reconnue comme « le but de toute association politique », selon l'article 2 de la Déclaration, et où les libertés ont trouvé leur place au sommet de la hiérarchie des normes, il paraît logique, pour assurer leur protection, de déroger à des règles qui, justifiées dans d'autres domaines, compromettraient cette protection. La dualité la sert, dans la mesure où elle correspond à une division du travail entre les deux ordres : familier avec les tours et les détours de l'action administrative, le juge administratif peut, plus facilement que le juge judiciaire, identifier les décisions et les comportements publics qui portent atteinte aux libertés. Reste à lui fournir les moyens d'y remédier de façon effective en l'habilitant à faire, dans ce domaine, ce qu'il s'interdit dans les autres. Aligner, lorsque les libertés sont en cause, les pouvoirs des deux ordres de juridiction, reconnaître au recours, dans ce domaine, un caractère suspensif, étendre les possibilités offertes par le référé, compléter l'annulation par l'injonction qui impose la suppression de l'entrave à la liberté, ce ne serait pas porter atteinte à la spécificité du contentieux administratif mais y apporter les dérogations que le caractère constitutionnel des libertés justifie et appelle. Le législateur, déjà, s'est engagé dans cette voie : en imposant au président du tribunal administratif, saisi par le préfet d'une décision prise par une autorité locale et portant atteinte à une liberté, l'obligation de statuer sur le sursis à exécution dans les 48 heures, la loi du 2 mars 1982 confirme la nécessité de soustraire au droit commun du contentieux administratif et aux lenteurs qu'il peut entraîner la protection des libertés.

Assurer rapidement une protection effective : c'est la vertu majeure de l'*Habeas Corpus* britannique. Un avant-projet de loi, bien oublié, avait, en 1978, tenté de le transposer dans notre droit. Mais on peut parvenir à des résultats analogues sans céder à la tentation, qu'on rencontre parfois aujourd'hui, de s'aligner sur le modèle anglo-saxon. Aussi bien, la dualité des juridictions est trop profondément enracinée dans la tradition juridique française pour qu'il soit réaliste, même en matière de protection des libertés, d'en envisager l'abandon. Ce serait oublier, d'ailleurs, que la plupart des pays de l'Europe continentale se sont ralliés à la solution dualiste, et que les grands juges britanniques, en se montrant attentifs à la jurisprudence de notre Conseil d'Etat, ont, implicitement,

reconnu les apports positifs du dualisme.

Mais, en matière de libertés tout au moins, le dilemme dualisme ou unité de juridiction n'est-il pas déjà dépassé, dans une certaine mesure ? Ne l'est-il pas pour les Etats qui ont ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme, et qui, au dessus de leurs juridictions nationales, unique ou double, trouvent, dans les instances de Strasbourg, un nouvel ordre de juridiction ? Ne l'est-il pas pour tous ceux qui, au dessus des ordres traditionnels, ont confié la protection des libertés contre la loi au juge constitutionnel, dont les décisions ne restent pas sans effets sur celles du juge ; qu'il soit judiciaire ou administratif ?

Quoi qu'il en soit, le problème de l'efficacité accrue de notre système dualiste reste entier. Simplifier, en matière de protection des libertés, les règles de partage des compétences, prévenir ainsi les renvois d'une juridiction à l'autre qui font, de la victime, une balle de ping-pong, fournir au juge administratif des moyens d'action analogues à ceux dont dispose le juge judiciaire, tout cela ne relève pas de l'impossible, et ne porte pas atteinte aux apports positifs du dualisme.

Les auteurs de la loi de 1790, responsables involontaires de ce dualisme, ne se reconnaîtraient certes pas dans de telles réformes ! Mais ils ne pourraient en contester la fidélité à l'acte qui, bien plus que cette loi malencontreuse dont seule la vieille crainte héritée du souvenir des anciens parlements explique la rigueur, reste leur titre de gloire : la Déclaration des droits de l'Homme de 1789.


#### Mots clés :

**CONTENTIEUX** \* Compétence \* Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction

**DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES GENERAUX** \* Droits et libertés fondamentaux \* Dualité de juridictions

(1) La RFDA, dans son n° 5/1990, a publié un dossier consacré à la dualité de juridictions en France et à l'étranger qui, outre la présente contribution, comporte les articles suivants :

L'état actuel de la dualité de juridictions, par Marceau Long, p. 689 .

Etre juges... et juger..., par Pierre Draï, p. 694 .

La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ?, par Georges Vedel, p. 698 .

Du principe de séparation au principe de dualité, par Jacques Chevallier, p. 712 .

Les crises du principe de dualité de juridictions, par François Burdeau, p. 724 .


Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique, par René Chapus, p. 739 .


Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des conflits, par François Gazier, p. 745 .

Dualité de juridictions et dualité de procédures, par Bernard Pacteau, p. 752 .


Le juge judiciaire, juge administratif, par Roland Drago, p. 757 .


Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction, par Yves Gaudemet, p. 764 .


Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile, par André Damien et Jacques Boré, p. 777 .


Dualité de juridictions et autorité de la chose jugée, par Guillaume Delvolvé, p. 792 .

« Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », par Franck Moderne, p. 798 .

Dualité de juridiction et unité du droit fiscal, par Guy Gest, p. 822 .


Dualité de juridictions et unité du droit douanier, par Claude J. Berr, p. 842 .

Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : de la continuité au changement, par Paul-François Ryziger, p. 850 .


La dualité du droit applicable à l'administration et la pluralité de juridictions en matière administrative en Allemagne, par Christian Autexier, p. 863 .


Unité, dualité ou trinité de juridiction en Belgique ?, par Francis Delpérée, p. 869 .

L'unité de juridiction : bien ancrée au Canada, par Patrice Garant, p. 872 .

Dualité de juridictions en Finlande et en Suède, par Tore Modeen, p. 875 .

La dualité de juridictions en Grèce, par Epaminondas Spiliotopoulos, p. 877 .

Les juges et l'administration publique en Italie : dualisme ou unité de juridiction, par Elisabetta Midena, p. 882 .

Unité ou dualité de juridiction en matière administrative au Grand-Duché de Luxembourg, par Simone Beissel-Merten, p. 886 .

Unité de juridiction en matière administrative en Norvège, par Eivind Smith, p. 889 .

Unité ou dualité de juridiction en matière administrative au Royaume-Uni, par John Bell, p. 892 .

Dualité de juridictions en matière administrative en Suisse, par Blaise Knapp, p. 895 .

Copyright 2026 - Dalloz – Tous droits réservés