

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES  
DE TOULOUSE

---

# MÉLANGES

*offerts à*

*Jacques MAURY*

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES  
DE TOULOUSE

●

TOME II

DROIT COMPARÉ  
THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT  
ET DROIT PRIVÉ

---

OUVRAGE PUBLIÉ AVEC LE CONCOURS  
DU CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

---

LIBRAIRIE DALLOZ & SIREY  
11 et 22, rue Soufflot - PARIS

FACULTÉ DE DROIT  
ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES  
DE GRENOBLE

Le rapport entre  
la compétence juridictionnelle  
et le droit applicable  
en droit administratif français

par

Ch. EISENMANN,

*Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris.*

I

1. En droit français, les « rapports administratifs » (1) ne sont pas régis tous par un seul et même système de règles (c'est-à-dire — plus exactement — par des règles appartenant à un même système) ; ils se partagent, au contraire, entre deux systèmes de règles : d'une part, le droit privé, droit qui régit principalement et originai-  
rement les relations entre particuliers ou « personnes privées », d'autre part, le droit spécifiquement administratif, que l'on appelle très souvent droit administratif, sans plus, ou encore droit public, système de règles posées spécialement pour *des* rapports administratifs (2).

(1) Définition : les rapports (actes, situations, etc...) dont une personne morale administrative est l'un des sujets ; cette qualité administrative d'un des sujets du rapport suffit, quelle que soit la qualité de l'autre.

(2) La vue simplement « dualiste » définie au texte correspond aux conceptions dominantes en doctrine ; nous nous y référons ici pour ne pas compliquer l'exposé, bien qu'elle ne nous paraisse en réalité pas rigoureusement exacte.

De même, les « litiges administratifs » (3) ne relèvent pas tous de juridictions appartenant à un seul et même ordre; ils sont, au contraire, divisés entre deux ordres de juridictions : d'une part, l'ordre judiciaire, juge principalement des litiges privés (du moins réserve faite de sa branche répressive ou pénale, mais celle-ci n'intervient guère dans notre problème), d'autre part, l'ordre administratif, institué pour juger essentiellement *des litiges administratifs*.

2. De ces deux données fondamentales, il s'ensuit que le problème du droit — on dirait mieux : du système de droit — applicable aux rapports administratifs, d'une part, le problème de la juridiction compétente pour statuer sur les litiges administratifs, d'autre part, constituent, en droit français, les deux premiers problèmes du « régime juridique de l'Administration ».

Dans le « système du droit administratif », logiquement, ils prennent place avant les problèmes de fond du droit — c'est-à-dire de détermination concrète des pouvoirs, des droits ou des obligations existant entre l'Administration et ses partenaires — et, en effet, ils les commandent dans une très large mesure : d'une façon ou d'une autre, la solution qu'ils reçoivent est une première étape vers le règlement de ces derniers, dont elle aboutit en fin de compte à désigner, pour ainsi dire, la table de solution.

3. Concrètement donc, nos deux problèmes se posent dans les termes suivants :

— Le problème de la compétence juridictionnelle : des « litiges administratifs », quels sont ceux qui sont dévolus aux juridictions judiciaires, quels sont ceux qui sont dévolus aux juridictions administratives ?

— Le problème du système de droit applicable : quels sont les « rapports administratifs » que régit le droit privé, quels sont ceux que régit le droit administratif « proprement dit », ou « au sens étroit » ?

4. Dans les pages qui suivent, on ne se propose certes pas d'examiner la question — immense — de savoir quelles sont les règles par lesquelles le droit positif résout chacun de ces deux problèmes, c'est-à-dire finalement quels rapports administratifs il assigne respectivement au droit privé et au « droit administratif », et quels

(3) Définition : les litiges dont l'une des parties est une personne morale administrative.

litiges admin  
ciaire et à la

Leur obje  
rente : c'est  
données, con  
de ce double  
alors, quelle  
et applicatio  
préciser imm  
ciaires et ap  
de la juridic  
tratif, d'autr  
sont-ils donn

5. Avant d  
qu'il ne peut  
problème, la  
définitive, en  
du Tribunal  
problèmes, d  
cises, qui aie  
lement un pe  
des Conflits  
de la détermi  
législatives p  
prudentielles.

6. Que ce  
jurisprudenc  
seurs.

(Thèse I) F  
minorité, ma  
nelle et le dr  
doute existe-t

(4) On pourr  
n'a de sens et d  
formule jurispru  
jurisprudenciel  
ne se réfère pas

litiges administratifs il défère respectivement à la juridiction judiciaire et à la juridiction administrative.

Leur objet, infiniment plus limité, est d'une nature toute différente : c'est la question de la sorte de rapport où sont les deux données, compétence juridictionnelle et droit applicable, par l'effet de ce double jeu de règles. Existe-t-il une relation positive — et, alors, quelle relation — entre compétence de tel des deux ordres et application de tel des deux droits; et chacun sait que l'on peut préciser immédiatement : entre compétence des tribunaux judiciaires et application du droit privé, d'une part, entre compétence de la juridiction administrative et application du droit administratif, d'autre part ? Ou bien, au contraire, compétence et droit sont-ils données indépendantes l'une de l'autre ?

5. Avant d'aborder la question, rappelons une fois pour toutes, qu'il ne peut s'agir de rechercher que la réponse de principe à ce problème, la réponse généralement valable, et que celle-ci est, en définitive, entièrement le produit ou le résultat de la jurisprudence du Tribunal des Conflits : la législation ne posant pas, sur nos deux problèmes, de règles, du moins de règles réellement fermes et précises, qui aient une portée vraiment générale ou très large, mais seulement un petit nombre de règles de portée très limitée, le Tribunal des Conflits est en somme maître souverain des solutions, et donc de la détermination du rapport envisagé. Il va de soi que les règles législatives peuvent être contraires aux règles et à la formule jurisprudentielles, et tel est, en effet, souvent le cas (4).

## II

6. Que ce soit dans la sphère de la doctrine ou dans celle de la jurisprudence, trois réponses à la question ont trouvé des défenseurs.

(Thèse I) Pour certains « administrativistes » — une très petite minorité, mais de qualité, on le verra — la compétence juridictionnelle et le droit applicable sont indépendants l'un de l'autre; sans doute existe-t-il entre eux, dans la mise en œuvre, un ordre déter-

(4) On pourrait être tenté de dire que l'établissement d'une règle législative n'a de sens et de raison d'être que si elle écarte pour un domaine déterminé la formule jurisprudentielle. Mais ce serait oublier, et les incertitudes du règlement jurisprudentiel des deux problèmes, et que, lorsqu'il intervient, le législateur ne se réfère pas nécessairement au droit jurisprudentiel.

miné : la compétence juridictionnelle se règle ou se décide en priorité; la détermination du droit applicable ne vient et ne peut venir qu'ensuite; mais l'option entre les deux droits n'est pas commandée par l'option entre les deux ordres de juridictions, elle demeure ouverte après celle-ci, et s'effectue par le jeu d'autres règles; en somme, il y a bien entre les deux problèmes, sur le plan de l'application des solutions, un ordre logique de succession; mais il n'y a pas de corrélation entre l'une des solutions de l'un (a1 ou a2) et l'une des solutions de l'autre (b1 ou b2).

(Thèse II) Pour d'autres, cette double corrélation existe au contraire, et c'est le règlement de la compétence juridictionnelle qui commande le règlement du droit applicable : tel ordre de juridictions compétent, tel droit applicable.

On pourrait écrire la relation : « Jj compétente → Dpr applicable; Ja compétente → Da applicable. »

(Thèse III) Enfin, un troisième parti admet, comme le second, l'existence d'une corrélation, mais considère, à l'inverse de lui, que c'est le droit applicable qui se règle ou se décide en premier, et que c'est l'application de l'un des deux droits qui entraîne ou implique la compétence de l'un des deux ordres de juridictions : « Dpr applicable → Jj compétente; Da applicable → Ja compétente. »

A vrai dire, le tableau que l'on vient de dessiner comporte quelques retouches à la réalité, où se rencontrent et des cumuls ou alternances d'opinions (ceci dit en ne retenant pas de simples inadvertances de plume), et, on le verra, l'adoption simplement partielle de deux des thèses énumérées.

7. Longtemps a prévalu en doctrine la thèse II, c'est-à-dire l'idée que la compétence juridictionnelle serait la donnée première, le droit applicable en découlant simplement comme un corollaire, suivant la formule indiquée ci-dessus.

On ne saurait s'étonner du succès de cette conception à une époque où régnait l'idée que le problème de la compétence juridictionnelle constituait le premier de tous les problèmes du droit administratif, le problème-maître, clé de tous les autres. Le principe de la séparation des autorités administratives et des autorités judiciaires — qui concerne le « traitement juridictionnel » de l'Administration — n'apparaissait-il pas comme le principe fondamental — au sens le plus strict —, comme l'assise de ce droit? Ne voyait-on et pensait-on pas celui-ci tout entier — réserve faite de la théorie de l'organisation administrative — dans la perspective « juridiction et contentieux » ?

Certes, de un recul ext Mais il s'en quence par prégnent les — priorité d encore des Georges Ved mule, elle s comme obje dictionnelle au second disconvient (du moins d

8. La thè simplement nelle — a é cas de faço nationaliste du *Cours d*

Elle a été public, qui, même mati du fait de (1935); « *R* Chapus (19

9. Mais, thèse III — la compéten tion domin tion classiq risées, parf de siècle d badère qui sentant.

(5) Il no « compétence applicable ».

Certes, depuis le début du siècle, cette optique générale a marqué un recul extrêmement sensible, surtout avec l'œuvre de Gaston Jèze. Mais il s'en faut qu'elle soit abandonnée de tous avec une conséquence parfaite. Elle continue de faire sentir son influence, d'imprégner les esprits. On ne doit donc pas s'étonner que la thèse II — priorité de la compétence sur le droit <sup>(5)</sup> — conserve aujourd'hui encore des adhésions notoires; ainsi celles de Marcel Waline et de Georges Vedel; plus encore que par l'affirmation directe de sa formule, elle se manifeste dans leurs Traités par le fait de prendre comme objet d'exposé principal les règles de la compétence juridictionnelle, la question du droit applicable se trouvant reléguée au second plan, traitée par une formule de renvoi, comme il ne disconvient pas à un facteur simplement déductible ou concomitant (du moins dans une très large mesure).

8. La thèse I — indépendance des deux règlements, avec priorité simplement chronologique, de celui de la compétence juridictionnelle — a été soutenue, pour la première fois, sauf erreur, en tout cas de façon vraiment frappante, par le grand civiliste et « internationaliste privé » Etienne Bartin, dans les notes de sa réédition du *Cours de Droit civil français* d'Aubry et Rau.

Elle a été reprise ensuite par les auteurs de deux thèses de droit public, qui, séparées par près de vingt années, se rapportaient à la même matière, la responsabilité des personnes morales publiques du fait de l'Administration : « *L'arrêt Blanco* », de Just Luchet (1935); « *Responsabilité publique et responsabilité privée* », de René Chapus (1952).

9. Mais, selon René Chapus — son adversaire résolu —, c'est la thèse III — priorité et primauté du droit applicable par rapport à la compétence juridictionnelle — qui serait aujourd'hui la conception dominante en doctrine, on pourrait presque dire : la conception classique, si l'on tient compte des adhésions nombreuses, autorisées, parfois assez célèbres, qu'elle a recueillies depuis trois-quarts de siècle déjà. Parmi les auteurs de Traités, c'est André de Laubadère qui en est aujourd'hui le plus déclaré et le plus ferme représentant.

---

(5) Il nous arrivera désormais d'employer ces désignations abrégées : « compétence » pour « compétence juridictionnelle »; « droit » pour « droit applicable ».

## III

10. Si l'on procède à demander à chacune de ces opinions les preuves, arguments, moyens, qu'elle croit pouvoir invoquer pour démontrer qu'elle représente la vérité selon le droit positif, il n'y a aucun doute que c'est la thèse III qui disposera des plus immédiats et apparemment les plus forts.

Elle peut, en effet, se prévaloir du texte des plus importants et des plus connus des arrêts du Tribunal des Conflits, du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation concernant nos deux problèmes : si l'objet de leur décision proprement dite, ou dispositif, est la question de la juridiction compétente, leur façon de résoudre cette question, affirmée dans leurs motifs, est de commencer par se prononcer sur le droit applicable au rapport litigieux; s'ils optent pour l'application du droit privé, ils déclarent qu'en conséquence le litige relève des tribunaux judiciaires; s'ils se prononcent, au contraire, pour l'application du droit administratif, ils déclarent qu'en conséquence le pouvoir de juger appartient à la juridiction administrative. En somme, d'après leur texte même, d'après leurs énonciations formelles, pour décider de la compétence juridictionnelle, ils remontent au droit applicable et commencent par le désigner; ils concluent du droit applicable à la compétence juridictionnelle : il est donc la donnée première et déterminante; elle est la donnée seconde et conséquente.

D'une nombreuse lignée d'arrêts très connus ou très marquants qui témoignent de cette position de la jurisprudence, on ne citera que deux spécimens :

— En premier, l'ancêtre, le modèle, l'arrêt Blanco (1873), avec son célèbre considérant : la responsabilité de l'Etat pour les dommages de services publics doit obéir à des règles spéciales, et non à celles du Code civil; « dès lors », c'est au Conseil d'Etat qu'il appartient de statuer sur les litiges qui y ont trait, et non à l'autorité judiciaire;

— En second, encore très près de nous, sans dessiner si fortement cette structure logique, l'arrêt Moritz (1954) fait cependant apparaître le principe sous une forme plus abstraite : le litige en cause « ne peut trouver sa solution que dans les principes de droit public, et... la juridiction administrative a seule qualité pour en connaître ».

Et les ad  
raisonneme  
— notamm  
modèlent  
Commissair

Ainsi dor  
la jurispru  
directe, dan  
primauté d

Que telles  
sions disent  
à le contest

11. Ce so  
ou de la thè  
à-dire entre  
diète qui p  
qu'elle la d

C'est préc  
cité les nom

De l'un à  
rent pas ess  
de la thèse  
compétence

Dans ces  
nous attach  
plus approf  
dire: étrang  
l'un des deu  
tel qu'on le  
quable noté  
certains po  
Moritz, Trib

12. Au d  
à leurs éno  
des Conflits  
vent leur d  
applicable c  
plein accord  
du gouverne  
ce fait n'est  
sion sur la c

Et les administrativistes savent bien qu'en adoptant ce mode de raisonnement, toute la longue suite d'arrêts que l'on pourrait citer — notamment les grands arrêts historiques de 1903-1912 — se modèlent entièrement sur les idées exposées et proposées par les Commissaires du gouvernement.

Ainsi donc, à première vue, il semble patent, incontestable, que la jurisprudence consacre pleinement, et cela de façon tout à fait directe, dans les termes les plus clairs, la thèse de la priorité et primauté du droit applicable.

Que telles soient bien les apparences, que les arrêts et les conclusions disent effectivement ce que l'on vient d'indiquer, nul ne songe à le contester : il s'agit d'un fait matériellement certain.

11. Ce sont donc, tout naturellement, les partisans de la thèse I ou de la thèse II, qui ont dû passer à l'attaque de la thèse III, c'est-à-dire entreprendre de ruiner cette preuve jurisprudentielle immédiate qui paraît, de prime abord, l'étayer de façon si irréfutable qu'elle la dispense initialement de toute argumentation.

C'est précisément ce qu'ont fait les trois auteurs dont nous avons cité les noms.

De l'un à l'autre, les arguments et contre-propositions ne diffèrent pas essentiellement; tous trois concluent également en faveur de la thèse de l'indépendance, avec priorité chronologique de la compétence juridictionnelle.

Dans ces conditions, pour des raisons bien compréhensibles, nous nous attacherons ici uniquement à l'exposé le plus développé, le plus approfondi, et aussi le plus certainement impartial, on veut dire: étranger à toute pensée de « favoriser » l'un des deux droits ou l'un des deux ordres de juridictions: c'est l'exposé de René Chapus, tel qu'on le trouve dans sa thèse, et dans une non moins remarquable note de jurisprudence où il reprend la question, et, sur certains points, enrichit ou affine sa discussion (note sur l'arrêt Moritz, Tribunal des Conflits, 26 mai 1954, D, 1955, J. 385).

12. Au départ, Chapus reconnaît sans réserves qu'à s'en tenir à leurs énonciations, les plus importants des arrêts du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat en matière de compétence motivent leur décision, principalement en tous cas, par le fait qu'est applicable celui-ci ou celui-là des deux droits concurrents, ceci en plein accord avec les conclusions prononcées par les Commissaires du gouvernement. Mais Chapus n'hésite pas à déclarer qu'en vérité ce fait n'est pas réellement le motif, ni même un motif, de la décision sur la compétence, parce qu'il ne peut pas l'être; il ne peut pas



l'être, parce que cela serait contraire aux « principes rationnels qui dominant la matière »; on ne pourrait donc pas reconnaître de valeur à cette motivation. Quoi qu'il en puisse penser, « le juge se trompe et se fait illusion à lui-même » lorsqu'il croit et avance que ses décisions sur la compétence découlent de son option sur le droit applicable; « en réalité, le rôle de la considération du droit applicable est nul », absolument nul (note 1955, 387, VI).

La radicale fausseté de la thèse de la primauté du droit applicable, en dépit des plus brillantes apparences, serait démontrée à la fois par le droit positif, par le raisonnement appuyé sur l'observation des faits, enfin sur le plan de la pure théorie (6).

13. Sur le plan et en fonction de données de droit positif, la thèse de la primauté du droit applicable tomberait sous deux critiques :

— En premier lieu, elle serait en son entier, parce qu'en son principe même, en complet désaccord avec les dispositions législatives fondamentales sur la compétence juridictionnelle respective de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif; celles-ci consacraient un mode de détermination de cette compétence absolument étranger à celui qu'elle avance (Argument I);

— En second lieu, l'un de ses deux termes n'exprimerait nullement l'état des solutions jurisprudentielles (Argument II).

14. (Argument I). — Les dispositions législatives qui infligeraient un démenti radical à la thèse et suffiraient en somme à la ruiner *a priori*, ce sont, bien entendu, les fameux textes de l'époque révolutionnaire qui proclament « le principe de la séparation des autorités administratives et des autorités judiciaires »; si originellement ils ne faisaient, sur le plan de la juridiction, qu'affirmer l'existence d'un « domaine administratif » interdit à l'autorité judiciaire — puisqu'il n'existait pas à l'époque de juridiction administrative —, avec la création de celle-ci, ils allaient, quelque dix années après la publication du premier de ces textes, jouer désormais du même coup un rôle positif dans la détermination de leur domaine de compétence. Or, à quel principe de répartition ces textes font-ils appel? Se réfèrent-ils au facteur droit applicable, application du droit privé

(6) Cette façon de qualifier et de classer les arguments de René CHAPUS n'est pas sienne. Dans sa thèse, tout en faisant finalement allusion à la distinction entre des arguments de droit positif et des arguments d'ordre théorique ou rationnel (v. n° 17, 2° alinéa), il les avait, dans une large mesure, mêlés. Dans sa note de 1955, il distingue des arguments d'analyse juridique et des arguments d'analyse psychologique (en vérité d'ailleurs, ceux-ci sont aussi juridiques que les premiers, cf. *infra*, n° 24).

ou du  
notions-  
d'admini-  
tifs » :  
ou régim  
aux acte  
qu'elles s  
tation qu  
n'est nu  
droit, ce  
appelées  
comme l  
les citent  
une pris  
de suppo  
de ces d  
logiquem  
la questio  
lument a

Par su  
tion com  
sant, les  
du sceau  
concluant  
celle-ci es  
l'an III, e  
logiquem

15. (Ar  
thèse de l  
concret, r

Elle aff  
compéten  
nistrative  
première

Il serai  
judiciaire  
simple fai  
celle selor  
soumis à  
civil, pare

ou du droit proprement administratif ? En aucune façon. Les notions-clés auxquelles ils recourent, ce sont les notions « d'actes d'administration » ou bien d' « opérations des corps administratifs » : ces notions n'ont manifestement rien à voir avec le droit ou régime juridique à appliquer à la solution d'un litige : c'est aux actes qui sont l'objet des litiges, c'est à leur nature intrinsèque, qu'elles se rapportent. Si encore l'on pouvait objecter à cette constatation que de ces textes, la jurisprudence ne se soucie pas. Mais ce n'est nullement le cas : comme le veulent les principes de notre droit, ce sont, en effet, ces dispositions législatives que les Cours appelées à statuer sur la compétence juridictionnelle donnent comme la base légale de leurs décisions ; elles les visent, ou même les citent dans leurs considérants. On ne voit dès lors pas comment une prise de parti sur le droit applicable pourrait bien servir de support et prémisses déterminants à leurs décisions. Dans le cadre de ces dispositions législatives effectivement appliquées, cela est logiquement impossible, cela ne se peut concevoir : encore une fois, la question du droit applicable n'y joue aucun rôle, elle en est absolument absente.

Par suite, arguer du droit applicable pour déterminer la juridiction compétente, en prétendant en même temps appliquer, ce faisant, les textes en cause, c'est produire un raisonnement marqué du sceau de la plus pure incohérence : « Tout raisonnement concluant du régime de droit applicable à la compétence, alors que celle-ci est commandée par les dispositions des lois de 1790 et de l'an III, est non seulement en désaccord avec la réalité, mais encore logiquement insoutenable » (p. 39).

15. (Argument II). — Mais le droit positif fournirait contre la thèse de la primauté du droit applicable un second argument, plus concret, moins formel (v. pp. 34b-35).

Elle affirme la double corrélation de principe « droit privé et compétence judiciaire ; droit administratif et compétence administrative ». Or, si les solutions jurisprudentielles vérifient bien la première relation, elles ne confirment nullement la seconde.

Il serait bien vrai qu'application du droit privé et compétence judiciaire iraient de pair — en principe —, et ce ne serait pas un simple fait contingent, mais la conséquence d'une règle de droit : celle selon laquelle le juge judiciaire applique à tous les rapports soumis à sa juridiction le droit privé, en première ligne : le Code civil, parce qu'ils sont sa loi, sa seule loi.

es rationnels qui  
reconnaître de  
enser, « le juge  
croit et avance  
on option sur le  
ration du droit  
7, VI).

du droit appli-  
ait démontrée à  
uyé sur l'obser-  
(6).

positif, la thèse  
eux critiques :  
orce qu'en son  
ositions légis-  
elle respective  
es-ci consacre-  
ce absolument

imerait nulle-  
t II).

i infligeraient  
e à la ruiner  
époque révo-  
ion des auto-  
iginellement  
er l'existence  
judiciaire —  
ministrative —,  
ées après la  
is du même  
ine de com-  
t-ils appel ?  
u droit privé

René CHAPUS  
à la distinc-  
dre théorique  
esure, mêlés.  
dique et des  
i sont aussi

Mais on ne saurait affirmer la relation symétrique entre application du droit administratif et compétence administrative. En cas de compétence administrative, les choses se présenteraient tout différemment : « La compétence administrative ne signifie pas nécessairement (donc — logiquement — ne signifie pas) l'application d'un régime de droit public. »

Lorsque la compétence est donnée à l'ordre administratif, on ne pourrait pas dire *a priori* à quel système de droit celui-ci, c'est-à-dire finalement le Conseil d'Etat, décidera d'emprunter les règles qu'il appliquera à la solution d'un problème donné (ceci, bien entendu, en supposant qu'il n'existe pas sur le point considéré, soit une règle de fond de législation administrative, soit une règle législative prescrivant le droit à appliquer); il serait également possible, soit qu'il crée lui-même des règles originales — c'est-à-dire de droit proprement administratif ou public —, soit qu'il applique les règles du Code civil sur le problème en question; sur ce point primordial, comme sur tant d'autres points de fond, le juge administratif est libre de ses décisions, aucune règle législative ne venant le lier. Et en fait, confirmant cette analyse, les arrêts montreraient réalisée tantôt l'une tantôt l'autre de ces deux solutions.

16. (Argument III). — En dehors de la considération des règles du droit positif, le raisonnement, faisant appel à l'expérience, permettrait d'établir l'impossibilité logique de la relation affirmée par la thèse III. Ceci sur deux plans :

En premier lieu, l'idée ne serait, en effet, pas concevable que l'application d'un droit donné à un litige pourrait être le principe de la compétence d'un certain ordre juridictionnel, ni même simplement lui être antérieure : n'est-il pas évident qu'un juge ne décidera l'application d'un droit, et n'y procédera que s'il statue au fond, et qu'il ne statuera au fond que s'il a préalablement admis — expressément ou implicitement — qu'il était compétent à l'égard du litige ? A la vérité, René Chapus ne formule cet argument que pour la juridiction administrative et le droit administratif, mais cette limitation tient certainement aux termes et aux solutions de l'arrêt qu'il commentait : « L'application de règles spéciales pour le règlement du litige *ne peut jamais être que la conséquence objective de l'intervention* du juge administratif », puisque, en effet, seul celui-ci applique le droit spécifiquement administratif (note 1955, p. 387, VI-2°).

En somme, Chapus pense certainement qu'il y a quelque absurdité dans l'idée de priorité du droit sur la compétence : le simple

bon sens sible.

17. (A) de la prin logique q

Elle ad pétence o inconceva

En effe considéra décision la situati cable ou juge sur la *conséq* finalement situation et ne peu compéten jamais un point d'a ment, de ration des dans la d occuper thèse III

18. (A) Chapus, u qui n'est pétence r plication injustifié nelle : et, la nature tence ? » semble b pour pre idée d'un de juridi systèmes

bon sens montrerait qu'une telle relation est irrationnelle et impossible.

17. (Argument IV). — Mais en un autre point encore, la thèse de la primauté du droit applicable se heurterait à une impossibilité logique que révélerait l'examen et analyse des faits.

Elle admet que le droit à appliquer constitue le motif de la compétence ou, en tout cas, l'un de ses motifs : ce serait tout ensemble inconcevable et démenti par l'expérience.

En effet, à supposer que le juge prenne bien cette donnée en considération, elle est elle-même l'objet d'une décision ; or, cette décision ne peut évidemment se fonder que sur la constatation que la situation litigieuse présente tels ou tels traits qui rendent applicable ou l'un ou l'autre des deux droits. Donc, « (1) affirmation du juge sur la nature du droit applicable est toujours, nécessairement, la conséquence de (1) l'examen de la situation litigieuse, c'est-à-dire finalement la conséquence de certains traits caractérisant cette situation ». « La considération du droit applicable n'est (donc) pas et ne peut pas être un motif de détermination de la juridiction compétente, pour la raison très simple qu'elle n'est elle-même jamais un point de départ de la pensée ou de l'analyse, mais un point d'arrivée ; une conséquence, non une prémisse, du raisonnement, de la marche de la pensée du juge. » Ainsi, « la considération des règles applicables n'occupe (jamais) qu'une place seconde dans la détermination de la juridiction compétente » ; elle ne peut occuper une place antérieure et supérieure ; cela condamne la thèse III (Note 1955, p. 387-2°).

18. (Argument V). — On trouve enfin, sous la plume de René Chapus, un argument purement théorique, donc tout à fait général, qui n'est d'ailleurs indiqué qu'en quelques mots. L'idée que la compétence respective des deux ordres de juridictions serait liée à l'application respective de deux systèmes de droit serait « totalement injustifiée du point de vue théorique » (p. 34), elle serait irrationnelle : et, en effet, « quelle corrélation peut-on (bien) établir entre la nature des règles appliquées par une juridiction et sa compétence ? ». Nul ne l'a jamais fait apparaître (p. 36). Ici, l'auteur semble bien dépasser le plan particulier du droit administratif, pour prendre une position tout à fait générale, en rejetant toute idée d'un règlement de la compétence respective de deux groupes de juridictions en fonction de l'applicabilité respective de deux systèmes de droit.

19. Il est peu de critiques qui ne soient à la fois le corollaire et comme l'envers d'une prise de position positive. Pour achever de préciser la pensée de René Chapus, il faut noter d'abord que son adhésion va à la thèse I : le véritable rapport entre compétence et droit serait celui d'une mutuelle indépendance, avec simplement ordre de solution rationnel, la compétence passant avant le droit (p. 37, dernier alinéa, p. 38, n° 3, p. 40, n° 5).

Ainsi présente-t-il sa position. Il est cependant permis de douter que cette présentation soit parfaitement exacte.

On rappellera, en effet, qu'il admet l'existence d'une corrélation de principe, et même d'un principe de corrélation, entre compétence des tribunaux judiciaires et application du droit privé; il s'agit bien d'une corrélation normative, et non simplement de fait, puisqu'elle aurait pour source l'obligation du juge judiciaire d'appliquer toujours et exclusivement — en principe — les Codes — et lois — de droit privé.

Par conséquent, l'analyse de Chapus aboutit en réalité à une conclusion dualiste : le rapport entre droit et compétence diffère pour le côté « judiciaire » et pour le côté « administratif »; c'est pour celui-ci seulement qu'il est d'indépendance; pour celui-là, au contraire, il est de corrélation, on peut même dire : de détermination au moins indirecte.

Quant à la base du règlement des deux problèmes déclarés indépendants — second élément de sa position —, voici ce que Chapus en dit :

En ce qui concerne le problème de la compétence, il explique que le règlement se fonde sur la matière litigieuse, sur la nature des actes en cause. Voilà ce qu'il faut entendre par « fond du droit », quand on dit que la compétence est commandée par le fond du droit, qu'elle y est liée ou attachée (p. 41, 1<sup>er</sup> alinéa, et p. 36, 2<sup>e</sup> alinéa) (7).

Quant au règlement de la détermination du droit applicable, René Chapus n'en disait pratiquement rien dans sa thèse; il se souciait uniquement du problème de compétence juridictionnelle. Dans sa note de 1955, il en parle bien, mais sans prendre vraiment parti; simplement, il envisage l'idée que le droit applicable pourrait être, lui aussi, déterminé en fonction de la nature des situations; mais

(7) Certaines des formules par lesquelles CHAPUS définit sa conception du « fond du droit » paraissent assez peu claires, ou alors étranges par l'hétérogénéité des éléments qui y sont associés (« ... les règles et les situations juridiques à interpréter ou à apprécier »).

admet-il que  
et ses dévelo  
l'incertitude;  
demeure très  
questions qu

20. L'analy  
et poussée, r  
la question, a  
et les conclu  
pensons pas.

21. (Sur l'a  
qui vise la  
mêmes : 1°  
français por  
ne fait aucu  
du droit app  
compétence,

Mais de ce  
fait en som  
jurisprudenc

Bien des a

a) D'abor  
tance au fai  
référence au  
juges aimen  
texte de loi,  
à leur aise  
où le texte  
trancher, ca  
fort bien s'a  
mage cérém  
des décision

Que l'on s  
semblables,  
pour les cor  
visent les c  
même, ment  
développent,  
ou du droit p

admet-il que le droit positif consacre cette idée ? Il ne le dit pas, et ses développements ne le font pas apparaître; on demeure dans l'incertitude; c'est-à-dire que le problème du droit applicable demeure très nettement sacrifié (ce fait est probablement lié à des questions que l'on soulèvera ultérieurement — cf. *infra*, n° 24, 3°).

## IV

20. L'analyse de René Chapus, son argumentation riche, dense et poussée, représentent un effort d'approfondissement définitif de la question, auquel on doit rendre hommage. Mais la démonstration et les conclusions sont-elles justes et convaincantes ? Nous ne le pensons pas.

21. (Sur l'argument I). — L'argument I, tiré de la législation, et qui vise la thèse en son entier, allègue des faits exacts en eux-mêmes : 1° les seuls textes législatifs généraux existant en droit français portent sur la compétence juridictionnelle, et leur libellé ne fait aucune place, c'est-à-dire aucune allusion, à la question du droit applicable; 2° les arrêts citent ces textes relatifs à la compétence, ou au moins les visent.

Mais de ces constatations certaines, peut-on conclure, comme le fait en somme Chapus, qu'elles suffisent à exclure l'idée que la jurisprudence ferait dépendre la compétence du droit ?

Bien des arguments s'y opposent :

a) D'abord, on ne saurait reconnaître une bien grande importance au fait même que les arrêts visent ces textes ou même font référence au principe qu'ils consacrent : il est bien connu que les juges aiment à présenter leurs décisions comme fondées sur un texte de loi, même dans des hypothèses où ils en prennent plutôt à leur aise avec ses dispositions (ne parlons pas des hypothèses où le texte invoqué n'a que peu de rapport avec la question à trancher, car ce n'est évidemment pas le cas ici); il pourrait donc fort bien s'agir, en l'occurrence, simplement de cette sorte d'hommage cérémoniel rendu au principe de la base légale nécessaire des décisions juridictionnelles.

Que l'on se reporte d'ailleurs au texte de l'arrêt Blanco et de ses semblables, on constatera — et ceci vaut plus fortement encore pour les conclusions qui les ont préparés et inspirés — que, s'ils visent les dispositions législatives invoquées ou, pour certains même, mentionnent, le principe qu'elles consacrent, le motif qu'ils développent, c'est celui qui concerne l'application du droit privé ou du droit public : l'importance respective des deux éléments saute

aux yeux dans ce fait matériel : la place que chacun d'eux occupe dans les considérants. La brève ou très brève évocation des lois de 1790 et de l'an III ne peut être mise en balance avec les raisonnements souvent longs sur les articles 1382-1384 du Code civil par exemple. La simple lecture des textes exclut l'idée que la première pourrait même réduire, *a fortiori* qu'elle pourrait annuler la valeur à attribuer aux secondes, quand il s'agit de connaître et d'analyser la pensée et le raisonnement des organes de la jurisprudence. L'on est libre, certes, de discuter le bien-fondé juridique ou logique de leurs idées. Mais seraient-elles anéanties rationnellement que leur réalité et leur force psychologiques n'en demeureraient pas moins des faits incontestables.

b) Ensuite, point plus important encore, les textes allégués ne contiennent pas de règle précise; la succession des systèmes de règlement prouve surabondamment que le Tribunal des Conflits est maître en fait d'interpréter les mots « actes d'administration », « opérations des corps administratifs » de la façon qu'il lui plaît — chacun le sait; tels qu'on en a usé, ces textes n'excluent donc aucune définition, aucun critère de l'acte d'administration, donc aucun critère de compétence, parce qu'ils n'en imposent aucun : Chapus n'a pas aperçu l'une des possibilités qu'ouvre cette situation — celle de définir l'acte d'administration comme l'acte régi par le droit public, — ce qui lierait compétence et droit. Il en résulte en tout cas qu'on ne saurait, comme il le croit et le fait, incriminer la « thèse classique » de parallogisme, sur le terrain du droit positif. A son argumentation à lui, on peut, au contraire, reprocher d'être affectée de formalisme légaliste, autrement dit d'irréalisme juridique.

22. (Sur l'argument II). — L'argument II — second argument de droit positif — ne paraît pas davantage valable : la thèse que la corrélation — de principe — « compétence administrative, droit administratif » ne serait pas vérifiée par les solutions de la jurisprudence — repose sur un élément d'analyse juridique erroné (bien qu'accepté généralement, et par les meilleurs administrativistes).

Il est bien vrai que, quand le Tribunal des Conflits attribue compétence à la juridiction administrative, nul ne peut dire avec une absolue certitude si les règles que celle-ci appliquera à la solution d'un problème déterminé, par exemple d'un problème de responsabilité, seront ou ne seront pas différentes, en leur fond, de celles du Code civil; et quand on dit : les règles, il faut entendre : chacune des règles, cela est évident. Mais, non moins certainement,

l'on peut affirmer que seul, puisqu'il lui plaît; par conséquent, adopte sur le fait privé, c'est-à-dire le fait en forme, rence à aucun cas, assez rarement, article du Code civil. Il est évident que la base légale de l'apparence, en effet, le Code de procédure, de la citation de l'acte, ce n'est pas l'acte, le décret doit être administrati- de l'appliqua- sition législa- autre qui en autorité, ou autorité ou déléguées, et de droit privé, droit public.

Si l'on suppose la situation du Code administratif, entre qu'en dé- originairement, droit public, possible, aux analyses doc-

Dans ces propositions, il paraîtrait de plus en plus classique.

(8) On passe de ce que l'on parle, on ne distingue pas le fondement de l'ensemble du

l'on peut affirmer que l'issue dépendra du Conseil d'État et de lui seul, puisque c'est lui qui, par hypothèse, consacre les règles qu'il lui plaît; par conséquent — voici le point capital —, même s'il adopte sur un point quelconque, une règle identique à celle du droit privé, c'est de sa propre volonté et décision: il n'importe s'il le fait en formulant la règle de lui-même, pour ainsi dire, sans référence à aucune source de droit, ou si, comme il arrive parfois, assez rarement d'ailleurs, il la présente comme empruntée à un article du Code civil, dont il cite le numéro et peut-être aussi le texte. Il est vrai qu'en ce dernier cas, l'article cité semble constituer la base légale de la décision juridictionnelle; incontestablement, l'apparence est en ce sens. Mais elle ne résiste pas à l'analyse; en effet, le Code civil, loi des rapports privés, ne prescrivait pas l'application de l'article ainsi invoqué aux rapports administratifs; donc ce n'est pas au Code civil lui-même que la règle de l'article considéré doit alors d'être rendue applicable et appliquée en matière administrative, c'est au juge administratif; c'est lui qui, décidant de l'appliquer, sans avoir dû légalement le faire (aucune disposition législative ne le lui imposait, ni celle qu'il applique, ni aucune autre qui en déterminerait le domaine d'application), lui a conféré autorité, ou valeur pour certains rapports relevant de sa juridiction; autorité ou valeur ne sont donc pas originaires, mais au contraire déléguées, et leur fondement ne se trouve nullement dans la loi de droit privé, il se trouve uniquement dans la jurisprudence de droit public (8).

Si l'on supposait des données différentes, à savoir qu'une disposition du Code civil déclare qu'elle vaut pour certains rapports administratifs, comme pour les rapports privés, il faudrait admettre qu'en dépit du titre du document où elle est insérée, elle est, originellement, à la fois disposition de droit privé et disposition de droit public ou administratif, — cumul de qualités parfaitement possible, auquel on a tort de ne pas songer plus souvent dans les analyses doctrinales.

Dans ces conditions, les faits allégués n'infirmement en rien la proposition que compétence administrative et droit administratif iraient de pair; ils ne ruinent nullement ce volet de la formule classique.

(8) On passe généralement à côté de cette idée, cependant essentielle, lorsque l'on parle de l'« application du droit privé par le juge administratif »: on ne distingue pas le fait de la référence à un article du Code, et la question du fondement juridique de son application. Ce point intéresse très directement l'ensemble du problème dit de l'« autonomie du droit administratif ».



Il faut seulement bien comprendre que la proposition signifie — pour l'envisager dans toute sa portée — que le juge administratif applique, ou bien des règles de législation proprement administrative, ou bien, en l'absence de semblables règles, des règles qu'il jugera bon de consacrer, soit qu'il en arrête lui-même le contenu sans se référer à une « source de droit » quelconque, soit qu'il les emprunte expressément aux sources de la législation civile, par exemple (c'est le cas principal).

23. (Sur l'argument III). — L'argument III invoque la logique, mais il paraît bien reposer sur deux erreurs de raisonnement ou d'analyse.

Il va de soi, il est trop évident qu'un juge donné ne peut régulièrement appliquer... à une espèce... tel droit qu'il est supposé devoir appliquer que s'il statue sur l'espèce, donc s'il retient sa compétence. Mais cette vérité de La Palice laisse entière la question de savoir par quel mécanisme, c'est-à-dire sur la base de quelles règles, il décide de sa compétence. Si ces règles sont, comme le veut la thèse classique, celles qui déterminent le système applicable au rapport litigieux, si donc, pour déterminer s'il est compétent, le juge doit résoudre le problème du droit applicable, il est impossible de dire avec Chapus que le juge doit nécessairement résoudre le problème de compétence juridictionnelle, et l'avoir résolu dans le sens de sa propre compétence, avant de pouvoir passer à la détermination du droit applicable au litige. Le dire, c'est en premier lieu confondre (si fort que cela étonne de la part d'un excellent juriste) le fait de l'application et la décision d'applicabilité. D'autre part — ce qui est au moins aussi grave — l'argument ne peut en tout cas porter que sur le cas où c'est le même juge qui statue sur la compétence et, éventuellement, sur le fond. Si donc c'est le Tribunal des Conflits — c'est-à-dire l'instance suprême en matière de compétence —, il demeure absolument en l'air, il ne peut rien valoir (peut-être est-ce le sentiment de cette inapplicabilité totale qui a conduit inconsciemment l'auteur à limiter le libellé de son argument à la seule juridiction administrative, c'est-à-dire finalement au Conseil d'Etat).

24. (Sur l'argument IV). — L'argument IV recèle, lui aussi, de sérieuses pailles.

Pour condenser, nous dirons que nous croyons y apercevoir : 1° une insuffisante précision de la pensée logique; 2° des inexac- tudes juridiques dans l'analyse des démarches intellectuelles du

juge ven  
le tout,

1° Su  
Qu'auto  
cable n'  
mais ce  
selon sa  
simplem  
point de  
est « un  
de passa

2° En  
cable ne  
tions lit  
et uniqu  
peut-on

Une p  
ment fa  
lyse : ca  
pour l'ap  
tion pul  
adminis  
détermin  
prudenti  
est appl  
élisant t  
droit ap  
possible

Ainsi,  
née anté  
elle n'y  
la conso

L'erre  
lectuelle  
règles d  
analyse  
Mais po  
entend f  
tel droit  
d'une rès  
situation

juge vers et pour la solution des problèmes en cause; 3° dominant le tout, une représentation erronée de la thèse adverse.

1° Supposons que l'analyse de René Chapus soit exacte. Qu'autoriserait-elle à conclure? Que la détermination du droit applicable n'est pas le motif premier de la décision sur la compétence, mais certainement pas qu'elle n'en est pas l'un des motifs, ou, selon sa formule extrémiste de 1955, que son rôle est purement et simplement nul. On dirait que, de l'affirmation qu'elle n'est pas « un point de départ », Chapus se croit autorisé à passer à celle qu'elle est « un point d'arrivée » : n'existerait-il pas, pour lui, de points de passage ?

2° En définitive, argumente en somme Chapus, le droit applicable ne peut être choisi qu'en fonction de certains traits des situations litigieuses; donc « ce sont ces traits qui sont les véritables et uniques motifs possibles de la décision de compétence », au delà, peut-on ajouter, et à travers la décision sur le droit.

Une pensée plus rigoureusement normative aurait immédiatement fait sentir à l'auteur le caractère inadmissible de cette analyse : car ces traits qui vont déterminer le juge à se prononcer pour l'applicabilité de tel droit — par exemple le caractère de « gestion publique » conduisant à l'application du droit proprement administratif —, qui est-ce donc qui les indique, sinon la règle de détermination du droit applicable (règle législative ou règle jurisprudentielle, il n'importe), — par exemple, la règle « le droit public est applicable s'il y a gestion publique » ? C'est donc bien elle qui, élisant tels ou tels traits, fonde et conditionne la décision sur le droit applicable et, par suite — du moins ceci est-il logiquement possible — la décision de compétence.

Ainsi, la « nature des situations litigieuses » n'est pas une donnée antérieure à la règle qui va servir à décider du droit applicable; elle n'y est même pas extérieure; c'est cette règle qui la définit et la consacre; elle est un élément de son contenu.

L'erreur apparaît aussi bien si l'on considère les opérations intellectuelles effectuées par les juges, c'est-à-dire la mise en œuvre des règles de droit : le juge déduit le droit applicable d'une certaine analyse et qualification de la situation litigieuse ? Bien entendu. Mais pour quelle raison ? La réponse est évidente : parce qu'il entend faire application d'une règle qui attache l'applicabilité de tel droit à telle qualité des situations à régir. C'est la représentation d'une règle sur le droit applicable qui le conduit à rechercher si la situation litigieuse présente tels ou tels traits qu'indique cette règle

même. C'est une erreur que d'opposer et même de séparer détermination du droit applicable et constatation de la nature de la situation litigieuse : la seconde opération fait partie de la première, qu'elle sert à effectuer.

En vérité, sur ce plan de l'analyse de l'opération juridictionnelle concrète, cette « nature », c'est-à-dire ces caractères de la situation litigieuse, sont bien les motifs de fait — c'est-à-dire relatifs à l'espèce — de la décision sur le droit, mais le motif de droit, la « base légale », en est la règle sur le droit applicable: c'est à la distinction de ces deux catégories de motifs que Chapus n'a pas pris garde.

3° A la thèse de la détermination de la juridiction compétente en fonction du droit applicable, René Chapus croit pouvoir opposer l'idée de sa détermination par la nature des situations litigieuses, par l'objet ou matière des litiges.

Il admet donc que, pour les tenants de la thèse dominante, la détermination du droit applicable pourrait se faire autrement qu'en fonction de cette nature des situations administratives. Mais par quelle méthode ? Sans doute n'en aperçoit-il lui-même pas d'autre que l'on puisse envisager. Et cela explique pourquoi il leur prête en fait — puisqu'il croit devoir le réfuter, et tirer de cette réfutation argument contre eux — l'idée qu'elle s'opérerait « absolument », c'est-à-dire en somme par décision arbitraire dans chaque espèce; en d'autres termes, la thèse inclurait l'idée qu'il n'existerait pas de règles sur les domaines d'application respectifs du droit privé et du droit public aux rapports administratifs.

Bien évidemment, ces vues ne sont pas du tout conformes aux vraies idées de ces auteurs, qui atteindraient, sinon, un degré d'absurdité difficilement surpassable.

Si l'on pose que la juridiction compétente est fonction du droit applicable, il va de soi que l'on est renvoyé à la règle de détermination de ce droit, ce qui signifie : à la caractéristique des rapports assignés à chacun des deux corps de règles en concurrence virtuelle, c'est-à-dire précisément à la notion que Chapus déclare seule correcte, en l'occurrence, du « fond du droit » (9, 10).

(9) A notre avis, appeler « fond du droit » le fond des rapports de droit n'est pas une terminologie très heureuse, alors que cette dénomination est traditionnellement utilisée pour désigner les problèmes ou les règles qui ne sont pas de procédure ou forme.

(10) Aussi est-il bien naturel que les « exceptions inexplicées » au principe de liaison, dont Chapus tire argument contre la thèse classique, il les retrouve, lui, sur le terrain de la compétence (voir l'ample exposé du Titre second de la Première partie, pp. 144-185).

On po  
différen  
de la th  
problèm  
règle : «  
juridicti  
celle des  
spécifiqu

Il est  
solution  
tion du  
problèm  
aucune

En ré  
des deux  
qu'ils n

(1) (R  
adminis  
une gest  
gestion p

(2) (R  
Quand i  
les rapp  
tive; qu  
privé, à

Le sys  
mauté d  
la place

Ainsi  
n'atteint  
il prend

25. (S  
rationnel  
pétence  
donne pa  
qu'il ne  
sonneme  
contraire

(11) Il v  
privée n'a

On pourrait exprimer les observations précédentes en des termes différents, et dire que René Chapus raisonne comme si les tenants de la thèse dominante admettaient que, pour résoudre le double problème, le droit puisse se contenter de poser cette seule et unique règle : « Les rapports administratifs relèvent de la compétence des juridictions judiciaires lorsqu'ils sont régis par le droit privé, de celle des juridictions administratives lorsque s'y applique le droit spécifiquement administratif. »

Il est cependant manifeste qu'une telle règle n'apporterait pas la solution d'aucun des deux problèmes : elle affirmerait que la solution du problème de la compétence est commandée par celle du problème du droit, mais sur la solution de ce dernier, ni elle, ni aucune autre règle ne disposerait !

En réalité, les tenants de la thèse III se représentent le système des deux règles de la façon suivante (on peut assurément regretter qu'ils ne présentent que trop rarement cette image complète) :

(1) (Règle de détermination du droit applicable) Les rapports administratifs relèvent du droit public quand ils se rattachent à une gestion publique, du droit privé quand ils se rattachent à une gestion privée.

(2) (Règle de détermination de la juridiction compétente) Quand ils sont, en vertu de la règle (1), régis par le droit public, les rapports administratifs donnent lieu à compétence administrative; quand ils sont, en vertu de la règle (1), régis par le droit privé, à compétence judiciaire <sup>(11)</sup>.

Le système présente la même structure dans la thèse de la primauté de la compétence : seule change et diffère de l'une à l'autre, la place assignée respectivement à la compétence et au droit.

Ainsi donc l'argument IV, bien que partant d'une vue exacte, n'atteint pas une thèse qui, elle aussi, accepte pleinement cette vue: il prend pour cible une thèse-fantôme.

25. (Sur l'argument V). — Enfin, René Chapus paraît croire que rationnellement, l'idée même d'un système faisant dépendre la compétence du droit est condamnée *a priori*. Malheureusement, il ne donne pas la raison pourquoi il en serait ainsi (on a d'ailleurs noté qu'il ne sépare pas très nettement cet argument théorique des raisonnements de droit positif); il se contente de demander à l'opinion contraire de produire ses preuves. Mais celle-ci est en droit de lui

(11) Il va de soi que la référence aux notions de gestion publique et gestion privée n'a lieu ici que pour concrétiser un type de règle.

renvoyer le gant : en présence d'une règle que proclament, comme lui-même le reconnaît, tant et tant d'arrêts, et dont tant de juristes admettent qu'elle est consacrée par le droit positif, n'est-ce pas à ceux qui affirment l'impossibilité *a priori* d'une telle règle qu'il incombe d'en faire la démonstration ?

En vérité, on voudrait bien savoir ce qu'il peut y avoir d'irrationnel dans l'idée de cette règle : la juridiction administrative est compétente pour les litiges administratifs à résoudre sur la base et par application de règles de droit proprement administratif; la juridiction judiciaire, pour ceux dont la solution sera donnée par le droit privé. Et, d'une façon plus générale — puisque Chapus ne limite pas son affirmation au seul droit administratif — en quoi est-elle irrationnelle, l'idée de délimiter la compétence d'un groupe de juridictions en fonction de l'application d'un certain corps de règles de droit, autrement dit d'assigner respectivement à deux groupes de juridictions les litiges, c'est-à-dire les rapports juridiques, qui relèvent respectivement de « deux droits » ou — sous l'angle inverse — de déléguer à chacun l'application de l'un de ces deux droits ?

La solution n'est pas seulement concevable rationnellement, mais bien plus, le droit positif français, comme bien d'autres, offre de nombreux exemples de règlements de ce type : à quoi correspond donc la distinction des juridictions pénales et des juridictions civiles, celle des juridictions civiles, au sens restreint, et des juridictions commerciales? Chacun de ces groupes n'a-t-il pas pour mission, tout au moins pour mission principale (car, en droit français, l'idée n'est certes pas réalisée de façon absolue), l'application d'un droit déterminé : droit pénal, droit civil, droit commercial ? En d'autres termes, sa compétence juridictionnelle n'a-t-elle pas pour matière les rapports régis par ce droit ?

Au fond, on peut se demander si l'affirmation de René Chapus n'est pas liée et ne s'explique pas uniquement par la conception inexacte, incomplète, qu'il se fait de la thèse classique, en l'amputant de toute référence aux rapports de droit.

## VI

26. En fin de compte, il paraît bien que René Chapus n'a pas réussi à démontrer, ni que la thèse de la primauté du droit applicable sur la compétence juridictionnelle soit rationnellement inadmissible, ni non plus son inexactitude en droit positif. Elle n'est pas ruinée, pas même ébranlée.

Sortant  
rien à redout  
se trouve in  
éclatante d  
nement fo  
« bâtonner  
de ce qu'ell  
sente, vivan

27. Mais  
positif juri  
se justifie p  
régnautes d  
d'une jurid  
Si l'on con  
administrat  
principe, sa  
droit.

De ce fa  
rationalité  
des deux ré

(12) En vé  
deux choses t  
« de droit » e

1. Ou bien  
ni jurisprude  
l'existence d'u

2. Ou bien  
sur la compé  
nécessairemen  
parfois l'un,

Seule la se  
de l'état réel  
théoriquement  
tence, que ce  
l'une à l'autr  
pour y attach  
privé, ou l'u  
public, la corn  
n'en existe pa  
équilibre soit  
d'une corrélât

Il n'empêch  
qu'une répons  
relation entre

Le fait de r  
entache d'imp

Sortant victorieuse de ce redoutable assaut, n'ayant donc plus rien à redouter, la jurisprudence — conclusions et arrêts — où elle se trouve inscrite en clair demeure la preuve intacte — immédiate, éclatante et décisive — de sa vérité : cette jurisprudence fait pleinement foi; rien n'autorise à en récuser l'élément essentiel, à la « bâtonner », c'est-à-dire, finalement, à la refaire toute différente de ce qu'elle est réellement; on doit la prendre telle qu'elle se présente, vivante et, en effet, parfaitement viable.

27. Mais cette thèse peut invoquer plus que le fait brut du droit positif jurisprudentiel. La relation que la jurisprudence consacre se justifie pleinement : elle est en harmonie parfaite avec les idées régnantes depuis un siècle ou même davantage sur la raison d'être d'une juridiction administrative à côté de la justice judiciaire. Si l'on considère que cette raison d'être est l'existence d'un droit administratif « autonome », il n'est que rationnel de mesurer, en principe, sa sphère de compétence au domaine d'application de ce droit.

De ce fait, la thèse classique peut revendiquer le mérite d'une rationalité bien supérieure à celle de la thèse de l'indépendance des deux règlements (12).

(12) En vérité, affirmer l'indépendance des deux règlements, peut signifier deux choses très différentes; une fois de plus, il faut distinguer entre relation « de droit » et relation « de fait » :

1. Ou bien l'on entend dire qu'aucune règle de droit positif — ni législative, ni jurisprudentielle — n'établit un lien entre droit et compétence, on nie alors l'existence d'un lien de droit.

2. Ou bien l'on entend constater qu'en fait les règles sur le droit et les règles sur la compétence ne retiennent pas les mêmes « critères », d'où il s'ensuivra nécessairement que chacune des deux juridictions sera appelée à appliquer parfois l'un, parfois l'autre des deux droits.

Seule la seconde de ces deux conceptions est de nature à donner une idée de l'état réel du droit, de la relation effective entre droit et compétence, car, théoriquement, il est concevable qu'aucune règle ne lie *a priori* droit et compétence, que ces deux données soient réglées distinctement sans référence de l'une à l'autre, mais que les deux séries de règles, retenant le même élément pour y attacher ou l'une la compétence judiciaire, l'autre l'application du droit privé, ou l'une la compétence administrative, l'autre l'application du droit public, la corrélation droit-compétence, non proclamée, non statué par le droit, n'en existe pas moins en fait. Pratiquement, à vrai dire, il paraît difficile que cet équilibre soit stable : la corrélation de fait conduira naturellement à l'idée d'une corrélation décidée.

Il n'empêche que la seule affirmation de l'indépendance de droit n'apporte qu'une réponse incomplète, parce que purement formelle, à la question de la relation entre compétence et droit.

Le fait de ne pas tenir compte de la distinction posée au début de cette note entache d'imprécision la « thèse de l'indépendance » et la rend équivoque.

Mais vis-à-vis de la thèse de la primauté de la compétence juridictionnelle aussi, elle marque ce même avantage.

Sans doute pourrait-on penser au premier abord qu'en réalité, l'essentiel est l'idée d'une corrélation entre les deux règlements, corrélation résultant en définitive du fait qu'ils se fondent tous deux sur une même donnée, qu'ils mettent en œuvre, comme on dit généralement, un même critère — à savoir une certaine qualité des rapports —; s'il en est ainsi, la question d'un ordre, d'un rapport de priorité présente-t-elle le moindre intérêt? A-t-elle même un sens? En somme, on peut résoudre chacun des deux problèmes directement, en allant, pour l'un comme pour l'autre, au critère commun.

La formule que nous avons donnée des deux règles pourrait, en effet, se transformer, c'est évident, de la façon suivante :

(1) Les rapports administratifs relèvent du droit public quand ils se rattachent à une gestion publique, du droit privé, quand ils se rattachent à une gestion privée.

(2) Les rapports administratifs litigieux relèvent de la compétence administrative lorsqu'ils se rattachent à une gestion publique, de la compétence judiciaire lorsqu'ils se rattachent à une gestion privée.

Deux règles distinctes, deux règles principales, dont aucune ne se réfère à l'autre, deux règles autonomes, mais qui n'en lient pas moins les deux problèmes et leur solution en faisant concorder l'application de chacun des deux droits avec la compétence de l'une des deux juridictions (13).

Cette idée de simple concomitance et concordance, de corrélation de solutions en fait, sur le plan des résultats, devient cependant insuffisante et doit être abandonnée dès lors que l'on se soucie de faire apparaître la raison des règles et des solutions qu'elles consacrent : sous cet angle, la règle sur le droit applicable reprend priorité et primauté; c'est l'application de tel des deux droits qui explique et en ce sens commande la compétence de tel des deux ordres. Et, rappelons-le, ceci n'exprime point seulement une justification dégagee ou proposée après coup par des « théoriciens », mais résulte directement des actes de la jurisprudence : c'est la démarche et le raisonnement qu'affirment expressément Commissaires du gouver-

(13) Chapus a été à quelques pas d'entrevoir cette relation, mais l'usage de notions ou au moins de termes défectueux y a fait obstacle (p. 38, n. 1, 2<sup>e</sup> alinéa et 40, 1<sup>er</sup> alinéa).

nement d'arrêts (14).

Donc la compte de présente matière; le système la valeur.

En fin raitre est droit pub l'alternat ciaire. La pétence j base de l droit adm

28. Cor termes fo ou au mo privé.

Il est p de leur r théories

29. Ce transport

Pour é ici et là être assi

— En tions, l'a

(14) La qui est, à thèse d'un à leur int auront à envisagent procédure la question ne se pose

nement dans leurs conclusions aussi bien que Cours dans leurs arrêts (14).

Donc la thèse de la primauté du droit rend compte, elle rend seule compte de la relation rationnelle entre les deux éléments, qu'elle présente telle que la conçoivent les auteurs du droit positif en la matière; seule, elle met chacune des deux règles en sa place dans le système lié qu'elles forment finalement, et c'est là ce qui en fait la valeur.

En fin de compte, ce que les données immédiates faisaient apparaître est bien la vérité: la solution de l'alternative application du droit public ou du droit privé commande, donc précède, celle de l'alternative compétence de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire. La question du droit applicable est première, celle de la compétence juridictionnelle seconde. Telle est la pensée des juges, la base de leurs actes, cela en parfait accord avec la logique de notre droit administratif positif.

## VII

28. Compétence juridictionnelle, droit applicable — ces deux termes font immédiatement penser aux deux grands problèmes — ou au moins à deux des grands problèmes — du droit international privé.

Il est permis de croire que les administrativistes qui ont discuté de leur rapport auraient pu utilement se reporter aux analyses et théories de cette belle discipline.

29. Certes, il n'est pas question d'emprunter à ce droit pour les transporter en droit administratif ses solutions ou idées de solution.

Pour être de même nature essentielle, les problèmes présentent ici et là des différences spécifiques trop accusées, ils ne peuvent pas être assimilés :

— En droit international privé, ils portent, l'un sur des juridictions, l'autre sur des lois ou du droit, relevant d'Etats différents;

(14) La thèse de la primauté de la compétence présente une autre faiblesse qui est, à notre sens, bien plus grave et irrémédiable. Elle se place dans l'hypothèse d'un litige; elle pose le problème du point de vue des juges et y répond à leur intention; elle ignore le point de vue des vrais sujets de droit, lesquels auront à s'interroger sur le droit applicable à des actes ou décisions qu'ils envisagent de faire ou prendre au moment où ils l'envisagent, avant toute procédure contentieuse: pour ces sujets — administrateurs ou administrés — la question de la compétence juridictionnelle n'a à ce moment aucun sens; elle ne se pose normalement pas.



— En droit administratif, les deux ordres de juridictions ou les deux corps de règles ne sont que deux branches différenciées d'un même appareil étatique d'organes ou d'un même système étatique de droit.

Mais il y a beaucoup plus important: en droit international privé, il s'agit de fixer la compétence juridictionnelle ou la compétence législative des Etats à l'égard de rapports ou de litiges de même nature, en ce sens que leurs éléments abstraits, leur matière ou objet, sont identiques: capacité des mineurs, propriété immobilière, régimes matrimoniaux; il s'agit de les régler en fonction du fait qu'ils concernent, par exemple, des mineurs de telle nationalité, des immeubles de telle situation, des époux domiciliés en tel lieu.

En droit administratif, au contraire, il s'agit de la compétence ou du droit applicables à des litiges ou rapports qui — en dépit d'éléments communs sur ce plan aussi — n'en diffèrent pas moins en eux-mêmes, apparaissent donc comme des espèces distinctes de rapports: rapports relatifs aux services publics industriels ou commerciaux, ou rapports relatifs aux services « proprement administratifs » (pour employer une dénomination aussi fâcheuse que classique); rapports de travaux publics ou rapports de travaux « privés »; rapports concernant le domaine public ou le domaine privé, — voilà le genre de catégories que distinguent les règles en question pour leur appliquer une solution, un traitement différents.

On peut donc affirmer *a priori* qu'il n'est pas question de suggérer de copier les règles du droit international privé, ni même d'y rechercher une inspiration.

30. Ce que l'on veut dire est tout différent: c'est que — en dépit des différences capitales que l'on vient de souligner — le rapprochement entre problèmes de compétence juridictionnelle et de droit applicable du droit administratif, d'une part, du droit international privé, d'autre part, peut contribuer à dégager ou du moins confirmer quelques idées propres à en éclairer termes ou solutions.

En voici en tout cas une, qui est, croyons-nous, d'un intérêt commun aux juristes des deux spécialités: c'est cette idée que jamais la proposition que tel juge applique uniquement tel droit ne définit, ni l'empire assigné à ce droit, ni davantage d'ailleurs la compétence accordée à ce juge; il fixe bien la relation existant entre deux termes; plus exactement, il la constate; mais, ne définissant ni l'un ni l'autre des deux termes, il ne constitue à lui seul ni une règle de compétence, ni une règle de droit applicable; et, en effet, en plus ou moins grand nombre, cette relation peut exister dans des

système  
vement  
ces litig  
qu'il pl  
drait à  
par le d  
par hyp  
de l'Eta  
ou qui  
les acti

Ainsi  
mes, le  
« fond  
blèmes.  
en tout  
est étab  
la juris

juridictions ou les différenciées d'un système étatique international privé, ou la compétence de litiges de même leur matière ou propriété immobilière en fonction de telle nationalité, exercés en tel lieu. La compétence ou — en dépit d'éléments pas moins en — distinctes de industriels ou — proprement administratifs qui fâcheuse que — de travaux ou le domaine — les règles en — différents. — suggestion de suggestion même d'y

— en dépit — le rapprochement et de droit international — moins confirmations. — intérêt commun — que jamais — ne définit, — compétence — deux termes — l'un — une règle — en effet, en — dans des

systèmes très différents. Le juge appliquera toujours et exclusivement tel droit aux litiges qu'il a à trancher ? Mais quels sont-ils, ces litiges (car on peut écarter l'idée qu'il statuerait sur tout litige qu'il plairait à un demandeur de porter devant lui, ce qui équivaudrait à l'absence de compétence réellement déterminée et limitée par le droit) ? Selon la réponse, le droit que le juge applique seul — par hypothèse — régira, en droit international, soit les nationaux de l'Etat, soit les personnes qui sont domiciliées sur son territoire ou qui y accomplissent un acte, etc..., — en droit administratif, soit les activités de service public, soit la « gestion publique », etc...

Ainsi, quelque ordre que l'on admette exister entre ses deux termes, le « principe de la liaison de la compétence et du droit (ou « fond »), ne caractérise aucune solution déterminée des deux problèmes, mais seulement une relation entre leur solution respective, en tout cas, — une méthode de règlement en outre, si la relation est établie consciemment et volontairement soit par la loi, soit par la jurisprudence.