

VOLUME XL — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



1999



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
fundada em 1917
Periodicidade semestral
XL — N.ºs 1 e 2 - 1999

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- MESTRE LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS
- MESTRE EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (secretário)
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 797 7053/54 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telefs. 239 82 3372 / 239 82 5459 — Fax 239 83 7531

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Março de 2000

I Doutrina

<i>Sérvulo Correia</i> — Monisme(s) ou Dualisme(s) — Conclusions Générales.....	7
<i>João Caupers e Maria Lúcia Amaral</i> — Grupos de Interesses	23
<i>Fernando Loureiro Bastos</i> — Municípios, Legislação Autárquica e Contencioso Administrativo em Moçambique. Oito problemas à procura de solução.....	45
<i>Pedro Infante Mota</i> — Os Blocos Económicos Regionais e o Sistema Comercial Multilateral. O Caso da Comunidade Europeia	71
<i>Carla Amado Gomes</i> — Nótula sobre o regime de Constituição das Fundações Particulares de Solidariedade Social em Portugal.....	157
<i>Teresa Amador</i> — Direito dos Cursos de Água Internacionais. O Caso do Rio Douro.....	181
<i>Sálvio de Figueiredo Teixeira</i> — As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante	223
<i>Giuseppe Tarzia</i> — Providências cautelares atípicas (uma análise comparativa).....	241
<i>José Carlos Barbosa Moreira</i> — A sentença mandamental — Da Alemanha ao Brasil	261
<i>Carmo D'Souza</i> — Evolução do Direito Português em Goa	275

II Trabalhos de alunos

<i>João Taborda da Gama</i> — Acto Elisivo, Acto Lesivo — Notas sobre a Admissibilidade do Combate à Elisão Fiscal no Ordenamento Jurídico Português	289
<i>Luiz Duarte D'Almeida</i> — A Culpa em Roma e o Direito Penal — Notas de reflexão para uma oral de melhoria de Direito Romano.....	317

III História e Filosofia

<i>Isabel Banond</i> — A Ideia de Liberdade no Mundo Antigo: Notas para uma reflexão	325
<i>Gonçalo Sampaio e Mello</i> — No Espólio de Guilherme Braga da Cruz	475
<i>António de Araújo</i> — As duas liberdades de Benjamin Constant.....	507

IV **Legislação**

- Jorge Miranda* — Estudo com vista a uma nova lei dos Partidos Políticos 541
- José de Oliveira Ascensão* — A recente lei brasileira dos Direitos Autorais, comparada com os novos tratados da OMPI..... 573

V **Jurisprudência**

- Dinamene de Freitas* — Deferimento tácito do pedido de licenciamento de obras particulares. O art. 61.º-A — um novo pressuposto para a sua formação (Acórdão do STA — 1.ª Secção, de 30-6-1998, Proc. 43 809)..... 599

VI **Vida Universitária**

- Paulo de Pitta e Cunha* — Relações Económicas Internacionais — II ... 615
- José de Oliveira Ascensão* — Parecer sobre o “Relatório” com o programa, os conteúdos e os métodos de ensino teórico e prático da disciplina de “Introdução ao Direito”, do Doutor Fernando José Bronze 693
- José de Oliveira Ascensão* — O Relatório sobre “O programa, o conteúdo e os métodos de ensino” de Direito da Família e das Sucessões do Doutor Rabindranath Capelo de Sousa (Parecer)..... 701
- Paulo de Pitta e Cunha* — A segunda Faculdade Pública de Direito em Lisboa 709
- Jorge Miranda* — Apreciação do relatório sobre Direito Comunitário I — Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino 711
- Jorge Miranda* — Parecer sobre o relatório com o programa, os conteúdos e os métodos do ensino teórico e prático da cadeira de Direito Administrativo — I apresentado pelo Doutor Paulo Otero 717
- Jorge Miranda* — Programa da Disciplina de Direito Eleitoral e Direito Parlamentar do Curso de Pós-Graduação de Ciência Política e Internacional — Ano lectivo de 1997-1998 725
- Eduardo Lourenço* — A Queda da Casa-Europa ou a Guerra de Lara Croft..... 729
- Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles 737
- Passamento de Custódio Antunes Figueiredo 739
- 50 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem 741
- Protocolo de Cooperação entre a Universidade dos Açores e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 743

MONISME(S) OU DUALISME(S)

CONCLUSIONS GÉNÉRALES (*)

SÉRVULO CORREIA

I. INTRODUCTION

1. Le choix du thème pour la Conférence de 1999 du Groupe Européen de Droit Public traduit le propos de rendre hommage au Conseil d'État français, à l'occasion de son deuxième centenaire, et au *Bundesverwaltungsgericht* allemand, à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'entrée en vigueur de la loi fondamentale de la République Fédérale Allemande qui a prévu son existence en tant que juridiction suprême pour les questions de la justice administrative.

Le Conseil d'État a joué et continue de jouer un rôle essentiel dans la structuration et dans l'évolution du droit public français. Plusieurs de nos droits nationaux en Europe et dans d'autres continents ont absorbé beaucoup de principes, de concepts et de techniques juridiques que le Conseil d'État a développés en vue du contrôle de la juridicité de l'activité administrative dans un double objectif: celui de garantir les positions juridiques des particuliers et celui de défendre la légalité en tant que moyen de sujétion des organes de l'Administration au législateur démocratiquement légitimé et facteur de rationalité dans la poursuite de l'intérêt public.

Le Tribunal Fédéral Administratif allemand est l'héritier le plus représentatif des tribunaux administratifs créés en Allemagne du Sud et en Prusse dans les années 60 et 70 du XIXe siècle. D'abord influencée par le modèle français, la justice administrative (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*) allemande a affirmé peu à peu, sous la République de Weimar et après la Deuxième Guerre Mondiale, son profil spécifique. Dans des domaines tels que la formulation de principes matériels et fonctionnels de la conduite administrative et la création de toute une série de types de procédure de pleine juridiction, la justice administrative allemande constitue elle aussi, aujourd'hui, un point de référence pour le législateur, le juge et tous ceux qui se consacrent à l'étude du Droit Administratif dans toute l'Europe continentale.

(*) Conclusões gerais da Conferência de 1999 do Grupo Europeu de Direito Público, dedicada ao tema «Monismo(s) ou dualismo(s) em Direito Administrativo?». A Conferência teve lugar em Sounion, na Grécia, entre 10 e 14 de Setembro. O presente texto corresponde às notas sobre as quais o autor apresentou as conclusões oralmente.

2. La meilleure façon de rendre hommage à ces institutions juridictionnelles est d'en étudier l'organisation, les règles de procédure, la substance des principes fondamentaux et généraux dégagés par leurs jurisprudences, la manière dont elles s'articulent aujourd'hui avec les juridictions européennes et, toujours et surtout, l'effectivité avec laquelle elles accomplissent leurs missions de garantir la protection juridictionnelle aux citoyens vis-à-vis des pouvoirs administratifs et, éventuellement, de constituer aussi un moyen objectif de contrôle de la conformité des conduites administratives avec les habilitations pour agir reçues du législateur. Mais la distance critique propre à l'étude académique est toujours aidée par l'existence de termes de comparaison. A ce propos, le terme de comparaison le plus contrastant est constitué par les systèmes de juridiction unique du modèle anglo-saxon. On comprendra donc facilement que cet autre modèle ait fait lui aussi l'objet de notre attention à titre principal.

3. Au long de la Conférence, de nombreuses interventions ont été prononcées, riches et illustratives non seulement des particularités selon lesquelles, dans chaque système national, sont résolus les litiges nés des relations entre les particuliers et l'Administration, mais aussi des grandes questions de principe et de géométrie organisatrice à la lumière desquelles peuvent être relevés les traits fondamentaux de l'identité propre à ces systèmes et à leur ligne évolutive. Permettez-nous de souligner les contributions des excellents rapports présentés par Messieurs le Président Braibant, le Juge Eicherberg, le Rt. Hon. Lord Justice Laws, les Professeurs Andersen, Rebollo Puig, Chiti, Verhey et Ktistaki, qu'il serait vain de ma part de tâcher de résumer ici. Le lecteur ne manquera cependant pas d'en déduire, et fort bien, que tout ce qu'il peut y avoir d'intéressant dans les présentes conclusions reflète surtout les contributions reçues des rapporteurs généraux, des autres participants aux débats et des auteurs des rapports nationaux, tandis que les failles de ce même texte sont exclusivement imputables à son signataire.

4. Au long de la Conférence, la considération simultanée de plusieurs modèles de juridiction pour les litiges juridico-administratifs n'avait pas pour but de dresser un classement de valeur, c'est-à-dire de conclure à la supériorité de certaines solutions par rapport à d'autres. L'approche généralisée a été du type relativiste. Beaucoup de voix se sont exprimées dans le sens de l'impossibilité de manifester des préférences absolues au regard des différences expliquées par l'Histoire et par la lente et progressive évolution d'institutions juridictionnelles intégrées dans des contextes politiques et culturels qui ne sauraient se répéter.

5. Le propos de la Conférence n'était pas non plus à proprement parler de faire du droit comparé. Celui-ci exige en effet que l'on porte une grande attention aux détails. Et quand on dépasse la comparaison entre deux systèmes nationaux, le succès de la tâche devient de plus en plus hasardeux.

Ce que, plus prudemment, les participants à la Conférence auront tâché de mener à bien aura été — si notre interprétation est bonne — de raisonner ensemble sur quelques caractéristiques de plusieurs systèmes paradigmatiques, chacune et chaque s'efforçant d'enrichir ainsi ses angles d'appréciation sur son propre droit national.

Si la confirmation de l'existence de valeurs et de principes communs au-delà de maints particularismes n'a pas surpris les participants, cette constatation n'a pas manqué de constituer aussi une source de réjouissance : le caractère absolu de la valeur de la dignité de la personne humaine se matérialise en partie, de nos jours, dans l'existence d'une sphère minimale de superposition ou de coïncidence entre les différentes identités juridico-culturelles nationales. Mais la réjouissance face à l'existence d'un acquis commun en ce qui concerne le groupe essentiel de certains principes et droits fondamentaux s'est accompagnée — comme elle ne pouvait manquer de l'être — de l'émerveillement, toujours renouvelé, devant les manifestations de la juridiversité.

Et le signataire ose présenter comme étant l'état d'esprit qui a régné tout au long des travaux celui de l'idée selon laquelle la juridiversité mérite d'être préservée dans la mesure où, tout en assurant diverses formes de rayonnement des valeurs et des principes communs à toute l'Humanité, elle apparaît comme un élément essentiel de l'identité et du patrimoine culturel des peuples européens.

6. Il ressort de la structuration du questionnaire qui a servi de base aux rapports nationaux — à propos des systèmes que l'on a tenté de classer comme *dualistes* — la notion de l'existence d'une relation dialectique entre le plan substantif ou matériel du Droit Administratif, d'une part, et les plans de l'organisation juridictionnelle et de la structuration des formes de procédure, d'autre part.

La perspective historique de chaque système national et le vécu existentiel au sein de sa réalité actuelle confirment qu'il en est ainsi, en effet. Mais il ne serait certainement pas trop hardi de conclure par ailleurs qu'il est vain de vouloir introduire, sous une perspective théorique abstraite, une suite logique entre ces deux pôles. Se demander si c'est la présence dans l'ordre juridique d'un système de normes de droit administratif matériel qui exige le complément d'une juridiction organisée à part et fonctionnant selon une procédure spécifique ou si c'est le fait de l'existence d'une juridiction séparée fonctionnant selon des procédures particulières qui est à l'origine d'un droit substantif statutaire de l'Administration, c'est un peu se demander lequel de l'oeuf ou de la poule précède l'autre en tant que catégorie abstraite. Aussi, dans les systèmes contemporains avec dualité de juridictions, l'application juridictionnelle du Droit administratif matériel continue-t-elle de justifier l'intervention de juridictions spécialisées selon des procédures spécifiques, sans que l'on puisse nier qu'en même temps l'intervention de telles juridictions dans des conditions pareilles continue elle-même de constituer une source de nouvelles formulations du Droit administratif substantif. D'ailleurs, la jurisprudence des cours administratives continue aussi de générer de nouveaux aspects du droit de la procédure administrative et, quelquefois, de nouvelles définitions du statut des juridictions administratives elles-mêmes.

Mais, en fait, il est certains oeufs concrets qui ont précédé des poules bien précises et vice-versa. De la même façon, sur le plan de l'Histoire, il est possible de dégager une séquence entre justice des conflits avec l'Administration et naissance d'un Droit administratif matériel. Cependant, il s'agit toujours de la même séquence, qu'il s'agisse d'un système dit «de droit administratif», comme le système français, ou d'un système dit «de droit commun», comme le système anglais: en effet, à certains moments historiques décisifs — même s'ils ne coïncident pas dans le temps en ce qui concerne l'évo-

lution de chacun des modèles — ce sont les organes juridictionnels qui ont produit les cadres essentiels du Droit administratif substantif ou matériel. Quand Paul Craig soulignait, au cours des débats, le rôle exercé par les cours anglaises depuis plusieurs siècles dans la révélation des idées qui sont aujourd'hui à la base de l'*administrative law* et de son mode d'interrelation, il serait difficile que ne nous vienne pas à l'esprit la célèbre image, de Prosper Weil, comparant le Conseil d'Etat sécrétant le droit administratif à une glande sécrétant son hormone.

L'examen comparé de la genèse des droits publics en Europe, en prenant comme paradigmes les droits français, allemand et anglais, semble donc permettre d'affirmer que si, dans certains cas, la création de juridictions administratives séparées a été le fruit de décisions politiques qui auraient pu ne pas se produire, par contre, l'émergence du Droit administratif n'a pas été un accident historique. Cette émergence constitue plutôt la réponse des juridictions — séparées ou pas — à des besoins propres aux sociétés de masses post-agricoles. Et ces besoins se sont toujours avérés qualitativement plus exigeants quand ils étaient engendrés au sein de sociétés démocratiques.

II. LA DUALITÉ (OU PLURALITÉ) ET L'UNICITÉ DE JURIDICTIONS

7. La deuxième séance de la Conférence avait pour thème «Monisme(s) ou dualisme(s): Quelle procédure?». Cependant, cette problématique recoupe deux aspects reliés entre eux mais aussi distincts: celui de l'unicité ou de la pluralité d'ordres juridictionnels et celui de l'inexistence ou de l'existence d'un ensemble de formes de procédures ou de remèdes propres à la résolution juridictionnelle de litiges entre les citoyens et l'Administration publique. Les rapports généraux et nationaux et les interventions effectuées durant le débat ont porté sur ces deux types de problèmes. Pour une question de discipline de l'exposé, nous les aborderons dans deux sections successives. La présente porte sur l'aspect organique.

8. Dans son rapport général, Guy Braibant a développé une idée qui ne semble pas avoir suscité de discordances au long du débat: les concepts de «monisme» et de «dualisme» sont surtout des pôles abstraits de référence en ce qui concerne la manière concrète dont sont organisées les juridictions. Dans ce domaine, il n'existe aucun modèle «pur»: les systèmes organiques des juridictions actuelles se situent à différentes positions intermédiaires entre ces paradigmes, dont le caractère extrême écarte leur application pure et simple.

Tout en adoptant des solutions qui leur sont propres, les systèmes à ordre juridictionnel unique s'organisent aussi aujourd'hui de manière à pouvoir répondre, du moins dans une certaine mesure, à la nécessité de spécialisation du décideur face à l'ampleur et à la complexité du Droit administratif qu'il doit appliquer. Les exemples de ce type de solutions sont fréquents et variés. Dans ces systèmes, les quasi-juridictions, telles que les *administrative tribunals*, dans le système anglais, ou les *agencies*, dans le Droit fédéral nord-américain, tendent à proliférer pour trancher les conflits d'intérêts entre l'Administration publique et les particuliers en appliquant le Droit dans le cadre d'une procédure contradictoire. Au sein des juridictions proprement dites, on assiste soit à la

création de cours spécialisées au sein d'un seul ordre juridictionnel, soit à l'existence de chambres administratives spécialisées dans certaines cours supérieures. Parfois, il y a coexistence de cours spécialisées au premier degré de juridiction et de chambres spécialisées au sein des cours de deuxième ou même troisième instance. Cette spécialisation de formations de jugement peut être ou ne pas être accompagnée de la formulation de carrières autonomes pour les juges chargés des questions de justice administrative.

Dans les systèmes à dualité ou à pluralité de juridictions, on trouve des solutions organiques qualitativement très diverses.

Nous avons un dualisme (ou un pluralisme) atténué quand, en dépit de l'autonomie des ordres juridictionnels entre eux, matérialisée par l'existence de différentes cours administratives suprêmes ou tribunaux administratifs suprêmes, tous les tribunaux et leurs magistrats intègrent le pouvoir judiciaire, c'est-à-dire un pouvoir de l'État distinct des pouvoirs législatif et exécutif. La séparation entre systèmes de tribunaux, chacun avec sa cour ou son tribunal suprême et composé de magistrats ayant des carrières spécifiques (même si elles ne sont pas forcément dépourvues de mécanismes d'intercommunication), n'empêche pas le positionnement commun de toutes les juridictions et de leurs juges dans l'un des pouvoirs de la trilogie classique des pouvoirs de l'État. L'un des éléments du régime constitutionnel du pouvoir judiciaire est celui de l'inexistence totale de liens organiques ou de carrière entre les tribunaux et leurs magistrats et l'Administration publique.

En contrepoint de la pluralité des structures nous avons donc — somme toute — l'unité du pouvoir, traduite non seulement par le caractère matériellement juridictionnel et non administratif de la fonction exercée mais aussi par la titularité d'un pouvoir d'auto-administration par le biais d'organes désinsérés de l'Administration publique et constitués avec pour mission spécifique de gérer la carrière des magistrats et d'exercer sur eux le pouvoir disciplinaire.

La forme de dualisme la plus accentuée est celle où les tribunaux qui font partie de l'ordre de juridiction administrative et leurs magistrats constituent en termes organiques un secteur de l'Administration publique: l'«administration contentieuse», en contrepoint de l'«administration active». Il s'agit encore de l'application de la vieille formule selon laquelle «statuer en matière de contentieux administratif c'est encore administrer». Ce type de solution reflète un dualisme plus accentué, puisque la séparation entre l'ordre de juridiction administrative et l'ordre de juridiction civile et pénale (voire d'autres) ne résulte pas seulement d'une spécialisation de tribunaux et de magistrats selon différentes branches du Droit, mais aussi de l'existence de tribunaux et de magistrats chargés d'exercer la fonction juridictionnelle de l'État, tant au sein du pouvoir judiciaire qu'au sein du pouvoir exécutif. Cette solution — qui s'explique pour des raisons historiques qui ont donné lieu à des phénomènes de forte densité institutionnelle et à des corps de magistrats ayant un rôle spécifique dans l'évolution du Droit Administratif — n'exclut pas, évidemment, que le juge administratif ne puisse et ne doive recevoir un statut d'indépendance semblable à celui du juge intégré dans le pouvoir judiciaire ou dans l'autorité judiciaire.

Mais les statuts des deux corps de magistrats se distinguent inévitablement sous certains aspects quand le dualisme atteint son expression maximale connue, comme en France, du fait de la titularité par des organes du contentieux administratif d'attributions

non seulement juridictionnelles mais aussi consultatives. C'est ce que Guy Braibant a appelé *double dualité*: dualité de juridictions d'une part, dualité des attributions de la juridiction administrative d'autre part.

9. La confrontation des rapports généraux et nationaux et des interventions effectuées lors du débat, révèle, comme on pouvait s'y attendre, un certain consensus quant à la nécessité d'un certain degré de spécialisation pour les magistrats chargés d'appliquer le Droit administratif et des points de vue divergeants quant à la manière d'organiser l'intervention de juges spécialisés et à l'étendue de la spécialisation requise. Même les réponses à caractère organique au sein des deux systèmes révèlent des options différentes, quoique plusieurs d'entre elles soient guidées par l'idée d'une certaine spécialisation.

L'un des points débattus a été de savoir si la spécialisation ne devrait pas s'appliquer aux premiers plutôt qu'aux derniers degrés de juridiction. Ce serait au premier de ces niveaux — selon certains intervenants — que se ferait sentir avec davantage d'acuité le besoin d'expérience du juge dans le domaine des problèmes propres à la mise en oeuvre des politiques administratives et des modes de fonctionnement de l'appareil administratif. Ces connaissances permettraient une appréciation plus perspicace des faits en première instance. Dans les tribunaux supérieurs, c'est surtout la résolution de problèmes de droit qui est en cause et, à ce niveau, une bonne formation juridique d'ordre général serait en principe suffisante.

On pourra bien sûr objecter ici que la nécessité de spécialisation n'est pas seulement motivée par le souhait d'une bonne connaissance du juge en ce qui concerne le milieu social et les structures bureaucratiques où surviennent les litiges dont il est saisi. C'est aussi (voire surtout) la complexité croissante du Droit Administratif qui requiert une spécialisation dans cette branche du Droit de la part de ceux qui ont la responsabilité de l'appliquer avec force de chose jugée. Si de nos jours, dans les sociétés les plus développées, l'enseignement du Droit Administratif présuppose la spécialisation de l'enseignant; si ce sont de plus en plus des avocats spécialisés, exerçant dans le cadre de sociétés d'avocats, qui se présentent devant le juge, celui-ci peut-il décider avec qualité et créativité en s'appuyant uniquement sur une formation juridique indifférenciée?

Il est vrai, par ailleurs, que les problèmes dont sont saisis les tribunaux supérieurs par les voies de recours formées contre des jugements en degré de juridiction inférieur ont déjà été débarrassés de maints détails non essentiels et sont centrés sur des questions de droit d'un plus grand degré de généralité. Mais n'est-ce pas justement de ces mêmes tribunaux supérieurs que l'on attend une jurisprudence créative, capable de moduler à chaque instant les principes et les concepts du Droit administratif, de manière à assurer une réponse aux nouveaux problèmes que le législateur n'a pas encore pu ou voulu résoudre?

10. Même quand les systèmes tendent à répondre affirmativement à la question de la convenance de la spécialisation du juge des causes administratives, il faut encore fixer le degré de cette spécialisation. Le Droit administratif est aujourd'hui un système complexe de principes, de règles, d'instituts, de procédures et de concepts. Autour de sa théorie générale, gravitent de multiples branches spécialisées. Nombre de ces droits administratifs spéciaux développent à leur tour des noyaux dogmatiques et connaissent

une évolution accélérée sous l'effet de la mutation rapide des problèmes économiques, sociaux, culturels et technologiques et des nouvelles réponses que le législateur, le juge et l'administration sont appelés à leur donner. La question de la convenance de la création de chambres spécialisées au sein des juridictions administratives se pose donc. Mais, malgré ses avantages au niveau de la rapidité et du caractère informé des décisions, ce type de spécialisation amène à soupeser le risque de la spécialisation excessive du juge. Sa spécialisation ne devra pas permettre qu'il perde de vue les bases axiologiques, conceptuelles et institutionnelles du système globale. Et le juge est de plus en plus appelé à trancher des affaires par l'application conjuguée de normes du Droit public et du Droit privé. En outre, le bon encadrement des questions propres à une branche du Droit administratif spécial ne dispense pas, normalement, le recours à des éléments du Droit administratif général.

Il faut donc, à chaque instant, trouver des points d'équilibre entre spécialisation et vision générale du système sans oublier que, comme l'ont accentué des intervenants tels que Sir John Laws et Paul Craig, une cour à vocation générale est mieux placée pour apprécier les similitudes conceptuelles.

11. Une autre question importante, qui conditionne, dans un premier temps, les réponses à caractère organique au besoin de spécialisation du juge et apparaît, dans un deuxième temps, comme un problème propre à leur application, est celle des conflits de juridictions. Comme l'a souligné Michel Eicherberger (à propos du Droit allemand, mais en citant un état de choses qui touche certainement la plupart des systèmes dualistes ou pluralistes), le pourcentage d'affaires qui suscitent des doutes quant à la juridiction compétente n'est pas tellement élevé. Mais quelques conflits subsistent quand même, surtout entre les juridictions civiles et les juridictions administratives quand leurs compétences sont définies par des clauses générales.

S'il nous est permis à ce propos de faire quelques remarques personnelles, nous dirons que, à notre avis, le risque de la vérification de quelques conflits entre juridictions administratives et communes ne constitue pas à lui seul un argument contre les solutions dualistes. La pratique de nombreux systèmes nationaux dualistes montre que le pourcentage de conflits est très faible. Le problème qui sous-tend à ces conflits — c'est-à-dire, le choix entre formes de procédure et normes du Droit administratif ou du Droit privé pour trancher un certain litige — se pose également dans les systèmes où la juridiction unitaire n'écarte pas la dualité de procédures et la distinction entre le Droit privé et le Droit administratif. La question réside donc surtout dans l'existence de mécanismes de procédure simples et rapides pour procéder au choix des règles juridiques applicables. Nous pouvons dire à ce propos que les mécanismes de renvoi, du type de ceux appliqués en Allemagne, permettent d'économiser du temps et des actes de procédure. Mais le système du tribunal des conflits peut aussi être appliqué de manière relativement brève. C'est le cas, notamment, quand, au lieu d'attendre les décisions contradictoires de tribunaux de deux ordres de juridiction quant à la compétence, il est possible de saisir directement le tribunal des conflits pour attaquer une quelconque décision sur la compétence rendue par un tribunal de l'un des ordres juridictionnels. A une époque historique où — comme l'ont souligné plusieurs intervenants, parmi lesquels Diez Picasso — la variabilité du champ d'application du Droit public est une constante, les arrêts des con-

flits représentent un moyen important de démarcation temporaire. C'est d'ailleurs un rôle pour lequel le juge est mieux taillé que le législateur, dont les qualifications ne s'imposent pas à la doctrine.

12. La double fonction juridictionnelle et consultative de certaines juridictions administratives, dont la formule du Conseil d'Etat représente l'archétype, a également fait l'objet de différents types de considérations.

Sur ce point, aura éventuellement plané l'ombre de l'*arrêt Procola* de la CEDH, concernant une affaire jugée par une formation du Conseil d'Etat luxembourgeois, entre-temps remplacé par une cour administrative suprême, quant à l'exercice d'attributions contentieuses. A l'argument selon lequel l'indépendance du juge ne peut pas être seulement personnelle, puisqu'il faut réunir aussi des conditions d'indépendance organisationnelle (A. Masucci), il a été objecté que ce qui peut être remis en cause ce n'est pas le cumul d'attributions consultatives et juridictionnelles comme facteur d'une bonne justice administrative, mais l'existence de conditions pour éviter que les personnes mêmes qui se sont prononcées pour avis sur un projet de décision ne soient appelées à statuer sur le recours formé contre la décision.

A vrai dire, certains tribunaux suprêmes sans attributions consultatives sont eux aussi appelés, d'une manière plus ou moins informelle, à donner leur avis ou à formuler des suggestions, en la personne de certains de leurs membres les plus représentatifs, sur les futures lois organiques des juridictions ou les lois de procédure en préparation. Dans les systèmes où ces tribunaux comptent parmi leurs compétences le contrôle diffus de la constitutionnalité des lois, la confiance de l'opinion publique en l'impartialité du tribunal pourra être ébranlée quand il lui sera dans le futur requis de refuser l'application d'une norme de ces lois, accusée d'inconstitutionnalité.

Un autre point qui a également mérité réflexion est celui de la nature de l'activité consultative exercée par une juridiction, qui, selon certains, n'est pas une activité typiquement administrative. Dans certains tribunaux, l'exercice d'attributions consultatives intègre l'exercice de la fonction juridictionnelle, comme c'est le cas des avis consultatifs de la Cour Internationale de Justice. Mais il n'en est pas moins vrai que, quand ces avis portent sur des questions juridiques actuellement pendantes entre deux ou plusieurs États, la procédure revêt des contours inspirés par l'idée du contradictoire.

Quoi qu'il en soit, quand une juridiction administrative donne son avis, elle le fait avec indépendance, c'est-à-dire sans sujétion aux orientations ou aux directives extérieures de nature politique ou autre. On peut certes dire que, même si les précautions nécessaires sont prises pour que les membres de l'institution qui interviennent dans les formations de jugement ne soient pas appelés à se prononcer sur la légalité des effets directs ou indirects d'avis dont ils auront été les coauteurs, la formation de jugement pourra toujours se sentir contrainte, par souci de préservation d'une image de cohérence de l'institution, à ne pas invalider un acte à l'origine duquel celle-ci a participé. Mais cet argument est également valable pour la fonction juridictionnelle: quand la règle du précédent n'est pas en vigueur, on ne peut pas empêcher qu'un tribunal supérieur soit accusé de ne pas avoir pondéré avec une totale impartialité les arguments en faveur d'une décision qui aurait entraîné un virage par rapport à la jurisprudence consacrée.

L'une des raisons souvent avancées en faveur de la dualité d'attributions des juridictions administratives soutient que la plus grande familiarité avec *l'administration active* facilite le contrôle et notamment le contrôle du pouvoir discrétionnaire. Ceux nourris dans le sérail se sentiraient plus à l'aise pour corriger ses défaillances...

Mais certains ont objecté que cette idée assez répandue manque de démonstration empirique et qu'elle ne semble pas confirmée si l'on prend en considération l'excès de scrupules des juges des juridictions organiquement implantées dans l'administration à satisfaire la nécessité de protection des particuliers par l'exercice du pouvoir d'injonction.

13. En somme, comme on s'y attendait depuis le début, le passage en revue des différentes solutions organiques pour l'exercice de la juridiction matériellement administrative n'a pas débouché sur des conclusions partagées à l'unanimité ni sur la prétention d'un quelconque participant d'établir une échelle de valeurs qui permettrait de mesurer le mérite des différents systèmes qui ont fait l'objet du débat.

Nous oserons cependant interpréter le sens général des travaux en relevant un consensus significatif, voire absolu, quant à deux points.

Le premier réside dans la conviction, accentuée entre autres par R. Andersen et R. Abraham, selon laquelle, dès lors que sont préservées les conditions d'indépendance et d'impartialité du juge, il serait vain et même nocif que de vouloir ignorer le poids et la valeur propres aux institutions juridictionnelles et aux corps de magistrats formés par l'Histoire, qui constituent un élément de l'identité et du patrimoine culturel de chaque peuple. Les grands services rendus durant de longues périodes historiques aux causes de la défense des droits fondamentaux et de la soumission de l'Administration publique au Droit par ces institutions et ces corps professionnels et leur capacité d'évolution jurisprudentielle représentent eux aussi une garantie du droit à un procès équitable qui ne doit pas être sacrifiée à de simples juridismes abstraits tendant à imposer des uniformisations artificielles.

Le deuxième point qui nous a semblé susciter le consensus est celui selon lequel, comme l'a souligné, entre autres, Bernard Pacteau, les systèmes dits monistes et les systèmes dits dualistes continuent tous deux de subir une lente et progressive évolution que l'on pourrait qualifier de rapprochement réciproque. Les uns deviennent moins monistes et les autres moins dualistes. Et ce non seulement sur le plan organique mais aussi et surtout sur le plan procédural.

III. LA DUALITÉ DES PROCÉDURES

14. L'une des constatations généralisées est que le dualisme procédural se retrouve, dans une plus ou moins grande mesure, dans tous les systèmes, qu'ils se caractérisent par l'unicité ou par la dualité (pluralité) de juridictions. L'exercice de pouvoirs d'autorité par l'Administration publique revient, dans la plupart des cas, à dire le droit d'une situation concrète d'un particulier vis-à-vis de l'Administration. Cette forme juridique d'agir de l'Administration justifie que le contrôle juridictionnel soit mené à bien par des procédures destinées soit à annuler des décisions administratives déterminantes de situations juridiques administratives concrètes, avec ou sans condamnation simultanée de

l'Administration à pratiquer les actes nécessaires à rétablir la situation en conformité avec la loi, soit à ordonner la prise de décisions administratives dues, soit à prévenir la prise de décisions indues, soit à déclarer la teneur des situations juridiques administratives existantes *ope legis*, soit encore à ordonner ou à interdire la pratique de conduites de fait. Dans nombre de cas, les actions du Droit de la procédure civile ne s'avèrent pas adéquates à l'obtention rapide de ces résultats ni à une production de preuve dont la partie principale, quand elle n'est pas la seule, consiste à examiner le dossier élaboré par l'Administration dans la préparation de la décision attaquée. En matière de procédures d'urgence aussi, le particularisme des situations juridiques administratives requiert fréquemment l'emploi de procédures particulières spécialisées.

Mais dans ce domaine également, autant que l'on puisse généraliser, on peut conclure à une évolution convergente des systèmes dits monistes et des systèmes dits dualistes.

L'un des cas paradigmatiques des premiers est celui de la réforme de la *judicial review*, en 1977, en Grande-Bretagne. Dans ce pays, il y a déjà plusieurs siècles que les pouvoirs publics ne plaident pas uniquement dans le cadre des *ordinary remedies of private law*. La réforme en question a modernisé d'anciens *remedies* qui opèrent exclusivement dans la sphère de la *public law* et grâce auxquels le citoyen peut obtenir la protection juridictionnelle: les *prerogative orders* de *certiorari*, *prohibition* et *mandamus*.

Par le *certiorari*, le particulier peut obtenir l'annulation avec effets rétroactifs d'une décision rendue par une autorité ayant pouvoirs pour porter atteinte aux droits individuels et assujettie aux impératifs de la *natural justice*, en cas de violation d'une quelconque condition de validité ou d'excès, d'abus ou d'omission induite dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La finalité centrale de cette forme de procédure ne semble guère différer de celle du recours pour excès de pouvoir du Droit français et d'autres droits nationaux influencés par celui-ci quant à l'adoption de figures procédurales semblables ou de l'action en annulation (*Anfechtungsklage*) du modèle allemand.

En revanche, on assiste aujourd'hui dans les pays à dualité de juridictions à une évolution tendant à élargir l'objet de la juridiction, pour dépasser le stade où la tutelle juridictionnelle allait rarement au-delà de la simple annulation des actes administratifs illégaux. Ce phénomène se manifeste tant par l'apparition d'autres formes de procédure, qui viennent côtoyer le recours ou l'action en annulation, que par l'élargissement des pouvoirs du juge administratif, corollaire de cette diversification des formes procédurales.

15. Dans les systèmes à dualité (pluralité) de juridictions, le recours pour excès de pouvoir ou l'action en annulation n'ont pas perdu leur rôle central au plan de la théorie de la procédure administrative contentieuse ou, du moins, au plan de la pratique. Cette position privilégiée est due au fait que, la plupart du temps, la défense des droits ou des intérêts du particulier vis-à-vis de l'Administration passe par une réaction contre une décision préjudiciable prise par celle-ci et revêtue d'impérativité.

Il n'en est pas moins vrai que l'on tend de plus en plus à considérer qu'il existe des litiges où la protection juridictionnelle du particulier ne peut pas passer uniquement par l'annulation d'une décision administrative ou bien où la question de droit posée au

juge ne devra même pas consister en l'invalidité d'un acte administratif déjà pratiqué. Dans les systèmes centrés sur le recours en annulation ou recours pour excès de pouvoir, il existe d'ailleurs depuis longtemps quelques procédures de pleine juridiction, concernant surtout l'appréciation de la demande de condamnation de l'Administration au paiement de sommes pécuniaires en conséquence de sa responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle.

L'insuffisance de la protection purement annulatoire est palliée de différentes manières par l'évolution des systèmes nationaux à dualité de juridictions.

Dans certains cas, comme en Allemagne, parallèlement à l'action en annulation (*Anfechtungsklage*), le législateur a établi d'autres formes d'action: l'action en émission d'un acte administratif (*Verpflichtungsklage*), l'action en déclaration d'un droit ou d'une situation juridique (*Feststellungsklage*) et l'action en fourniture d'une prestation (*Leistungsklage*). D'autres droits nationaux semblent suivre actuellement la même voie, comme c'est le cas du Portugal, même si les formes d'actions ne sont pas encore aussi diversifiées.

Une autre solution consiste à accorder au requérant — comme l'a fait le législateur français en 1995 — la faculté de demander, avec l'annulation de l'acte administratif, le prononcé des injonctions pour l'exécution de la chose jugée, tout en sauvegardant évidemment le principe de l'acte préalable et, avec lui, la dichotomie de principe entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction. Bien que la décision sur cette demande corresponde à une décision de pleine juridiction, elle est conditionnée par l'existence d'un lien fonctionnel entre les conséquences *ipso jure* de l'annulation eu égard à ses motifs et le besoin de rétablir une situation juridique conforme au Droit.

On peut encore trouver une troisième solution, par exemple en Espagne, qui consiste à ne pas faire de distinction entre formes de procédure principale mais consentir que l'action (appelée «recours») serve pour apprécier séparément ou ensemble des demandes d'annulation, de déclaration d'une situation juridique individualisée, de condamnation à toute mesure nécessaire à la reconstitution de la situation litigieuse en conformité avec le Droit, y compris l'adoption de conduites pour surmonter une inactivité illégale, de paiement de dommages-intérêts, ou encore, quand il s'agit de contrecarrer une voie de fait, de condamnation à cesser la conduite *de facto* contraire au Droit.

En somme, la recherche d'une plus grande protection juridictionnelle du citoyen vis-à-vis de l'Administration a conduit les pays à dualité de juridictions à élargir l'éventail de formes de procédure. Sans perdre leur spécialité, les procédures devant les juridictions administratives se rapprochent donc peu à peu de la procédure civile quant à la diversité structurale des types de décisions demandées au juge.

16. À l'élargissement du type de demandes recevables correspond l'élargissement des pouvoirs du juge administratif. Son pouvoir d'injonction à l'adresse de l'administration est de moins en moins limité aux décisions relatives à la direction du déroulement de la procédure (injonctions d'instruction) pour englober les injonctions de fond, c'est-à-dire les ordres de faire ou de ne pas faire, tant au plan des actes juridiques de droit public externes qu'à celui des actes matériels. Cela ne signifie pas que le juge puisse

se substituer à l'Administration dans l'exercice des attributions de celle-ci. Le juge ne répond pas politiquement; il n'exécute pas les politiques administratives; il n'apprécie pas des ensembles de situations identiques à la lumière du principe de l'égalité, puisqu'il ne dispose pas d'initiative; il ne peut pas usurper la réserve partielle d'appréciation que le législateur confère à l'Administration par le biais des compétences discrétionnaires. Mais le juge ne sort pas du champ de la fonction juridictionnelle de l'État quand il ordonne à l'Administration d'exercer ses compétences liées de la manière qui découle de la propre loi ou quand il prescrit qu'une décision qui doit être prise le soit dans un certain délai moyennant l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. Et le respect des compétences administratives par le juge n'est pas considéré dans tous les systèmes nationaux comme impliquant toujours l'acte préalable: si la décision administrative aurait dû être prise et ne l'a pas été, si le conflit naît d'une relation juridique administrative qui n'entraîne pas pour l'heure le devoir de pratiquer un acte administratif ou quand il ne s'agit pas de discuter la conformation de la relation par un acte administratif, le juge doit pouvoir décider sans avoir à le faire par l'intermédiaire de l'appréciation d'un acte déjà pratiqué.

En somme, sans préjudice du maintien du dualisme entre procédures communes et procédures du Droit procédural administratif — du aux différentes formes de réguler le déroulement des procédures et à la spécificité de certaines demandes présentées au juge administratif — la tendance évolutive est à l'établissement d'une équivalence de fond entre les types structuraux de l'action dans les domaines du Droit Public et du Droit privé. En prenant bien sûr toutes les précautions nécessaires pour éviter que le juge ne se transforme en un supérieur hiérarchique de l'administration, c'est-à-dire au dernier échelon de l'administration active, le juge administratif tend à recevoir les pouvoirs constitutifs, condamnatoires et déclaratoires qui, *grosso modo*, forment l'arsenal du juge civil.

17. L'atténuation du dualisme, au sein de la procédure propre à la justice administrative, entre contentieux d'annulation et contentieux de pleine juridiction s'opère dans le cadre du maintien d'un autre dualisme relatif à la différence déjà citée entre formes de procédure commune et de procédure contentieuse administrative. Ce dualisme concerne aussi l'Administration en tant que litigante, puisque le juge de droit civile règle les litiges relatifs aux actes de droit privé de l'Administration.

Là aussi, les situations, qui diffèrent d'un droit national à l'autre, ne semblent pas immuables. Même dans les domaines classiques des contrats et de la responsabilité civile, les frontières par lesquelles chaque système délimite le public et le privé sont dissemblables. Mais, malgré cela, une interrogation commune subsiste: le système ne serait-il pas simplifié par l'attribution en bloc de ces matières à une juridiction ou à l'autre?

La question n'est pas si simple puisque, même quand les Constitutions le permettent — ce qui n'est pas toujours le cas — le transfert en bloc de litiges sur des relations de droit public à une juridiction commune ou civile, ou vice-versa, correspondrait à une entorse dans la philosophie du système. Celui-ci repose aujourd'hui sur l'idée selon laquelle la dualité de juridictions est justifiée par la nécessité de spécialiser les juges des causes juridico-administratives.

De toute façon, la nécessité de qualifier les contrats ou les situations génératrices de responsabilité afin de déterminer la juridiction compétente correspond de nos jours, où la mutation est constante dans les domaines du Droit administratif et du Droit privé, à une tâche utile, voire indispensable, pour laquelle le juge est le décideur le mieux placé: la tâche de dire à chaque instant, à propos de la zone grise entre les deux grands secteurs de l'ordre juridique, quelles sont les situations où l'Administration doit intervenir dans le cadre de son droit statutaire et quelles sont les situations où il n'existe pas de raisons valables pour la considérer soustraite au Droit qui régit les relations entre particuliers.

IV. MONISME(S) OU DUALISME(S): QUEL DROIT?

18. La dualité de juridictions qui caractérise les systèmes dits dualistes et la dualité de procédures que l'on retrouve même au sein des systèmes dits monistes possède, de nos jours, une raison d'être commune: la vérification dans ces deux systèmes d'une dichotomie entre un Droit administratif matériel ou substantif, partie significative du Droit public, et un Droit privé. Bien que l'Administration publique puisse être sujet de relations juridiques de droit privé, ce ne sont pas celles-ci mais celles régies par le Droit public qui exigent des formes spécifiques de procédure pour résoudre les litiges qui en résultent. Et, quand il y a spécialisation des ordres de juridiction ou, pour le moins, de cours ou de chambres au sein d'un ordre juridictionnel unitaire, c'est la nécessité de soumettre ces litiges à des juges particulièrement versés dans le Droit public et grands connaisseurs des problèmes de l'administration qui justifie ces solutions à caractère organique.

Le Droit administratif substantif qui doit régir la situation controversée fonctionne en effet comme critère de détermination de l'ordre juridictionnel compétent dans les systèmes dits dualistes et de détermination de la procédure applicable dans les systèmes dits monistes sur le plan organique, mais qui sont en réalité, eux aussi, dualistes sur le plan procédural.

19. Comme critère de définition de compétences juridictionnelles et de détermination des procédures appropriées, le Droit administratif n'est pas un critère facile.

D'une part, nombre de relations juridiques entre l'Administration et les particuliers sont régies en même temps par des normes de droit public et de droit privé. D'autre part, l'établissement, dans beaucoup de pays, de codes ou lois de procédure non contentieuse générale fait que la conduite de préparation de la conclusion d'un acte juridique de droit privé soit elle-même régie par des règles de droit administratif. Et de ces codes ou lois ou des Constitutions elles-mêmes ressortent des principes généraux de la conduite administrative, comme les principes de l'égalité, de la proportionnalité, de la protection de la confiance, entre autres, qui incident aussi sur l'Administration en ce qui concerne sa gestion privée.

Par ailleurs, on assiste aujourd'hui au passage d'une administration de service public ou administration de prestation à une nouvelle phase que certains appellent l'administration de coopération ou administration infrastructurelle, davantage tournée vers une

tâche de garantie publique des présupposés nécessaires au succès des initiatives issues de la société civile, avec en parallèle la réduction de l'ampleur des initiatives étatiques. Cette évolution du rôle de l'administration se répercute à plusieurs titres et d'une manière pas toujours linéaire dans la dimension même du Droit administratif. Quand l'État privatise certains services publics ou certaines activités entrepreneuriales publiques, il y a des aspects de son intervention qui cessent d'être régis par le Droit public, à tel point que l'on peut même assister à l'extinction de réalités institutionnelles ancrées sur le Droit administratif. En revanche, il est possible que surviennent de nouvelles entités régulatrices et de nouveaux types de relations juridiques administratives découlant de leur activité. D'ailleurs, les privatisations elles-mêmes peuvent donner lieu à de complexes procédures administratives non contentieuses.

Face à l'évolution permanente des frontières du Droit administratif et à la difficulté, ressentie dans les zones grises, de situer dans son cadre ou dans celui du Droit privé certaines situations juridiques concrètes, il est parfois tentant d'administrativiser, sur le plan juridique, toutes les situations dont l'Administration est le sujet. Rebollo Puig a brillamment soutenu, dans son rapport général, une thèse de monisme de droit public substantif, c'est-à-dire une vision de l'Administration soumise toujours et pour tout type d'activité à ses propres normes spécifiques, panorama auquel correspondrait, sur le plan juridictionnel, une juridiction unique pour l'Administration. Il s'agit cependant d'une vision *de iure condendo* à laquelle ne semble pas se coller la réalité des systèmes contemporains et dont la concrétisation exigerait une dose accentuée de volontarisme transformateur de la part du législateur. A cette position s'en opposent d'autres qui souhaiteraient voir l'Administration de plus en plus soumise au Droit privé, vu comme le droit commun également à son égard.

Il nous semble cependant qu'il s'agit d'un type de problème vis-à-vis duquel les grandes théories manquent d'opérativité. Il appartiendra plutôt en général aux tribunaux et, quand ils existent, en particulier aux tribunaux des conflits de procéder à une appréciation casuistique, en délimitant avec mobilité, à la lumière des besoins et des conceptions dominantes, la frontière toujours changeante du Droit administratif.

20. En somme, nous nous trouvons aujourd'hui, dans les pays appartenant à l'Union Européenne, à un stade caractérisé en premier lieu par l'existence généralisée de mécanismes de contrôle juridictionnel de l'Administration. Sous des profils plus subjectivistes ou plus objectivistes, ils exercent tous une fonction de garantie des droits individuels vis-à-vis du Pouvoir exécutif et ils servent aussi à contraindre l'Administration publique à se conformer aux principes fondamentaux et généraux et au bloc de légalité. La séparation entre systèmes à juridiction unique ou à juridiction dualiste ou pluraliste cache, dans son apparente simplicité, une réalité assez complexe en raison de la multiplicité de variantes intermédiaires. D'une manière générale, nous nous trouvons, dans les deux systèmes, face à des institutions juridictionnelles qui sont le fruit de longues évolutions historiques qui leur ont imprimé des identités spécifiques représentant dans leur diversité des valeurs à conserver.

Durant le débat sur «monisme ou dualisme?», Martin Retortillo a lancé, à un certain moment, une interrogation: d'ou venons-nous? Où allons-nous? La réponse suivante pourrait fort bien constituer une synthèse acceptable de nos travaux: d'où nous venons,

l'histoire de nos institutions de justice administrative nous le dit et, même si elle n'est pas uniforme, elle reflète des lignes de convergence influencées par des valeurs communes. Où nous allons, cela dépendra d'une multitude de facteurs. La doctrine juridique sera l'un de ces facteurs de construction de l'avenir. Mais elle ne sera pas le facteur le plus important. Les «faiseurs de systèmes» ne renonceront jamais à bâtir leurs théories explicatives destinées à réduire la complexité. Mais la modestie les aidera à garder le sens des proportions en ce qui concerne leur capacité de tout pondérer et de tout prévoir.