

Droit public, droit privé. Rien de plus familier au juriste que cette distinction souvent parcourue et qui s'exprime même, pour chacun, en termes de rattachement professionnel ou d'exercice. Il est non moins traditionnel de convoquer ici Ulpian qui, le premier dit-on (1), pose la distinction du droit public et du droit privé. On sait la formule, reprise au Digeste de Justinien (2) et qui pourrait être librement traduite ainsi : « dans cette étude, il y a deux aspects, ce qui relève de la chose publique et ce qui relève du privé. Ce qui relève de la chose publique est ce qui regarde les affaires de Rome ; ce qui appartient au privé est ce qui relève de l'utilité privée. Il y a en effet ce qui est d'utilité publique et ce qui est d'utilité privée ».

Pourtant, cette distinction qui paraît aujourd'hui si naturelle et relever de l'évidence n'est pas d'origine ; et, telle que faite par Ulpian, elle n'est pas non plus exactement celle qu'a construite en France et en droit français notre histoire politique et institutionnelle des trois derniers siècles.

Réglons rapidement le premier point. La distinction du droit public et du droit privé n'est pas d'origine ; elle n'apparaît pas avec le droit. C'est dans les vieux codes d'Ur-Nammu, de Lipiti-Ishtar ou d'Hammourabi que le droit occidental est né ; et il est né droit pénal, dicté par la volonté de respect des dieux et d'ordre dans la Cité, mêlé de vengeance organisée et de réparation privée. Il est né - pour reprendre la parole de Cardascia - de la coutume et des usages, « cet océan juridique duquel émergent, relativement tardives et sporadiques, les lois » (3) . Aujourd'hui encore le droit pénal, s'il relève de l'office du juge judiciaire et permet dans le système juridique français la conjonction des actions civile et pénale, est volontiers considéré comme relevant du droit public tandis que les enseignements correspondants sont confiés à des maîtres de droit privé ; on sait que ces partages académiques des rôles ont leur part, souvent déterminante, dans la distinction du droit public et du droit privé.

La distinction du droit public et du droit privé est donc un construit de l'ethnologie juridique et elle ne s'est pas toujours ni partout établie de la même façon. Sans doute procède-t-elle uniformément, pour le dire à gros traits, du constat que les intérêts de la Cité, ceux de l'État, se distinguent de ceux des personnes privées, encore que l'on passe des uns aux autres sans rupture, par une sorte de continuum et avec des emprunts réciproques qui ne sont pas que de vocabulaire. Sur cette trame grossière, chaque époque, chaque pays a mis sa marque ; et tout spécialement en France.

En effet, l'existence d'un droit public distinct du droit privé, entendu comme une collection de règles spécifiques applicables à l'administration, comme un droit spécial, est une donnée universelle, présente dans tous les systèmes juridiques, y compris ceux de common law. L'action de l'État, l'action des administrations publiques, ne se conçoit pas aujourd'hui dans nos démocraties libérales sans un encadrement par le droit ni sans l'application de règles de droit qui - au moins pour une part - ne peuvent pas être celles qui régissent les rapports des personnes privées entre elles. Là est le droit public, comme une donnée universelle, avec simplement des aspects de frontière, de délimitation qui peuvent varier d'un pays à l'autre.

Mais - et c'est là que le droit français se distingue - une collection de dérogations ne fait pas un système de droit et le droit administratif français n'est pas réductible à semblable collection. Il

prétend à l'autonomie en tant que corps de droit, non seulement distinct de celui des personnes privées, mais encore doté de son propre système de sources, d'où émanent des règles s'ordonnant les unes par rapport aux autres, applicables, à l'exclusion de toute autre, à une partie au moins de l'action administrative et sanctionnées en dehors du pouvoir judiciaire par des mécanismes de contrôle interne qui ne s'élèveront que progressivement au statut de juridiction. Il est - avant que le terme existât - un système d'autorégulation de l'État et des administrations publiques, un système foncièrement corporatif étendu aux dimensions de l'État, un système étranger à la régulation externe par le juge.

C'est qu'en effet la distinction du droit public et du droit privé, qui chemine à travers le droit médiéval puis dans le droit de la monarchie moderne, prend en France, à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, une signification politique nouvelle, qui sera elle-même systématisée par la Révolution puis le Premier Empire (4). Apparaît alors, autour de la juridiction de l'intendant et du conseil du roi puis du conseil d'État, un contentieux administratif soustrait aux parlements - cours souveraines du Royaume sous l'ancien régime - et un corps de règles de droit substantiel distinctes et souvent différentes de celles qui valent pour les rapports de particulier à particulier.

Le droit public est né de sa soustraction à la juridiction des parlements de l'ancien droit et s'est doté d'un système d'autorégulation extérieur aux tribunaux ; c'est l'adage « juger l'administration c'est encore administrer ». Les codifications napoléoniennes des différentes branches du droit privé renforceront cette autonomie. Et le conseil d'Etat, dès lors que doté de fonctions juridictionnelles confirmées par la loi du 24 mai 1872, affirmera, dans la continuité, l'autonomie du droit administratif et la non- applicabilité de plein droit du droit privé à la matière administrative. Cette évolution a trouvé récemment son aboutissement dans la décision par laquelle le conseil constitutionnel a reconnu « au Conseil d'État et à la cour de cassation [le caractère de] juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridictions reconnus par la Constitution » (Déc. n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009).

La distinction du droit public et du droit privé est donc en droit français, au moins pour une part, un construit historique et politique. L'existence d'un droit public distinct ne procède pas seulement de cette considération de fond - et universelle - que, pour reprendre la citation souvent faite de Montesquieu, « il est ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers par les mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers d'un droit pour une gouttière, pour me servir de l'expression de Cicéron » (5).

La dualité droit public droit privé tient ainsi au fait proprement politique que la France monarchique - et les régimes ultérieurs ont recueilli l'héritage - a choisi de se doter de ses propres règles, soustraites à la législation civile, et d'assurer leur sanction à l'intérieur de l'administration, hors les tribunaux ordinaires, même si cette autorégulation interne de l'administration a adopté de plus en plus les formes juridictionnelles.

\*\*\*

Que devient aujourd'hui cette construction politique originale d'un dualisme juridique ? Elle est le lieu d'une forme de paradoxe.

D'un côté, le champ du droit public se trouve élargi au rythme de la construction européenne et spécialement dans le domaine économique, parce qu'il est le principal vecteur d'introduction de celle-ci dans le droit interne ; au même moment, le système administratif se trouve promu au niveau constitutionnel au travers le conseil d'Etat qui en est le centre de gravité. Mais d'un autre côté - et là encore largement par l'effet du droit de l'Union européenne et de celui la convention européenne des droits de l'homme -, les solutions de fond du droit privé et celles du droit public sont amenées à se rapprocher, à converger, l'exorbitance étant désormais sinon interdite du moins mesurée aux secondes. S'établissent alors entre le droit public et le droit privé des rapports de complémentarité, de collaboration, d'influences croisées dont on verra quelques exemples sectoriels dans les documents ici reproduits.

Distinction et collaboration, telles sont les têtes de chapitres sous lesquelles sont regroupés les documents et articles ci-après reproduits ; tout ceci procédant au demeurant d'une sélection nécessairement réductrice eu égard à l'ampleur du thème abordé.

Distinction, car celle du droit public et du droit privé, parfois contestée, toujours revisitée, demeure avec les caractéristiques propres que lui a conférées l'histoire politique et institutionnelle française. Ce sont les origines de cette distinction qui en déterminent le critère, les caractères et la nature.

Mais aussi, et de plus en plus, collaboration. Collaboration, parce droit privé et droit public s'inscrivent dans des rapports de comparaison, d'influence, d'enrichissement réciproque ou plus encore dans des rapports de coopération pour la détermination des situations subjectives ou l'organisation des rapports sociaux.

Reflet de la nature des choses, apport de l'histoire nationale, la coexistence, généralement harmonieuse, du droit public et du droit privé constitue sans doute une des richesses du droit français, dont différents systèmes juridiques étrangers ont d'ailleurs su s'inspirer.

(1) En réalité, il existait déjà à Athènes une distinction des actions de droit public et de droit privé, « les premières visant défendre les règles d'organisation de la Cité, les autres englobant la répression pénale et les intérêts privés », L.-A. Barrière, « Une approche historique de la summa divisio droit public droit privé », in *De l'intérêt de la summa divisio droit public droit privé*, Dalloz, 2010, p. 7 et les références. De même, Cicéron et les rhéteurs de la fin de la République présentent volontiers le droit en système, et proposent toute une série de classifications des éléments de l'ordre juridique, avec une hiérarchie entre « genre » et « espèce » (v. J. Gaudemet, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *Arch. Phil. du droit* 1986, p. 11 et s.

(2) « Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum est quod ad statu rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem : sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim ». Plus du tiers des textes du Digeste de Justinien sont repris d'Ulpien.

(3) G. Cardascia, « Splendeurs et misères de l'assyriologie juridique », reproduit in *Hommage à Guillaume Cardascia, Méditerranées*, n° 3, cité par J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Montchrestien, 4ème éd., 2006, p. 28.

(4) Georges Chevier a montré, dans un article de référence, que la distinction du droit public et du droit privé, rituellement reprise du droit romain mais un peu effacée dans ses effets pratiques durant le Moyen-Age, n'acquiert qu'à l'époque moderne l'importance cardinale et la fonction structurante qu'elle a aujourd'hui : « le diptique jus privatum jus publicum ne deviendra classique qu'à une époque récente, c'est-à-dire aux environs du milieu du XVIIe siècle », « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du jus privatum et du jus publicum dans les œuvres des anciens juristes français », *Arch. Phil. du droit* 1952, p. 49.

(5) *De l'esprit des lois*, Partie V, Livre XXVI, chap. XVI, Éd. Les belles lettres, t. 3, p. 317.