Noter l'influence du droit public sur le droit privé est devenu, depuis longtemps, un lieu commun. La formule pourrait signifier, simplement, que les principes du premier ont toujours dominé l'élaboration du second, qu'ils figurent, en somme, parmi ses données constantes. Mais la doctrine y voit, beaucoup plus volontiers, l'une des caractéristiques d'une évolution contemporaine. Du droit privé au droit public, il n'y a pas subordination de nature, d'un caractère permanent. La formule signifie que, par un phénomène nouveau, le droit privé d'aujourd'hui se publicise (1). Ou, pour parler comme le doyen Morin, le code expression du droit privé classique, après avoir subi la révolte des faits, subit, maintenant, la révolte du droit (2). C'est une première remarque, dont il y aura lieu, tout à l'heure, de tenir un compte sérieux.

D'accord pour considérer cette évolution comme acquise, les publicistes s'en réjouissent, tandis que les privatistes s'y résignent. Cet accord ne laisse pas d'être, par certains côtés, quelque peu surprenant, car il y manque ce premier élément d'une entente, qui eût consisté à s'accorder sur les mots, à dire : ce qu'est le droit public et ce qu'est le droit privé. Or, sans une définition préalable des termes, il est bien difficile de vérifier si telle transformation du droit privé, (alors même qu'elle est certaine en fait), révèle bien une influence du droit public, s'analyse vraiment en une publicisation. La tentation est forte de qualifier air si tout changement. La publicisation, en effet, est facilement présentée comme un progrès. Elle introduit, dans le droit, plus de préoccupations sociales, en lutte contre l'égoïsme des individus que favorisait l'absolutisme classique de leurs droits subjectifs. Si elle traduit la primauté de l'intérêt général, imposant raison aux intérêts particuliers, qui oserait s'en déclarer l'adversaire ? Ainsi naissent les mythes ; ainsi se développent-ils dans cette ambiance qui a toujours été favorable à leur succès : l'ambiance créée par une certaine imprécision des termes (3).

Certes, cette imprécision n'est pas telle que la doctrine, en affirmant l'influence du droit public sur le droit privé et en la disant nouvelle, ne parte pas d'une définition, au moins implicite, des deux termes. Mais elle part de la plus simple (fruit d'une analyse assez sommaire et assez extérieure) qui les oppose par leur objet : le droit public régit l'organisation de l'Etat et ses rapports avec les particuliers ; le droit privé régit les rapports des particuliers entre eux (4). En même temps, la séparation absolue des deux branches, à l'époque des codifications, est posée comme axiome. L'Etat n'intervient pas dans les rapports de droit privé. Ceux-ci sont donc abandonnés, en tout point, au jeu des libertés individuelles. L'influence, progressivement affirmée, du droit public se traduit donc par une restriction de cette liberté. De la liberté à la contrainte ou, tout au moins, de la liberté illimitée à la moindre liberté : tel paraît être le thème général de l'évolution. Cette formule, encore qu'elle ne corresponde pas aux termes mêmes de l'auteur, m'est suggérée par la récente et brillante synthèse de M. Savatier : « Du droit civil au droit public » (5).

Et, sans doute, aperçoit-on, aussitôt, qu'il y a là bien des postulats. Et, pour le moins, celui-ci : que le droit privé est, normalement, un droit d'autonomie, le droit public, normalement, un droit impératif. C'est à ce prix seulement, que l'évolution du premier vers un type impératif peut être attribuée à l'influence du second.

Mais, pour un simple exposé de l'opinion dominante, de l'influence généralement reconnue au droit public, - exposé qui doit être notre première tâche -, ces postulats peuvent être provisoirement acceptés sans examen. Même s'ils étaient inexacts, en effet, l'opinion dominante

conserverait, au moins, une part de vérité ; elle le conserverait dans sa partie descriptive, en tant qu'elle relate des transformations du droit privé, dont beaucoup sont des certitudes de fait. Il est indéniablement vrai, par exemple, que notre propriété, que notre régime des contrats, ne sont plus la propriété et le régime contractuel du Code.

Si l'opinion dominante est discutable, - je ne dis pas inexacte - ce n'est pas en tant qu'elle décrit ces transformations ; c'est en tant qu'elle les rattache à une influence du droit public et qu'elle voit, là, une innovation. Peut-être ces transformations sont-elles dues, en réalité, à d'autres causes : ce qui serait la négation directe de la thèse habituellement reçue. Peut-être, aussi, le droit privé de la codification était-il, déjà, sous la dépendance du droit public, et les principes de celui-ci se sont-ils simplement transformés entraînant celui-là dans leur sillage : leur influence resterait alors une vérité, mais sans être une nouveauté.

C'est seulement pour résoudre ces questions qu'il deviendra nécessaire de juger les définitions et critères qui sont à la base de l'opinion courante, et dont la valeur aura été, jusque-là, réservée.

Ainsi, la première partie de nos développements sera d'ordre descriptif :

Exposé descriptif : des transformations du droit privé, généralement attribuées à l'influence du droit public.

La seconde sera d'ordre critique et consistera à se demander si les transformations, d'abord décrites, ont bien la cause que l'on dit :

Examen critique : de l'influence, généralement attribuée au droit public, sur les transformations du droit privé.

&nb sp;

I. L'exposé descriptif, c'est l'orchestration de ce thème : " De la liberté illimitée à la moindre liberté". Et l'apport le plus caractéristique, de la pénétrante étude de M. Savatier, est l'indication de la double méthode, par où se réalise cet enveloppement du droit privé par le droit public (6).

Contrairement à la mystique individualiste, que nos codes avaient héritée de la tradition révolutionnaire, on voit, d'abord, réapparître des groupes « formant écran entre l'individu et l'Etat » (sociétés, associations, syndicats), groupes auxquels l'individu doit sacrifier, dans l'intérêt commun, une part de sa liberté.

Celle-ci est, d'autre part, limitée par une contrainte plus directe. Le titulaire d'un droit ne peut plus l'exercer au gré de sa fantaisie, mais seulement en conformité à une certaine conception de l'intérêt général : le droit devient service public.

Ces deux traits se retrouvent-ils dans tout le droit privé d'aujourd'hui ?

La subtilité est grande, à tenter d'abord la démonstration dans le droit de la famille. Sans doute la législation récente contient-elle, incontestablement, des dispositions de droit public applicable à la famille : les allocations familiales, la prime à la première naissance en constituent des exemples très nets (7). Mais c'est là, un soutien apporté à la famille par l'Etat ou la profession organisée ; ce n'est pas une façon nouvelle de régir les rapports de famille, considérés en soi. Le droit, proprement dit, de la famille, entendu des relations particulières qui se nouent entre ses membres, conserve, lui, les caractères que nos codes lui avaient donnés.

Certes, pour assurer au mariage plus de solidité, on nous a bien enseigné, contre le droit révolutionnaire, qu'il est une institution. Mais l'idée ne s'est pas traduite dans le droit positif.

Doctrinale, aussi, l'idée, plus récente, de considérer la famille comme une personne morale, interposée, suivant le thème général, entre l'individu et l'Etat. Pour séduisante qu'elle soit, et en dépit d'arguments trop ingénieux tirés des lois de 1938 et de 1942, elle reste un désir plus qu'une réalité.

Pour révéler l'influence du droit public, il n'est guère que l'évolution de la puissance paternelle, enserrée par un réseau d'obligations précises, contrôlée par le pouvoir judiciaire grâce aux règles de la déchéance. Ailleurs, la crainte demeure de l'intervention étatique (on sait comme elle est vive pour l'organisation de la tutelle). Ailleurs, surtout, la ligne de l'évolution paraît toute opposée. L'autorité maritale supprimée, le divorce en plein essor, - emportant la timide réaction, d'ailleurs plus spectaculaire qu'efficace, tentée par un régime éphémère, - nous ont conduits à une famille plus libre, sinon plus anarchique.

Dans ce domaine, nous n'avons pas renoncé, selon le mot de M. Ripert, à l'héritage de la Révolution (8). Le double souci de donner aux hommes une liberté plus grande, et d'assurer, entre eux, une égalité plus parfaite, nous l'a fait plutôt fructifier.

Le droit des rapports pécuniaires, que ce soit celui des biens ou des obligations, offre un terrain plus riche d'observations plus sûres.

Les propriétés collectives se développent. Souvent, elles ne sont que des concessions ; et le vocabulaire même nous avertit alors que nous pénétrons dans le droit public. Et, s'il arrive que, dans ce cheminement vers les propriétés collectives, nous éprouvions, par un retour de l'histoire, la crainte de la mainmorte, nous calmons notre inquiétude d'une toute autre façon que jadis : nous

en la supprimant mais en en faisant une mainmorte d'Etat : c'est la nationalisation, dernier terme de la publicisation. Par où nous manifestons (plus ou moins habilement, mais ce n'est pas la question) la volonté d'affecter certaines richesses à un but collectif.

Aussi bien, ce but collectif, l'assignons-nous également à ce qu'il reste de propriété individuelle. Marquant le triomphe des idées de Duguit celle-ci, plus que tout autre droit, devient fonction sociale (9). Que reste-t-il, en effet, de la trilogie absolue de ses prérogatives ?

Ni l'usus, ni surtout le non usus, ne sont plus libres. Permis de construire, interdiction ou obligation de certaines cultures (suivant que règne l'abondance ou la pénurie), en sont les exemples saisissants.

L'abusus ? Si la nécessité d'une autorisation administrative pour aliéner ne fut que règle temporaire, il reste tantôt l'interdiction et tantôt l'obligation de détruire, le remboursement imposé, l'expropriation plus facile et moins équitablement indemnisée : où se retrouveraient, sous un autre jour, les nationalisations.

On sait, enfin, comme est étroitement réglementé le fructus, lorsqu'il est exercé sous la forme du louage des biens. Mais, à vrai dire, le louage est, à peine, question de propriété (10). Il nous conduit, bien plutôt, à l'évolution du contrat.

Celle-ci est plus frappante que toute autre, parce que la liberté, corollaire du dogme d'autonomie de la volonté, était douée, dans ce. domaine, d'une plus absolue souveraineté.

Or, la voici limitée dès les modes de conclusion. La prérédaction, le formalisme renaissant (11), standardisent les contrats, les rapprochant de l'acte administratif, du règlement à portée objective.

S'agit-il du contenu obligatoire du contrat ? Une interprétation forcée impose des obligations, étrangères aux volontés réelles (les exemples sont dans tous les esprits) : technique encore classique, si elle est au service d'un but nouveau. Plus ouvertement, l'extension de l'ordre public limite l'empire des volontés autonomes : en particulier, cette forme nouvelle que M. Ripert a appelée l'ordre économique, où le législateur, ne promulguant plus seulement des défenses, impose une réglementation positive du contrat. Ainsi l'Etat protège-t-il les faibles contre les forts : ainsi, surtout, plie-t-il les activités individuelles à la discipline d'une économie désormais dirigée (12). Du moins, l'adhésion au modèle impératif reste-t-elle, en principe, un acte libre. Un pas de plus et, suivant une description récemment donnée par M. Durand (13), la contrainte étatique consiste, soit à imposer l'obligation même de contracter, soit à créer, d'autorité, une obligation légale, à laquelle son régime, seul, laisse un caractère contractuel..

Pour exprimer ces faits nouveaux, naissent des mots nouveaux. Le contrat évolue vers un statut légal, vers l'institution (14). Et ce ne sont pas. là formules simplement doctrinales, qu'il suffise de

citer la loi du 4 septembre 1943 et l'ordonnance du 17 octobre 1945 qui la remplace : Statut du fermage, disent-elles, et non contrat de bail à ferme (15).

Dans cette institutionnalisation, le contrat puise, selon l'expression de Josserand, un dynamisme accru (16). Le principe de l'effet relatif, traduction d'un individualisme jugé périmé, y perd sa rigueur. Il recule devant la stipulation pour autrui et surtout devant la convention collective : œuvre de ces groupes intermédiaires qui limitent la liberté de l'individu, source réglementaire d'un droit objectif (17).

Dans cette institutionnalisation, le contrat puise, aussi, une souplesse plus grande, une facilité d'adaptation à des circonstances ou à une politique nouvelles : faculté où Hauriou voyait, précisément, l'un des traits caractéristiques de l'institution (18). On sait avec quelle facilité le législateur, à défaut de la jurisprudence, révisait aujourd'hui les contrats en cours. Le précédent du droit administratif est net. La révision y a été admise pour que les services publics ne soient pas arrêtés par les bouleversements économiques : flexibilité du contrat, dit encore Hauriou, en vue de la rigidité du service public (19). Mais alors, si tout contrat contient un élément de service public, en tant qu'il contribue à l'organisation générale de l'économie, il est logique de le soumettre au même régime.

Aussi bien, au sein du droit privé, le droit commercial avait-il donné, aussi, un exemple. La société établit un *modus vivendi* permanent, mais révisable : organisme vivant plus que contrat, selon Thaller (20). Et Georges Renard a pu analyser le titre de l'actionnaire comme étant mi-droit subjectif, mi-statut (21).

A quoi il faut ajouter que des rapports, traditionnellement conçus comme de droit privé, tendent aujourd'hui, par leur allure réglementaire, à être qualifiés soit matières de droit public, soit, par les esprits plus modérés, matières autonomes. On songe au droit du travail, au droit de l'organisation professionnelle, à toutes ces discussions, encore confuses, qui se déroulent autour de la notion d'un droit semi-public (22) .

Au terme de l'évolution, la volonté, jadis souveraine, ne déclenche plus que l'application d'une règle de droit objectif (formule publiciste : on a reconnu, ou à peu près, les termes de Duguit) (23). Doué d'une vie propre, le mécanisme qu'elle met en marche échappe à sa maîtrise ;

et parfois, la mise en marche même n'est pas œuvre volontaire. Naguère fin en soi, le contrat est devenu instrument, arme de la stratégie économique (le mot est de M. Paul Ditrond) (24). Apportant leur pierre à la construction étatique de l'économie, les contractants sont chargés, au moins indirectement, d'un service public : tous, mais particulièrement ceux qui, aujourd'hui, exécutent des ordres de cultures, livrent des impositions obligatoires, procèdent à des distributions réglementées (25). Comme être propriétaire, contracter est devenu fonction sociale.

Le même caractère se dégage, enfin, de l'évolution de la responsabilité. Il y est peut-être moins évident que dans le régime de la propriété ou des contrats ; il y est, en tout cas, plus perceptible que dans le droit de la famille.

La responsabilité fondée sur la faute est, à sa manière, un hommage rendu à la liberté : l'homme est libre d'échapper aux responsabilités, en évitant les fautes.

Déjà, la théorie de l'abus des droits peut marquer un contrôle plus énergique des activités. Si l'on caractérise l'abus par l'intention de nuire, il se ramène à la faute. Mais, si on le définit comme le détournement du droit de sa finalité, la théorie devient l'instrument technique qui fait, de tout droit, une fonction sociale.

Surtout, le développement des responsabilités sans faute aboutit à axer tout le système sur la personne de la victime, au lieu de le laisser centré sur celle de l'auteur. De là, à dire que tout dommage doit être réparé, il n'y a qu'un pas. Mais la responsabilité généralisée mène à l'assurance généralisée. Et celle-ci, qui est une mutualité, quelle qu'en soit la forme juridique, répartit cette charge sur tout le corps social. C'est la socialisation de la responsabilité, dont la jurisprudence administrative avait donné l'exemple, avec le principe de l'égalité répartition des charges publiques (26).

Ainsi s'achève la démonstration, selon laquelle nombre de matières du droit privé se sont transformées, dans le sens d'une liberté diminuée, d'un dirigisme accru. En éliminant presque tout le droit familial, on a évité les inexacitudes d'une systématisation excessive. Le reste peut être considéré comme positivement établi.

Mais la thèse courante ne consiste pas seulement à décrire l'évolution du droit privé. On y soutient que celle-ci s'est produite sous l'influence du droit public. Contrairement au premier, ce second point n'est encore qu'affirmé. En établir — ou en contester — l'exactitude, c'est l'objet de la suite de nos développements : Examen critique, de l'influence généralement attribuée au droit public sur les transformations du droit privé.

[...]

(1) L'auteur a cru devoir ajouter à son rapport un certain nombre de notes qui sont insérées à la suite de celui-ci

NOTES

Il ne saurait être question, sur un sujet aussi général, de donner une bibliographie complète. Du moins est-il nécessaire de signaler les travaux qui ont été particulièrement utilisés dans la rédaction de ce rapport : d'abord pour rendre à chacun le sien, beaucoup des idées exposées, sinon même des formules employées, dans le texte qui précède, étant directement inspirées des

lectures mentionnées ci- dessous ; ensuite parce que l'ampleur de la matière a souvent obligé à procéder par allusions-, sinon par ellipses, et que de nombreux passages appellent, dès lors, un complément, que le lecteur trouvera plus facilement à l'aide de ces références. Qu'il ne s'étonne pas d'y relever des omissions, dont quelques-unes portent, peut-être, sur des études aussi importantes que les œuvres citées. Le choix a été très subjectif. Il a été guidé, essentiellement, par le sentiment d'une communauté de la pensée, — que la divergence des conclusions n'empêche pas toujours d'éprouver.

L'une de ces lacunes, particulièrement grave, s'explique plus simplement. Il m'a été impossible de consulter, avant le congrès, l'ouvrage fondamental de M. Waline : L'individualisme et le droit. Je sais trop combien il aurait pu éclairer ma réflexion, pour ne pas en exprimer le regret. J. F.

(1) V. notamment Savatier, *Du droit civil au droit public*, chapitre préliminaire : le thème général de l'évolution, en particulier p. 9 : « La face du monde juridique en est toute changée ».

(2) On reconnaîtra, ici, le titre des ouvrages classiques de M. Morin.

(3) Un exemple caractéristique de cette imprécision est fourni par les contradictions où la terminologie habituelle a parfois conduit les auteurs. Synthétisant l'évolution du droit des contrats, Josserand l'a qualifiée : Essor du concept contractuel, et a vigoureusement combattu les formules des publicistes, selon qui le contrat s'effacerait devant l'institution (Recueil Gény, t. 2, p. 333 et s-, notamment p. 337). Mais, décrivant, plus tard, le même phénomène, il l'a appelé : Publicisation du contrat (Recueil Lambert, t. 3, § 145). L'exemple n'est pas donné pour ironiser, mais pour avertir d'un danger : qu'un esprit aussi averti soit tombé dans cette confusion montre assez le péril d'être pris par les mots.

(4) Ce sont les définitions qui paraissent remonter à Domat : Y. Savatier, *op. cit.*, p. 3-4. Elles restent, actuellement, les définitions courantes : Savatier, *Droit privé et droit public*, *Chronique*, D. 1946.25, et les références, notamment à Duguit. — Sur leur caractère imprécis, V. notamment: J. Donnedieu de Vabres, note, D. C. 1944, J. 54.

(5) Savatier, *Du droit civil au droit public*, chapitre préliminaire, en particulier p. 11 : « d'une liberté individuelle illimitée dans l'orbite du droit public ».

(6) *Op. cit.*, p. 12.

(7) V. notamment, Savatier, *op. cit.*, p. 25 et s. ; *Droit privé et droit public*, *chronique précitée*, p. 26.

(8) *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, chapitre II, p. 69 et s.

(9) Duguit, *Les transformations du droit privé*, 6e conférence, p. 147 et s.

(10) Sur toute cette évolution du droit de propriété, V. notamment : Savatier, *Du droit civil au droit public*, p. 34 et s., dont j'ai résumé les développements.

(11) Mœneclaey, *De la renaissance du formalisme...*, thèse Lille, 1914; Sallé de la Marnière, *L'évolution technique du contrat...* thèse Paris, 1930.

(12) Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, Recueil Gény, t. 2, p. 347 et s. ; Durand, *Une orientation nouvelle du droit du travail : l'ordre économique et le droit du travail*, *Chronique*, D. C. 1941.29.

(13) La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel. Rev. trim. droit civil, 1944. p. 73 et s.

(14) V. les différentes études sur le contrat, publiées au Recueil Gény, t. 2, p. 333 et s., en particulier E. H. Perreau, Une évolution vers un statut légal des contrats, p. 354 et s. — Comp. la distinction « publiciste » entre le droit subjectif et le statut, par exemple chez G. Renard, dans ses Notions très sommaires de droit public, chapitres XV et XVI et dans sa Théorie de l'institution.

(15) V. la chronique de M. Ripert, D. 1946.1 : Le statut du fermage-, du droit contractuel au droit de l'entreprise.

(16) La publicisation du contrat, Recueil Lambert, t. 3, § 145, n° 13 et s.

(17) Savatier, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, Rev. trim. droit civil, 1934, p. 525 et s. — Sur la convention collective, Durand, Le dualisme de la convention collective de travail, ibid., 1939, p. 353 et s.

(18) V. (entre autres références) Hauriou, Principes de droit public, p. 204- 212.

(19) Note S. 1916.3.17, § 1, sous Cons. d'Et., 30 mars 1916, Gaz. de Bordeaux.

(20) L'idée d'organisme domine tous les développements de Thaller, dans sa célèbre note, D. P. 1893.1.105, sur les modifications aux statuts des sociétés anonymes. — Comp. Traité élémentaire de droit commercial, 7e éd., n° 274, 294..

(21) Renard, L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé, Recueil Gény, t. 3, p. 77 et s. (78).

(22) V. notamment : Durand, Le particularisme du droit du travail, Droit social, 1945, p. 298 et s. ; Duverger, Essai sur l'autorisation du droit professionnel, ibid., 1944, p. 276, 1945, p. 20. — En jurisprudence, on songera surtout aux difficultés qu'a soulevées la détermination de la nature juridique des comités d'organisation et autres organismes professionnels (Cons. d'Et., 31 juill. 1942, Monpeurt, D. C. 1942.J.138, conclusions Ségalat, note signée P. C. ; 2 avr. 1943, Bouguen, D. C. 1944.J.52, conclusions Lagrange, note J. Donnedieu de Vabres). La notion d'un droit semi-public, — sans la formule— paraît avoir été soutenue principalement par M. Ségalat (conclusions précitées. — Comp. J. Donnedieu de Vabres, note précitée). Pour sa critique, V. notamment Duverger, op. cit., § 1, B, Droit social, 1944, p. 278. Les éléments de la controverse sont bien synthétisés par Waline, Trois points de vue sur l'arrêt Monpeurt, Collection Droit social, XVIII, p. 23 et s., et les références. — On comparera, sur les sociétés professionnelles (Loi 17 novembre 1943) : Ripert, Deux types nouveaux de sociétés commerciales, Chronique, D. C. 1944.5.

(23) V. l'ensemble de sa théorie de l'acte juridique, in Traité de droit constitutionnel, 3e éd., 1.1, p. 316 et s. (en particulier : sa théorie de l'acte-condition, § 31, p. 325 et s., 328 et, sur le rôle limité « de la conception, de l'intelligence », dans de tels actes, § 32, p. 333-34 ; sa théorie de l'union, § 40, p. 409 et s. ; et d'un point de vue plus général, sur le rôle de la volonté, § 34, p. 346 et s., § 41, p. 433 et s.).

(24) Durand, chronique précitée, D. C. 1941.29 : Une orientation nouvelle du droit du travail ; l'ordre économique et le droit du travail, étude où est mis en valeur, de façon particulièrement nette, le rôle du contrat comme instrument de l'économie dirigée.

(25) Durand, op. cit., et : Les fonctions publiques de l'entreprise privée, Droit social, 1945, p. 246 et s.

(26) Je n'ai fait, ici, que résumer — à grands traits — les développements de M. Savatier : Du droit civil au droit public, deuxième partie, p. 81 et s., en particulier, chapitre V, p. 132 et s.

(développements qui sont, eux- mêmes, la synthèse de ses études antérieures sur la responsabilité).