

La distinction du droit public et du droit privé, telle qu'on la conçoit en France, est la simple observation d'un fait : celui que l'Etat est intéressé dans certains rapports de droit (litigieux ou non), tandis que d'autres rapports existent entre de simples particuliers. Dans quelle mesure cette observation, qui n'est pas sujette à contestation, justifie-t-elle une réglementation différente des deux catégories de rapports, et dans quelle mesure cette réglementation est-elle en fait différente? Ce sont là deux questions nouvelles, qui n'affectent pas le principe même de la distinction. De la réponse donnée à ces questions dépend cependant, dans une large mesure, l'intérêt théorique (première question) et pratique (deuxième question) de la distinction. Aussi comprend-on que la distinction du droit public et du droit privé n'ait été envisagée qu'en fonction de ces intérêts. Mais de là provient, à notre sens, toute la confusion qui s'est introduite dans la matière : confusion d'autant plus grande que les auteurs se sont placés tantôt au point de vue du droit idéal (première question) et tantôt au point de vue du droit positif (deuxième question), sans bien préciser toujours leur point de vue. Les critiques qu'ils s'adressent les uns aux autres tiennent en général à cette confusion, ou proviennent de ce que l'on n'a pas apprécié le point de vue, différent du sien, auquel un autre s'est placé.

Prenons tout d'abord ici, pour avoir une base sûre, la deuxième question : dans quelle mesure la distinction du droit public et du droit privé a-t-elle eu, et a-t-elle de nos jours une importance pratique dans le droit français ?

L'importance pratique de la distinction a été, de tous temps, considérable. Pendant longtemps, on peut le dire, il a existé seulement un droit privé, le droit public étant informe et méritant à peine l'appellation de droit. C'était là, Schulz l'a montré (1), la situation dans le droit romain. L'œuvre des jurisconsultes de l'époque classique, le Digeste même n'ont trait qu'au droit privé de Rome ; aucun ouvrage n'existe à Rome sur le droit public, envisagé dans son ensemble ou dans ses différentes branches particulières. Les juristes en connaissent l'existence, mais ils ne le considèrent pas comme du droit : par prudence, aussi bien que par principe, ils s'abstiennent de le commenter. La matière regarde le gouvernement, l'administration, plus que le droit; on a assez fait en pressentant les germes d'une évolution future lorsque, avec Ulpian, on a entrevu que le droit pourrait un jour se développer dans un nouveau domaine, et qu'au droit actuel, constitué par le droit privé, on a dans une définition sans grande portée opposé le droit public. C'est dans un esprit analogue qu'on donne, à la même époque, des définitions du droit naturel, dans l'espoir, là aussi, qu'il devienne un jour du droit positif.

La situation est la même dans l'ancienne France. L'expression même de droit public a sombré pendant des siècles ; elle n'apparaît pas avant le quatorzième siècle. Lorsqu'elle est employée à nouveau, elle couvre ce que nous appelons aujourd'hui la science politique, plutôt qu'elle ne s'applique à des règles de droit proprement dites. La confusion continuera jusqu'à la Révolution française. Jusque-là le droit demeure le droit privé, que l'on envisage droit romain ou coutumes françaises. Le droit canon offre peut-être une exception; mais les prescriptions de ce droit qu'on étudie concernent la manière dont l'Eglise est organisée, sa structure : questions d'administration et de gouvernement ici encore plutôt que règles de droit. Les rudiments d'un droit public apparaissent plutôt dans le droit international public ou dans le droit concordataire, qui envisagent des rapports entre égaux, que dans le droit constitutionnel ou le droit administratif, rubriques qui n'apparaissent encore ni dans les livres ni dans les programmes des Universités. On invoque sans doute les « lois fondamentales du Royaume » ou les principes du droit naturel à

l'appui de certaines revendications; on s'efforce par ailleurs de régulariser le fonctionnement de l'administration; les « légistes » apparaissent, qui s'efforcent de construire un droit public à l'image du droit privé. Mais, aussi bien dans l'organisation interne que dans l'organisation internationale, le caractère proprement juridique des règles ou pratiques que suivent ou sont supposés suivre administration et gouvernement demeurent discutables. Les Parlements se heurtent à une vive opposition lorsqu'ils prétendent les considérer de la sorte, et juger « en droit » l'action des intendants et autres fonctionnaires. Le pouvoir royal considère qu'il s'agit là d'une ingérence inadmissible dans la sphère de l'administration, qui est et qui doit demeurer distincte de celle du droit et de la justice. Le « règne du droit » est loin d'être assuré dans cette sphère ; l'existence d'un « droit public » véritable reste douteuse pendant tout l'Ancien Régime.

La Révolution n'a pas entendu modifier le principe de base qui était admis sous l'Ancien Régime, touchant la distinction de l'administration et de la justice. Bien au contraire une loi de l'époque révolutionnaire, la loi des 16-24 août 1790, proclame nettement en législation pour la première fois ce principe, interdisant aux juges de se mêler d'administration et de juger les litiges dans lesquels l'administration est impliquée. Ce texte est le texte fondamental qui domine aujourd'hui encore la structure du droit français, bien qu'il n'ait jamais été élevé au rang de principe constitutionnel. Désormais les choses sont claires. Un droit public pourra se développer; l'administration, purifiée par la Révolution et réorganisée par l'Empire, sera soumise à des principes juridiques, l'arbitraire en sera écarté et des contrôles juridictionnels seront exercés sur son activité. Mais tout ceci se produira en dehors des tribunaux judiciaires : c'est le principe proclamé par la loi de 1790. Les principes appliqués pour diriger et contrôler l'action des administrateurs seront des principes appropriés aux nécessités propres de l'administration; ce ne seront pas purement et simplement, comme il était à craindre avec le contrôle des tribunaux ordinaires, les principes du droit privé, qui sont mal adaptés à ces nécessités : ce second principe n'est formulé nettement par aucun texte, mais il apparaît en quelque sorte comme une conséquence du premier (2) ; l'indépendance de l'administration par rapport à la justice du droit privé n'aurait aucun sens si l'administration était soumise purement et simplement aux règles du droit privé. Le code civil ne le précise pas, mais dès le début on a considéré qu'il était fait pour dicter les solutions du droit français en ce qui concerne les rapports entre particuliers ; il n'est pas applicable aux rapports dans lesquels gouvernement ou administration sont intéressés.

Dans les années qui suivent la loi de base de 1790, proclamant la séparation, à jamais, des fonctions administratives et judiciaires en France, l'administration française est réorganisée. Napoléon, parachevant l'œuvre de la Révolution, lui donne les cadres logiques et la hiérarchie stricte qui sont demeurés ses caractéristiques jusqu'à nos jours. Sous le règne de la vertu et sous celui de l'ordre, qui sont alors instaurés, des mécanismes sont mis en place pour combattre l'arbitraire et réprimer les abus. Il ne suffit pas d'imposer aux particuliers l'ordre légal nouveau, il faut que l'administration soit la première à respecter la loi et à donner l'exemple de la vertu. Un véritable droit doit gouverner son activité : le droit public doit se développer parallèlement au droit privé.

Le Conseil d'Etat, institué en 1800, va être, sur le plan juridictionnel, le principal artisan de ce développement. Deux dates sont importantes dans son histoire, pour illustrer le développement dans le droit français de cette branche nouvelle du droit public.

La première date importante, dans l'histoire du Conseil d'Etat et dans le développement du droit public français, est l'année 1872. Il est admis à cette date que le Conseil d'Etat est, dans son activité contentieuse, une institution pleinement indépendante du Gouvernement. Il exerce une justice « déléguée », non une justice « retenue » (3).

La deuxième date importante est l'année 1889, marquée par l'arrêt Cadot (4). Dans cet arrêt le Conseil d'Etat décide, et fait accepter, qu'il est juge de droit commun en matière administrative. Il n'est pas besoin d'un texte pour fonder sa compétence dans une catégorie quelconque d'espèces. Dès lors qu'une décision administrative a été prise, il est loisible de saisir le Conseil d'Etat pour faire apprécier par lui sa régularité. Le Conseil d'Etat peut décider qu'un acte a été pris par le Gouvernement ou l'administration en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, sur lequel aucune juridiction ne peut exercer son contrôle; mais désormais c'est au Conseil d'Etat lui-même, non au Gouvernement, qu'il appartient de décider si l'acte envisagé comporte ou non ce pouvoir discrétionnaire, s'il est ou non un « acte de gouvernement » ; le Conseil d'Etat admettra de plus en plus difficilement qu'il en soit ainsi.

De nos jours, ces deux principes étant admis sans discussion, il est hors de doute que l'administration soit en France gouvernée par des règles proprement juridiques, auxquelles il ne lui est pas loisible de se soustraire. Le « droit public » a presque rattrapé l'avance qu'avait sur lui le droit privé; il a atteint un degré de développement comparable à celui de ce dernier.

La manière dont se forme et les caractères que revêt la jurisprudence du Conseil d'Etat manifestent que cette haute juridiction applique un véritable droit, au sens qu'évoque pour nous cette expression. Peu importe aux citoyens que la juridiction qu'il faut saisir soit une juridiction administrative et non un tribunal judiciaire. L'administration, pour ce qui touche un grand nombre de ses activités, ne voit plus elle-même de raison majeure de se soustraire au contrôle des tribunaux judiciaires; elle cesse, pour ces activités, de revendiquer des privilèges quelconques et accepte d'être soumise aux règles du droit privé (5). La compétence respective des juridictions administratives et des juridictions judiciaires a cessé de la sorte d'être calquée sur la distinction du droit public et du droit privé, ce qui contribue à obscurcir cette distinction. L'Etat et l'administration sont, en des cas fréquents, soumis aux règles du droit privé, et de là procède également une certaine confusion. La distinction du droit public et du droit privé est claire dans son principe; la confusion ne doit pas s'introduire cependant du fait que, en; certains domaines, règles du droit public et du droit privé sont les mêmes : c'est là pourtant tout ce que signifie l'état actuel des choses que l'on observe en France. Pas davantage la distinction ne devient fautive parce qu'on n'y attache pas la conséquence que des tribunaux spéciaux doivent connaître des questions, de toutes les questions, qui se rapportent au droit public (6). L'administration française est aujourd'hui contrôlée dans son activité, ses actes sont soumis à la censure des tribunaux administratifs en général, des tribunaux judiciaires dans des cas particuliers, les uns et les autres appliquant dans cette fonction de véritables règles de droit.

L'évolution qui s'est produite ainsi, touchant le contrôle de l'administration a été plus tardive, et moins complète, en ce qui concerne le droit constitutionnel et le contrôle du Parlement. La Constitution de 1958 est la première des Constitutions françaises qui ait organisé, avec la création du Conseil constitutionnel, un contrôle efficace sur la constitutionnalité des lois. Le droit constitutionnel français, opposé au droit administratif, a principalement intéressé dans ces conditions, jusqu'ici, les spécialistes de la science politique plus que les juristes. Consistant essen-

tiellement en une description des organes constitutionnels, de leur mise en place et de leur fonctionnement, il ne comportait aucun problème de contentieux, et demeurait profondément distinct du droit privé, et d'autres branches où le droit est spécialement envisagé sous son aspect juridictionnel.

La deuxième question qui se pose est la suivante : convient-il d'attacher à la distinction du droit privé et du droit public des conséquences pratiques ? En d'autres termes est-il souhaitable, est-il raisonnable que les rapports auxquels l'Etat est partie soient régis par d'autres règles que celles qui gouvernent les rapports entre particuliers ?

A cette question, les Français sans aucune hésitation répondent par l'affirmative. Entre les deux situations, il y a souvent une analogie étroite, qui en bien des cas justifie l'application des mêmes règles. Dans les différences que nous observons, aujourd'hui, entre les règles du droit public et celles du droit privé français, un certain nombre sont d'origine purement accidentelle; elles ne peuvent être expliquées autrement que par la survivance de la tradition, par la plus grande difficulté qu'a eue le droit public à se développer, par l'existence de juridictions administratives entièrement indépendantes des juridictions de l'ordre judiciaire.

En certains domaines cependant il semble aux Français que les mêmes règles ne conviennent pas à la fois aux rapports de droit public et de droit privé. L'intérêt général ne peut être placé sur le même plan que l'intérêt d'un particulier; les intérêts privés doivent, en certains cas, lui être sacrifiés. Ce sacrifice est exigé à la fois par la morale sociale et le bon sens; on le trouve exigé dans tous les systèmes continentaux, des juristes romains, soi-disant individualistes, au programme national-socialiste. « Gemeinnutz geht vor Eigennutz », déclare ce dernier; c'est la réplique d'une sentence de Paul au Digeste : « Publicum interesse privatorum commodis praefertur ». Tout ce que l'on peut prétendre est préciser les cas dans lesquels ce principe doit jouer, et refuser de l'admettre en toutes circonstances. Un résidu de cas existera toujours, dans lesquels son application paraîtra cependant justifiée.

Les particuliers qui entrent en relations, dans le droit privé, sont des étrangers qui n'ont, auparavant, aucune obligation l'un envers l'autre. Etat et citoyens sont dans un rapport différent, et de là doivent encore résulter, dans le droit public, certaines conséquences. L'idée que les citoyens sont égaux devant les charges publiques, et que l'équilibre injustement rompu, à cet égard, doit être restauré, est un principe directeur du droit public français actuel, dont on ne voit pas bien comment il pourrait jouer dans le droit privé. S'il doit, par la force des choses, exister une grande ressemblance entre droit public et droit privé, il existe donc certaines considérations qui paraissent devoir exclure l'identité entre les deux corps de règles. L'attention des « publicistes » se concentre particulièrement sur ce que le droit public présente de spécial, sur les problèmes qui lui sont propres, sur les idées qui doivent y intervenir pour entraîner la modification, l'assouplissement, le rejet de certaines règles du droit privé et la formation de doctrines propres au droit public.

Le droit public est de formation plus récente que le droit privé. Parce qu'il n'a pas la même tradition, et parce que, aussi, il est plus facilement marqué et modifié par une certaine sensibilité politique, le droit public demeure moins assuré, davantage sujet à des fluctuations, au moins en différents domaines, que le droit privé. Les publicistes français n'ont pas la même manière de voir les choses que les privatistes; la technique de la codification ainsi, à laquelle les seconds sont

attachés, ne les attire pas. Les publicistes ne sont pas considérés, et ne veulent pas eux-mêmes être considérés, comme de purs juristes. Le droit public n'a pu se développer que parce qu'il a été tenu compte, par ceux qui l'ont bâti, de considérations et d'idées qui n'ont pas leur place en droit privé. Les publicistes conservent, et tiennent légitimement à conserver, un certain état d'esprit d'administrateurs et de politiques à côté de leur formation de juristes. Ils se piquent d'échapper mieux que les juristes à la routine; ils ont sans cesse en vue d'améliorer le droit et non pas seulement de le découvrir et de l'appliquer. Il paraît utile et même indispensable aux Français, dans l'intérêt même du droit, de maintenir cette attitude, et de garder au droit public une certaine originalité par rapport au droit privé.

La distinction du droit public et du droit privé, lors même qu'on adopte le critérium simple qui nous paraît juste, est en fait moins stable et moins nette qu'on pourrait penser.

Les frontières du droit public et du droit privé peuvent varier et varient dans la pratique, selon la conception que l'on a de l'Etat et de son rôle. Le droit criminel, ainsi, après avoir été considéré comme réglant des rapports de droit privé entre l'auteur d'un dommage et la victime de ce dommage (ou sa famille), est devenu matière de droit public au jour où l'on a considéré que le crime intéressait au premier chef la société, et qu'il appartenait en première ligne à l'Etat, et non pas à la victime ou à sa famille, d'en exiger la répression. De semblable manière les nationalisations ont soumis au droit public tout un secteur de l'économie où jadis ne se posaient que des problèmes de droit privé. La procédure civile même apparaît aujourd'hui bien difficile à classer dans le droit public ou le droit privé; le fait qu'un juge intervienne pour régler les contestations entre particuliers ne suffit pas à faire que cette contestation échappe au droit privé, mais on pourra se demander si la réponse ne doit pas être différente, dans le cas où l'on aura accru les pouvoirs du juge, et spécialement si l'initiative de l'action, intentée en vue de régler la contestation, est reconnue aux pouvoirs publics, représentés par exemple par le ministère public. Le fait qu'une situation juridique, en d'autres termes, soit régie par des lois impératives ne nous paraît pas suffisant pour que cette situation échappe au droit privé; mais il nous paraît qu'il en est autrement, lorsque la situation envisagée vient à être considérée comme mettant en rapport, directement, l'Etat et les individus et non pas seulement deux ou plusieurs personnes privées sous le contrôle et la tutelle de l'Etat. Entre les deux catégories de situations, la ligne de démarcation peut, en de multiples cas, être malaisée à tracer; ainsi s'explique la confusion souvent commise entre droit public et lois impératives ou d'ordre public d'une part, droit privé et autonomie de la volonté d'autre part.

Une autre considération, par ailleurs, émousse l'opposition entre droit public et droit privé. Les rapports qui s'établissent entre particuliers sont, de plus en plus, considérés sous leur incidence sociale. Les particuliers sont considérés comme participant, par leur initiative et activité privées, à la gestion de véritables services publics, en un nombre croissant de cas. La suspension de l'activité d'une compagnie privée de transports, celle de l'industrie des boulangers, la suspension de paiements d'une grande banque, sont jugées aussi intolérables que l'arrêt d'un service géré par les pouvoirs publics. Lorsque de telles idées sont admises, les considérations propres au droit public, alors, entrent en jeu, et viennent modifier les règles traditionnelles de droit privé. Le droit privé se rapproche du droit public, dès que l'idée de service public intervient et pénètre dans le droit privé. Pour ces raisons, la distinction du droit public et du droit privé a perdu en France, à

l'heure actuelle, de sa netteté, les règles du droit privé s'étant rapprochées en maintes circonstances, quant à leur substance, de celles du droit public.

R. David, *Le droit français*, t. 1, Les données fondamentales du droit français, LGDJ, 1960

(1) Schulz (F.), *Principles of Roman law*, 1936

(2) Le principe de pleine indépendance du droit administratif par rapport au droit civil n'a pourtant triomphé qu'avec une certaine difficulté. C'est en 1873 seulement que, dans un arrêt retentissant, l'arrêt Blanco (8 février 1873, S. 1873. 3.153), le Tribunal des conflits affirme avec netteté que, en l'absence même de textes particuliers, la responsabilité de l'administration « *ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil* ». Cf. Laubadère (A. de), *Traité élémentaire de droit administratif*, 1953, n° 32, p. 31.

(3) Loi du 24 mai 1872. Justice déléguée signifie que le Conseil d'Etat rend des jugements exécutoires par eux-mêmes. Dans le système de la justice retenue, le Conseil d'Etat préparait seulement des projets de décision; ceux-ci n'acquerraient force exécutoire que lorsque le chef de l'Etat leur donnait sa sanction. Cf. Waline (M.), *Droit administratif*, 8° édit., 1959, n° 38, p. 29.

(4) Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, S. 1892.3.17, note Hauriou; D. P. 1891.3.41

(5) Les entreprises nationalisées ont été soumises ainsi expressément, le plus souvent, aux règles du droit privé. Sur les difficultés d'application de cette formule, tenant au fait qu'il s'agit, malgré tout, de rapports de droit public : cf. Houin (R.), *La gestion des entreprises publiques et les méthodes du droit commercial* (in *La Distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*. Archives de philosophie du droit, nouvelle série, 1952, pp. 79-107).

(6) Cf. dans le Recueil cité à la note précédente, pp. 147-171, l'article de Rivero (J.), *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif*.