

[...]

b. Influence ou utilisation ?

Selon nous, il existe deux modalités de ce que nous appellerons, pour le moment, l'« introduction » du droit civil dans le droit administratif.

**36.** La première vise toutes les circonstances dans lesquelles le droit civil s'introduit indirectement dans le droit administratif, c'est-à-dire de façon involontaire, inconsciente. Nous proposons d'appeler cette première modalité "influence". L'influence est bien, à l'image de ce flux provenant des astres et agissant sur les hommes et les choses, l'action involontaire exercée par quelque chose ou quelqu'un sur quelque chose d'autre ou sur quelqu'un d'autre ; elle est une action plutôt subie que voulue ; elle peut n'être que très superficielle ; et elle est bien souvent, pour celui qui exerce l'influence comme pour celui qui est influencé, un phénomène de prestige. En ce sens, on peut parler effectivement d'une perméabilité du droit administratif aux influences du droit privé. André Hauriou n'avait point occulté cet aspect des choses : « Il convient de remarquer que le droit administratif ne s'est élaboré que tardivement, dans un milieu juridique imprégné de tendances et de traditions civilistes, grâce à l'action d'administrateurs, de juges, de membres du Parlement ou d'auteurs qui avaient été eux-mêmes formés à l'école du droit civil et du droit romain. (1) » On ne saurait pour autant imaginer que l'influence soit la seule source d'inspiration du juge administratif et de la doctrine publiciste ; ce serait croire que le droit administratif n'a été élaboré que par un juge exerçant sa mission sous l'influence du droit civil, comme un voleur qui aurait enrichi son patrimoine en commettant ses délits sous l'influence de stupéfiants.

**37.** Il existe fort heureusement dans le droit administratif une seconde modalité d'introduction de règles et principes issus du droit civil : c'est celle qui regroupe les situations où le juge administratif, les théoriciens, voire plus rarement le législateur, empruntent volontairement une règle, une théorie ou des concepts appartenant au droit civil, dans le cadre d'une action pleinement consciente, intentionnelle, délibérée. À cet égard, le phénomène de la réception par le juge d'une disposition du Code civil correspond parfaitement à cette seconde modalité. L'influence peut n'être que superficielle ; l'emprunt volontaire est toujours substantiel, poursuivant l'objectif souhaité de transposer une règle, une institution, une théorie, une définition, etc. Pour cette seconde modalité, on a pu le constater, plusieurs qualificatifs viennent à l'esprit, et jusqu'ici nous y avons d'ailleurs indifféremment recouru : emprunt, transposition, importation, transplantation, greffe, etc. Pour autant, tous encourent un reproche majeur : ils sont neutres. Ils désignent simplement le fait qu'un élément appartenant à un ensemble A est pris pour être placé dans un ensemble B : greffer, c'est prélever un organe et l'implanter dans un autre organisme ; importer, c'est introduire une marchandise d'un pays étranger sur le territoire national ; transposer un morceau de musique, c'est le faire passer dans un autre ton sans en altérer sa structure. Or, précisément, s'agissant du phénomène de la transposition du droit privé en droit administratif, on peut légitimement supposer des cas de transformation et de déformation. Et surtout, on ne saurait croire qu'un tel phénomène ne réponde à des objectifs bien identifiés, à des buts bien précis. C'est pourquoi, comme l'avait sans doute pressenti André Hauriou, le terme qui paraît le plus juste pour qualifier cette seconde modalité d'emprunt est celui d'« utilisation ». Car utiliser, c'est rendre utile, c'est satisfaire un besoin, c'est même faire servir à

une fin précise ce qui n'y était pas nécessairement ou spécialement destiné. Comme on le verra plus tard, on ne saurait mieux exprimer tous ces emprunts de règles et de notions que nous allons passer en revue, servant à satisfaire un certain nombre d'intérêts propres au droit administratif, alors qu'ils n'avaient été initialement conçus que pour les seules relations juridiques entre personnes privées (2).

**38.** Il résulte de tout ce qui précède que l'on doit bien dissocier, sur un plan pédagogique, les deux modalités d'exécution distinctes de ce phénomène unique qu'est la transposition de règles du droit civil en droit administratif. Pour les regrouper sous un terme générique, il est alors loisible de recourir à un vocable plus neutre, qui ne laisse en rien préjuger des objectifs poursuivis et des rôles respectifs de la doctrine, de la jurisprudence ou du législateur : par exemple, le terme de « pénétration », employé couramment par les historiens du droit, peut ainsi parfaitement convenir : « Le mot de pénétration que nous plaçons dans le titre, écrit par exemple M. Lévy, bien qu'il ait mérité quelques réserves est celui qui paraît le plus adéquat pour qualifier dans son ensemble le rôle que le droit romain a joué dans le droit français entre le XII<sup>e</sup> siècle et le Code Napoléon. (3)»

Nous admettons volontiers que, dans la réalité, dans la « vie du droit » selon l'heureuse expression de Jean Cruet, influence et utilisation sont très étroitement imbriquées. En réalité, il n'y a sans doute pas un emprunt volontaire qui ne peut s'expliquer par une influence exercée en amont sur l'esprit de son auteur.

[...]

c. Utilisation de règles propres au droit civil ou application de règles communes ?

**39.** De tout ce qui précède, il résulte un enseignement capital. Comme on l'a dit, la vague influence que peut exercer le contenu d'une formation juridique sur l'esprit de ceux qui, ultérieurement, créent ou systématisent le droit, ne nous intéresse point ; pas plus que ne nous intéressent ici les hypothèses où, parce qu'un principe comporte toujours des exceptions, un juge applique les règles d'une matière autre que celle pour la connaissance de laquelle il a principalement été institué. On l'a dit, le phénomène de l'utilisation du droit civil en droit administratif, que l'on entend ici analyser, relève d'une logique d'imitation volontaire : un emprunt juridique est toujours le fruit d'un choix libre. Il convient donc de bien garder à l'esprit, dès à présent, ce trait fondamental, qui découle de l'étymologie même des termes d'« utilisation » ou d'« emprunt » : l'utilisation du droit civil est un acte de volonté, un procédé arbitraire par lequel juge administratif et doctrine procèdent discrétionnairement à l'importation en droit administratif de certaines règles ou concepts issus ou inspirés du Code civil.

D'emblée, alors, une objection peut nous être opposée. D'emblée, il convient d'y répondre. Plutôt que de parler d'emprunts juridiques, ne vaut-il pas mieux évoquer l'existence d'un fonds commun de principes juridiques, dominant et transcendant toutes les branches du droit ? N'existe-t-il pas plutôt des notions générales de contrat ou de préjudice ? Dès lors, peut-on réellement parler d'une liberté de faire des emprunts ? N'y a-t-il pas plutôt l'application inévitable de règles et notions générales dont aucun ordre juridique ne peut se passer ?

**40.** À ce stade de la réflexion, nous n'entendons nullement nier ce qui paraît être une banale évidence : les notions de propriété, de contrat ou de préjudice ne sont pas plus l'apanage du droit civil français que la roue, l'étrier ou le marteau sont l'invention exclusive d'une civilisation déterminée. Par conséquent, de même que, dans des temps très reculés, deux tribus ont pu simultanément inventer elles-mêmes, avec leur propre génie, le système de la roue, de même deux ordres juridiques autonomes peuvent, en toute ignorance, élaborer des règles identiques, des solutions similaires, chacun y parvenant au terme de son propre raisonnement.

Soit. Mais de telles données n'interdisent pas l'existence de phénomènes Sociaux d'emprunt. Raisonçons à partir d'un exemple. Imaginons, en des temps très lointains, l'existence des tribus Primus et Secundus. Il se peut très bien que chacune ait inventé la technique de la roue. Mais il se peut aussi qu'un indigène de la tribu Primus ait entrepris un long voyage, au terme duquel il a découvert l'existence de la tribu Secundus, ait eu l'intelligence de l'observer soigneusement, soit ensuite rentré chez lui, avec dans ses bagages la façon de faire une roue, et ait proposé à ses compatriotes d'adopter la technique de la roue, celle mise au point par les membres de la tribu Secundus. En d'autres termes, dans ce travail, à la manière de l'archéologue retraçant les contacts ayant pu avoir lieu entre deux tribus éloignées, nous entendons retracer l'histoire des emprunts faits au droit civil par le droit administratif. Car il est des cas où les autorités créatrices de droit, exactement comme nos lointaines tribus, effectuent des voyages intellectuels vers d'autres horizons normatifs, et rapportent parfois dans leurs bagages des règles juridiques empruntées. Il va donc de soi que nous ne nous permettons d'identifier des emprunts que là où ceux qui les effectuent ont raconté eux-mêmes leur voyage, et ont précisé qu'ils s'étaient volontairement inspirés de ce qu'ils avaient vu. Ce qui signifie que, dans tous les développements qui vont suivre, il n'y a pas un seul exemple d'emprunt que nous ayons choisi pour illustrer notre démonstration dont son auteur n'a pas affirmé qu'il s'agissait bien d'un emprunt. Toutefois, comme nous l'avons déjà fait observé plus haut, il faut réserver le cas où certains font des imitations sans l'avouer expressément ; mais un emprunt tacite est bien un emprunt, dans la mesure où il existe des indices permettant d'avoir la preuve qu'une opération de transposition a bien eu lieu. Ainsi, sans vouloir anticiper sur la suite des développements, on peut d'ores et déjà faire observer que, lorsque le juge administratif n'avoue pas qu'il s'inspire du Code civil, les conclusions des commissaires du gouvernement peuvent fournir de précieux indices. En revanche, en l'absence de tels indices, nous estimons qu'il n'est pas possible d'identifier un emprunt ; il faut alors conclure que le droit administratif s'est forgé lui-même une règle pourtant identique à celle du droit civil ; et une telle règle doit donc être exclue de la liste des exemples retenus pour illustrer la présente démonstration.

Au commencement de ce travail, aucune ambiguïté ne doit donc naître. Qu'importe pour nous le fait qu'il puisse exister des principes juridiques généraux dominant toutes les branches du droit. Car il arrive parfois qu'un ordre juridique aille puiser dans un autre ordre des principes ou des règles destinés à résoudre divers problèmes juridiques ; et, lorsque l'on a la preuve qu'il s'agit bien d'une imitation, explicitement ou implicitement avouée, il peut être intéressant de se demander pourquoi. Pourquoi une telle démarche a-t-elle été entreprise ? Pourquoi une telle démarche a-t-elle été préférée à la solution, pour un ordre juridique, de façonner lui-même une règle, de faire appel à son propre génie créatif ? Telle est l'ambition de cette recherche. Pour nous, il n'y a emprunt qu'à partir du moment où une discipline juridique manifeste, expressément ou tacitement, son choix délibéré de prendre une autre discipline juridique comme source d'inspiration, alors que rien ne l'y oblige. En d'autres termes, le présent ouvrage n'expose pas un sentiment personnel sur le fait que telle ou telle institution du droit administratif serait en fait un dérivé, injustement méconnu, d'une institution du droit civil. La présente recherche a pour

ambition de travailler à partir de cas avoués et revendiqués où le droit administratif imite délibérément le droit civil. C'est pourquoi il ne faut pas s'étonner de l'absence de certaines notions de droit civil dont on aurait pu espérer l'analyse ; c'est simplement que nos recherches nous ont révélé que lesdites notions sont en réalité, non le fruit d'une volontaire démarche d'imitation, mais le résultat d'une simple concordance fortuite.