



Xavier Bioy (dir.)

L'identité de droit public

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

L'identité disciplinaire du droit public

L'ipse et l'idem du droit public...

Xavier Bioy

DOI : 10.4000/books.putc.373

Éditeur : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions

Lieu d'édition : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions

Année d'édition : 2011

Date de mise en ligne : 13 mars 2018

Collection : Actes de colloques de l'IFR

ISBN électronique : 9782379280054



<http://books.openedition.org>

Référence électronique

BIOY, Xavier. *L'identité disciplinaire du droit public : L'ipse et l'idem du droit public...* In : *L'identité de droit public* [en ligne]. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011 (généré le 21 janvier 2020). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/putc/373>>. ISBN : 9782379280054. DOI : 10.4000/books.putc.373.

L'identité disciplinaire du droit public

L'ipse et l'idem du droit public...

Xavier BIOY

Professeur à l'Université de Toulouse-Capitole

Réagissant à l'envoi d'un récent ouvrage qui met en lumière le rôle du droit constitutionnel comme fondement de toutes les branches du droit, un privatiste de grand renom, visiblement imperméable à la démonstration, me répondit brillamment que « le droit privé vient au droit public comme le chocolat chaud à la glace à la vanille ». Comment ne pas être sensible à la fusion de ces yin et yang culinaires ? Et comment ne pas tenter, sous l'amicale boutade, de mettre à jour des confusions si souvent entretenues entre différentes dimensions de la *summa divisio* qui dessinent l'identité du droit public.

Il s'agira ici de poser quelques pistes pour penser l'identité du droit public à partir d'idées bien connues par ailleurs¹. On sait bien qu'il est de bon ton tout à la fois de prétendre renoncer à l'opposition des deux droits, si factice et si datée, mais de ne pouvoir dans le même temps, en fait, y renoncer. On pariera sur l'existence d'une méprise confondant existence de deux branches et certitude des critères permettant de les distinguer. Chacun des deux droits a sans aucun doute son identité propre, justifiant leur distinction, mais celle-ci ne saurait être envisagée de manière absolue selon les critères souvent utilisés.

L'expression « droit public » renvoie en effet à au moins deux dimensions bien différentes : une discipline ou un ensemble de disciplines et un corpus de normes juridiques. La grande difficulté vient de ce que l'un se comprend par l'autre puisque souvent on définit la discipline à partir de son objet ou de sa « source », prétendument objectivement donnés, en feignant de croire que le caractère public est posé par le droit positif lui-même. On baptisera par exemple un centre de recherche « en droit public », circonscrit au « public » en fonction de la branche académique qui l'étudie (ex. droit public ou droit privé de l'environnement) alors même qu'il reviendra à l'équipe de justifier de ce que son objet de recherche répond bien à ce qualificatif. Pour Olivier Beaud, la séparation des deux droits aurait même trois domaines, le droit

¹ Jean WALINE, « Droit public – droit privé. Institutions publiques – institutions privées. Le point de vue d'un publiciste », in P. Amserek (dir.), *La pensée de Charles Einsmann*, Economica, p. 148.

positif, la science du droit et « un partage académique du savoir »² tel que pourrait le mettre en évidence une socio-histoire de la doctrine. Si on peut, par exemple avec Jean-Bernard Auby³, penser que la distinction a « un rôle conceptuel » et « un rôle pratique », cela relève d'une perspective biaisée car ce « rôle » ne peut être compris que dans l'intention de celui qui mobilise la distinction : la doctrine, le juge, le législateur. La distinction n'est que très partiellement et très récemment « donnée » faute de texte systématique et faute de source dépassant la séparation des autorités administratives et judiciaires ; elle doit toujours être interrogée et suspectée. L'analyste aura même la sensation que le droit public vu par la doctrine, englobant plusieurs disciplines ne correspond pas au champ étroit connu en droit positif sous la plume du Tribunal des conflits, lequel se laisse inspirer parfois par la doctrine.

L'expression « droit public » dans son face à face avec le « droit privé » ne saurait se définir « *per se* ». On sait que la chose a existé avant le mot mais également, côté nominaliste, que la chose n'est apparue comme telle qu'avec le mot qui a servi à l'identifier. Il faut attendre le XVII^e siècle pour voir en France des ouvrages dont le titre fait mention du « droit public » avec D'Aguesseau, Fleury, Domat⁴ alors même que l'on peut dire, *a posteriori*, qu'il existe une doctrine publiciste depuis Philippe Le Bel⁵. On voit aussi qu'un auteur comme Bodin oppose bien droit public et droit privé mais ne parle pas de droit public quand il en fait. L'idée qu'il existe matériellement ou organiquement deux droits est donc antérieure à l'attitude consistant à les opposer, à leur donner une identité propre qui ne date que du XVIII^e. Il se dégage en effet alors un sens spécifique, distinct de celui des romains et plus structuré qu'au moyen-âge où les arguments échangés à propos des relations féodales puisaient indifféremment dans les deux corpus. Mieux encore, selon Jean-Louis Thireau, se sont les praticiens qui ont le sens le plus aigu de la séparation des droits⁶ quand la doctrine n'en dit rien.

² « La distinction du droit public et du droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques », in *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, sous la Direction de Jean-Bernard AUBY et Mark FREEDLAND, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2004, p. 29.

³ « Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé en droit français », in *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, préc., p. 19

⁴ Jean-Louis THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2005-2006, n° 25 et 26, p. 73.

⁵ Jacques KRINEN, *L'Empire du roi. Idées et croyances politiques en France*, 1993, p. 85.

⁶ Voir également : Elina PAPADOPOULOS, « La notion de droit public dans les remontrances des parlements au XVIII^e siècle », *RHFDSJ*, 2004, n°24, p. 53.

On aura tendance à penser que les textes disent peu sur cette séparation. Aucun code ou aucune loi ne s'intitule « code de droit public » ou « loi de droit privé ». Tout au plus peut-on déceler un premier appui dans certains textes qui caractérisent les organes à l'origine des normes (« personnes de droit public »). Un second appui se trouve dans le discours jurisprudentiel étayant les choix de compétence juridictionnelle. Ainsi le Tribunal des conflits caractérisera parfois un contrat ou une règle comme étant « de droit public » ou « de droit commun ». Mais c'est principalement en doctrine que la confrontation s'entretient, au sein de discours de type justificatifs, légitimants et idéologiques⁷. Car le troisième soutien, le principal dirait-on, réside dans l'institution de deux corps d'enseignants distincts appelés à entretenir des cultures et des méthodes différentes. Si on pense que la distinction des droits est « innée », dans le droit positif lui-même on se trompe assez lourdement car, même le Tribunal des conflits ne saurait justifier que des pans entiers de droit relèvent académiquement de tel ou tel bloc.

Une autre incertitude vient de la multiplicité des sources de notre droit et de l'habitude que nous avons de positionner nos disciplines par rapport à ses « sources » (le droit civil vient du Code civil, le droit constitutionnel de la Constitution, le droit des finances de la LOLF, etc...). Or, on mesurera aisément le caractère réducteur de la compréhension du droit pas ses seules « sources », approche elle-même très datée, liée à l'École de l'exégèse est aujourd'hui tellement concurrencée qu'il faudra abandonner bientôt cette terminologie. Notons ensuite que « droit public et droit privé » ne sont que les noms généraux d'un ensemble de disciplines et de corpus très hétérogènes. Enfin, les droits européens opèrent quelques contorsions permettant au système français de perdurer⁸.

Comme l'a bien montré Olivier Beaud, le fait que la distinction n'ait pas cours dans la science du droit anglo-saxonne alors même que des dispositifs exorbitants y existent atteste de la dimension doctrinale et académique du phénomène et de son lien avec la tradition romaniste. La distinction, comme tout phénomène à la fois

⁷ François-Xavier TESTU, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.* 1998, Chron. p. 345

⁸ Paul TAVERNIER, « La Convention européenne des droits de l'homme et la distinction droit public-droit privé », *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 399 ; Stéphane BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997, page 359 et s. Voir également la contribution de Ségolène Barbou des Places dans ce volume.

juridique et doctrinal, présente une forte charge idéologique, laquelle ne doit pas occulter la réalité du phénomène ancré dans les justifications des juges et quelques bribes de droit positif textuel⁹ et ... l'imaginaire des juristes.

Il semble donc que le droit public reçoive son identité de sa doctrine, auto-proclamée telle, et qui le définit selon des données diverses voire contradictoires. Selon deux directions en fait : soit il s'agit d'opposer le droit public à d'autres corpus ou disciplines (droit privé, science politique, ...), soit il s'agit, non pas de stigmatiser une nécessaire différence de contenu ou de concepts, mais de définir un champ propre. On retrouve ainsi, d'une certaine manière, les deux dimensions de l'identité proposées par Paul Ricoeur dans différents ouvrages, notamment, *Soi-même comme un autre*¹⁰. L'identité projetée de l'extérieur, déterminée par la présence et le regard de l'autre, qui met en valeur les différences et les caractéristiques, prend les traits de l'*ipse*, tandis que l'identité vécue, qui permet de poser une continuité des actes et des pensée, d'imputer une volonté propre, est désignée par la terme *idem*. D'un côté il s'agit de se définir par la différence voire l'opposition à l'autre, à tous les autres et par des données objectives. De l'autre, une certaine autosuffisance, autoréférence, insiste sur un projet. Les deux catégories contradictoires du propre et du semblable sont inséparables l'une de l'autre. De même que l'hôte, au sens de celui qui accueille, n'est tel que par la présence de l'hôte qui est accueilli, de même l'on mettra en évidence l'identité de deux objets ou de deux êtres en faisant apparaître le propre qu'ils ont en commun.

Il peut paraître hasardeux de transposer ainsi des concepts de la philosophie du sujet à une question d'épistémologie du droit mais le facteur humain de la doctrine, ou du juge, qui joue le rôle central dans l'identité des branches du droit, le permet sans aucun doute. Lorsque Savatier prend la parole pour rejeter l'essor du secteur public et dénoncer l'hégémonie prétendue du droit public, c'est au nom et pour le compte du « droit privé ». Ainsi, s'interroger sur l'identité du droit public peut-il conduire à évoquer ces deux dimensions complémentaires de l'*ipse* et de l'*idem*. Du côté de l'*ipse*

⁹ Sophie PAPAETHYMIU, *La distinction « droit privé-droit public » dans la théorie du droit et de l'Etat*. Thèse. Institut Universitaire Européen et Paris X - Nanterre, 1994 ; Michel TROPER, « La distinction entre droit public et droit privé et la structure de l'ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Léviathan, 1995, pp. 187-192.

¹⁰ Paul Ricoeur présente ainsi, dans *Soi-même comme un autre*, la distinction entre l'identité *ipse* et l'identité *idem* : « Je rappelle les termes de la confrontation : d'un côté l'identité comme même (latin : *idem*; anglais : sameness; allemand : Gleichheit), de l'autre l'identité comme ipséité (latin : *ipse*; anglais : selfhood; allemand : Selbstheit). »

le droit public se construit en opposition par rapport au droit privé, de manière dérogatoire et exceptionnelle et de manière quelque peu caricaturale, comme un adolescent qui prend le contrepied de ses parents, c'est l'approche « différentielle ». La doctrine, publiciste comme privatiste, a ainsi construit son identité sur des représentations autonomes. Du côté de l'*idem*, le droit public affirme sa propre continuité, sa propre cohérence de manière plus adéquate, à partir de ses fonctions et structures avec la permanence de la fonction institutrice. Là encore, comme corpus et comme doctrine il occupe sa place dans le système juridique dont il assure l'équilibre : c'est l'approche « autoréférentielle ». Cette dichotomie prend en outre quelques libertés avec la philosophie de Ricœur pour lequel l'*idem* représente une continuité temporelle et non essentielle. *Idem* signifie pouvoir respecter une parole donnée et non pas forcément rester fidèle à ce que l'on est (comme caractère, comme porteur de valeurs, etc....). Ici, *idem* aura une dimension plus objective.

Une fois ces deux dimensions posées il convient de les agencer et de constater que les choses se compliquent. En effet il est très difficile, dans l'absolu et encore plus dans le cadre ici imparti, de montrer le jeu qui s'est mis en place depuis le XVII^{ème} siècle entre droit positif et doctrine. On formulera l'hypothèse suivante pour tenter d'argumenter en sa faveur. Il semble que l'identité du droit public d'un point de vue historique, celui de sa genèse, n'ait rien de dérogatoire ou de mineur. A Rome, comme à la charnière du monde moderne qui le voit renaître, le droit public est celui des institutions publiques. Il a son champ propre qui n'a pas besoin de légitimation ou de critères précis. Il a certes ses propres auteurs et ses propres fins mais la doctrine, encore unique, n'éprouve pas le besoin de l'opposer au droit commun qui n'est pas encore « privé ». Ce n'est qu'après la Révolution et progressivement, avec la construction du droit administratif et le libéralisme politique, qu'une doctrine propre argumente autour d'un droit qui n'est plus seulement institutionnel mais un droit de l'action et de la régulation qui insiste sur ses spécificités. L'*ipse* s'associe puis supplante l'*idem* au tournant du XX^e siècle au point de devoir justifier par la dérogation ce qui jusque-là se suffisait à lui-même : le droit des institutions politiques. A leur tour, les juges, devant justifier leur compétence se sont appropriés les théories doctrinales et insisté sur l'*ipse*, incitant la doctrine à systématiser et radicaliser l'identité du droit public.

Pour tenter de convaincre de la pertinence de cette épure théorique on insistera sur deux éléments. Dans un premier temps, il s'agira d'interroger l'existence même du droit public, son principe, dans sa genèse, lorsque l'Etat moderne se construit. L'*idem*, par l'idée d'institution, y domine et précède l'idée d'exorbitance qui n'apparaît qu'avec une doctrine qui se spécialise (I).

Dans un second temps, on peut aborder le problème central des critères du droit public, c'est-à-dire les traits mis en exergue pour l'autonomiser. On y verra deux postures doctrinales possibles : celle qui insiste sur des procédés exorbitants et l'étend à l'ensemble des branches de l'action publique pour insister sur le caractère exclusif des deux branches du droit et celle qui tente d'englober toute la sphère des personnes publiques et revient vers une conception moins radicale consistant à rendre les deux droits complémentaires (II).

I. L'*ipse* et l'*idem* dans l'existence du droit public

Si l'expression « droit public » renvoie à la fois à un ensemble de disciplines et au droit positif qu'elles étudient, il faut d'abord partir des normes pour voir quels « objets juridiques » ont permis de parler de droit public. On y trouve des institutions liées à la République romaine ou à la monarchie française, des montages juridiques collectifs dont les modes d'actions ne sont pas, pour autant, dérogatoires. L'*idem* apparaît donc aux sources du droit public (A). Bien plus tard, le droit moderne de la Nation appelle des modalités de l'action publique qui suscitent l'idée que l'ensemble du droit de la sphère publique mérite un droit exorbitant ; c'est là œuvre de doctrines construisant l'identité *ipse* (B).

A. L'*idem* aux sources du droit public

Le droit public nous apparaît comme fondamentalement lié à la mise en œuvre de structures collectives : religieuses, administratives, territoriales, juridictionnelles, de dévolution du pouvoir, etc.. et secondairement comme le droit qui régit leur action, mais guère comme droit d'une action spécifique. Ainsi faut-il insister sur l'identité institutionnelle collective. C'est sur cet objet spécifique que la première doctrine « publiciste », bien que ne se revendiquant pas telle, a fait ses armes. Même au tournant de 1900, quand s'affirme le droit de l'action publique certains auteurs, et non les moindres, confirment ce socle.

1. Le droit des institutions politiques

L'idée la plus répandue en doctrine reste que le berceau du droit public est institutionnel. Le droit public romain nous semble aujourd'hui assez loin de ce que

le droit est devenu aujourd'hui. L'idée était alors de donner ses institutions à la religion, aux magistratures et aux symboles de la *Res publica*. On sait ensuite que cette idée s'est endormie jusqu'à la fin de la féodalité où il s'agissait de sortir le pouvoir monarchique des cadres destinés à tous, de trouver le moyen d'habiller le pouvoir royal de règles « hors normes », de vêtements « sur mesure ». Rome avait déjà testé le phénomène, attendant la fin de l'époque classique pour généraliser l'originalité du droit attaché à la religion à l'ensemble des intérêts du peuple. Protégeant d'autres intérêts que ceux du patrimoine de la famille royale, dressant derrière le corps du roi un trône taillé dans les abstractions des légistes. C'est la forme organique du pouvoir politique qui a suscité la justification d'un droit dit « public » sans être dérogoire, à la hauteur des enjeux politiques d'un ensemble de population. Plus le pouvoir royal s'accroît sur un nombre toujours plus important de sujets, plus il doit se démarquer d'eux.

Dès lors, tous admettent l'existence d'un droit qui régit ces institutions. Jusqu'au XVI^e il n'est pas encore question de l'opposer aux droits communs de diverses sources, coutumière, canonique, féodale, etc.... La doctrine reste dès lors très silencieuse sur l'identité du droit public qui « existe » sans que l'on ait besoin de construire une discipline spécifique justifiant de sa « différence ».

Le caractère extraordinaire des institutions publiques se double de celui de ses modes d'action, à la fois en privilèges et en sujétions. Pourtant cette idée de droit public connaît une autre source intellectuelle, la coutume médiévale au sens large. Au se souvient en effet que de longs siècles séparent la chute de l'Empire romain, donc une certaine forme de distinction des droits, et la restauration d'une autre forme de distinction par les légistes du XIII^e pour asseoir la puissance royale. Entre les deux, il n'est plus question de deux droits. Il semble en fait que la renaissance du droit public s'accompagne plus d'une logique de dérogation au droit coutumier que d'un retour à la logique binaire du droit romain. Il s'agit de sortir du droit commun, d'empêcher que le droit commun ne fournisse les règles qui protègent les intérêts de l'État. Le processus aboutit au XVI^e siècle à l'établissement, par Bodin, par l'abbé Fleury, puis Domat d'une partition « territoriale » où les droits s'opposent non par leurs finalités mais par leur objet, d'un côté les relations entre particuliers, de l'autre l'administration et la Constitution du royaume. Ainsi que le note Eric Desmons, « la question n'est plus celle de l'existence de droits, mais plutôt de leur coexistence ». La doctrine va travailler perpétuellement la question des frontières et chercher à faire jaillir les différences, les oppositions, à se focaliser sur ce qui fait du droit public un « anti-droit privé ».

2. Une doctrine qui s'autonomise

Les historiens du droit tentent d'expliquer ce silence de la doctrine concernant l'identité propre du droit public. Georges Chevrier, dans un article de référence¹¹, lui donne des explications tenant au contexte social alors que pour le professeur Thireau « (ces facteurs) semblent plutôt avoir été propres aux juristes eux-mêmes, avoir résulté d'un blocage intellectuel dont les causes doivent être recherchées dans leurs méthodes, dans leurs modes de pensée, dans leur conception du droit. »¹². Deux causes permettent l'autonomie doctrinale du droit public : le développement du droit français au détriment du droit romain, l'idée de droit subjectif. Certes le droit romain posait une certaine forme de distinction entre les deux droits mais sans affecter de sources ou de méthodes d'interprétation propres à chacune. A l'inverse le droit français fait naître le droit public hors du berceau du droit écrit ce qui transforme les publicistes en bâtisseurs et en historiens des institutions. Un corpus impose une méthode et une doctrine spécifiques, ce que l'on retrouvera avec le droit administratif moderne. On cite ainsi l'œuvre de Le Caron, premier auteur à traiter de « droit français » et à bâtir son ouvrage selon deux parties distinctes, l'une de droit public, l'autre de droit privé. Ainsi feront ensuite Coquille et Loisel. La naissance du droit subjectif amène à considérer les personnes et non plus les choses. Dès lors, certains pensent que les autorités publiques ont, elles aussi, des droits liés à leur constitution (Doneau). Le droit public est alors le droit des droits subjectifs des personnes publiques mais il n'est toujours pas un droit se définissant par nature comme dérogatoire dans son contenu. Petit à petit, cherchant dans l'objectivité des phénomènes collectifs à définir un ancrage disciplinaire, les auteurs mettent en valeur les personnes publiques ou leurs missions, lesquelles sont encore moins dérogatoires que premières par rapport au droit privé. Les thèmes de la fondation et de l'institution méritent alors d'être portés en avant.

Comme identité propre, le droit public contemporain peut renouer avec la conception romaniste qui considérait le droit public comme celui de l'utilité publique et de l'ordre public. Ulpien aurait dit « *quod ad statum rei Romanae* »¹³. La fondation juridique de fonctions sociales éminentes, celles des *dignitas* qui perdureront¹⁴, fait

¹¹ « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *APD* 1952, p. 5-77.

¹² *Op. cit.*, p. 84.

¹³ *Digeste* I, I, 1, 1.

¹⁴ Albert RIGAUDIÈRE, « Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e et XV^e siècles », *APD* 1997, p. 84.

jouer au droit, alors unique, un rôle supplémentaire, lui donne une utilité nouvelle. Peu à peu ce surplus, travaillé et étudié comme tel, se cherche une identité propre dans la protection des intérêts collectifs. Longtemps dans une partie de la doctrine, le droit public a pu s'étendre à toutes les règles d'ordre public, impératives y compris entre particuliers. Aujourd'hui encore le thème (ou le mythe) de l'intérêt général est constitutif de cette fonction de fondation¹⁵.

Cette ligne de l'*idem* peut encore se rencontrer lorsque, au XX^e siècle, il s'agit de déterminer les clefs de voûte conceptuelles de l'ensemble du système public. Certains retrouvent ainsi, à travers l'œuvre de la Révolution, l'héritage institutionnel de l'idée « d'organe ». Raymond Carré de Malberg adopte volontairement la démarche publiciste par excellence : il part de l'Etat tel que construit par le discours politique dominant depuis la Révolution française pour aller vers le droit. L'ordre juridique est étatique et exclusivement tel. Les particuliers ne sauraient créer de droit qui ne soit l'exécution de celui de l'Etat¹⁶. Mettant l'accent sur le phénomène de domination, sa méthode consiste à rendre compte du phénomène étatique en droit et par le droit. Pour lui, le droit renferme autant des dispositifs de prescription que des discours sur la justification de ces dispositifs¹⁷. Contrairement au droit privé qui s'organise par secteurs de la vie des individus (famille, commerce, travail, etc...), le droit public se concentre sur la forme du pouvoir, c'est à dire, essentiellement, sur l'organe d'Etat (théorie d'inspiration allemande). Si l'on prend ainsi le critère de la source de droit, la séparation semble donc radicale et contrapuntique. Mais en fait, les droits privés viennent de l'Etat même si cela n'en fait pas du droit public. Si cette conception semble signer l'unité profonde du droit, mode d'action de l'Etat, cela ne fait pas de tout le droit du droit public. C'est pourtant l'idée d'un certain impérialisme du droit public qu'ont ressentis les privatistes au contact de cette approche formelle magnifiée par l'Ecole de Vienne.

¹⁵ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (Dir.), *L'intérêt général au Japon*, et en France, Dalloz, 2008 ; Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX, Josseline DE CLAUSADE, Pierre MAZEAUD (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, 2007 ; Guillaume MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibli. Const., 2004 ; Conseil d'Etat, *Rapport public*, 1998, La Documentation française, 1999 ; POLITIX, n° 42, 1998 ; François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1988.

¹⁶ *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés : avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, préface de Eric Maulin, Bibliothèque Dalloz, 2007.

¹⁷ Olivier BEAUD, « La biographie de Carré de Malberg et sa pensée », in Olivier BEAUD et Patrick WACHSMANN (dir.), *Science juridique française et science juridique allemande*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série, 1997, n° 1.

On peut ici rappeler encore l'œuvre de Kelsen pour lequel l'approche des normes par leur contenu ne permet pas une compréhension théorique « pure ». Il est toujours savoureux de voir les publicistes identifiés à Kelsen quand ce dernier entendait prouver l'unité du droit et le caractère simplement doctrinal et idéologique de la *summa divisio*¹⁸. Du point de vue formel, seul recevable en droit, les normes dites de droit public ne présentent aucune différence avec les normes dites de droit privé. La *summa divisio* revient à une lubie du jusnaturalisme. On sait que cette conception, souvent jugée extrême, n'a guère convaincu le reste de la doctrine en France où l'on a opté pour un critère matériel.

On trouve chez Eisenmann le prolongement de cette pensée du côté du droit administratif. Dans ces « cours », il met en effet l'accent sur les institutions, le droit administratif étant le droit de l'administration, peu important qu'il soit par ailleurs considéré comme du droit issu de sources destinées en principe aux particuliers ou forgé pour les besoins de l'administration¹⁹.

Au départ voué aux institutions du sacré, des prêtres, des magistratures, droit de fondation, le droit public romain peut offrir un cadre à tout intérêt protégé au nom du peuple, puis à ceux que personnifie l'Etat. Il se tourne vers l'action, la définition des rôles sociaux. N'étant pas l'envers du droit privé, son frère ennemi, il se comprend comme base du droit privé (verticalement) et non comme branche séparée ayant un champ distinct. Comme le prônait Azon au XIII^e siècle, l'utilité du droit public est différente mais le droit public n'est pas un corpus de règles différent. Certains, dans la doctrine contemporaine en veulent pour preuve que l'intérêt général se couple avec la concurrence²⁰. Mais bien souvent le débat politique tend à assimiler droit public et Etat providence pour demander le rejet de tout droit de puissance publique hors du champ strictement institutionnel. Comme si une certaine « nature » du droit public en faisait un instrument contre-nature pour la vie de la société civile. Le droit public est perçu comme unilatéral et autoritaire, incompatible avec le libéralisme. Cette conception, encore dominante, suppose une perception de la *summa divisio* comme débat « territorial » et le droit public comme doté d'une « nature » exorbitante.

¹⁸ *Théorie pure du droit*, p. 167.

¹⁹ Paul AMSELEK, *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica-PUAM, 1986.

²⁰ Guylain CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence - Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Nulle Biblio. des Thèses, 2006.

B. *L'ipse* argument pour deux droits et deux doctrines

L'essor de l'action publique et la multiplication des structures administratives allait changer la donne. Comme le note Jacques Chevallier, « l'apparition des écoles en droit public coïncide avec un contexte très particulier : elle se produit à un moment où les publicistes cherchent à asseoir leur autonomie, ce qui implique de leur part un effort de réflexion théorique et de conceptualisation destiné à établir sur des bases solides les fondements de leur discipline »²¹. La doctrine publiciste a semble-t-il eu un rôle central dans le montage des discours justificatifs relayés ensuite par les commissaires du gouvernement du Conseil d'Etat ou les rapporteurs au Conseil constitutionnel. Le chœur à deux voix a construit une identité autour des mythes de l'intérêt général, du service public, de la puissance publique, de l'ordre public, etc.... La doctrine publiciste contemporaine a également noué avec la théorie du droit des liens sans doute plus forts que les privatistes toujours tournés vers la philosophie du droit. Comment ne pas voir que l'actuelle crise d'identité du droit public s'accompagne aussi de celle des théories de l'Etat ?

1. L'enjeu du rattachement du droit pénal

La question du droit pénal est révélatrice de ce basculement vers une identité fondée sur la relation entre sujets de droits et sur le fait que la notion de droit public est devenue essentiellement un enjeu disciplinaire académique.

Il faudrait donc revenir, au sein de l'histoire de l'Université, à celle de la naissance des concours d'agrégation et à la détermination concomitante de deux grandes disciplines. La question traditionnelle de la place du droit pénal atteste de la teneur byzantine de la *summa divisio*. Véritable serpent de mer des débats universitaires au XIX^e, la question de l'appartenance du droit pénal au droit public ou au droit privé ne s'est apaisée qu'avec la décision de l'affilier à l'agrégation de droit privé. Jusque là, l'aspect répressif et inégalitaire du droit pénal le plaçait d'office dans le droit public, sauf à arguer du fait qu'il ne concerne que des sujets individuels. Ce débat, toujours faussé, ne s'explique que par une conception matérielle de la *summa divisio* ayant renoncé aux critères fonctionnel et organique. Il en sera de même pour le droit administratif.

²¹ « La fin des écoles ? », *RDP* 1997, p. 682.

2. La nécessité d'éclairer les sources du droit administratif

On sera d'accord avec Norbert Foulquier lorsqu'il observe que « la thèse de Kelsen avait peu de chance de renverser la tradition objectiviste française des années 1920-1930. (...) elle dévoilait les présupposés idéologiques et les connivences entre les publicistes et les privatistes, qui, par un partage des relations sociales, occultaient que tout ordre juridique est nécessairement un ordre de domination »²². Le danger de l'approche formelle et de priver de fondement la dualité de juridiction française laquelle doit trouver sa justification dans l'évidence de l'existence de deux droits bien mise en scène par l'École du service public.

On serait tenté de parler bien sûr de l'École de Bordeaux pour caractériser cette conception qui donne au droit public une identité liée à son unique fonction. Ce serait ne pas tenir compte de la mise en garde de Fabrice Melleray²³ qui montre que Duguit, lorsqu'il développait sa théorie du service public, ne cherchait nullement le critère distinctif du droit administratif contre le droit privé mais entendait donner au droit public la clef générale de son identité.

A l'inverse, l'École du service public, sans Duguit, a entendu fonder une identité de séparation avec le droit privé notamment en se fondant sur les critères de compétence juridictionnelle. Ainsi, Gaston Jèze (d'origine toulousaine) fait du service public la « pierre angulaire » du droit administratif, c'est-à-dire au fond, le critère de la compétence du juge administratif. Chez Jèze, Rolland ou De Laubadère, le service public, notion unitaire, marque la différence du droit public même quand la jurisprudence en fait éclater la cohérence en l'étendant aux services industriels et commerciaux. Après-guerre les choses se radicalisent. La crainte de voir le droit privé libéral absorbé par le communisme amène à redoubler de vigilance sur le maintien d'une frontière, donc à remettre sur l'ouvrage la construction des identités « différentielles ». Savatier et Mazeaud s'inquiètent d'une publicisation du droit, c'est-à-dire d'un recul du champ d'action du droit privé dans la vie sociale, de plus en plus de relations étant captées par le droit des services publics, « prélude du totalitarisme »²⁴. Notons que les publicistes nourrissaient les mêmes craintes²⁵. C'était bien sûr se tromper de cible :

²² *Op. cit.*, p. 440.

²³ « École de Bordeaux, école du service public et école du guiste », *RDJ* 2001, n°6, p. 1887.

²⁴ Henri MAZEAUD, « Défense du droit privé », *D.* 1946, chron. P. 17

²⁵ Jean RIVERO, « Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ? », *D.* 1947, chron. 69 ; Raymond GUILLIEN, « Droit public et droit privé », *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bière 1967, p. 311.

le but du soldat quand il tire une balle n'est pas de trouer la chemise, même si il y parvient aussi...

C'est ainsi développé une identité propre au droit administratif, à l'intérieur du droit public. Le droit administratif s'y construit « contre » le droit privé (privé d'intérêt général et de contrôle des personnes publiques...) une identité dérogatoire qui met à mal la définition d'une approche à la fois positive et unique de la substance du droit public.

3. La radicalisation de la doctrine

Jusqu'à la fin du IX^e siècle, le savoir juridique se conçoit comme un tout unifié à l'instar du droit lui-même. L'existence, entre 1855 et 1857, puis entre 1874 et 1896, d'un unique concours d'agrégation, fondé sur le droit romain en atteste. Notons d'ailleurs qu'à la création du concours de droit public, l'épreuve phare est celle de droit constitutionnel ou de droit international quand celle du concours de droit privé reste le droit romain²⁶. Sécession a-t-on dit ? Paradoxalement, suivant cette nécessité de se « démarquer », les études du droit public vont mettre longtemps à intégrer le champ académique qui ne pouvait admettre de sécession. La Faculté n'enseignait pas le droit public. La Doctrine est alors celle des administrateurs (Delamare) ou des philosophes du politique. Gageons que la persistance de la distinction comme structuration des imaginaires doit beaucoup à l'existence des sections et agrégations qui a, comme le dit fort bien Olivier Beaud « naturalisé » la distinction²⁷. Cet auteur, confronte les rapports établis alors. Pour contester la séparation des concours (rapport Bufnoir²⁸) on invoquait le manque d'homogénéité des matières de droit public (incluant alors droit pénal et procédure pénale). Au contraire, pour le justifier, Esmein²⁹ centre son argumentation sur les objets des droits : famille et propriété contre souveraineté et Etat. Ainsi Jacques Caillosse peut écrire que « *la stabilité du clivage institutionnellement entretenu ne saurait faire illusion* »³⁰. Quel paradoxe, dans un pays

²⁶ Jean-Jacques BIENVENU, « Les concours pour les chaires des Facultés de droit (An XII-1855) », *RHFD*, n° 23, 2003, p. 7.

²⁷ « La distinction du droit public et du droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques », *op. cit.*, p. 30.

²⁸ *Annales d'histoire de la faculté de droit*, n°&, 984, p. 99.

²⁹ *Ibidem*, p. 119.

³⁰ Jacques CAILLOSSE, « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique. », *AJDA* 1996, p. 955.

où la doctrine a, comparativement, si peu de pouvoir et de place dans les sources de raisonnement des politiques et des juges et dans les recrutements des hautes juridictions, de voir que l'opposition des deux grands blocs structurants de la pensée sont le fait principalement de l'Université.

Le projet des publicistes consiste alors pour beaucoup à se distinguer en s'opposant. Aujourd'hui encore, le thème du droit dérogoire domine l'identité recherchée dans les organes ou dans les missions.

Car une autre hache de guerre n'a toujours pas été enterrée : la querelle du positivisme ; chacun incarnant « l'affreux positiviste » de l'autre. Qui n'a pas entendu tel professeur d'introduction au droit ou de philosophie du droit, d'obédience privatiste, accuser le droit public de « positivisme » ? Là où le droit privé, sous la figure tutélaire de Carbonnier, serait tourné vers la traduction des aspirations les plus profondes de la société, le droit public ne serait que l'assèchement des sources par la description exclusive d'un droit statutaire volontaire. Les publicistes n'ont-ils pas eux-mêmes parfois accusé les privatistes d'être « positivistes », privilégiant la rigide technique et les arcanes du code sur la beauté ondoyante de la jurisprudence administrative nourrie des principes et des mythes créateurs de l'intérêt général et du service public, ou de belles histoires et de drames oniriques, de la petite Agnès Blanco à la pauvre Dame Mélinette ? Le mot positivisme prend en effet bien des sens³¹ selon que l'on s'attache à mettre en lumière une méthode de législation (le refus du droit naturel), un objet d'étude (le droit positif), ou une méthode académique (le positivisme comtiste). Le panel des trois permet tous les anathèmes et ne permet pas de caractériser l'une ou l'autre des branches du droit. Le plus souvent l'anathème « positiviste » équivaut plutôt à reprocher la passion de la technique juridique imputée à l'autre section académique.

Or, le positivisme apparaît bel et bien comme l'option qui, à un moment donné, a permis au droit public de se forger une identité. Comme le montre Norbert Foulquier³², le positivisme sociologique et le positivisme juridique ont permis de dégager la *summa divisio* de ses présupposés idéologiques, excluant que le droit privé fût le seul lieu des droits subjectifs face à un droit public objectiviste et tourné vers la puissance publique. Ce faisant, le positivisme a aussi plaidé pour l'unité du droit et la fin de la séparation... Le positivisme serait donc davantage un réflexe commun qui

³¹ Michel TROPER et Christophe GRZEGORCZYK, *Le positivisme juridique*, LGDJ, Coll. Logiques juridiques ; Kelsen (Hans) : *Théorie générale du droit et de l'Etat* (trad. B. Laroche) suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* (trad. V. Faure), Bruylant, LGDJ, 1997.

³² *Les droits subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, NELLE Biblio. De thèses, 2003, p. 426 et S.

permet à la doctrine publiciste d'étayer l'autonomie du droit public grâce à des dispositions qui ont adopté les critères de la doctrine. N'est-il pas remarquable que la jurisprudence fondatrice du critère du service public, on veut parler de l'arrêt Terrier³³ et ses corollaires, ait succédé aux écrits d'Hauriou qui en suggéraient la ligne³⁴ et non à ceux de Duguit ou de Jèze qui en ont, par la suite, mis en valeur la teneur ?

Il faut encore relever que l'identité du droit public ne se construit pas seulement en opposition avec le droit privé mais face encore, après la sécession de l'économie politique, à son « enfant terrible » : la science politique. L'agrégation de science politique a été créée en 1971 et concrétise la politique d'autonomisation menée par les adeptes de la sociologie politique. Cette confrontation avec une discipline adolescente qui cherche elle-même à se forger une identité face aux relations internationales et à la sociologie, conforte le droit public dans sa position de science des normes³⁵. De ce fait, parmi les sciences sociales, le droit public se trouve aujourd'hui bien plus proche du droit privé qu'il ne l'a jamais été. Science des normes juridiques, la méthode juridique unifie les disciplines, rendant de plus en plus difficile la détermination de critères de distinction.

II. L'*ipse* et l'*idem* dans les critères du droit public

Maintenant que l'on sait que l'existence du droit public mêle l'*ipse* et l'*idem* selon des proportions savamment dosées pas une doctrine idéologiquement inspirée, il est possible de le vérifier à travers les critères utilisés pour l'identifier. Le courant, sans doute majoritaire aujourd'hui, alimente l'*ipse*, la dérogation, l'exorbitance. Il a pour lui le discours des juges et plus particulièrement celui du Tribunal des conflits. Deux bémols doivent être apportés à cette présentation. Le premier relève que ce même Tribunal évoque un spectre plus large que les simples notions de service public ou de puissance publique pour donner au droit public une identité organique marquée. Le second souligne que ces critères sont ceux du droit administratif seul, laissant de côté les droits qui le fondent, celui de la constitution, des finances, des relations internationales... (A). Il faudrait donc aller au-delà pour renouer avec l'*idem*, celui qui fait du droit public le pendant du droit privé, le gage d'un équilibre social appelé de ses vœux par Hauriou (B).

³³ CE, 6 février 1903, *Rec.* p. 94.

³⁴ *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, Larose, 1899, 94 p.

³⁵ M. MILET, « L'autonomisation d'une discipline. La création de l'agrégation de science politique en 1971 », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, n° 4, p. 95.

A. L'ipse, focale de l'exorbitance³⁶

La multiplicité des critères utilisés en doctrine atteste s'il en était besoin du caractère évanescent d'une certaine exorbitance. La dimension essentiellement idéologique de la séparation devient évidente. Comme le souligne encore Olivier Beaud avec Sophie Papaefthymiou, cela ne doit pas masquer une certaine réalité de droit positif de la séparation, laquelle semble donner à la dimension organique une priorité à réinterroger.

1. La pluralité des critères de l'exorbitance

Selon la doctrine, au fil des siècles l'opposition entre les deux corpus a résulté de l'usage de multiples critères comme autant de figures de l'*ipse*. Le droit public aurait tantôt ses propres sources, ses propres fins, ses propres moyens, ses propres sujets, etc.... sans que jamais un seul de ces critères n'emporte la conviction d'une réelle exorbitance.

Premier critère, les sources. Cicéron semblait ainsi s'appuyer sur les sources : le droit public est impersonnel, législatif ou coutumier, le droit privé contractuel. Ulpien se fondait sur la matière, l'objet : l'utilité publique des choses sacrées d'un côté, l'utilité privée des particuliers de l'autre. Enfin, pour les glossateurs, à partir du XIII^e, c'est la finalité qui s'impose, l'utilité dépassant la question de l'objet. Mme. Basdevant-Gaudemet indique que chez Loyseau, droit public signifie, soit droit général contre les privilèges, droit d'utilité publique ou encore droit relatif aux affaires de l'Etat³⁷. Voilà pourquoi, au XVI^e siècle, Alciat et Cujas peuvent retenir trois ou quatre sens de l'expression « droit public ». Pour autant la question des sources se mêle toujours au débat, le droit public étant limité pour certains au droit positif, quand le droit privé s'ancre davantage dans le droit naturel et le droit des gens.

Du côté des sources, l'unité du droit s'est reformée. Aujourd'hui, l'essor des sources supra-législatives, communes aux deux branches du droit remet de toute manière en cause la survivance de l'idée que les normes de chaque ordre sont incompa-

³⁶ Cf. Grégoire BIGOT, « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question* (s), Etudes réunies par Fabrice MELLERAY, Université de Poitiers, LGDJ, 2004, p. 25.

³⁷ *Aux origines de l'Etat moderne, Charles Loyseau (1564-1627, Théoricien de la puissance publique*, 1977, p. 89.

tibles. Le droit constitutionnel, le texte de la Constitution et l'ensemble de la « charte jurisprudentielle », se consacre uniquement à cette fonction de consécration et d'institutionnalisation. Une des fonctions du droit public en tant que « public » réside dans cette dimension trop vite dénigrée et trop vite oubliée de la « proclamation », de l'assise, du fondement. L'effet juridique ne se limite pas toujours à celui de la sanction ou de l'effectivité, et l'essoufflement du droit civil dans son rôle de droit commun des personnes découle également de sa dépossession d'une partie de sa force symbolique au profit du mouvement en faveur des droits fondamentaux. La constitutionnalisation des branches du droit amène à rapprocher les bords du tissu juridique. Les mêmes fondements, constitutionnels ou européens, alimentent et contraignent les comportements de tous les acteurs et appellent à d'autres justifications.

Second critère, double en fait : les fins et les moyens. Quand il ne s'agit plus de fonder l'identité propre du droit public sur la spécificité des organes d'Etat, apparaissent les notions plus larges d'exorbitance et de dérogation, soit selon les fins, soit selon les moyens. On la doit en partie à Domat et à sa théorie de la « police universelle » qui fait de l'Etat un acteur dans l'ensemble de la collectivité selon des modes d'action propres³⁸. C'est bien sûr sur cette question des fins et de moyens que le débat le plus classique entre Hauriou et Duguit a focalisé l'attention, érigé au rang de mythe fondateur de la discipline administrative. Ce débat doit être remis à sa juste place, celui d'un pari sur ce que le juge ferait pour justifier sa compétence et lui-même parier sur ce qui fonderait idéologiquement le modèle français. On sait aujourd'hui que le juge constitutionnel a fait triompher l'Ecole de Toulouse³⁹ dans sa décision de janvier 1987, *Conseil de la concurrence*⁴⁰, quand le Conseil d'Etat donne au service public une place toujours aussi remarquable hors du noyau constitutionnel. Mais au-delà, ces critères ne permettent pas de définir le droit public, tout juste d'arbitrer des escarmouches frontalières qui passionnent les chroniqueurs de l'Actualité Juridique.

Troisième critère, le rapport de droit et les sujets de droit. Si on se reporte à l'étude de Sophie Papaefthymiou concernant la distinction « droit privé-droit

³⁸ Jean DOMAT, *Préface au droit public*, in *Lois civiles dans leur ordre naturel*, cf. David GILLES, « Jean Domat et les fondements du droit public », *RHFD*, 2005-2006, n°25-26, p. 95.

³⁹ Sur les réserves à apporter à cette formule, Fabrice MELLERAY, « Remarques sur l'Ecole de Toulouse », *Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, Litec, 2009, p. 533 ; sur la décision de 1987, Pierre ESPLUGAS, *Le Conseil constitutionnel et le service public*, LDGJ, Bibliothèque constitutionnelle et politique.

⁴⁰ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, JORF, 25 janvier 1987, p. 924, Recueil, p. 8

public »⁴¹, celle-ci se justifie dès le XIX^e siècle par l'existence de deux types de sujets de droit, l'individu (au centre du système juridique depuis le droit naturel moderne) et l'Etat⁴². L'objet du droit public se limite aux rapports d'inégalité qu'entretiennent entre eux ces deux types de sujets, il apparaît comme un droit de puissance publique.

Bien sûr, le droit public resterait cousu d'unilatéralité là où le droit privé verrait le contrat régner en maître ; autant d'erreurs de perspective dénoncées par Hauriou et plus récemment par Xavier Dupré de Boulois ou Benoît Plessix. Matériellement difficile à isoler, l'inégalité est impensable formellement. Hans Kelsen admettait que l'inégalité des sujets du rapport de droit puisse constituer un critère de séparation des « deux droits », tout en soulignant d'une part qu'une telle distinction ne saurait être qu'artificielle (en science du droit) et d'autre part que cette inégalité n'est pas celle des sujets de droit (par définition égaux) mais celle des prérogatives de ces sujets dans la création de la « norme secondaire ». Dans la perspective de Kelsen, les personnes ne sont que des auxiliaires des faits que sont les normes et qui seules peuvent être différenciées. Dès lors, le rapport de droit est toujours égalitaire, y compris avec l'Etat. La distinction ne tiendrait donc qu'au caractère autonome ou hétéronome du processus normatif de chacun des sujets du rapport de droit⁴³.

Enfin, dans le prolongement encore, ériger l'un contre l'autre droit public et droit privé ce ne serait que revenir à la séparation de l'Etat et de la société civile, avec dans l'idée que tout ce qui vient de l'Etat serait du droit public, l'âge d'or de la liberté se trouvant dans le droit spontané et dans l'arbitrage. Derrière, bien sûr, se dresse la figure fantasmagorique d'un combat titanesque entre le pluralisme juridique, herbe folle toujours renaissante, et le monisme étatique, Léviathan relooké par le kelsenisme triomphant si cher aux publicistes forcément technicistes⁴⁴.

⁴¹ Sophie PAPAETHYMIIOU, *La distinction « droit privé-Droit public » dans la théorie du droit et de l'Etat*, Thèse, Institut Universitaire Européen et Paris X-Nanterre, 1994, (M. Troper Dir.).

⁴² Voir également le numéro des Archives de philosophie du droit consacré à la distinction Public / privé, 1996.

⁴³ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat* (trad. B. Laroche) suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* (trad. V. Faure), Bruylant, LGDJ, 1997, p. 256 et s. ; Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la deuxième édition par C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 218 et s.

⁴⁴ Pascale DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002.

2. La mise en évidence de l'idéologie doctrinale

Comme le montre fort bien Eric Desmons⁴⁵, la distinction droit public-droit privé a réussi à agglutiner au XX^e siècle une charge inquiétante d'idéologie qui en rend la lecture très difficile. Sa seule évocation conduit aujourd'hui à la superposer, la mêler, l'enchevêtrer avec de multiples autres oppositions inextricables. Séparer le droit public et le droit privé ce serait d'abord séparer le domaine public et le domaine privé comme si les deux droits n'étaient pas présents dans les deux sphères. Puisque le droit public n'est autre que celui qui institue les personnes du même nom et régit leurs relations, nul doute qu'il n'a rien à faire dans la sphère privée dont il serait l'ennemi. Dans le prolongement, ce serait favoriser l'interventionnisme économique de l'Etat ou au contraire s'assurer du libéralisme. Le droit public se retrouve ainsi affublé d'une image de socialisme municipal quand le droit privé devient celui du commerce et des affaires. Images d'Epinal à la fois éculées et toujours vivaces dans l'imaginaire de nos chers étudiants... et, non moins chers, collègues. C'est pourquoi Charles Eisenmann a eu beau jeu de contrecarrer, dans les années cinquante, les observations de René Savatier estimant pouvoir déduire de l'essor de la régulation étatique venant encadrer les libertés individuelles une progression du droit public au détriment du droit privé⁴⁶. Contre l'idéologisation de la *summa divisio*, faisant du droit public un droit de soumission et du droit privé un droit d'autonomie, dénonçant la puissance négatrice de la personne humaine du droit public, contre le critère discriminant de l'intérêt public et de l'intérêt privé, Eisenmann insiste sur le fait que « *droit public et droit privé sont chacun un groupement de deux séries de disciplines juridiques, correspondant à deux séries de systèmes de règles de droit qui en constituent l'objet(...). Le droit public ni le droit privé ne se définissent ou ne se caractérisent par un contenu politique déterminé* »⁴⁷.

3. Un droit positif trompeur et dévoyé

Le dualisme de juridiction, loin de simplifier la question, entretient le mythe de l'ancrage objectif de la séparation des droits. Or, l'existence d'un noyau

⁴⁵ Entrée « Droit privé-Droit public », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. De D. ALLAND ET S. RIALS, PUF, 2005.

⁴⁶ Charles EISENMANN, « Droit public, Droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle. », *RDV*, 1952, p. 903 et René SAVATIER, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 1945.

⁴⁷ p. 960 et 963.

de compétence réservé constitutionnellement ou non au juge administratif ne concerne qu'une petite partie du droit public disciplinairement entendu. La dimension théorique dépasse de très loin la seule jurisprudence du Tribunal des conflits. Le droit administratif a focalisé l'attention depuis le XIX^e et occulté l'ampleur de la question de l'identité d'ensemble, aboutissant à mettre en avant la notion réductrice d'exorbitance au détriment de la personnalité choyée par Hauriou.

On ne s'interroge déjà pas souvent sur la nature « publique » du Tribunal des conflits. L'esprit vif et neuf de nos étudiants les amène parfois à poser cette question : « Pourquoi étudier le Tribunal des Conflits dans le cadre de la partie contentieuse du droit administratif ? » Nous savons que la réponse tient dans le fait que ce Tribunal est saisi le plus souvent (mais non exclusivement) d'un déclinatoire de compétence, acte administratif, acte de relation entre services de l'Etat, dont il apprécie la légalité, laquelle réside dans la résolution du conflit de compétences. En outre, on se souvient qu'historiquement le Tribunal succède dans ce contentieux au Conseil d'Etat lui-même et avant lui au ministre juge. Encore faut-il noter que la séparation que la jurisprudence du Tribunal des conflits permet de matérialiser quelque peu ne touche que l'action publique dans ses frontières et seulement dans l'hypothèse de conflits nés dans le cadre d'un contentieux né devant des juridictions judiciaires disposant d'un ministère public. Tout cela se passe dans une « ambiance » de droit public, alors même que le Tribunal devrait logiquement, comme garde barrière, se situer en dehors des deux ordres juridictionnels dans une sorte de zone neutre et « démilitarisée ».

On sera surpris par la dimension exclusivement statutaire des occurrences d'emploi de l'expression « droit public » dans la jurisprudence. Legifrance ne recense que 138 arrêts du Tribunal des conflits qui comportent l'expression « droit public ». Il s'agit, presque toujours de qualifier ainsi la nature d'un contrat⁴⁸, d'une personne morale ou organisme, ou encore (et le plus fréquemment) d'un agent de l'administration (lequel peut également avoir un « statut de droit public »⁴⁹ et se range dans la catégorie des contrats). La dimension première de cet usage est donc organique. Ce sont les personnes qui « sont » de droit public, ce qui rejaillit sur leurs agents et leurs contrats. Ce n'est que par extension que l'action devient « de droit public ». Plus rarement encore, il résulte de ce triangle l'existence de « rapports » et de « régimes » de droit public⁵⁰. Parfois, un préfet se laisse aller à parler de « situation de droit public » à propos d'un contrat de sous-traitance exécuté sur le domaine public⁵¹. Le Tribunal évoque aussi certaines variantes, évoquant des « liens de droit public »⁵². Il est

⁴⁸ Lequel peut également revêtir un « caractère de droit public », TC, 12 juin 1978, *Préfet de la Vienne*.

⁴⁹ TC, 18 avril 2005, N° C3444.

fort rare qu'il soit fait mention de « règles de droit public » comme le formulent certains préfets dans le but de voir qualifier l'ensemble d'un service public⁵³. Un arrêt seulement fait mention de la formule retenue par Hauriou de « principes de droit public » pour encadrer les relations d'un maire et de sa commune⁵⁴. On reste loin d'une essentialisation du droit public qui aurait une « nature » différente.

⁵⁰ « Considérant que si les dispositions précitées imposent le maintien des contrats de travail en cours, y compris dans le cas où l'entité économique transférée constitue un service public administratif dont la gestion, jusqu'ici assurée par une personne privée, est reprise par une personne morale de droit public normalement liée à son personnel par des rapports de droit public, elles n'ont pas pour effet de transformer la nature juridique des contrats de travail en cause, qui demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public ; que lorsqu'un salarié refuse de signer le contrat de droit public qui lui est proposé, le litige relatif aux conséquences de ce refus relève de la compétence judiciaire, dès lors que ledit salarié n'a jamais été lié au nouvel employeur public par un rapport de droit public », TC, 26 juin 2006, N° **C3508**.

⁵¹ « Vu le déclinatoire présenté le 17 août 2004 par le préfet de la Seine-Maritime, tendant à voir déclarer la juridiction de l'ordre judiciaire incompétente par les motifs que M. X assure la gestion de la cafétéria de l'espace nautique « Cap Vert » en qualité de sous-traitant de la société Vert Marine SAS, qui est elle-même délégataire de service public de la communauté de communes de Cattenom (Moselle) et titulaire d'un contrat d'occupation du domaine public ; qu'il se trouve en conséquence placé, comme cette société au nom de laquelle il agit, dans une situation de droit public ; que la convention qu'il a conclue avec la société Vert Marine SAS comporte des clauses exorbitantes du droit commun et a donc le caractère d'un contrat administratif », TC, 12 décembre 2005, Préfet de la Seine-Maritime, N° **C3479**.

⁵² « Considérant que M. X... a été recruté à titre temporaire par l'hôpital local de Vallon-Pont-d'Arc en qualité d'agent des services hospitaliers ; que dans l'exercice de ces fonctions, il apportait une aide aux personnes hospitalisées pour faire leur toilette et assurait le service des repas destinés à celles-ci ; qu'il collaborait ainsi directement au fonctionnement du service public dont l'hôpital a la charge et était lié à cet établissement par des liens de droit public », TC, 16 janvier 1995, Préfet de l'Ardèche, N° **02947**.

⁵³ « Vu le déclinatoire de compétence présenté le 1er mars 1993 par le préfet de Mayotte, tendant à voir déclarer la juridiction de l'ordre judiciaire incompétente, par les motifs que le service des hydrocarbures de Mayotte est un service public administratif de distribution obéissant à des règles de droit public », TC, 24 octobre 1994, Préfet de Mayotte, N° **02937**.

⁵⁴ Considérant que les rapports entre une commune et son maire ainsi qu'entre un hospice communal et le président de sa commission administrative sont des rapports de droit public ; que le litige qui s'est élevé entre ces personnes publiques et leur ancien maire ou président en raison du comportement de ce dernier dans l'exercice de ses fonctions et quel que soit le caractère des fautes qui lui sont imputées ne peut trouver sa solution que dans les principes du droit public. », TC, 21 janvier 1985, *Hospice et commune de Château-neuf du Pape*, N° **02332**.

Encore faut-il s'interroger sur un abus de langage qui masque bien des facilités : un contrat « de droit public » signifie « régi par » le droit public. Le Tribunal utilise parfois aussi une périphrase qui pose que les relations d'un gestionnaire de service public administratif avec ses employés « étaient soumises au droit public et relevaient de la compétence du juge administratif »⁵⁵. De même, les usagers des écoles vétérinaires, « les propriétaires des animaux confiés à ce service sont, en qualité d'usagers, placés dans une situation réglementaire régie par le droit public »⁵⁶. Plus paradoxal, le juge distingue parfois un statut de « fonction publique » et un statut « de droit public » pour différencier le fonctionnaire de l'agent contractuel⁵⁷. Il ne faut donc pas y voir une incarnation de la « publicité » dans chaque situation.

Ainsi mis en exergue, le droit de l'administration ne permet pas de comprendre (ni même de savoir, en droit positif) si le droit constitutionnel ou le droit budgétaire, ou encore le droit international des traités relèvent bien du droit « public ». *L'idem* est peut-être alors un éclairage plus intéressant pour comprendre l'identité du droit public.

B. *L'idem*, l'équilibre entre public et privé comme critère de l'identité

Il s'agit ici de revenir sur l'esprit de système qui a animé la doctrine fondatrice du droit public comme discipline. Pour les « grands auteurs » qui approchent

⁵⁵ « Considérant qu'en application de l'article L. 5212-1 du code général des collectivités territoriales, un syndicat intercommunal est un établissement public ; qu'il est constant qu'en l'espèce son activité de service de collecte et d'élimination des ordures ménagères était financée par des subventions versées par ses membres ; qu'ainsi il gérait un service public administratif et que ses relations avec ses employés même temporaires étaient soumises au droit public et relevaient de la compétence du juge administratif ; qu'ainsi c'est à bon droit que le conflit a été élevé », TC, 15 décembre 2003, N° **C3392**.

⁵⁶ TC, 17 novembre 2003, N° **C3387**.

⁵⁷ « Considérant que M. Y..., inspecteur central des impôts, a été engagé par l'office foncier de Nouvelle-Calédonie, qui était un établissement public d'Etat à caractère industriel et commercial, pour y exercer les fonctions de chef du service juridique et domanial ; qu'en position de détachement, il était soumis aux règles régissant la fonction exercée par l'effet du détachement ; que cette fonction ne plaçait pas l'intéressé sous un statut de fonction publique ou de droit public au sens de l'article 1er de l'ordonnance de 1986 précitée », TC, 15 avril 1991, N° **02642**.

désormais le centenaire, il s'agissait sans doute moins de se construire contre le droit privé que de relier droit constitutionnel et droit administratif dans un élan commun de fondation. Les institutions publiques, structures et actions confondues, s'inscrivent dans un corpus spécifique de normes qui ont leur logique, laquelle relève plus d'un discours construit en fonction d'idées politiques en vogue au détour de 1900. Arrêtons-nous sur deux monstres sacrés, reliés par la Garonne, enfin réconciliés, pour montrer que le droit public se pense dans sa globalité et pour lui-même. Il semble que le « cœur » de métier du droit public soit institutionnel, organique. La question de l'identité se crispe quand il s'agit de classer, de typer, d'autonomiser le droit de l'action, de la « régulation » publique.

1. Une doctrine de l'*idem* au tournant du siècle

La naissance du droit public comme espace académique coïncide avec celle des « Ecoles » génératrices de l'identité du droit public. L'avènement du droit public comme discipline se combine avec la fin de l'exclusivité de l'école de l'exégèse. En même temps que s'ouvre, par le décret du 23 juillet 1896, un concours d'agrégation spécifique⁵⁸, les publicistes empruntent de nouveaux chemins théoriques, des rapprochements avec d'autres domaines de la connaissance, notamment la sociologie, l'approche historique ou économique (pendant un temps d'ailleurs l'agrégation de droit public inclut celle d'économie, sous les traits de l'économie politique). Le positivisme, emprunté à la sociologie de laquelle il se sépare par l'objet d'étude, devient la marque de fabrique de certains publicistes et permet de se démarquer des privatistes tout en prouvant la normativité du droit public. La création de la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, avant même la *Revue Trimestrielle de droit civil*⁵⁹, en 1894, amène la doctrine à développer ses propres points de vue et à consacrer ses propres auteurs.

La clé de l'identité du droit public se trouve sans doute dans le fait d'interroger constamment les liens qu'entretiennent le droit et l'Etat. Mobilisant les ressources de la philosophie politique et de la sociologie naissante, les publicistes proposent des explications globalisantes, compatibles avec le modèle libéral et l'individualisme dominant mais dégageant les traits du collectif comme élément objectif et tangible à l'aide des normes.

⁵⁸ Jean-Marie CARBASSE, « L'agrégation des facultés de droit », *RDP* 2009, n° 2, p. 300.
Créée en 1902.

⁵⁹ Créée en 1902.

2. Duguit et l'unité du droit public autour de la solidarité

On doit à Duguit l'idée que la *summa divisio* se résume à une vue de l'esprit tant le droit demeure « un » et étranger à toute explication reposant sur la souveraineté. Evitant que la puissance publique ne puisse se privatiser, pas même au profit des gouvernants, Duguit prône l'unité du droit objectif. Pas d'exorbitance donc, mais un droit marqué par l'intérêt collectif, sans scission entre droit constitutionnel et droit administratif. Tout comme Hauriou, Duguit a choisi de rechercher l'identité du droit public (paradoxalement à l'occasion de ses « transformations » en 1913⁶⁰) dans sa totalité et son rôle. Comme l'écrit à nouveau F. Melleray : « la conception de Duguit n'inclut pas dans la notion de service public l'idée d'un régime juridique déterminé, régime différent du droit privé »⁶¹. Duguit refuse la séparation des deux droits et en réduit la distinction à une différence de mode de sanction. Pour lui, la règle de droit reste unique et s'applique indifféremment aux gouvernants et aux gouvernés. Tous travaillent ou bénéficient de la concrétisation de la solidarité sociale par les services publics. Le dualisme de juridiction n'y joue pas le rôle essentiel que l'École du service public lui confira. Voilà pourquoi le droit « dit privé » connaît les mêmes « transformations » que le droit public : chaque droit y est considéré comme une fonction que chacun doit exercer dans l'intérêt de tous. Certains diront qu'il s'agit là d'une lecture publiciste du droit privé... Voilà pourquoi Duguit conclut furtivement à une identité propre du droit public qui dispose d'un mode de sanction spécifique garantissant ces situations spécifiques. Théoriquement impensable, la distinction vit en droit positif.

3. Hauriou et l'unité du droit autour de l'Institution

La construction d'Hauriou reste assez intéressante à cet égard en dépit du siècle qui nous sépare de la première édition de ses *Principes de droit public*⁶² (mise en valeur par la superbe couverture du présent ouvrage). Au chapitre VIII, intitulé « le régime civil », il dresse une fresque imposante de la culture juridique occidentale et explique le système français de dualisme juridique. Partant du postulat que la raison d'être du régime d'Etat est de protéger la vie civile, laquelle se fonde essentiellement

⁶⁰ *Les transformations du droit public*

⁶¹ Art. préc., p. 1893

⁶² *Principes de droit public à l'usage des étudiants en Licence en doctorat Es-sciences politiques*, Librairie de la société du Recueil Sirey et du Journal du Palais, ancienne Maison Larose et Forcel, Paris, 1910, p. 302 et s.

sur la propriété et la famille et se trouve régie par le droit privé, il pose que tous les autres droits émergent comme exceptions. Le fameux « régime civil », comprend, outre la vie privée, la vie publique et leur coordination. La vie publique émerge quand les fonctions de pouvoir ont cessé d'être patrimonialisées. Le pouvoir, défini comme concentration de la contrainte juridique en domination portant sur des hommes libres, se transforme en offices, fonctions et services publics dans l'intérêt de tous, c'est-à-dire le désintéret personnel des décideurs. C'est ce pouvoir là, non patrimonial que l'on nomme puissance publique. « Public » signifie alors ce qui se rapporte au peuple (vient de *poplicus, populus*), en un mot « une foule composée d'individus pouvant penser ensemble »⁶³, faisant abstraction des cadres sociaux. La « collectivité dont le citoyen fait partie d'une façon immédiate, ce n'est pas la nation organisée et solidifiée, c'est au contraire le public, la foule, la nation liquéfiée »⁶⁴. Le droit public se concentre donc sur l'organisation réglée des pouvoirs publics, les rapports des particuliers avec l'Etat étant des développements postérieurs (entendre par là « non romanistes ») issus du développement d'une justice publique. La puissance publique n'apparaît alors plus du tout comme identifiée à la souveraineté laquelle est une forme juridique du pouvoir attribuée à une Nation organisée.

Ceci étant posé, on parvient au cœur de la démonstration générale : toute séparation alimentant un système d'équilibre, la séparation des droits permet d'équilibrer vie privée et vie publique qui ne se séparent pas comme le feraient deux sociétés. Mieux, la vie publique permet l'évolution de la vie privée très conservatrice. C'est dans la vie publique que les forces de changement se créent, décloisonnant l'enfermement des dépendances inhérentes à la vie privée. Donc, comme la séparation du pouvoir économique et politique, celle de la propriété et de la souveraineté, la séparation du droit privé et du droit public s'analyse comme un équilibre créé dans l'intérêt du régime civil.

Ardent défenseur des vertus de l'espace public qui se dresse en providence universelle et en services publics, un rationalité que Hegel n'aurait pas démentie, Hauriou écrit solennellement : « Le citoyen ordinaire d'un Etat moderne est comme un amphibie, à l'ordinaire il vit dans les ondes de la vie privée, de temps à autre il en sort pour monter vers l'atmosphère de la vie publique. Ce n'est pas que l'atmosphère de la vie publique lui soit plus salutaire au point de vue des réalités de l'existence, mais elle est supérieure à un point de vue bien important pour l'homme, car elle présente la catégorie de l'espérance ».

⁶³ *Idem*, p. 323.

⁶⁴ p. 325.

Pour résumer cette question de l'identité globale du droit public, il faut sans doute retenir qu'elle est autant idéologique que positive, qu'elle structure le droit et les méthodes de son étude, qu'elle contribue enfin à déterminer un équilibre encore indispensable dans notre société contemporaine comme pour Hauriou. Le droit public ne sort pas du droit commun comme le diable de sa boîte, il est le pendant du droit privé pour l'action collective. Il n'y a pas de privé sans public, pas de yin sans yang⁶⁵. Alors, pour répondre à mon maître de toute à l'heure, *in fine* définitivement, oui, oui, vive la glace à la vanille et le chocolat qui va avec !

⁶⁵ Archives de philosophie du droit consacré à la distinction Public / privé, 1996.