

Droit public-droit privé : de la summa divisio à la ratio divisio ?

Boris Barraud

▶ **To cite this version:**

Boris Barraud. Droit public-droit privé : de la summa divisio à la ratio divisio ?. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2015, 152, p. 1101 s. hal-01367507

HAL Id: hal-01367507
https://amu.hal.science/hal-01367507

Submitted on 16 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Aix*Marseille université

L.I.D.2 M.S.
Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « Droit public - droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif* 2014, p. 1101 s.

manuscrit de l'auteur

HAL
SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

I. La logique récente de la *divisio* et la congruence éphémère du concept de *summa divisio*

A. L'historicité modeste de la *divisio* droit public/droit privé comme contestation de l'évidence de l'idée de *summa divisio*

B. La rationalité moderne de la *divisio* droit public/droit privé comme confirmation de la pertinence de l'idée de *summa divisio*

II. La critique croissante de la *divisio* et la concurrence nécessaire du concept de *ratio divisio*

A. La réprobation théorique de la *divisio* droit public/droit privé comme indice du réalisme de l'idée de *ratio divisio*

B. La relativisation pratique de la *divisio* droit public/droit privé comme preuve du pragmatisme de l'idée de *ratio divisio*

La distinction du droit public et du droit privé semble être la division primaire et structurante de l'ensemble du droit ; toute norme et toute institution appartiendrait nécessairement soit à l'hémisphère public, soit à l'hémisphère privé du monde juridique et c'est pourquoi on qualifie cette divisio *de «* summa *» (suprême). Que ce soit le droit positif, la doctrine juridique ou les facultés de droit, rien ne paraît échapper, parmi le droit français, à cette présentation binaire et manichéenne. Or, si cette dernière repose sur des fondations modernes qui ont indiscutablement consacré son rôle cardinal, elle est toutefois loin d'incarner la vérité éternelle et universelle de tout phénomène juridique : historiquement, elle ne s'est imposée que tardivement, tandis qu'actuellement, à mesure que le droit devient « postmoderne », il se trouve de plus en plus de données juridiques qu'elle peine à accueillir, si ce n'est artificiellement. Aussi la présente contribution propose-t-elle de retenir préférablement l'idée de «* ratio divisio *» (division rationnelle ou raisonnable), laquelle, tout en reconnaissant la pertinence pérenne de la séparation du droit public et du droit privé, tolère l'existence d'une part de « transdroit » irréductible à l'une ou l'autre dimension.*

In France, the distinction between public law and private law seems to be the primary and structuring division of the whole law. Any norm and any institution necessarily belong to the public hemisphere or to the private hemisphere of the legal world and that is why this *divisio* is named "*summa*" (supreme). In the French positive law, in the French legal doctrine and in the French law schools, nothing seems to escape from this binary and manichean presentation. But, if it is based on modern foundations that have undoubtedly spent his cardinal role, it is far to embody an eternal and universal truth of any legal phenomenon: historically, it has become late, whereas now, as the law becomes "postmodern", there is more and more legal data that it pains to accommodate. Also this contribution preferably

retains the idea of "*ratio divisio*" (rational or reasonable division), which, while recognizing the lasting relevance of the separation of public law and private law, tolerates the existence of a "trans-law" irreducible in either dimension.

Une « *divisio* » est, en logique formelle, une opération de partage d'un concept en plusieurs classes. L'expression « s*umma divisio* » signifie littéralement « division la plus élevée », « division suprême ». Quant à celle de « *ratio divisio* », elle permet de désigner une « division rationnelle » ou « division raisonnable »[1]. « *Ratio divisio* » s'oppose donc à « *summa divisio* » en invitant à une approche équilibrée et ouverte plutôt qu'absolutisante et fermée des phénomènes en cause.

La « *summa divisio* » des juristes correspond classiquement à la séparation de l'ensemble-droit en deux méta-branches, non pas principales, mais uniques : le droit public et le droit privé ; cette distinction serait la division-mère de tout le droit ou, en tout cas, de tout le droit français. Inviter la doctrine juridique à subroger « *ratio divisio* » à « *summa divisio* », c'est donc proposer de faire de cette frontière entre le public et le privé une frontière toujours pertinente et nécessaire, mais plus infranchissable et incontestable. La grande différence entre les idées de *summa divisio* et de *ratio divisio* est que cette dernière est accueillante à l'égard de la possibilité qu'il existe une part de « transdroit », quand la première y est par définition hostile.

Léon Duguit, bien que plutôt réfractaire à toute présentation manichéenne du droit, expliquait que, « dans les sociétés modernes, le domaine du droit est devenu tellement étendu qu'il est nécessaire d'y faire des divisions. C'est la condition indispensable pour étudier avec ordre et méthode les nombreuses règles du droit moderne. Mais comme toutes les distinctions que fait l'esprit, celles que l'on doit faire dans le domaine du droit sont un peu artificielles et forcément se pénètrent respectivement. La moins artificielle est encore la distinction traditionnelle du droit public et du droit privé »[2]. Ainsi serait-ce par défaut que la *divisio* droit public-droit privé serait retenue en tant que *summa divisio* : elle ne serait pas la meilleure, mais plutôt la moins mauvaise des synthétisations au sein d'un univers par nature multiple et hétérogène. Seulement, depuis que le maître bordelais a écrit, le phénomène juridique n'a eu de cesse d'évoluer ; s'il était en 1927 « étendu », certainement est-il aujourd'hui devenu hyperétendu et hypercomplexe. Aussi la *divisio* droit public-droit privé n'est-elle peut-être plus la « moins artificielle » des *divisios* possibles. Des propositions concurrentes sont peut-être en droit de revendiquer légitimement le titre de « *summa divisio* ». Or l'avantage patent de l'idée de *ratio divisio* par rapport à celle de *summa divisio* est qu'il est possible que plusieurs *divisios* soient en même temps *ratio*, là où une seule à la fois peut-être *summa*. La *ratio divisio* tolère et

[1] « *Ratio* » étant ici la forme abrégée de l'adjectif « *rationabilis* » et non le nom « *ratio* » qui signifie « système ».

[2] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Tome premier : la règle de droit, le problème de l'État*, 3e éd., Paris, De Boccard, 1927, p. 702.

comprend l'existence de manifestations juridiques transdisciplinaires, irréductibles à un quelconque caractère public ou privé. Dès lors, la séparation binaire laisserait la place à une séparation ternaire : droit public, droit privé, transdroit. Mais la *divisio* survivrait-elle à pareille dégradation, à l'abandon du qualificatif « *summa* » qui lui est traditionnellement accolé ? Il faut gager que oui tant rien n'interdit de faire de l'opposition public-privé un pilier porteur du droit sans en faire pour autant le pilier central.

Largement entendu, l'adjectif *publicus* permet de désigner tout ce qui se rapporte à l'État ; il est donc peu ou prou synonyme d' « étatique » et, d'ailleurs, les auteurs allemands utilisent assez indifféremment les expressions « *ôffentliches Recht* » (droit public) et « *Staatsrecht* » (droit de l'État)[1]. *Privatus* est le contraire ou l'antonyme de *publicus* ; il se rapproche de *singuli*, donc de tout ce qui a trait à l'individu et à ses actions subjectives[2]. Partant, le public paraît s'opposer au privé en ce qu'il reposerait sur l'intérêt général ou collectif, loin des intérêts particuliers. Le droit public serait le droit de tous quand le droit privé serait le droit de l'un ou de quelques-uns ; il existerait donc des liens de parenté étroits entre droit public et droit objectif et entre droit privé et droits subjectifs.

Il se trouve là une première pierre d'achoppement puisque les définitions de « droit public » et de « droit privé » sont diverses, le rapprochement avec les notions de droit objectif et de droits subjectifs étant loin d'être consensuellement reconnu parmi les juristes. Comme souvent à l'heure des mutations pluridimensionnelles du droit, la « polysémite »[3] gagne du terrain : droit public et droit privé sont de plus en plus compris comme signifiant « droit d'origine publique » et « droit d'origine privée », ce qui permet au droit public, ainsi compris sous l'angle des sources du droit, de cannibaliser le droit privé. Le droit public des uns peut donc correspondre au droit privé des autres, ce qui tend déjà à rendre la *divisio* très perméable. Il n'est alors pas inutile de s'en remettre aux acceptions classiques de ces expressions et de considérer que le droit public est celui « qui ordonne la chose publique en vue de la liberté et de la justice par la création d'institutions et par la personnification corporative de l'institution politique ; [celui] qui a pour objet l'état de la chose publique »[4]. Plus simplement, il s'agit du « droit de l'État, c'est-à-dire le droit applicable à tous les rapports humains ou sociaux dans lesquels l'État entre directement en jeu »[5] ; ou « l'ensemble des règles juridiques relatives à l'existence, à l'organisation, au fonctionnement et aux relations de l'État »[6]. *A contrario*, le droit

[1] M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 193.

[2] On note que *privatus* serait né de l'appropriation par les chasseurs et guerriers du butin (A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 1977).

[3] Il est remarquable que des concepts excessivement dépourvus de tous sens précis sont pourtant de plus en plus utilisés (« gouvernance », « droit souple », « droit postmoderne »…).

[4] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 6.

[5] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920, p. 1.

[6] D. TRUCHET, *Le droit public*, 2e éd., Paris, Puf, coll. Que sais-je ?, 2010, p. 5.

privé est certainement l'ensemble des règles juridiques relatives à l'existence, à l'organisation, au fonctionnement et aux relations des personnes privées, des particuliers.

Carré de Malberg résumait assez exactement le sens des expressions « droit public » et « droit privé » en ces termes : « Le droit n'ayant pour objet que de régir des relations d'hommes à hommes se ramène simplement à du droit privé. Le droit public est au contraire le droit de la corporation étatique. Ce droit corporatif envisage l'État, non pas seulement dans les individus, gouvernants ou gouvernés, qu'il renferme, mais surtout dans son unité : il suppose donc essentiellement que la corporation est elle-même un sujet juridique. […] La distinction du droit public et du droit privé se rattache directement à la dualité des sujets juridiques […]. L'un, le droit privé, règle les rapports juridiques concernant les individus ; l'autre comprend les règles spécialement applicables aux collectivités étatiques ou participant de la puissance propre à l'État. […] Le droit public peut être défini : celui qui régit les collectivités pourvues d'une puissance de domination »[1].

L' « identité du droit public »[2] et l'identité du droit privé apparaissent alors bien distinctes et il faut les accepter ainsi décrites, spécialement afin de ne pas participer du renforcement de la polysémie qui menace trop de travaux doctrinaux. Ainsi les prescriptions juridiques sont-elles appréhendées non du point de vue de leurs origines, mais du point de vue de leurs destinataires : le droit public est le droit qui règle l'organisation et le fonctionnement des administrations, des pouvoirs publics, des services publics et de l'État en général, notamment dans leurs rapports avec les citoyens ; le droit privé est le droit qui régit les relations des particuliers entre eux, avec eux-mêmes et avec les choses.

Cette difficulté résolue, les problématiques du caractère suprême de la *divisio* et de la possibilité qu'il existe du transdroit irréductible aux catégories « droit public » et « droit privé » demeurent entières. La *divisio* public-privé peut-être la distinction la plus primaire et la plus fondamentale du droit ; elle peut tout autant être une *divisio* importante sans être la plus importante. Ainsi est-il possible, par exemple, que la séparation des droits objectif et subjectif soit dans une même mesure cardinale. Il pourrait aussi être tentant d'opter pour une opposition droit ordinaire-droit exceptionnel, laquelle est proche cependant de l'opposition droit public-droit privé puisque ce premier, en tant que droit « des contacts de l'homme moderne avec les gouvernants et leurs agents »[3], serait le droit exceptionnel quand le droit privé, englobant tout ce qui n'appartient pas au droit public, serait le droit ordinaire. Il faut pousser plus avant la réflexion car il se pourrait que le transdroit, qui semble pouvoir justifier à lui seul le remplacement de la *summa*

[1] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 50-51.

[2] X. BIOY, dir., *L'identité du droit public*, Toulouse-Paris, Presses de l'Université Toulouse I Capitole-LGDJ, 2011.

[3] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Tome premier : la règle de droit, le problème de l'État*, *op. cit.*, p. 706.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

divisio par la *ratio divisio*, c'est-à-dire par une distinction non totalitaire mais totalisante — capable d'englober l'ensemble du phénomène juridique —, ne soit pas un troisième droit mais plutôt un droit commun, public et privé, exceptionnel et ordinaire à la fois.

Pour répondre à ces problématiques, il convient de se départir de l'influence du passé ; ce qui ne veut pas dire oublier les enseignements du passé. Il faut être capable de penser librement, par soi-même[1], mais sans chercher à forcer le changement et à être iconoclaste. En somme, il s'agit de faire œuvre scientifique, donc objective, pragmatique et empirique. Si la *divisio* droit public-droit privé n'est pas indiscutablement la *summa divisio* du monde juridique, c'est que ce statut engendre une controverse ; or les controverses sont indispensables au progrès de toute science, mais à condition que de réelles *disputatios* soient engagées, loin de toute idéologie. Aussi est-il surprenant que les publications sur le sujet demeurent relativement rares[2]. À la connaissance de l'auteur de ces lignes, aucun article de périodique ne lui a été récemment consacré. Il paraît, en conséquent, utile d'interroger en ces pages l'opposition droit public-droit privé car, si celle-ci est unanimement reconnue comme étant un élément essentiel tant au fonctionnement qu'à la compréhension du système juridique, c'est peut-être abusivement qu'elle est appréhendée, sans autre forme de procès, telle sa *summa divisio*. L'entreprise est risquée car, comme le disait Georges Vedel, « les césures disciplinaires comptent aujourd'hui parmi les frontières les mieux gardées au monde »[3], mais il faut s'y atteler.

Certainement la scission binaire de l'objet-droit doit-elle son succès à une histoire de la juridicité et de la doctrine juridique qui l'a progressivement — mais plus récemment que de tout temps — placée au centre de la logique et de la rationalité du droit (I). Cette histoire, néanmoins, se poursuit et, chaque jour davantage, la relativité d'une telle structure se manifeste un peu plus évidemment, si bien qu'il semblerait désormais légitime de plaider en faveur d'une *ratio divisio*, *i.e.* une séparation public-privé non exclusive et absolue mais relative et ouverte aux

---

[1] *Cf.* G. THUILLIER, « Penser par soi-même en droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 1145 s.

[2] V. toutefois B. BONNET, P. DEUMIER, dir., *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010 ; J. CHEVALLIER et *alii*, *Public/privé*, Paris, Puf, 1995 ; S. PAPAEFTHYMIOU, *La distinction droit public-droit privé dans la théorie du droit et de l'État*, th., Université Paris X, 1994 ; É. DESMONS, « Droit privé, droit public », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, coll. Quadrige-Dicos poche, 2003, p. 520 s. ; *Arch. phil. droit* 1997, « Le privé et le public » ; *Arch. phil. droit* 1952, « La distinction du droit privé et du droit public ».

[3] Cité par F. MELLERAY, N. HAKIM, « La belle époque de la pensée juridique française », in F. MELLERAY, N. HAKIM, dir., *Le renouveau de la doctrine française – Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, p. 10.

mouvements juridiques alentour et à la possibilité d'un « milieu »[1] ou d'un « entre-deux » (II).

I. La logique récente de la *divisio* et la congruence éphémère du concept de *summa divisio*

Afin que le lecteur ne se méprenne pas quant aux intentions de l'auteur, il n'est pas inutile de répéter que ce qui est interrogé ici est la vision commune selon laquelle la *divisio* serait le tronc de tout le droit, sur lequel reposeraient, sans exception, toutes les sous-branches et toutes les spécificités du monde juridique. En revanche, la logique et le caractère souvent indispensable de cette présentation ne sont en aucun instant mis en doute et il est vraisemblable qu'ils pourraient difficilement l'être. En somme, la *summa divisio* peut être critiquée — elle le sera dans la seconde partie de cette étude —, mais la *divisio* ne peut guère l'être. Certes, cette dernière n'est certainement pas une vérité éternelle attachée à l'essence même du droit et sa prégnance actuelle n'est que très partiellement le fruit d'une histoire ancienne (A), mais elle est le résultat direct des caractères que la pensée et les légistes modernes ont conféré, de la Révolution française à aujourd'hui, au droit positif français (B).

A. L'historicité modeste de la *divisio* droit public/droit privé comme contestation de l'évidence de l'idée de *summa divisio*

Duguit faisait remonter l' « invention » du droit public, et donc de la *divisio* public-privé — il existait antérieurement une distinction droit sacré-droit profane[2] —, jusqu'au droit romain et aux premières formes pré-étatiques de pouvoir[3]. Ainsi, comme le soulignait Esmein, la maxime *Princeps legibus solutus est* permettait-elle à l'empereur de se voir dispensé de l'application d'une bonne part du droit commun[4]. Gaius puis Ulpien, et différents jurisconsultes du III^e^ s., ont les premiers opposé *jus publicum* et *jus privatum*. Ulpien écrivait qu'étudier le droit consiste à « envisager deux positions, l'une publique, l'autre privée. Le droit public

[1] Par exemple, v. F. OST, « Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public/privé », in J. CHEVALLIER et *alii*, *Public/privé*, *op. cit.*, p. 97 s. Mais cet auteur entend le sens de « milieu » comme « champ d'interaction de l'homme et de la nature » (p. 97) et non comme point médian entre le droit public et le droit privé.

[2] É. DESMONS, « Droit privé, droit public », art. préc., p. 520.

[3] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Tome premier : la règle de droit, le problème de l'État*, *op. cit.*, p. 681.

[4] A. ESMEIN, « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit français », in S. PINON, P.-H. PRÉLOT, dir., *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2009, p. 274.

est ce qui regarde le statut des choses de Rome, le droit privé ce qui concerne l'utilité de chacun : les premières ont une utilité publique, les autres privée. Le droit public a pour objet les choses sacrées, les prêtres, les magistrats. Le droit privé est réparti en trois aspects : l'ensemble des préceptes du droit naturel, le droit des gens, le droit des citoyens »[1]. Ce fragment a été repris et consacré plus tard, durant le Bas-Empire, dans le *Digeste* et les *Institutes* de Justinien : « le droit public est ce qui touche à l'organisation de l'État, le droit privé, ce qui a trait aux intérêts des particuliers »[2]. La distinction du « droit du gouvernement des romains » et du « droit des intérêts des citoyens romains »[3] existait donc déjà au cours des premiers siècles de l'ère chrétienne. Et Duguit de remarquer que « la distinction s'est transmise traditionnellement jusqu'à nous. Elle était faite par nos anciens auteurs. Elle est acceptée par tous les auteurs modernes »[4]. La *divisio* aurait donc été consacrée il y a fort longtemps et, depuis, elle aurait toujours été un élément premier de la structure du système juridique.

Son parcours n'a cependant pas été celui ainsi décrit d'un long fleuve tranquille. Tout d'abord, aux temps de la République romaine et de l'Empire, la *res publica* était loin d'être la chose de tous ; le *publicus* ne concernait guère que le patriciat, l'aristocratie. Il n'était point de *divisio* pour la plèbe et les esclaves. Surtout, les romains ne séparaient guère de règles différentes quant au fond ; il ne s'agissait que, comme le soulignait très justement Charles Eisenmann, d'une « distinction simple, de portée extrêmement modeste »[5] — les lois des XII Tables étaient pour Tite-Live « source de tout le droit public et privé »[6] — et qui n'était certainement pas *summa*. La *divisio* était un outil doctrinal plus qu'un outil politique pesant sur le droit positif. Puis, les invasions barbares ont mis entre parenthèses la différenciation entre les sphères publique et privée. Alors que, sous les Mérovingiens, la « puissance publique » n'était pas davantage qu'une faible puissance domestique, Charlemagne et les Carolingiens se sont efforcés d'établir le sens de l'État et, avec lui, celui d'une idée de *divisio* alors tombée dans l'oubli ; mais de nouveaux désordres ont contribué à maintenir allègrement la confusion des hémisphères public et privé. Avec le système féodal, il n'était d'État que privé, personnel et patrimonial[7]. Tandis que de multiples parcelles de pouvoir privé cohabitaient sur un territoire fragmenté, il ne se trouvait nul pouvoir public, nuls moyens d'un quelconque droit public. Aussi fallut-il attendre que le pouvoir royal parvienne à s'émanciper de la sphère du droit privé

[1] Cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit. Une introduction*, Paris, Ellipses, 1997, p. 289.

[2] Cité par A. LECA, *La genèse du droit. Essai d'introduction historique au droit*, 3e éd., Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 53.

[3] R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 282.

[4] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Tome premier : la règle de droit, le problème de l'État*, *op. cit.*, p. 682.

[5] Ch. EISENMANN, « Droit public, droit privé », *RDP* 1952, p. 979.

[6] Cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit. Une introduction*, *op. cit.*, p. 99.

[7] R. DRAÏ, *L'État purgatoire. La tentation postdémocratique*, Paris, Michalon, 2005, p. 112.

pour que le droit public, dérogatoire par essence, puisse se développer. Mais, au Moyen-Âge, le droit de l'État n'était toujours que de peu de poids par rapport à celui des corps intermédiaires qui seul régulait la société. L'heure était au « monisme de la seigneurie médiévale »[1] reposant uniquement sur des rapports de dépendance privés. En définitive, que ce soit durant l'Antiquité, au début de l'ère chrétienne ou au Moyen-Âge, la *divisio* droit public-droit privé n'a en aucun instant été une réalité matérialisée par les règles positives. Seulement a-t-elle commencé à être pensée, loin de pouvoir être observée empiriquement. Progressivement, toutefois, les caractères de « commun profit » et d' « utilité commune », principalement développés dans la philosophie thomiste, ont permis à la distinction entre *jus privatum* (droit du sujet) et *jus publicum* (droit du prince) de s'établir, donnant petit-à-petit corps à une certaine forme de *divisio*[2].

Tout aussi grave pour la séparation des droits public et privé est le fait que, jusqu'au XVI[e] s., la *summa divisio* semblait être davantage celle du *jus commune*, c'est-à-dire du droit romain, et des coutumes, lesquelles formaient une myriade de droits locaux[3]. La présentation du droit s'accrochait alors aux origines plus qu'aux destinataires des règles. Et, quant à ces derniers, les juristes se répartissaient, non entre publicistes et privatistes, mais entre facultés de droit civil romain et facultés de droit canonique[4]. Les deux branches du droit savant étaient le droit romain (propre à chaque cité ou État) et le droit canonique (transnational comme l'Église). D'aucuns notent même que la *divisio* droit public-droit privé était « impossible » en pareille époque[5]. Plus tard, Grotius ou Pufendorf, tenants du droit naturel moderne, adoptèrent la *divisio* droit naturel/droit positif, cela afin de faire primer, à la suite de Cicéron ou de Saint Thomas, le droit naturel sur les lois positives[6]. Partant, si ses prémisses peuvent être identifiées dès l'Empire romain, la *divisio* moderne ne s'est pas imposée durant de nombreux siècles et on observe que son véritable développement ne remonterait qu'au XVI[e] s., concomitamment à la naissance des États modernes[7]. Si, dans les années 1700, les ouvrages et les chaires de droit public et de droit privé se multiplièrent, Michel Troper fait remarquer que les XV[e] et

---

[1] G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *Arch. phil. droit* 1952, p. 8.

[2] J. CHEVALLIER, *Le service public*, Paris, Puf, coll. Que sais-je ?, 2012, p. 15.

[3] J.-L. THIREAU, « Droit français », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 485.

[4] J.-M. CARBASSE, « Professeurs à la faculté de droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, 2003, p. 1243 ; Ch. CHÊNE, « Enseignement du droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 621.

[5] J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, Puf, coll. Droit fondamental, 1985, p. 198.

[6] S. GOYARD-FABRE, « École du droit naturel moderne et rationalisme juridique moderne (XVII[e]-XVIII[e]) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 565.

[7] *Cf.* A. RIGAUDIÈRE, « Pratique politique et droit public dans la France des XIV[e] et XV[e] s. », *Arch. phil. droit* 1997, p. 84 s.

XVI[e] s. connaissaient déjà la *divisio*, mais pas la *summa divisio* ; le droit public et le droit privé étaient alors des champs scientifiques parmi d'autres[1]. Ce n'est qu'avec Kant que le droit public et le droit privé commencèrent à apparaître comme deux systèmes bien distincts en même temps qu'élémentaires pour l'architecture juridique. Pour le philosophe de Königsberg, toutefois, le droit privé était celui de l'état de nature et, dans l'état social, il revenait au droit public de le garantir[2]. La *divisio* était donc là encore une *divisio* des sources et non pas des destinataires ou des objets ; il s'agissait d'une opposition entre droit naturel et droit positif, mais non d'une opposition au sein du droit positif. La Constitution appartenait au droit public non parce qu'elle organisait les institutions de l'État et régissait leur fonctionnement, mais parce qu'elle fondait la validité de tout le droit positif, analyse que Kelsen a plus tard confirmée.

Montesquieu avait cependant mis en évidence, aux côtés du « droit des gens » (« lois dans les rapports que les peuples ont entre eux »), l'existence d'un « droit politique » (« lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés ») et d'un « droit civil » (« lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux »)[3]. Et, plus tôt encore, Jean Bodin avait identifié et séparé « le droit public [qui] est celui qui vise l'utilité publique, comme l'observance des rites sacrés, la promulgation des lois, la création des magistrats, la délibération des affaires de la Cité, la déclaration ou la cessation des hostilités, l'établissement des peines et des récompenses et l'institution des actions légales » ; et « le droit privé [dont] les raisons sont différentes […]. De lui relèvent les municipes, les associations et les familles, les droits respectifs du mari et de la femme, des parents et des enfants, des maîtres et des serviteurs et tout ce qui concerne les particuliers »[4]. Assurément, en élaborant sa théorie de la souveraineté — « puissance absolue et perpétuelle » et « puissance de donner et casser la loi » —, Bodin a largement participé de l'affirmation du besoin d'un droit public dérogatoire[5]. Pour que la République ne soit pas despotique, cette puissance, bien qu' « absolue », doit être encadrée par le droit, et ce dernier ne saurait être identique au droit ordinaire applicable aux individus. Néanmoins, quelle que soit l'importance des travaux de Bodin ou Montesquieu, le droit positif n'a longtemps guère concrétisé ces propositions doctrinales. Qui s'attache à la substance du droit ne peut distinguer deux systèmes de règles indépendants et possédant chacun ses caractères propres avant le XIX[e] s.[6], même si, à la fin du XVII[e] s., l'abbé Fleury attestait de l'existence d'un droit public

[1] M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 193.

[2] *Cf.* I. KANT, *Métaphysique des mœurs. Première partie : Doctrine du droit* (1796), Paris, Vrin, 1979, p. 116.

[3] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, L. I, chap. 3.

[4] J. BODIN, *Exposé du droit universel*, 1580, chap. 2 (cité par Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État. Recueil de textes*, Bruxelles, Larcier, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2009, p. 15).

[5] J. BODIN, *Les Six livres de la République*, 1576.

[6] M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 193.

autonome[1] et bien que, au cours du XVIII[e] s., les œuvres de Domat ou d'Aguesseau renforcèrent l'impression d'une séparation entre deux ensembles de règles singuliers.

Concernant l'enseignement du droit, car c'est en ce domaine que se matérialise tout spécialement la *divisio*, si ont été séparés le droit romain et le droit canonique dès le Moyen-Âge, les formations de droit public et de droit privé n'ont pas été isolées avant le XIX[e] s. En 1793, fidèle à sa logique de table rase, la Convention supprima les facultés de droit, les collèges, les grades et les diplômes. Les révolutionnaires rédigèrent un « code de lois » si simple et clair qu'il ne devait susciter aucune difficulté d'interprétation et ne nécessiter nul enseignement spécialisé[2]. Lorsque les écoles de droit furent instituées par la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), le Code civil était prêt à être promulgué[3] : aussi était-il tentant de confondre, à cet instant, l'enseignement du droit avec celui du droit civil et donc avec celui du droit privé. Les facultés de droit ayant rapidement retrouvé leur nom, le programme suivi fut fixé par la loi du 22 ventôse an XII et précisé par le décret du 4[e] complémentaire de la même année, lequel précisait : « Un professeur enseignera tous les ans les *Institutes* de Justinien et le droit romain. Trois professeurs feront chacun en trois ans un cours complet sur le droit civil français. Dans la seconde et troisième année, outre la suite du Code des français, on enseignera le droit public français et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique » [4]. Si les droits public et privé étaient alors clairement distingués en tant que matières, ces dernières se trouvaient mêlées au sein des formations. De plus, priorité était largement conférée au droit privé, le droit public apparaissant comme mineur, digne d'un moindre intérêt. Et l'évolution de ce programme minimum fut très lente ; même si Gérando amorça l'enseignement du droit administratif à partir de 1828 et si Guizot créa un cours de droit constitutionnel en 1834[5].

Jusqu'en 1900 et jusqu'au « renouveau de la culture juridique »[6], les civilistes dominèrent la psyché juridique collective et il se trouvait encore moins de *divisio* parmi la doctrine que parmi le droit positif. Depuis 1804, le Code civil — et donc le droit civil — concentrait l'attention de tous les juristes ; il n'était guère possible de

[1] C. FLEURY, *Droit public de la France*, 1679 (cité par É. DESMONS, « Droit privé, droit public », art. préc., p. 522).

[2] J.-M. CARBASSE, « Professeurs à la faculté de droit », art. préc., p. 1244.

[3] Il le sera huit jours plus tard, le 30 ventôse.

[4] Cité par Ch. CHÊNE, « Enseignement du droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 624.

[5] *Cf.* J. GATTI-MONTAIN, *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon, PUL, coll. Critique du droit, 1987.

[6] Ch. JAMIN, « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 380 ; également N. HAKIM, F. MELLERAY, dir., *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX[e] siècle*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

ne pas se focaliser sur cette « révolution juridique » et il était logique que l'enseignement du droit s'organise essentiellement autour de l'apprentissage de cette matière-socle. On remarque que le droit civil constituait, au cours du XIX[e] s., « l'horizon indépassable des jurisconsultes […] qui n'imaginaient pas pouvoir détacher leurs constructions juridiques, même les plus novatrices, des dispositions [du Code civil] ; chacune d'entre elles devait en quelque sorte recevoir l'imprimatur d'un ou plusieurs [de ses] articles »[1]. Dans le même temps, la jurisprudence n'était qu'anecdotiquement étudiée, le Code civil étant supérieur tant en qualité qu'en quantité de normes. Pourtant, l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits, en 1873, puis l'affirmation du droit administratif, ontologiquement prétorien et essentiellement autonome par rapport audit Code, ont été d'autres « révolutions juridiques ». Ce n'est qu'à partir de cet instant que la concrétisation dans le droit positif de l'opposition droit public-droit privé a permis à la *divisio* de pouvoir être qualifiée de « *summa* ». Et si la séparation du droit public et du droit privé est ainsi une caractéristique récente du système juridique français, elle n'en est pas moins devenue parfaitement incontournable et indispensable.

B. La rationalité moderne de la *divisio* droit public/droit privé comme confirmation de la pertinence de l'idée de *summa divisio*

Élément symbolique de la « Révolution juridique française », l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, complété plus tard par le décret du 16 fructidor an III, interdit aux tribunaux judiciaires de juger l'administration, son fonctionnement et ses relations avec les citoyens. En l'an VIII, furent créés le Conseil d'État et, au niveau local, les conseils de préfecture, recevant compétence pour statuer sur les litiges administratifs. Et l'institution, plus tard, du Tribunal des conflits fut la conséquence logique de cette consécration du dualisme juridictionnel et du besoin de répartir les compétences. Certainement les textes révolutionnaires ne revêtaient-ils qu'une portée relativement limitée, la loi de 1790 ne faisait que défendre aux tribunaux judiciaires de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs » et n'envisageant pas la création d'un autre ordre de juridiction puisqu'il revenait à l'administration elle-même de se charger de son propre contentieux ; mais l'interprétation extensive qui a été faite de cette loi a permis de confirmer l'existence d'une justice administrative parallèle à la justice de droit commun[2]. Ainsi le Conseil d'État, institué, ainsi que son nom l'indique, pour conseiller les consuls[3], devint — *de facto* rapidement puis plus tard *de jure* — le

[1] Ch. JAMIN, « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », art. préc., p. 381.

[2] *Cf.* G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA* 1990, p. 698 s. ; J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA* 1990, p. 712 s. ; P. DELVOLVÉ, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », in *Mélanges Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 135 s.

[3] Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 52.

juge de l'administration. Mais ce n'est qu'en 1953 que furent créés les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel n'apparaissant, elles, qu'en 1987.

Seulement « justice spéciale » ne signifie pas invariablement « droit spécial ». S'il existait, à l'aube du XIX^e^ s., une séparation des autorités, celle-ci ne cohabitait guère plus qu'avec une esquisse de séparation des droits — le terrain juridique étant d'ailleurs loin de se réduire au seul contentieux — ; un juriste connaissant le droit pouvait tout autant plaider devant la juridiction judiciaire que devant la « juridiction » administrative. La loi des 16 et 24 août 1790 pouvait être présentée comme le « texte fondamental de notre droit public » par Laferrière[1], son importance est sans commune mesure avec l'affirmation, par l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits rendu le 8 février 1873, de l'inapplicabilité du droit commun à l'action administrative. C'est bien à partir de ce considérant, célèbre parmi tous, que la *divisio* est devenue le pilier structurant du droit français : « Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; Que cette responsabilité […] a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Tandis qu'auparavant il existait deux ordres de juridiction mais un droit commun, il se trouvait désormais, aux côtés de la juridiction administrative, un droit administratif — en devenir tout du moins —, les deux étant intimement liés à travers le principe de liaison de la compétence et du fond[2]. L'École du service public a vu dans le service public le critère, si ce n'est de l'État[3], de la compétence du juge administratif et, surtout, le fondement d'un droit administratif *ad hoc* ; elle a même situé la justification du régime exorbitant dans l'identification du service public. L'idée s'est traduite, au début du XX^e^ s., dans d'importants arrêts du Conseil d'État[4]. Mais ce droit repose tout autant sur les prérogatives de puissance publique que sur le service public ; autant de caractères qui, en tout cas, interdisent logiquement que l'État soit jugé « comme tout citoyen ».

Comme, à la fin du XIX^e^ s., il ne pouvait exister de « Code administratif », les juges, loin de chercher à faire semblant d'interpréter quelque texte que ce soit, ont

---

[1] Cité par J. CHEVALLIER, « Séparation des autorités », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1405.

[2] J.-B. AUBY, « Dualité juridictionnelle et dualisme juridique », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Economica, 1991.

[3] Duguit écrivait par exemple que « la notion de service public vient remplacer celle de souveraineté. L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande ; il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne » (L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. XIX).

[4] CE, 6 févr. 1903, *Terrier* ; CE, 4 mars 1910, *Thérond*.

« inventé sans complexe mais non sans délectation »[1], en pleine lumière, par de multiples étapes jurisprudentielles successives, les règles nécessaires au bon exercice de leurs fonctions ; si bien qu'actuellement le droit administratif est toujours, qualitativement du moins, un droit prétorien — quantitativement, la loi est certainement devenue première[2] —. Et le doyen Vedel pouvait noter que, « si l'on abrogeait d'un trait de plume le Code civil, il n'y aurait plus de droit civil, car les solutions jurisprudentielles elles-mêmes seraient privées de leur support. Si l'on abrogeait d'un trait de plume toutes les lois administratives, l'essentiel du droit administratif survivrait, car la jurisprudence a dégagé sans référence à des textes les règles fondamentales du droit administratif »[3]. Cette affirmation du droit administratif acheva la contestation de l'outrageante domination des civilistes sur le droit. Au début du XX^{e} s., tandis que le droit constitutionnel devenait de plus en plus digne d'intérêt, l'équilibre, parmi les enseignements juridiques, commença à s'opérer entre matières privées et matières publiques, non pas que ces dernières étaient auparavant négligées, simplement n'existaient-elles pas. Elles profitèrent, au-delà de la montée en puissance de la justice administrative et de l'apparition d'un véritable droit administratif positif au cours du dernier tiers du XIX^{e} s., de la publication, en remplacement de traités assez largement descriptifs et tournés vers la seule législation, d'essais de systématisation, par Hauriou ou Laferrière, appuyés sur l'ouvrage du Conseil d'État et participant de la consécration du droit administratif comme branche du droit pleine et entière[4]. L'heure de gloire de la *divisio* droit public-droit privé, celle où elle allait devenir *summa divisio*, semblait sonner.

Par suite, se pose la question de savoir si, aujourd'hui, cette heure de gloire n'est pas révolue. Certainement l'ordre administratif est-il désormais protégé par une riche jurisprudence constitutionnelle, tant concernant son existence que concernant son indépendance et sa compétence. Mais ce qui importe est que la *divisio* soit une *divisio* des règles positives, qu'elle consiste en la séparation de deux groupes de normes juridiques différentes du point de vue de leur forme et/ou de leur contenu. Concernant le fond, la *divisio* n'a de sens que parce que les conduites prescrites par le droit public diffèrent de celles prescrites par le droit privé[5]. Or il se trouve bien deux ensembles de régimes juridiques parfaitement identifiables et irréductibles l'un à l'autre. Au-delà, la distinction public-privé est évidemment incontournable dès lors que les procédures et les juridictions compétentes ne sont pas les mêmes, tout comme les modes de raisonnement des juges[6]. Duguit observait

---

[1] M. DE VILLIERS, « Le principe de légalité », in Th. DE BERANGER, M. DE VILLIERS, dir., *Droit public général*, 5^{e} éd., Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 2011, p. 436.

[2] *Cf.* F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA* 2005, p. 637 s.

[3] G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », in *EDCE* 1979, p. 31.

[4] *Cf.* F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, Puf, coll. Thémis, 1995.

[5] Ch. EISENMANN, « Droit public, droit privé », art. préc., p. 979.

[6] P. DEUMIER, « Les raisonnements des juges judiciaire et administratif : éléments de comparaison », in B. BONNET, P. DEUMIER, dir., *De l'intérêt de la summa divisio droit privé-droit public*, *op. cit.*, p. 199 s.

« une séparation profonde et complète entre le droit public et le droit privé »[1]. Il relevait que tous deux n'ont ni le même fondement ni le même mode de formation, qu'il y a « des droits subjectifs publics et des droits subjectifs privés qui [ont] des caractères très différents et qui [doivent] être soigneusement distingués »[2]. Et le maître bordelais d'ajouter qu'il existe deux types d'actes juridiques bien distincts et soumis à des règles différentes : les actes de droit public et les actes de droit privé[3]. Ainsi la *divisio* est-elle aussi celle du contrat et de l'acte unilatéral, du droit égalitaire et du droit autoritaire, d'un « système de situations » (le droit public) et d'un « système de relations » (le droit privé)[4]. On fait souvent des prérogatives de puissance publique le critère de distinction des pouvoirs privés et publics, lesquels produisent respectivement du droit privé et du droit public[5] ; Michel Troper retient logiquement que « le droit public est celui qui concerne l'exercice d'un pouvoir de commandement et qui comporte par conséquent des prérogatives d'action unilatérale »[6].

La *divisio* est donc beaucoup plus qu'une simple distinction conceptuelle utilisée pour expliquer le droit positif ; elle est le droit positif. Dans les antiques définitions d'Ulpien précitées, elle portait uniquement une visée scientifique et pédagogique, mais elle ne possédait que peu d'effets juridiques palpables. Aujourd'hui, sont encore clairement séparées les professions de droit public, qui participent de la direction de la *res publica*, du gouvernement et de l'administration de la Cité, et les professions de droit privé ; et d'aucuns d'en conclure que c'est parce que « le droit public se distingue du droit privé [que] l'État mérite bien de s'appeler "République" »[7]. Mais, avant toute autre chose, le droit privé, libéral et reposant sur l'autonomie de la volonté, reste celui des rapports entre particuliers placés sur un pied d'égalité et poursuivant des intérêts privés, quand le droit public, inégalitaire, autoritaire, unilatéral et poursuivant l'intérêt général, demeure celui de l'organisation et du fonctionnement des institutions étatiques et décentralisées, notamment dans leurs relations avec les usagers et citoyens

Pour en revenir à la problématique de l'enseignement du droit, lorsqu'a été institué, en 1855, le concours national d'agrégation des facultés de droit, en remplacement des anciens concours locaux, seule une épreuve unique, centrée sur le droit romain et le droit civil, était proposée aux candidats. Cela traduisait de manière patente la domination du droit privé sur l'ensemble-droit. Il fallut attendre 1896 pour

---

[1] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Tome premier : la règle de droit, le problème de l'État*, *op. cit.*, p. 682.

[2] *Ibid.*

[3] *Ibid.*

[4] A. D'ORS, *Une introduction à l'étude du droit*, 2e éd., trad. A. Sériaux, Aix-en-Provence, PUAM, 2001 (cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit. Une introduction*, *op. cit.*, p. 293).

[5] O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 165.

[6] M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 193.

[7] P. KAHN, *L'État*, Paris, Quintette, coll. Philosopher, 1989, p. 51.

voir cette épreuve sectionnée, par un arrêté du 23 juillet, en quatre concours distincts : droit privé et criminel, droit public, histoire du droit (dont droit romain), sciences économiques[1]. Comprise dans cette dimension, la *divisio* n'aurait qu'un peu plus d'un siècle d'ancienneté, ce qui n'interdit guère qu'elle soit devenue « *summa* » et, lorsque l'accroissement du nombre de matières juridiques a rendu nécessaire la division du doctorat en droit, celle-ci s'est faite essentiellement par la séparation du doctorat en droit public et du doctorat en droit privé[2]. Certainement l'enseignement et la recherche, dans les facultés de droit, contribuent-ils à renforcer la force de la *divisio* au sein de la psyché juridique collective[3]. Il n'en demeure pas moins que celle-ci repose sur des bases, parmi le droit positif, plus que solides et que mettre en doute sa pertinence serait une attitude très inconséquente. Toutefois, il est légitime de se demander si cette *divisio* mérite toujours d'être qualifiée de « *summa divisio* », soit de « division la plus fondamentale du droit ». Peut-être une *ratio divisio*, *i.e.* une séparation raisonnable du droit public et du droit privé, qui accepterait que tout le droit ne saurait entrer ainsi sur l'une des branches d'un droit absolument binaire, qui tolérerait l'existence d'une part de « transdroit », serait-elle préférable et toujours plus préférable à mesure que le droit se « globalise » et que la pensée du droit se « postmodernise ».

II. La critique croissante de la *divisio* et la concurrence nécessaire du concept de *ratio divisio*

En Italie, il n'est pas rares que de mêmes professeurs enseignent à la fois le droit civil et le droit constitutionnel, c'est-à-dire à la fois le droit privé et le droit public. En France, pareille situation apparaît inenvisageable et Carbonnier, ironiquement, affirmait que « le droit civil est aride, fatigant, tandis que le droit constitutionnel amuse »[4]. Par ces mots, lui qui comptait parmi les plus éminents civilistes entendait dénoncer la tendance des juristes à s'enfermer en des cases disciplinaires pour ne jamais en sortir, c'est-à-dire à par trop se spécialiser. Certainement René Cassin, agrégé de droit civil, a-t-il été nommé vice-président du

[1] J.-M. CARBASSE, « L'agrégation des facultés de droit », *RDP* 2009, p. 300 ; *cf.* également F. MELLERAY, « Les concours nationaux d'agrégation de l'enseignement supérieur », *AJFP* 2013, p. 70 s ; J.-P. MARGUENAUD, « La *summa divisio* et les concours d'agrégation en droit public et droit privé », in B. BONNET, P. DEUMIER, dir., *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé, op. cit.*

[2] « Essentiellement » car il existe également le doctorat en histoire du droit, mais celui-ci attire moins de jeunes chercheurs que les sections « droit public » et « droit privé ».

[3] *Cf.* M. BOUDOT, « L'enseignement du droit, un instrument de la *summa divisio* ? », in B. BONNET, P. DEUMIER, dir., *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé, op. cit.* ; S. CAPORAL, « La *summa divisio* des facultés », in B. BONNET, P. DEUMIER, dir., *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé, op. cit.*

[4] J. CARBONNIER, « Gurvitch et les juristes », *Dr. et société* 1986, p. 432.

Conseil d'État en 1944[1] ; mais il s'agit là d'un cas exceptionnel illustrant la prégnance de la *divisio* bien plutôt que sa relativité. Et Christian Atias de retenir que, « dans une tradition qui oppose radicalement droits privé et public, toute [proposition] qui franchit la frontière est plus difficilement accueillie. […] Le nombre des juristes aptes à dépasser la limite est restreint »[2]. S'agit-il là des effets du poids du passé et des traditions ou de la conséquence d'une appréhension objective et pragmatique du phénomène juridique ? Débarrassée de toutes les influences, l'analyse doit consister en une approche réaliste et pragmatique de l'importance de la *divisio* parmi le droit et parmi les études du droit. Or il s'avère que la *summa divisio* a été et est contestée sous un angle théorique (A) et qu'elle l'est de plus en plus sous un angle pratique (B) qui, mieux que la dimension théorique, est un terrain pertinent pour juger de sa pertinence *actuelle*, ce dernier adjectif étant essentiel car la relativité de la *divisio* semble croître à mesure que le droit entre dans l'ère « postmoderne ». Longtemps considérée comme la *summa divisio* du droit, la séparation du droit public et du droit privé devrait désormais être considérée plus justement telle une *ratio divisio*, spécialement afin de ne pas interdire *ab initio* la possibilité de trouver, à côté des règles de droit public et de droit privé, des normes et même des ensembles de normes susceptibles d'appartenir tant à l'un qu'à l'autre hémisphère.

A. La réprobation théorique de la *divisio* droit public/droit privé comme indice du réalisme de l'idée de *ratio divisio*

Ainsi Hauriou justifiait-il que la *divisio* droit public-droit privé soit la *summa divisio* du droit : « Le droit public s'est lentement séparé du droit privé ; s'il s'en est séparé, c'est sans doute qu'il est différent, et comme la séparation se poursuit depuis des siècles et va toujours s'accentuant, il est à croire qu'elle ne porte pas seulement sur des nuances de détail, mais sur des différences radicales »[3]. À l'aube du III^e^ millénaire, il n'est toutefois pas certain que la séparation se poursuive toujours, que le fossé continue de se creuser, tout au contraire. L'État s'est développé, il a mis la main sur la société et il a recouru aux services de juristes particuliers, dénommés « publicistes », afin d'élaborer et d'appliquer un droit spécifique témoignant de sa souveraineté par rapport aux autres États, mais aussi et surtout de sa souveraineté par rapport aux citoyens. L'intérêt général est apparu irréductible aux intérêts particuliers et des droits différents ont semblé indispensables afin de pouvoir préserver tant les aspirations des individus que les nécessités de l'État. Ainsi l'idée d'une séparation absolue du droit public et du droit privé domine-t-elle toute l'œuvre

[1] A. PROST, J. WINTER, *René Cassin*, Paris, Fayard, coll. Biographies, 2011, p. 68 s.

[2] Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 111.

[3] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 4.

d'Hauriou[1] et est-elle très présente chez Carré de Malberg[2]. Tel est également le cas, selon Duguit, des écrits d'auteurs comme Berthélémy, Michoud ou Larnaude[3] ; or le maître bordelais de « regrette[r] vivement que les représentants les plus distingués de l'école française soient entrés dans cette voie et y persistent encore »[4]. Selon lui, « on ne saurait trop énergiquement protester contre une pareille conception. Elle est contraire à la vérité des faits et surtout elle conduit forcément à donner, au moins en apparence, une base juridique à la toute-puissance de l'État. Par là ses conséquences sont extrêmement dangereuses. Il est certain que si cette doctrine de la séparation absolue du droit public et du droit privé avait à la veille de la guerre un grand crédit en Allemagne, c'est précisément parce qu'elle favorisait l'établissement d'une construction juridique de la toute-puissance étatique »[5]. Partant, Duguit protestait contre la *summa divisio* non seulement car elle n'était, de son point de vue, guère représentative du droit positif, mais encore et surtout car il s'agirait d'une théorie susceptible de justifier les dérives les plus malsaines du droit, en l'occurrence l'écrasement du droit privé sous le poids d'un droit public tentaculaire, donc l'écrasement du corps social sous le poids de l'État. Dans cette perspective, le *jus publicum* cannibalisant le *jus privatum*, la *divisio* était vouée à disparaître et à laisser la place à un monisme public digne des régimes dictatoriaux les plus rigides. La critique proposée par Duguit est théorico-idéologique.

Il faut dire que la doctrine de cet auteur nie toute personnalité à l'État, nie la réalité de personnes juridiques de droit public qui seraient les représentantes du souverain. Dès lors, ne pouvant exister de rapports entre la personne souveraine et les citoyens, l'utilité de règles *ad hoc* vouées à régir ces relations se trouve évidemment très amoindri. Duguit écrivait encore : « Je ne conçois pas l'existence d'une règle distincte, par son fondement et par son objet, de celle qui s'applique aux rapports entre simples particuliers. […] Je ne puis comprendre que les gouvernants soient des individus d'une autre essence que les gouvernés ; ils sont des individus comme les autres, pris comme eux dans les liens de la solidarité sociale et soumis, comme tous les membres de la société, à la règle de droit fondée sur la conscience que les hommes d'une époque ont de cette solidarité. La règle de droit qui s'impose aux gouvernants est la même que celle qui s'impose aux gouvernés. Aux rapports entre gouvernants et gouvernés et aux rapports entre gouvernés ne peut s'appliquer qu'une seule et même règle de droit »[6]. La conception particulière que Duguit avait du phénomène juridique, appuyée sur l'idée d'une « règle de droit fondée sur la

---

[1] V. par exemple M. HAURIOU, « Préface : La puissance publique et le service public », in *Précis de droit administratif et de droit public général*, 11e éd., Paris, Sirey, 1927.

[2] V. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*

[3] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Tome premier : la règle de droit, le problème de l'État*, *op. cit.*, p. 683.

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.*, p. 685.

[6] *Ibid.*, p. 685-686.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

conscience que les hommes d'une époque ont de [la] solidarité », reposant ainsi davantage sur des jugements de valeur que sur les enseignements du droit positif, l'a donc conduit à contredire radicalement non seulement la *summa divisio*, mais plus encore l'idée simple de *divisio* droit public-droit privé. Il terminait sur ce point en ajoutant qu' « on dit souvent : l'esprit qui doit présider à l'étude du droit public n'est pas le même que celui qui doit inspirer l'étude du droit privé. Je ne comprends pas ce que cela veut dire. Je croyais que l'esprit qu'on doit apporter à l'étude du droit, c'est l'esprit de justice. […] On dit aussi que la méthode qu'on doit apporter à l'étude du droit public est différente de celle qui doit être appliquée à l'étude du droit privé. C'est là pour moi une proposition aussi inintelligible que la précédente. […] Il n'y a qu'une seule méthode pour l'étude de toutes les sciences sociales, pour l'étude du droit public comme pour celle du droit privé. Si l'on applique deux méthodes différentes au droit privé et au droit public, l'une est bonne, l'autre est mauvaise »[1]. Pour toutes ces raisons, Duguit jugeait avec un œil sombre la *divisio* qui, lorsqu'il écrivait, devenait chaque jour un peu plus centrale dans le jeu du droit. Néanmoins ouvert à la réalité des normes positives, il devait concéder que « la sanction du droit public et la sanction du droit privé ne peuvent exister dans les mêmes conditions ; la réalisation d'une situation de droit privé ne peut être obtenue de la même manière que celle d'une situation juridique de droit public. En cela seulement consiste la différence entre le droit public et le droit privé »[2]. Ce sont, sous la plume de la figure tutélaire de l'École du service public, des arguments de poids au soutien d'une *divisio* qui serait non pas « *summa* » mais « *ratio* ».

À la même époque, bien que fervent défenseur d'une ontologie particulière du droit public, Carré de Malberg remarquait déjà que, « dans les régimes démocratiques du temps présent, l'opposition entre l'État et les particuliers, entre activité publique et activité privée, s'est fort affaiblie »[3]. Et, au cours du XX^{e} s., différentes contributions ont interrogé la pertinence du concept de *summa divisio*[4]. D'aucuns ont avancé que « la distinction droit public-droit privé est artificielle »[5]. Aujourd'hui, différents auteurs soulignent que ladite distinction est « classique mais approximative »[6] ; que « d'un point de vue théorique strict, il n'est plus possible de déterminer une frontière entre les deux sphères de rapports juridiques (public/privé) »[7] ; ou que « le clivage du public et du privé comme critère de

[1] *Ibid.*, p. 686-687.

[2] *Ibid.*, p. 713.

[3] R. CARRÉ DE MALBERG, *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*, Paris, Sirey, 1933, p. 86-87.

[4] Par exemple, Ch. EISENMANN, « Droit public, droit privé », art. préc., p. 903 s. ;

[5] R. GUILLIEN, « Droit public et droit privé », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bordeaux, Bière, 1967, p. 311.

[6] X. LABBÉE, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, 5^{e} éd., Lille, Presses universitaires du Septentrion, coll. Droit-manuels, 2011, p. 12.

[7] A. LECA, *La genèse du droit. Essai d'introduction historique au droit*, *op. cit.*, p. 55.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

répartition des disciplines juridiques est largement dépassé, si tant est qu'il se soit avéré exact à quelque moment de l'histoire. Le droit, tout le droit, a une double dimension, publique et privée. La distinction du droit public et du droit privé existe bien, mais elle ne consiste qu'en des points de vue complémentaires, en des mentalités juridiques distinctes »[1]. Ces derniers propos illustrent à merveille l'idée de *ratio divisio*, laquelle encourage les études transversales, combinant, transcendant ou dépassant les droits public et privé[2].

Il est également possible de prendre exemple sur les États totalitaires ou despotiques, qui ne connaissent ni sphère publique ni sphère privée[3] ; mais cela est évidemment peu pertinent puisque l'État de France, dont il est ici question, n'est pas concerné. Sur le plan théorique, c'est surtout la pensée de Kelsen, laquelle a assurément exercé une très grande influence doctrinale au cours du XX^e^ s., qui a fait chanceler la *summa divisio*. Kelsen rejetait sans ménagement cette dernière. Il soutenait, tout d'abord, qu'elle ne saurait être fondée sur une opposition des intérêts généraux et particuliers trop artificielle, ni sur des buts qui ne diffèrent pas ou, du moins, pas toujours[4]. En outre, l'auteur de *Théorie pure du droit* s'intéressait aux règles essentiellement sous l'angle de leur structure formelle — ainsi qu'en témoigne la métaphore de la « pyramide » des normes — ; or, dans cette dimension, les règles publiques ne varient guère des règles privées, toutes connaissant de mêmes modalités d'édiction. Kelsen considérait que les rapports dits « de droit privé » et ceux dits « de droit public » se rejoignent en ce qu'ils sont tous régis, en dernière analyse, par la Constitution ou par la « norme fondamentale » qui confère force obligatoire à l'ordre juridique dans son entier, du contrat à l'acte administratif unilatéral[5]. Il y aurait donc quelque-chose de supérieur à la *divisio* ; mais cela ne saurait pourtant lui interdire d'être *summa divisio* puisqu'il est parfaitement possible, si l'ordre juridique est unique, que sa première division soit celle du droit public et du droit privé. Kelsen soulignait encore que les actes publics comme les actes privés de création du droit ne seraient pas séparables en ce que tous sont accomplis conformément à une habilitation conférée par une norme juridique supérieure ; tous sont « à la fois normatifs et normateurs »[6] et tous sont des actes étatiques participant de l'expansion continue de l'ordre juridique, c'est-à-dire de l'État[7]. L' « éminent auteur »[1], tendant à confirmer les propositions de Duguit,

---

[1] A. SÉRIAUX, *Le Droit. Une introduction*, *op. cit.*, p. 293.

[2] Pour de rares exemples, v. F. GÉNY, « Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit », *RTD civ.* 1922, p. 779 s. ; J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste », *Droits* 1992, n° 15, p. 33 s.

[3] *Cf.* par exemple E. TRAVERSO, *Le totalitarisme*, Paris, Le Seuil, coll. Points, 2002.

[4] H. KELSEN, « Théorie générale de l'État », *RDP* 1926, p. 561 s.

[5] *Cf.* M. TROPER, « L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique », *Politiques et management public* 1987, p. 181 s.

[6] Ch. EISENMANN, « Droit public, droit privé », art. préc., p. 903.

[7] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e^ éd., trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 372.

faisait également observer que ce seraient essentiellement des raisons politiques qui auraient contribué à l'éclosion de la *summa divisio*[2]. Surtout, il tirait comme conséquence de l'équivalence entre droit et État, laquelle est une des principales idées-cadre de ses théories — l'État ne serait rien de plus qu'un complexe de normes juridiques —, l'unité structurelle du droit ; il serait aussi faux d'envisager un dualisme droit public-droit privé qu'un dualisme droit-État. Le dualisme ne pourrait être que relatif et intrasystémique. Kelsen écrivait que, « quand on veut, non point faire valoir l'État comme condition du droit, mais au contraire le droit comme condition de l'État, on nie la distinction entre le droit privé et le droit public. Cette distinction en tant que par elle on est amené à reconnaître qu'il existe une sphère d'actes étatiques indépendants du droit, est inconciliable avec la conception de l'État de droit »[3].

La difficulté est que la critique kelsénienne — à l'identique de celle d'autres auteurs[4] — se situe, comme l'essentiel de sa pensée, principalement du point de vue formel et, en l'occurrence, sous l'angle de l'origine formelle des normes ; si bien que la *summa divisio* qui est mise en cause ne correspond pas exactement à la *summa divisio* classiquement comprise[5]. Chez Kelsen, il n'est de règle juridique qu'étatique donc publique, même lorsqu'elle régit des rapports privés, et la question de la *divisio* n'est, *in fine*, guère dissemblable de celle du pluralisme juridique. Néanmoins, Kelsen a largement prolongé sa dénonciation de la *summa divisio* et certaines propositions concernent bien les éléments traditionnels de séparation du droit public et du droit privé. Ainsi a-t-il expliqué que le critère tenant à la présence ou absence de l'État dans la relation juridique ne serait pas opératoire : puisque l'État se définit comme la réunion d'un peuple, d'un territoire et d'une puissance publique, et puisque ces trois éléments ne peuvent être caractérisés indépendamment de l'État — ils ne sont pas des données naturelles —, l'État se réduirait bien à l'ordre juridique et il ne serait pas possible de distinguer différentes relations juridiques, dont certaines seraient indépendantes de tout rapport à l'État[6]. Enfin, Kelsen, proche sur ce point de Duguit, ne voyait dans la *summa divisio* qu'un outil idéologique destiné à faire accepter des idées telles que la primauté des intérêts de l'État, la domination politique ou encore le libéralisme économique[7]. La distinction

---

[1] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Tome premier : la règle de droit, le problème de l'État*, *op. cit.*, p. 701.

[2] H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1997, p. 90.

[3] *Ibid.*, p. 91.

[4] *Cf.*, par exemple, É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd. (1937), Paris, Puf, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. 13.

[5] Par exemple, Durkheim écrivait que « le droit public est [l]e droit qui détermine l'organisation politique d'une société tout comme il détermine nos relations domestiques et civiles » (É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, *op. cit.*, p. 13).

[6] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 374.

[7] *Cf.* M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 187 ; F.-X. TESTU, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.* 1998, p. 345 s.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

droit public-droit privé ne servirait qu'à permettre aux relations publiques, relations d'autorité, d'échapper de temps à autre au droit, tandis que les relations privées y sont systématiquement soumises. Concernant ce dernier propos, il ne fait aucun doute que dénoncer la *summa divisio* en ce qu'elle serait idéologique est sans conséquences pour la science juridique qui ne peut s'attacher qu'à la réalité de la distinction parmi le droit positif. Celui-ci peut être empreint de quelques idéologies, la science qui le décrit objectivement et empiriquement, elle, ne peut pas l'être.

Charles Eisenmann, qui a été pour une part le continuateur français des thèses kelséniennes, a souhaité démontrer la pertinence des opinions de l'auteur autrichien en se fondant sur des illustrations tirées des normes effectives[1]. Si les considérations théoriques ci-dessus présentées peuvent en partie malmener le concept de *summa divisio*, c'est bien dans l'observation du droit positif que se trouve le plus sûr moyen de conclure justement quant aux pertinences respectives de la *divisio*, de la *summa divisio* et de la *ratio divisio*.

B. La relativisation pratique de la *divisio* droit public/droit privé comme preuve du pragmatisme de l'idée de *ratio divisio*

Eisenmann expliquait que la *summa divisio* ne peut être justifiée qu'à condition que soient identifiables deux méta-disciplines juridiques étudiant chacune un ensemble de règles juridiques reliées par un objet spécifique : d'une part, les règles applicables aux rapports entre particuliers ; d'autre part, les règles régissant les relations entre l'administration et les administrés, ou entre les gouvernants et les gouvernés[2]. En revanche, ajoutait-il, si les juristes prétendent « découvrir à cette notion d'ordre, d'esprit concret et utilitaire, un sens et des racines infiniment profonds » et en faire deux types différents par leurs caractères primordiaux, alors ladite *summa divisio* devient non pertinente[3]. Aussi s'agit-il, pour évaluer la prégnance concrète de la séparation droit public-droit privé, de comparer les contenus objectifs des deux droits, soit la matière substantielle des règles, en posant la question « est-ce la même règle ou deux règles différentes qui s'appliquent selon que la situation envisagée intéresse des rapports entre particuliers ou des rapports entre personnes publiques et particuliers ? ». Or Eisenmann notait déjà, il y a soixante ans, que de nombreuses activités publiques étaient soumises à des règles matériellement identiques à celles applicables aux activités privées et que des politiques similaires guidaient l'action du législateur dans les deux sphères[4].

---

[1] *Cf.* Ch. EISENMANN, « Droit public, droit privé », art. préc., p. 903 s.

[2] Ch. EISENMANN, « Droit public, droit privé », art. préc., p. 960.

[3] *Ibid.*, p. 961.

[4] *Ibid.*, p. 978. En outre, il remarquait que la responsabilité en droit public n'était guère encadrée par un droit spécial différent par ses caractères et ses principes essentiels de la responsabilité de droit privé (*cf.* J.-C. VENEZIA, « Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l'administration », in

Le seul argument réellement susceptible d'être irréfragable parmi les thèses négatrices de la *divisio* ou, *a fortiori*, parmi celles réfutant la *summa divisio* est bien celui-ci : l'opposition du droit public et du droit privé ne peut être admise et consacrée par la littérature doctrinale qu'à condition que le droit positif comporte des différences substantielles entre les règles propres à l'un et celles propres à l'autre. Si cette distinction s'avère n'être qu'une séparation conceptuelle, ne reposant sur rien de concret parmi le droit pratiqué, si à des situations publiques et privées sont appliquées de mêmes règles de fond et de procédure, alors elle mérite d'être écartée au profit d'autres analyses plus pragmatiques. Or on remarque de plus en plus l' « extrême perméabilité de la frontière entre droit public et droit privé qui conduit à l'unité du système juridique »[1] ; sont de moins en moins rares les auteurs à affirmer que, « à bien des égards, le droit public se privatise et le droit privé se publicise »[2]. Dans son rapport public de 2008, le Conseil d'État soulignait combien le contrat est devenu un « mode d'action publique et de production de normes » courant pour les autorités publiques qui ne sont plus, dès lors, que des « parties » contraintes de « négocier »[3], loin des caractères habituellement attachés au droit public.

Les courants néolibéraux, qui se sont développés à partir des années 1970, concomitamment à la crise de l'État-providence, reprochent au droit administratif son unilatéralité qui en ferait un droit synonyme d'inégalité, de privilège et de domination de l'État sur la société[4]. Ce modèle de régulation verticale serait aujourd'hui frappé par l'obsolescence ; et d'aucuns voient dans l'existence d'une juridiction administrative un « legs de l'histoire dont la seule justification repose sur la difficulté de l'administration à se soumettre au droit »[5]. La raison d'être des tribunaux administratifs se trouve ainsi mise en cause et est interrogée la possibilité « de réduire, à défaut de pouvoir le supprimer, l'espace du droit administratif, en étendant la sphère d'application du droit privé, ainsi que [celle] de rapprocher progressivement le droit administratif du droit privé, en supprimant certains privilèges d'un autre âge »[6]. Pareilles remarques visent notamment les juridictions administratives, lesquelles se caractérisent par un ensemble de particularismes clairement hérités de l'histoire. Or les influences et pressions conjointes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe obligent à réduire largement le nombre et la qualité de ces particularismes et à rapprocher les statuts de la juridiction

---

P. AMSELEK, dir., *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1986, p. 207 s.).

[1] É. DESMONS, « Droit privé, droit public », art. préc., p. 523.

[2] X. LABBÉE, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, *op. cit.*, p. 12.

[3] EDCE 2008, *Le contrat comme mode d'action publique et de production de normes* ; *cf.* aussi L. CLERC, *La validité des contrats administratifs*, th., Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2007.

[4] *Cf.* J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3e éd., Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 75.

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.*

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

administrative et de la juridiction judiciaire. En particulier, la Cour de Strasbourg « admet que, par rapport aux juridictions de l'ordre judiciaire, la juridiction administrative française présente un certain nombre de spécificités qui s'expliquent par des raisons historiques, [son institution ayant été] l'une des conquêtes les plus éminentes d'un État de droit »[1] ; mais elle insiste surtout, et de façon récurrente, sur le fait que cela ne saurait conduire à remettre en cause les garanties fondamentales que tout justiciable est en droit d'attendre d'une juridiction. Dans le même temps, le juge administratif est amené, suivant la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, à aligner ses rouages sur les canons de la justice judiciaire. Il en va ainsi lorsque ladite Cour oblige à consacrer l'indépendance des magistrats administratifs ou à renforcer l'efficacité du contrôle juridictionnel par l'attribution du pouvoir d'injonction qui avait toujours été refusé[2] et par l'institution d'un véritable référé[3].

Partant, la question du maintien du dualisme des juridictions, source de complexité et d'incompréhension pour les justiciables, est posée et des travaux portant sur les règles de répartition du contentieux, voire d'unification de celui-ci, sont menés. Dès lors que la spécificité du droit administratif est en voie d'extinction, l'existence d'un juge *ad hoc* ne semble plus légitime et il faut, *a minima*, « s'interroger sur son avenir »[4] autant que sur l'avenir de la *divisio*. Dans le même temps, la Cour de cassation a pu considérer que le juge judiciaire est en droit de se prononcer sur le fond d'un litige impliquant la puissance publique, cela en appliquant les règles de droit public propres à la mise en cause de la responsabilité de l'État[5]. L'existence de règles exceptionnelles applicables aux relations juridiques de l'État n'est, dans ce cas, pas mise en doute ; en revanche, le dualisme juridictionnel se voit sensiblement battu en brèche, ce qui n'est pas sans conséquence pour une part la pertinence de la *divisio*. Et le contentieux grandissant propre aux autorités administratives indépendantes contribue à brouiller toujours plus la répartition des compétences. Aussi différents auteurs questionnent-ils l'avenir des deux ordres de juridictions[6] et notent-ils que, souvent, le juge administratif applique le droit civil, dès lors qu'il n'est pas utile de forger une règle

---

[1] CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*.

[2] Loi du 8 févr. 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*.

[3] Loi du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*.

[4] J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, p. 912.

[5] « La cour d'appel avait le droit et le pouvoir de se référer aux règles de droit public » (Cass. civ. 1ère, 23 nov. 1956, *Trésor public c./ Giry*).

[6] A. VAN LANG, « Le dualisme juridictionnel pourrait-il disparaître ? », in B. BONNET, P. DEUMIER, dir., *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé, op. cit.* ; Ch. CHARRUAULT, « Juge administratif et juge judiciaire : dualité ou unité ? », in B. BONNET, P. DEUMIER, dir., *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé, op. cit.*

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

ad hoc[1], tandis que le juge judiciaire est chaque jour davantage amené à appliquer le droit administratif[2]. *In fine*, le dualisme des droits n'aurait que peu à voir avec la dualité juridictionnelle ; il aurait davantage une valeur idéologique qu'instrumentale[3]. Il faudrait alors parler de « deux *summa divisio* », ce qui reviendrait à commettre une *contradictio in adjecto*.

On relève également que l'extension de la responsabilité pénale en matière administrative et la tendance du juge administratif à appliquer le droit pénal plutôt que le droit administratif participent elles aussi de la remise en cause de la *divisio*[4] en même temps que de « la banalisation de l'État »[5] et de l'action administrative[6]. Et puis, plus finement, il est permis de considérer que ce sont toujours des juges publics qui statuent en appliquant des lois publiques ; le droit privé ne serait alors que le droit de l'arbitrage et de la médiation[7]. Suivant l'article 2060 du Code civil, le droit public correspondrait aux matières d'ordre public, sur lesquelles « on ne peut compromettre », tandis que le droit privé coïnciderait avec celles laissées à la libre appréciation des parties, à l'autonomie de la volonté et à l' « individualisme juridique »[8]. L'ordre public est clairement une notion qui irrigue tant le droit public que le droit privé ; à moins de considérer ainsi que le droit public correspond au droit impératif.

Par ailleurs, ceux qui discutent la congruence de la *divisio* et, *a fortiori*, celle de la *summa divisio* font remarquer que de nombreuses matières peuvent être et sont enseignées tant par des publicistes que par des privatistes[9]. Le droit de l'Union européenne[10], le droit des libertés fondamentales, le droit de l'environnement, le droit de la communication ou encore le droit de l'informatique[11] ne seraient que

---

[1] B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Université Paris II - Panthéon-Assas, 2001.

[2] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e éd., Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 358.

[3] F. X. TESTU, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », art. préc., spéc. p. 353.

[4] J.-C. FROMENT, « Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif », *RDP* 2001, p. 555 s.

[5] J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2e éd., Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 215.

[6] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 75.

[7] A. SÉRIAUX, *Le Droit. Une introduction*, *op. cit.*, p. 392.

[8] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912.

[9] *Cf.* É. PICARD, « Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio* ? », in B. BONNET, P. DEUMIER, dir., *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé*, *op. cit.*

[10] F. PICOD, « Le droit de l'Union européenne est-il soluble dans la *summa divisio* ? », in B. BONNET, P. DEUMIER, dir., *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé*, *op. cit.*

[11] J. HUET, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique, aspects de droit privé », *JCP* 1983, I, p. 3095 s. ; H. MAISL, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique, aspects de droit public », *JCP* 1983, I, p. 3101 s.

quelques exemples de ces « discipline[s] non-autonome[s] située[s] au carrefour de plusieurs droits »[1]. Ces ensembles normatifs, peut-être parce qu'ils sont récents ou émergents, ne connaissent pas ou seulement partiellement le clivage catégorique public-privé. On parle de « droits mixtes »[2], de « droits transversaux »[3] ou encore de « droits de troisième génération »[4]. Mais la relativité de la *divisio* se remarque également chez des matières plus classiques, à l'instar du droit du travail[5] ou, plus encore, du droit pénal[6]. Concernant ce dernier, on note depuis longtemps que son but est de réprimer des comportements gravement fautifs pouvant porter atteinte à l'intérêt public comme à des intérêts privés ; ou qu'il peut être rattaché au droit privé car son exercice dépend des juridictions judiciaires, tandis que, par nature, il se rapproche davantage du droit public en ce qu'il organise, pour une part, les relations entre l'État et ses citoyens en prévoyant la répression de comportements nuisibles à la société. Et certains auteurs de proposer de positionner le droit pénal en tant que troisième branche de la *summa divisio*, à côté des droits public et privé[7] ; celle-ci ne serait donc pas binaire mais ternaire.

Quant à l'introduction récente, parmi le droit positif français, de la question prioritaire de constitutionnalité, elle oblige les juristes privatistes à étudier les textes de valeur constitutionnelle. L'adage formulé par Carbonnier selon lequel « à la société civile le Code civil, à l'État la Constitution » semble avoir vécu. Cette nouvelle procédure, qui s'applique pareillement aux contentieux relevant du Conseil d'État et à ceux qui relèvent de la Cour de cassation, est parfaitement transfrontière. Plus largement, Dominique Rousseau observe « la constitutionnalisation du droit civil qui est peut-être tout autant une civilisation du droit constitutionnel »[8]. Sur ce point, il est remarquable que François Terré et Yves Lequette placent en tête des « grands arrêts de la jurisprudence civile » la décision « liberté d'association » du Conseil constitutionnel[9]. La « fusion des droits » ainsi décrite tend évidemment à mettre fortement en doute toute pertinence de la séparation des disciplines publiques et privées.

---

[1] D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, 2e éd., Paris, Puf, coll. Thémis droit, 2011, p. 1.

[2] X. LABBÉE, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, *op. cit.*, p. 12.

[3] É. DESMONS, « Droit privé, droit public », art. préc., p. 520.

[4] *Ibid.*

[5] N. FONT, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009.

[6] M. KÖHLER, « Le droit pénal entre public et privé », *Arch. phil. droit* 1997, p. 199 s. ; D. SALAS, « État et droit pénal. Le droit pénal entre Thémis et Dikè », *Droits* 1992, n° 15, p. 77 s.

[7] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 10.

[8] D. ROUSSEAU, « Les grandes mutations du droit constitutionnel », Conférence à l'École doctorale de sciences juridiques de Grenoble, 3 mars 2010.

[9] H. CAPITANT, Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, 12e éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2006.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

La relativité de la *divisio* public-privé apparaît encore patente dès lors que le regard est posé sur les systèmes juridiques d'autres pays dont les institutions juridiques sont de tradition occidentale. Le droit français et beaucoup de droits romano-germaniques (Allemagne, Italie, Belgique, Suède, Finlande, Colombie ou Uruguay) distinguent clairement droit public et droit privé et comportent une hiérarchie spéciale de juridictions administratives. Mais, parmi les systèmes d'essence juridique romano-germanique, il se trouve également nombre de pays qui ignorent les tribunaux administratifs (Norvège, Danemark, Brésil ou Mexique), alors que d'autres soumettent en dernier ressort les affaires administratives à une chambre spéciale de leur juridiction suprême (Espagne, Suisse et beaucoup d'États africains francophones). Surtout, il en va très différemment, et depuis longtemps[1], dans les pays de droit anglo-saxon où les manuels de « *jurisprudence* », c'est-à-dire de théorie générale du droit, ne connaissent pas la distinction entre *private law* et *public law*[2]. Le *common law*, selon ses spécialistes, ne tolère pas les divisions internes et ne souffre guère de segmentations entre plusieurs droits autonomes ou, du moins, particularisables[3]. Il n'y a, au Royaume-Uni, nul dualisme des ordres de juridictions, nulle juridiction spéciale, le juge ordinaire pouvant connaître de tout contentieux, et la séparation la plus nette semble être celle du droit criminel par rapport au droit commun[4]. L'égalité devant le droit a, en Angleterre, été poussée jusqu'à ses plus extrêmes conséquences : la soumission universelle de toutes les classes sociales du royaume à un seul et même ensemble de règles, ainsi que l'absence de normes, d'institutions et de cours ou tribunaux dérogatoires[5]. Il est remarquable que, en 1935, le *Lord Chief Justice of England* écrivait, à propos de l'expression « *administrative law* », qu'elle n'est que du « *continental jargon* »[6]. A été expliqué, précédemment en cette étude, combien la *divisio* est relative historiquement, c'est-à-dire temporellement, verticalement ; elle l'est au moins tout autant géographiquement, horizontalement.

Certainement, dans nombre de domaines, les pays anglo-saxons développent-ils des modèles plus souples — moins rigides — que la France ou l'Allemagne. Peut-être accueilleraient-ils plus aisément la notion de « *ratio divisio* », dans l'hypothèse où leurs droits positifs le permettaient. Si la Grande-Bretagne place depuis longtemps le concept d'État au centre de sa pensée politique, le processus

---

[1] V., par exemple, A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, McMillan, 1885.

[2] M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 183.

[3] *Cf.* J. A. JOLOWICZ, *Droit anglais*, 2e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2000, spéc. p. 56 s. ; D. BARANGER, « Angleterre (culture juridique) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 55.

[4] D. BARANGER, « Angleterre (culture juridique) », art. préc., p. 55.

[5] *Cf.* É. ZOLLER, « *Rule of law* », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1379 s.

[6] Cité par R. BRAZIER, S. A. DE SMITH, *Constitutionnal and Administrative Law*, 6e éd., Londres, Penguin, 1989, p. 525.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

d'institutionnalisation et de différenciation par rapport à la société civile a néanmoins été beaucoup moins profond qu'ailleurs. Quant aux États-Unis, pays au sein duquel toute conception absolutiste de la souveraineté a été d'emblée rejetée par les Pères fondateurs, ils n'ont jamais connu de véritable ébauche de cloisonnement entre droits public et privé[1]. Francis Bacon distinguait bien un *jus publicum* et un *jus privatum* ; mais ses réflexions ont été balayées, tout comme l'idée d'une raison d'État relevant de règles exceptionnelles et protégée par une ample immunité[2]. Aussi, aujourd'hui, les études en langue anglaise consacrées à la *divisio* droit public-droit privé sont-elles quasi-inexistantes[3]. Le refus d'opposer ces deux versants du monde juridique n'a cependant pas interdit la reconnaissance d'une certaine spécificité de l'action administrative et l'évocation explicite de la *divisio* par le Chambre des lords dans certaines décisions demeurées célèbres[4]. Le développement des structures administratives au cours du XX^e^ s. a mené à la reconnaissance d'un certain degré d'autonomie des règles gouvernant le fonctionnement des administrations[5]. Ainsi une procédure particulière destinée à simplifier l'accès au recours judiciaire contre l'administration a-t-elle été mise en place et rendue obligatoire dans tous les cas où est en cause un intérêt public[6]. Il n'en demeure pas moins que la *divisio* reste très largement inconnue du *common law* qui retient surtout l'assujettissement de tous au droit commun, y compris les fonctionnaires et y compris la Couronne qui, en 1947, a perdu son immunité vis-à-vis des actions en responsabilité pour lesquelles elle doit être traitée « comme si elle était une personne privée »[7]. La distinction est parfois utilisée par la doctrine anglo-saxonne dans un but didactique, comme jadis Gaius et Ulpien le faisaient ; néanmoins, le droit positif ne la connaît qu'à de très rares occasions. En somme, le *common law* n'est quasiment composé que de transdroit ; il ne s'y trouve guère, par exemple, de droit public des contrats autre que le droit commun des contrats.

Enfin, mais cela risque de très vite devenir le premier argument au soutien de la relativité de la *divisio*, est observé le « dépassement » ou, du moins, le

[1] *Cf.* T. CHOPIN, *La République « une et divisible ». Les fondements de la fédération américaine*, Paris, Plon, coll. Commentaire, 2002.

[2] D. BARANGER, « Angleterre (culture juridique) », art. préc., p. 55-56.

[3] V. toutefois W. M. EVANS, « Public and Private Legal Systems », in W. M. EVANS, dir., *Law and Sociology. Exploratory Essays*, Glencoe, The Free Press of Glencoe, 1962, p. 165 s. ; *J. ALLISON, A Continental Distinction in the Common Law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law, Oxford, Clarendon Press, 1996 ; D. OLIVER, Common Values and the Public-Private Divide, Londres, Butterworths, 1999.*

[4] Notamment l'arrêt *O'Reilly vs. Mackman* de 1983.

[5] D. BARANGER, « Angleterre (culture juridique) », art. préc., p. 56.

[6] *Application for Judicial Review*, 1978.

[7] *Crown Proceedings Act*, 1947.

« déplacement » de celle-ci sous l'effet du « droit de la globalisation »[1]. On remarque pêle-mêle que « l'univers juridique de la globalisation n'est pas ouvert à la distinction du droit public et du droit privé »[2], que s'insinue le flou dans la séparation des entités publiques et privées, que la singularité du public s'évanouit en même temps que se développent les politiques « publiques » guidées par les préceptes de l'efficacité et du management, ou que s'opèrent « l'effacement des repères axiologiques, le rapprochement des systèmes normatifs et l'imbrication des deux sphères »[3]. Et il serait désormais plus juste d'organiser le droit, la pensée du droit et l'enseignement du droit autour de la *divisio* contrat-responsabilité[4]. En effet, la globalisation — qui est aussi une globalisation du droit — engendre un syncrétisme des cultures juridiques dans lequel le *common law* tend à s'imposer, spécialement en matière de droit économique, si bien qu'est évoquée une « américanisation du droit »[5] peu compatible avec la *divisio* public-privé. De plus, de nombreux cadres juridiques aujourd'hui inévitables pour beaucoup d'activités, par exemple le droit européen ou le droit de l'OMC, ne reconnaissent que rarement des règles publiques dérogatoires aux règles privées ordinaires. À cela s'ajoute la « banalisation de l'État »[6] et, donc, des règles à lui applicables, ce dont témoigne le fait que les États acceptent de plus en plus de se soumettre à des arbitres internationaux qui, souvent, se montrent réticents à appliquer aux contrats dont l'une des parties est étatique des règles spécifiques[7]. Aussi l'opposition du droit international public et du droit international privé apparaît-elle de plus en plus artificielle. Elle est fondée, classiquement, sur une différenciation entre les sujets des règles : États et organisations internationales pour l'un, individus et personnes morales privées pour l'autre[8]. Or, dans le « droit global », c'est de plus en plus un droit transnational qui

---

[1] J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, *op. cit.*, p. 215-216 ; *cf.* également A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2003, p. 172 s.

[2] J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, *op. cit.*, p. 215 ; également J.-B. AUBY, « Globalisation et droit public », in *Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 135 s.

[3] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit.*, p. 176.

[4] M.-A. FRISON-ROCHE, « La redécouverte des "piliers du droit" : le contrat et la responsabilité », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 279 s.

[5] L. COHEN-TANUGI, « L'américanisation du droit français », *Arch. phil. droit* 2001, p. 73 s. ; D. FREEDMAN, « L'américanisation du droit français par la vie économique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 207 s. ; M. LASSER, « La MacDonaldisation du discours judiciaire français », *Arch. phil. droit* 2001, p. 137 s. ; E. ZOLLER, « Américanisation », in L. CADIET, dir., *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004.

[6] J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, *op. cit.*, p. 215.

[7] *Ibid.*, p. 216.

[8] Par exemples : P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2012 ; P. BOUREL, Y. LOUSSOUARN, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2013.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

s'applique à tous et qui tend à marginaliser la juridicité binaire règles publiques-règles privées.

Pour autant, il n'est guère assuré qu'une présentation ternaire ordonnée autour du droit public, du droit privé et du transdroit puisse demeurer longtemps pertinente. Très vite, ce sera la réalité de toute *divisio* du droit qui sera peut-être à reconsidérer. Aujourd'hui plus qu'hier et moins que demain, il serait heureux que la souple et pragmatique *ratio divisio* remplace, parmi la psyché juridique collective, la rigide et chimérique *summa divisio*.

*

* *

La division du droit en deux branches non pas principales mais uniques (le droit public et le droit privé) est présentée par la plupart des introductions au droit comme la structure fondamentale sur laquelle reposerait l'ensemble du monde juridique[1]. De plus en plus d'auteurs, néanmoins, constatent combien il devient impérieux, malgré son évidente clarté pédagogique — qui la rend « indispensable » aux yeux de Michel Troper[2] —, de tempérer cette *summa divisio* à l'aune d'un effort de réalisme, de pragmatisme et de scientificité. Plus radicalement, on va jusqu'à évoquer une « dichotomie ridicule mais que tout le monde reproduit de manière paresseuse »[3]. En tout cas faut-il *a minima* l'énoncer entourée de quelques réserves, ce qui implique la suppression de l'adjectif « *summa* », par trop catégorique, au profit d'un vocabulaire plus tempéré et accueillant pour la réalité pratique du droit. Parler simplement de « *divisio* » ou bien recourir à l'expression « *ratio divisio* » permettrait d'accepter que, si une proportion majoritaire du droit tend encore à se scinder en deux parties, l'une ayant pour objet l'organisation de l'État et des rouages publiques, l'autre ayant pour fonction de réguler les rapports entre particuliers, il se trouve aussi une proportion non anecdotique de transdroit qui est irréductible au dualisme public-privé, à moins de proposer une présentation du droit arbitraire, artificielle et, en définitive, inconséquente.

Dans certains pays de culture juridique romano-germanique, des théoriciens du droit parmi les plus écoutés dénoncent le caractère « *summa* » de la *divisio*, constatent la « fin du bipolarisme public-privé »[4]. En France, certains observent, à

[1] Par exemple, P. COURBE, *Introduction générale au droit*, 10e éd., Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2007, p. 7.

[2] M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 184.

[3] D. ROUSSEAU, « Les grandes mutations du droit constitutionnel », Conférence à l'École doctorale de sciences juridiques de Grenoble, 3 mars 2010.

[4] S. CASSESE, *La crisi dello stato*, Rome, Editori Laterza, 2000, p. 130 (cité par J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 216).

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

propos dudit bipolarisme, que « la confusion est à son comble »[1]. Et de poursuivre en remarquant qu' « on se trouve en présence d'une situation bizarre : d'un côté, l'opposition droit public-droit privé est contestée sur le plan théorique, sans que la contestation soit elle-même sérieusement discutée, mais de l'autre elle sert toujours à structurer le discours des juristes »[2]. Ainsi revient toujours la même conclusion : la séparation du droit public et du droit privé serait la *summa divisio* du droit non en ce qu'elle serait la meilleure distinction possible, mais plutôt en ce qu'elle serait la moins mauvaise de toutes. Seulement le droit a-t-il nécessairement besoin d'une *summa divisio* ? *In fine*, il convient de se demander combien de temps encore les étudiants-juristes devront choisir entre un parcours de droit public et un parcours de droit privé ; et combien de temps encore les professeurs devront opter soit pour l'enseignement du droit public, soit pour l'enseignement du droit privé. À ces deux questions, il n'est pas risqué de répondre que tous devront encore longtemps satisfaire à ces obligations ; le jour où sera créée une « agrégation de transdroit » n'est — fort heureusement — pas encore venu. Mais la réalité et les exigences académiques sont parfois fort éloignées de la réalité et des exigences pratiques et si, entre « chimère et pierre angulaire »[3], la *divisio* public-privé est un élément important de l'architecture juridique, elle n'est peut-être pas le plus important ; aussi n'est-il pas exclu que, à moyen ou long terme, une autre *divisio* — si ce n'est un autre paradigme — la subroge en tant que charpente et cadre de l'organisation du droit et, plus tard peut-être, des facultés de droit. Toutefois, pour l'heure, il n'est guère de prétendant sérieux au trône sur lequel siègent droits public et privé, ce qui demeure le meilleur gage de la pérennité de la *divisio* actuelle, malgré ses approximations et, quelquefois, ses incohérences[4]. On propose bien — et très pertinemment — de faire du contrat et de la responsabilité les deux nouveaux « piliers du droit »[5], mais la proposition demeure isolée et peu reprise. Ainsi, s'il faut contester l'idée qu'elle soit *summa*, la *divisio* résiste pour l'instant sans grande peine aux attaques de la théorie du droit et du droit positif[6].

---

[1] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit.*, p. 176.

[2] *Ibid.*

[3] B. BONNET, « La *summa divisio* droit public-droit privé, chimère ou pierre angulaire ? », in B. BONNET, P. DEUMIER, dir., *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé*, *op. cit.*

[4] On note, par exemple, qu' « au total, de nos jours, tout le monde s'accorde à peu près pour dénoncer cette *summa divisio*. Mais il est malaisé d'en trouver une autre plus satisfaisante » (A.SÉRIAUX, Le Droit. Une introduction, *op. cit.*, p. 299).

[5] M.-A. FRISON-ROCHE, « La redécouverte des "piliers du droit" : le contrat et la responsabilité », art. préc.

[6] *Cf.* O. BEAUD, « La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques », in J.-B. AUBY, M. FREEDMAN, dir., *La distinction entre droit public et droit privé. Regards français et britanniques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 29 s.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

En conclusion — et seulement en conclusion[1] —, il faut encore poser — et seulement poser — la très sensible et périlleuse question d'une potentielle hiérarchie entre droit public et droit privé. Certainement beaucoup de publicistes affirmeront-ils que le droit public domine le droit privé dès lors qu'il comporte des sous-branches relatives aux normes secondaires au sens de Hart, c'est-à-dire des sous-branches contenant les métarègles régissant l'édiction de toutes les règles primaires ou de comportement, publiques comme privées[2]. Dans le même temps, nombre de privatistes soutiendront que le droit privé est supérieur et premier par rapport au droit public, ce que confirmeraient allègrement l'histoire du droit et le caractère unitaire du droit privé, qui repose sur le droit civil là où le droit public est marqué par la diversité, aucune matière ne s'étant imposée en tant que « matière socle »[3]. Il est évident que des arguments existent au soutien des deux camps et que la victoire de l'un ou de l'autre dépend de la valeur subjective accordée à ces diverses démonstrations plus qu'à des données objectives et incontestables. Le souci d'équilibre et de modération implique de ne pas se risquer sur ce terrain excessivement polémique. Or une polémique n'a pas la saveur d'une controverse : la première ne s'apparente souvent qu'à une dispute fortement idéologisée, stérile et sans grand intérêt scientifique ; la seconde est une nécessité vitale pour toute science, y compris pour la science du droit, car peut en découler une révolution scientifique[4].

Reste que la *divisio* droit public-droit privé pourrait connaître une telle révolution par le truchement de la théorie des sources du droit. En effet, plutôt que de viser, par les expressions « droit public » et « droit privé », deux groupes de normes caractérisées par leurs destinataires et leurs objets, il paraît pertinent — spécialement dans le cadre de la réflexion autour de la thèse du pluralisme juridique[5] — d'envisager en ces termes deux ensembles de règles différenciées selon leurs auteurs, *i.e.* selon leurs sources, ou bien encore deux systèmes juridiques aisément identifiables[6]. Insidieusement, cette problématique est depuis longtemps bouillonnante et déjà en 1946 Henri Mazeaud écrivait que, « longtemps, les privatistes sont demeurés sereins dans leur conception du droit privé et de sa primauté. Ils fermaient les oreilles au murmure timide puis de plus en

---

[1] L'auteur des présentes lignes s'est un temps interrogé au sujet de la possibilité de consacrer une pleine étude à cette problématique, mais il a dû renoncer en raison de son caractère par trop polémique.

[2] H. L. A. HART, *Le concept de droit* (1961), trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 119 s.

[3] F. MELLERAY, « Les concours nationaux d'agrégation de l'enseignement supérieur », art. préc., p. 72. L'auteur ajoute qu'il « revendique […] ses doutes scientifiques sur l'existence d'un "socle commun" du droit public présentant une réelle unité ».

[4] *Cf.* Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques* (1970), Paris, Flammarion, 1991.

[5] *Cf.*, par exemple, J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés* 1986, vol. 18, spéc. p. 26.

[6] W. M. EVAN, « Public and Private Legal Systems », in W. M. EVAN, dir., *Law and Sociology*, New York, Free Press of Glencoe, 1962, p. 165 s.

plus insistant. Et lorsque le bruit est devenu menaçant, ils ont pris la fuite en criant : "le droit public pénètre le droit privé !" […] Aussi est-il grand temps de faire le point : ce qu'ils veulent dire, mais ils le disent mal, c'est tout simplement que de plus en plus le législateur édicte dans les rapports de droit privé des règles impératives. Pour eux, où il y a loi impérative, il y a droit public. Le moyen ne doit pas faire oublier la fin. Le droit public ne peut pas prétendre se substituer au droit privé »[1]. Suivant la description dénoncée dans cette citation, le droit public serait tout le droit légal et impératif, quand le droit privé serait le droit contractuel dont le contenu est le fait de l'autonomie de la volonté des contractants. Cet autre sens de la *divisio*, centré sur les moyens plutôt que sur les fins, est déjà sous-jacent en de nombreux travaux[2] ; resterait à la consacrer plus explicitement, si ce n'est « officiellement ».

Par suite, la *divisio* des sources ou des moyens recouvre pour une part la *divisio* des destinataires ou des fins[3] : le droit des relations entre particuliers — « droit de l'égalité et de la liberté »[4] — est souvent abandonné à la liberté contractuelle, tandis que le droit des gouvernants et des relations entre administration et administrés — « droit de l'autorité »[5] — est majoritairement d'ordre public. Mais les croisements sont aussi nombreux et beaucoup de relations entre individus sont régies par du droit privé du point de vue des destinataires en même temps que par du droit public du point de vue des sources. Le risque de participer de la « polysémite » plus haut dénoncée, laquelle serait aux travaux doctrinaux ce que la « profusion des prescripteurs » est aux normes positives[6], est donc grand ; et peut-être faut-il suivre la mise en garde de Carré de Malberg : « En matière juridique, la terminologie ne peut être satisfaisante qu'à la condition de comporter un terme propre pour chaque concept spécial. Le danger des mots à double sens, c'est d'amener la confusion dans les idées »[7]. De ce point de vue, il serait parfaitement dangereux de plaider en faveur d'un changement de *divisio*.

[1] H. MAZEAUD, « Défense du droit privé », *D.* 1946, p. 17.

[2] Illustrent la possibilité de parler de droit privé pour désigner un ensemble de normes mais aussi un ensemble de sources privées : J.-C. SOYER, « Pèlerinage aux sources du droit privé », in *Mélanges Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 33 s. ; Ph. JESTAZ, « Les rapports privés, sources de droit privé », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés. Idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 187 s.

[3] Sous l'angle des sources ou sous l'angle des destinataires, les enjeux sont peu ou prou les mêmes : « Les controverses doctrinales ne concernent pas tant la valeur de la distinction entre le droit privé et le droit public que le tracé de la frontière qui délimite leurs domaines respectifs et le sens à donner à ce dualisme […]. La défense d'un domaine réservé du droit privé plonge au cœur du conflit politique autour du rôle de l'État et des ambiguïtés du libéralisme » (É. DESMONS, « Droit privé, droit public », art. préc., p. 522).

[4] M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 184.

[5] *Ibid.*

[6] *Cf.* C. BELOT (rapporteur), « La maladie de la norme – Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur les normes applicables aux collectivités territoriales », n° 317, 2011, p. 8.

[7] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 86.

Pourtant, beaucoup de concepts et de classifications aujourd'hui indispensables en sont passés par des moments de flottement et d'incertitude quant à leurs sens ; et cela vaut en premier lieu pour la *divisio* classiquement entendue, ainsi que la première partie de cette étude l'a décrit. Il n'est pas de révolution scientifique qui se fasse sans moment d'instabilité paradigmatique[1] ; entre deux ordres, il est impossible de ne pas trouver le désordre. Reste à la science du droit le soin de savoir si elle est prête à prendre le risque de l'instabilité et du désordre temporaires sans lesquels le changement n'est pas permis. Or il semble qu'elle le soit puisque, en la matière, « la mode est aujourd'hui à l'incertitude et à la complexité »[2].

Partant, il s'agirait désormais d'envisager le bijuridisme public-privé d'une manière proche de celle retenue par Kant lorsqu'il expliquait que le droit privé est celui qui existe dans l'état de nature, tandis que le droit public est celui garanti dans l'état social par la loi[3]. Pourraient, par suite et plus finement, être distingués, au sein du droit public, le droit public démocratique (Constitution, loi et règlement) et le droit public non-démocratique (jurisprudence et droit produit par les autorités administratives) ; et il conviendrait d'intégrer sous l'étiquette « droit public » le droit européen et le droit international, ces derniers étant des formes de droit public externe quand le droit étatique correspond au droit public interne. D'importants et intéressants développements seraient permis, par exemple autour de la différence entre loyauté (« fidélité à la loi privée ») et légalité (« fidélité à la loi publique »)[4] ou à propos de la possibilité de « lois privées » et de « contrats publics »[5]. Néanmoins, des difficultés substantielles seraient à résoudre : ainsi, faudrait-il considérer que tout contrat appartient nécessairement à la sphère du droit privé ? Et à quel hémisphère conviendrait-il de rattacher un contrat liant une partie publique à une partie privée ? À nouveau, l'issue la plus raisonnable serait de faire appel aux idées de transdroit et de *ratio divisio*.

Quelle qu'elle soit, la *divisio* peut donc difficilement être *summa*. L'équilibre est décidément un outil indispensable, loin de l'affirmation manichéenne d'un Lénine selon laquelle, « tandis que l'État existe, pas de liberté ; quand règnera la liberté, il n'y aura plus d'État »[6]. Il faut — dans toute étude sur le droit, mais aussi au-delà car il s'agit presque d'une philosophie politique et même d'une philosophie

[1] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 57.

[2] Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 52.

[3] S. GOYARD-FABRE, « Les sources du droit et la révolution copernicienne : quelques réflexions sur Kant et Rousseau », *Arch. phil. droit* 1982, p. 247.

[4] A. D'ORS, *Une introduction à l'étude du droit*, *op. cit.* (cité par A. SÉRIAUX, *Le Droit. Une introduction*, *op. cit.*, p. 141).

[5] Par exemples, D. DE BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit positif public », *RFDA* 1992, p. 15 s. ; J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa premier du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265 s. ; L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », *Cah. Cons. const.* 2004, n° 17, p. 120 s.

[6] V. I. LÉNINE, *L'État et la révolution* (1917), Paris, Éditions sociales, 1972.

de vie — garder à l'esprit l'éloge de la mesure par lequel Camus conclut *L'homme révolté*[1], ainsi que les célèbres aphorismes de Pascal sur le juste milieu et la maïeutique[2].

[1] A. CAMUS, *L'homme révolté*, Paris, Gallimard, coll. Nrf, 1953.

[2] Notamment : « Trop et trop peu de vin. Ne lui en donnez pas : il ne peut trouver la vérité. Donnez-lui en trop : de même » (B. PASCAL, *Pensées*, 1669).