



## LEÇON 1

# HISTOIRE ET DÉFINITION DU DROIT PUBLIC

### I. Origine et nature de la distinction droit public/droit privé

### II. Signification et portée de la distinction droit public/droit privé

La définition du droit public est propre à chaque État et société; dans le système juridique français, qui puise sa source dans le droit romain, cette définition renvoie à la distinction classique entre deux domaines d'études du droit, le droit public et le droit privé; la signification et la portée de cette distinction sous l'influence notamment des normes européennes permettent d'établir une définition commune et partagée du droit public.

#### I. Origine et nature de la distinction droit public/droit privé

Le droit peut être défini comme l'ensemble des règles permettant la vie en société et sanctionné par l'autorité publique. Le droit en général et le droit public en particulier résulte d'un long et lent processus historique qu'il s'agit de retracer à grands traits pour faire apparaître les caractéristiques propres du droit public français actuel qui a d'abord été, de l'Ancien Régime à la Révolution, objet de réflexion et de débat philosophique et juridique à partir de concepts fondamentaux d'«État» et de «loi» avant de devenir, avec la Révolution de 1789, un corps de règles

autonome et distinct du droit privé: l'autonomie du droit public s'affirme avec l'émergence de l'État-nation libéral et démocratique établi sur les principes de souveraineté nationale et de séparation des pouvoirs.

#### A. L'origine de la distinction

Le droit français doit beaucoup aux institutions romaines. Historiquement, le droit français a pour origine le droit romain qui est pour l'essentiel un droit privé (rapports entre les particuliers) et écrit (importance des textes qui seront par la suite codifiés et largement commentés). La distinction entre le droit privé (*jus privatum*) et le droit public (*jus publicum*) relève davantage de la pensée de juristes romains que de la pratique réelle du droit. Ulpien (177-224), célèbre jurisconsulte romain déclarait ainsi en son temps (début du III<sup>e</sup> siècle) que «l'étude du droit a deux domaines: le droit public et le droit privé. Le droit public envisage tout ce qui a rapport à l'État romain, le droit privé ce qui concerne les intérêts privés. Il faut en effet distinguer l'intérêt public des intérêts privés». Par ces propos, il s'agit simplement d'évoquer les raisons justifiant l'existence d'un domaine d'études du droit, le droit public, qui à l'époque lié au domaine du

sacré n'était pas encore constitué en un corps de règles autonome et distinct d'un droit privé romain alors dominant et légué à l'Occident médiéval du XII<sup>e</sup> siècle sous la forme des fameux codes *Digeste*, *Institutes* et *Novelles*, publiés sous le règne de l'Empereur Justinien (483-565).

La *summa divisio* droit public/droit privé va dans un premier temps s'appuyer sur la distinction romaine entre la *Res publica* (« chose publique » qui renvoie à l'idée de valeurs communes et à la notion d'intérêt général) et la *persona* (le citoyen romain appréhendé en tant que membre de la *Res publica*). Par *Res publica* ou République, on entend un espace public régi par le droit où domine le sacré (« chose publique » et « chose religieuse » étaient alors intimement liées). Par *persona*, on désigne le masque qui permettait à un acteur de théâtre romain de lui donner l'apparence du personnage qu'il interprétait et lui servait aussi de porte-voix (verbe *per sonare*, parler à travers) afin d'être audible par les spectateurs : il s'agit par cette métaphore théâtrale de rappeler que l'être individuel dans l'espace privé est absorbé par l'être collectif dans l'espace public car il évolue dans une société romaine holiste (le groupe social d'appartenance prime sur l'individu) comme l'est la société d'Ancien Régime en France, société qui ignore également toute formalisation d'un ensemble de règles spécifiques appelé droit public.

Ces conceptions romaines vont constituer une source d'inspiration pour les juristes de la Royauté française (légistes royaux) ; ces derniers par un effort d'abstraction de ces concepts romains visent à instituer un droit écrit uniforme mettant ainsi fin à la coupure territoriale entre droit de coutume au Nord et droit écrit au Sud légitimant et renforçant ainsi le pouvoir de la monarchie. Cette uniformisation du droit part de l'idée suivante : comme on distingue les deux corps du Roi (un corps physique mortel qu'est la personne du Roi et un corps mystique immortel qu'est la Couronne et qu'exprime la formule impersonnelle bien connue apparue en France en 1515 « le Roi est mort Vive le Roi » !), on va

aussi distinguer chez les sujets du Roi (qui n'ont alors d'existence qu'en tant que membre d'un des trois Ordres, Clergé, Noblesse et Tiers-état) un double corps, la sphère privée (*persona* saisie en tant que sujet du Roi dans ses rapports avec ses semblables) régie à l'époque par le droit canonique (droit de l'Église catholique en matière d'état civil et de mariage) de la sphère publique (*persona* ou sujet du Roi dans ses rapports avec la *Res publica* en tant que puissance royale ou État) régie alors par le droit sacré régalien (droit de la Couronne). L'influence du droit canonique sur le droit privé notamment le droit civil français se fait encore sentir de nos jours comme l'influence également du droit sacré régalien sur le droit public, droit éminemment politique attaché à un État que la monarchie absolue à son apogée au XVI<sup>e</sup> siècle a eu le mérite de fixer les contours et dont la puissance souveraine sera l'une des caractéristiques majeures (on prête ses propos au Roi français Louis XIV, « l'État c'est moi »).

L'émergence au XVI<sup>e</sup> siècle de l'État moderne va permettre le développement d'un droit national de l'État ou droit public interne suite aux écrits de certains auteurs (Machiavel 1469-1527 pour qui l'action politique et donc le droit de l'État doit se soustraire de toute considération morale ; Martin Luther 1483-1546 qui marque la rupture entre l'autorité spirituelle et le pouvoir temporel et Jean Bodin 1529-1596 pour qui l'État est une puissance souveraine unificatrice du corps social consacrant ainsi la différenciation entre l'État et la société). S'affirme au même moment un droit international des États ou « droit des gens » théorisé notamment par les juristes philosophes qu'étaient Hugo Grotius (1583-1645), Samuel von Pufendorf (1632-1694) et Emmer de Vattel (1714-1767). Il est à relever que ce « droit des gens », au sens à l'époque du droit des « têtes couronnées et familles royales », va être établi, et on comprend pourquoi, sur la base du concept d'État (royal) souverain dont la mission principale est de défendre, par sa loi, son territoire et de préserver sa population contre la violence interne et externe : ce droit régalien de

la guerre alors ébauché par ces auteurs en vue de pacifier les relations entre les peuples des divers royaumes (*gens*) sera la base de réflexion d'un droit de l'État, le droit public moderne marquant ainsi son originalité et son autonomie par rapport au droit privé classique. Les concepts fondamentaux d'État et de loi vont permettre l'émergence d'un droit public interne (souveraineté absolue de la loi étatique dans l'ordre interne) et d'un droit public international (souveraineté limitée de la loi étatique dans l'ordre international). Ce droit public va peu à peu marquer, grâce à ces concepts, sa différence d'avec le droit privé. Mais cette distinction va changer de nature car elle s'inscrit dans une critique de l'ordre religieux ancien, ordre qui jusque-là structurait et organisait les règles de droit public.

## B. La nature de la distinction

La nature de la distinction théorique entre le droit public et le droit privé subit alors une transformation : elle ne puise plus son fondement dans l'univers divin mais dans le monde des hommes. Cette nouvelle vision de l'homme et de la société est le projet ambitieux de tout un courant de pensée rattaché à ce qui est communément appelé l'Humanisme et la Renaissance. Il s'agit d'établir un pouvoir politique et donc un droit public non plus selon la volonté de Dieu mais selon la volonté des Hommes. Le Siècle des Lumières, marqué par les théories du contrat social, renforce cette approche laïque du droit public. Ces théories, qui revisitent le modèle de pensée de la cité grecque et/ou de l'Empire romain et dont les principaux représentants modernes sont les philosophes Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) et Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), constituent de nouveaux systèmes d'explication de la réalité. Les théories du contrat social visent à trouver une nouvelle légitimité au pouvoir politique et de son principal instrument d'action, le droit public. Après la légitimité théocratique ou pouvoir de la Divinité (du grec *theos* divinité, *kratos* pouvoir), il s'agit d'instituer une légitimité démocratique

ou pouvoir du Peuple (*demos* peuple, *kratos* le pouvoir). Cette nouvelle légitimité fonde ainsi le pouvoir politique sur l'accord et l'assentiment du peuple. Il faut, pour réaliser cette transformation, remettre en cause l'ordre ancien marqué par la domination et le pouvoir de l'Église et de ses représentants.

L'État moderne, qui s'inscrit dans cette lignée historique, marque le début d'un processus européen celui de la laïcisation progressive du pouvoir politique. Ce processus «de sortie de religion» ou «sécularisation» qui caractérise la modernité emprunte toutefois certains principes inspirés de la monarchie de droit divin notamment sa distinction entre la Couronne et le Roi qui nourrira la distinction progressive entre l'État, siège d'un pouvoir politique permanent de ses représentants qui exercent pour la durée d'un mandat ce pouvoir politique. Le droit public va apporter sa contribution à cette mutation d'un État de droit sacré à un État de droit profane. Ce dernier puise en les transformant certains des éléments constitutifs de l'État royal (Souveraineté royale, Domaine de la Couronne) pour forger notamment ses concepts majeurs que sont la Souveraineté nationale et le Domaine de la Nation instituant et légitimant ainsi l'existence de l'État-nation.

La source de tout pouvoir ne semble plus Dieu mais la Nation. Dans cette perspective, le concept de souveraineté de Dieu qui caractérise l'État monarchique est critiqué afin de mieux asseoir celui de la souveraineté de la Nation qui caractérise l'État démocratique : si le Roi tire sa légitimité de Dieu, l'État démocratique tire sa légitimité de la Nation. De notion politique, la Nation devient une notion juridique désormais consacrée à l'art. 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui dispose que «le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément».

Cette nouvelle philosophie politique constitue un basculement qui n'est pas aisé, on ne

connaîtra sa réalisation effective qu'après maintes révolutions: il s'agit de transformer la société religieuse (la religion structure la vie de l'être humain de sa naissance à sa mort) en une société sécularisée (la religion ne devant plus structurer la vie des hommes); la société holiste de l'Ancien Régime (l'appartenance à l'un des trois Ordres détermine l'existence de chacun) doit laisser place à une société individualiste issue de la Révolution (l'existence de l'individu n'est déterminée par aucun groupe social d'appartenance). L'établissement d'un nouveau corps social, organisé autour de l'égalité en droit des individus et non plus autour de l'inégalité des ordres et des privilèges (Clergé, Noblesse et Tiers-état), va ainsi précéder l'institution d'un nouveau corps politique fondé sur le concept de souveraineté nationale et non plus divine.

La Révolution française de 1789 consacre ainsi un nouvel ordre social (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789) avant d'instituer un nouvel ordre politique (Constitution du 3 septembre 1791). Les sciences humaines (droit, économie, sociologie, philosophie, science politique, histoire, anthropologie, psychologie...) vont se substituer aux sciences religieuses (Écritures saintes, théologie, eschatologie c'est-à-dire l'étude de l'au-delà) pour expliquer le monde et donner sens et structurer la vie des hommes et des institutions. La force mais aussi la faiblesse de la «nouvelle société politique» est qu'elle puise en son sein même son propre fondement (volonté générale) et non à l'extérieur d'elle-même (volonté divine). Le droit public moderne doit constituer et permettre la continuité de la société du contrat social (nourrir le «vivre ensemble»). Mais la monarchie en tant que forme politique n'a pas pour autant disparu après la Révolution (monarchies constitutionnelles en France de 1791 à 1792, de 1814 à 1830 et «monarchie républicaine» de 1871 à 1880); ce projet révolutionnaire n'est pas abouti, il se poursuit sous d'autres formes et modes d'expression de l'autorité communément désignés par le vocable générique de libéralisme, doctrine

dominante depuis la Révolution dans l'espace juridique européen et traduite dans des textes qui vont consacrer l'autonomie du droit de l'État démocratique, le droit public libéral caractérisé par la souveraineté nationale (loi, expression de la volonté générale) et la séparation des pouvoirs. La législation révolutionnaire, poursuivant en ce domaine l'effort initié par l'Ancien Régime, va constituer un corps propre de règles de droit public élaboré par un État législateur souverain et/ou placé sous la surveillance d'organismes administratifs institués à cet effet écartant ainsi toute intervention de l'autorité judiciaire, autorisant ainsi une distinction claire avec les principes et règles de droit privé.

La loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire (art. 13) encore en vigueur et le décret du 16 Fructidor An III (2 septembre 1795) vont soustraire l'activité des autorités administratives à tout contrôle de la part des autorités judiciaires: ces textes, qui parachèvent l'héritage laissé par l'Ancien Régime (Édit de Saint Germain de 1641), visent à écarter la compétence des Parlements, sorte de cours de justice souveraines, dans les matières administratives intéressant l'État et le Gouvernement. Partant du principe que juger l'Administration c'est encore administrer, c'est à l'administrateur-ministre de régler les différends pouvant naître entre son administration et ses administrés. Cette période de l'Administration qui se juge elle-même (système dit du «ministre-juge») traversera tous les régimes politiques jusqu'au début de la III<sup>e</sup> République. Ces textes adoptés sous la Révolution ont le mérite de poser le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires que d'aucuns ont rattaché au principe de séparation des pouvoirs rendant ainsi possible le développement institutionnel de règles propres à l'administration de l'État ce que réaliseront le Consulat et l'Empire de Napoléon I<sup>er</sup>: l'assise et le renforcement d'un État impérial autoritaire appellent l'affirmation d'un droit de l'État, et à terme d'un droit public distinct du droit privé. C'est la mise en place progressive d'une justice administrative fondée sur la

défense de l'intérêt général distincte d'une justice judiciaire établie sur la défense des intérêts privés qui va institutionnaliser la *summa divisio* droit public/droit privé.

Cette autonomie du droit de l'État et de son administration est réalisée sur le plan institutionnel par la création à l'art. 52 de la Constitution du 22 Frimaire An VIII (13 décembre 1799) du Conseil d'État; la loi du 28 Pluviôse An VIII (17 février 1800) crée au sein de chaque département un Conseil de préfecture, ancêtre de l'actuel tribunal administratif. La compétence du Conseil d'État se limite toutefois à l'époque à conseiller le Gouvernement au contraire des Conseils de préfectures qui exerçaient, outre une mission de conseil auprès du préfet, une fonction de jugement des affaires administratives ou fonction juridictionnelle. La loi du 24 mai 1872 va consacrer l'indépendance du Conseil d'État à l'égard du Gouvernement substituant ainsi la «justice déléguée» (l'Administration a désormais son propre juge indépendant) à la «justice retenue» (l'Administration se juge elle-même). Cette même loi de 1872 réinstaura de manière définitive le Tribunal des conflits (TC) alors créé par l'article 89 la Constitution du 4 novembre 1848 mais qui avait été supprimé par la suite. Le Tribunal des conflits a pour mission de réguler les conflits de compétence entre les autorités administratives et judiciaires consacrant par là même l'existence de deux ordres de juridiction l'un appliquant le droit public (juge administratif) l'autre le droit privé (le juge judiciaire).

Les décisions de ce nouveau juge de l'administration qu'est le juge administratif enregistrent une telle évolution initiée par l'Ancien Régime et accomplie par la Révolution. Ainsi le juge de l'administration, bien que s'inspirant des décisions du juge de droit civil, va s'en démarquer et afficher son autonomie en établissant des règles propres notamment en matière de responsabilité publique (TC *Blanco* du 8 février 1873). Cet arrêt a le mérite de mettre fin à la tradition séculaire d'irresponsabilité de la puissance publique, cette dernière est désormais soumise à un droit public

de la responsabilité contraignant ainsi davantage l'État au respect des normes qu'il édicte. Ce Tribunal des conflits a par ailleurs été créé aussi pour sauvegarder le domaine de compétence de l'Administration et partant de son droit et de son juge (seule une autorité administrative peut lever le conflit devant le TC si elle estime qu'une affaire relève de la compétence du juge administratif et non du juge judiciaire). La qualité de juge de droit commun du contentieux administratif est reconnue au Conseil d'État par l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889, arrêt majeur qui met fin de manière définitive au système du ministre-juge. On relève ainsi que l'élaboration progressive sous l'égide du Conseil d'État d'un droit et contentieux administratif a permis d'affirmer l'autonomie des règles du droit public par rapport aux règles de droit privé. Cet arrêt sera suivi par d'autres qui vont progressivement donner le contour à un principe fondamental, le principe de dualité de juridictions (deux ordres de juridiction, une justice de droit public et une justice de droit privé) consacrant ainsi une dualité juridique (deux droits, un droit public et un droit privé). L'indépendance du juge administratif est consacrée par la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980 établie sur le fondement de la loi du 24 mai 1872 précitée et son domaine de compétence précisé par les décisions du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 et du 28 juillet 1989. Ces décisions du Conseil élèvent ces principes d'indépendance et de compétence du juge administratif au rang de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ce statut constitutionnel du droit et juge administratifs consolide en la renforçant la *summa divisio* droit public/droit privé.

Cette *summa divisio* demeure l'une des caractéristiques majeures du droit français actuel. Elle est une réponse à une situation historique propre à la France: la lutte de l'Ancien Régime relayée par la Révolution contre les cours de justice de l'époque, les Parlements, qui s'étaient arrogé un pouvoir judiciaire et s'approprièrent à acquérir un pouvoir législatif et un pouvoir

exécutif. L'affirmation du principe de séparation des pouvoirs va renforcer, en France en tout cas, la consécration d'une distinction entre droit public et droit privé, qui écarte par principe tout contrôle de l'activité de l'Administration par l'autorité judiciaire, mettant ainsi un frein aux prétentions de ces Parlements. Le droit public libéral, organisé autour de l'idée de séparation et donc de limitation des pouvoirs, paraît alors s'affirmer et se renforcer dans le cadre de ce conflit séculaire et permanent entre autorités administratives et autorités judiciaires.

Le droit public libéral issu de la Révolution semble évoluer, selon le contexte, vers un abstentionnisme et/ou au contraire un interventionnisme de la puissance publique symbolisé alors par l'État. L'interventionnisme de la puissance publique ne serait légitime qu'en certains domaines (police, défense, diplomatie, éducation) et/ou en certaines circonstances (situation de crise majeure). Ce « constitutionnalisme politique », courant de pensée libérale formalisé en France au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle et investissant l'État comme pierre angulaire de sa réflexion (un « libéralisme par l'État »), n'est que le prolongement du « constitutionnalisme économique » qui vise à faire consacrer par le droit le principe selon lequel l'initiative économique privée est supérieure à l'initiative économique publique. Ce déclin ou renforcement de l'action de l'État se manifeste par le déclin ou au contraire le renforcement du droit public voire l'interpénétration de règles de droit public et de droit privé (l'Administration agissant parfois sous le régime de règles de droit privé; des organismes privés chargés d'une mission de service public sont soumis en partie à des règles de droit public). Le libéralisme, pour qui la liberté est au fondement du rapport politique entre le citoyen et l'État, s'étend ainsi du domaine économique et politique au domaine juridique.

Quelle que soit l'aire culturelle dans laquelle va se former et évoluer l'État moderne (droits codifiés ou droits de *Common Law*), ce courant libéral dans son versant économique et politique,

appréhende la puissance publique comme une autorité ne devant pas s'immiscer dans la sphère privée, elle doit demeurer dans la seule sphère publique, c'est pourquoi le droit public est fondé sur le concept d'État. L'idéologie libérale considère l'autorité comme un « mal nécessaire »: il n'y a pas selon cette idéologie de société sans autorité, on ne peut donc la supprimer, il s'agit par conséquent d'instituer des règles pour limiter son action afin de sauvegarder les droits de l'individu notamment le droit sacré de propriété; mais cette autorité doit aussi disposer de règles spéciales pour maintenir l'ordre et s'imposer quitte parfois à porter atteinte au droit de propriété. C'est l'objet du droit public que d'encadrer la puissance de l'État, symbole de cette autorité, tout en lui permettant d'agir pour garantir une protection des droits et libertés individuels. Il s'agit de rechercher en permanence un équilibre entre droits de l'individu (droit privé) et droit de l'État (droit public), de concilier au fond intérêts privés et intérêt général.

Ce détour par l'Ancien droit (droit privé alors dominant de l'Ancien Régime à la Révolution), le droit intermédiaire (ébauche d'un droit public sous la Révolution de 1789) et le droit moderne (consécration définitive d'un droit public distinct du droit privé depuis 1889) montre la capacité de l'État à adapter son autorité à une société traversée à la fois par le conservatisme et l'évolutionnisme. C'est d'ailleurs l'objet du droit en général et du droit public en particulier que de permettre à ces deux formes caractéristiques de toute société humaine (tradition et modernité) de pouvoir s'exprimer. Ce bref rappel historique montre également que la distinction droit public/droit privé ne va pas de soi, elle est une lente construction théorique en réponse à certaines questions de philosophie politique. Elle est par conséquent changeante et variable à travers le temps et l'espace. Le droit de l'État doit être en phase avec les valeurs dominantes de la société s'il veut se rendre efficace et avoir une quelconque portée effective. L'histoire du droit public nous révèle enfin qu'aucune société ne

peut échapper au poids de son histoire et que toute catégorie juridique est simple abstraction de la réalité et construction de l'esprit humain en vue de réalisation d'un projet politique. C'est pourquoi la signification et la portée de la distinction droit public/droit privé doivent sans cesse être renouvelées afin de répondre aujourd'hui aux nouveaux défis et besoins de la société contemporaine.

## **II. Signification et portée de la distinction droit public/droit privé**

Il va de soi que les principes établis par la Révolution de 1789 et la jurisprudence dégagée par le Conseil d'État depuis 1889 qui consacrent la distinction droit public/droit privé sont à revisiter et à adapter à un État du XXI<sup>e</sup> siècle. Il s'agit ainsi de préciser la signification et la portée actuelles de cette distinction.

### **A. La signification de la distinction**

Notre société est traversée par différents types de rapports sociaux qu'on peut classer en deux grandes catégories, les rapports entre particuliers et les rapports où s'affirme la présence d'une autorité publique dont la figure principale est l'État.

Les rapports entre particuliers sont par exemple les rapports entre un locataire et son propriétaire, entre un client et son commerçant, entre un salarié et son employeur, le droit régit tous ces rapports, et chaque rapport a nécessité une réglementation particulière. Ainsi pour reprendre les exemples précédents, on a le droit civil, le droit commercial et le droit du travail qui constituent des disciplines de droit privé, droit qui régit les rapports entre particuliers placés en principe dans une situation égalitaire. Ces rapports sont appelés à se développer et à se multiplier avec l'évolution de notre société ce qui donne naissance à de nouvelles règles qui par leur nombre et volume vont constituer de nouvelles branches du droit privé (droit des transports, droit bancaire, droit des assurances, droit

de l'informatique, droit de la propriété intellectuelle, droit international privé...). La caractéristique commune à toutes ces branches est que chacun vise à satisfaire et à défendre «à égalité des armes» son propre intérêt ou intérêt privé.

Les rapports régis par le droit public sont ceux au contraire qui visent à la satisfaction d'un intérêt public qui serait supérieur aux différents intérêts privés en présence; le droit public serait ainsi un droit qui place les particuliers dans une situation inégalitaire dans leur relation avec l'autorité publique. Le droit public est un droit spécial qui permet à la puissance publique d'agir et d'imposer sa volonté et ainsi faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers.

Le droit public organise et structure des rapports spécifiques, il encadre les relations entre les personnes qui détiennent l'autorité (les gouvernants) et les personnes soumises à cette autorité (les gouvernés). Ce droit public renvoie aux rapports politiques, administratifs et financiers qui s'établissent entre une autorité publique (État, Collectivités territoriales ou CT, établissements publics ou EP, groupements d'intérêt public ou GIP) et les administrés et/ou citoyens. Chaque rapport de droit public a nécessité une réglementation particulière (rapport État-citoyen régi par le droit constitutionnel, le rapport administration-administré régi par le droit administratif, le rapport Administration fiscale-contribuable par le droit fiscal). Mais ce schéma simple qui veut que le droit privé intéresse les rapports entre particuliers et le droit public les rapports avec l'autorité publique s'est quelque peu complexifié en brouillant les frontières entre ces deux droits rendant parfois floue cette distinction ce qui interroge sa portée actuelle.

### **B. La portée de la distinction**

La complexité de notre société appelle de nouvelles modalités de l'action publique se traduisant par de nouvelles branches du droit public voire de droits mixtes qui font appel à la fois aux règles de droit public et à celles de droit privé ce qui nuance fortement la portée de la *summa divisio*

droit public/droit privé. Ainsi à partir d'un tronc commun, le droit administratif, discipline majeure de droit public, sont nés le droit de l'urbanisme, de la construction et de l'habitat, le droit de la fonction publique, le droit des étrangers, le droit public des biens, le droit de l'expropriation... Par ailleurs le droit pénal, la procédure civile, le droit social, rattachés par convention au droit privé, appellent souvent l'intervention de l'État et donc de règles de droit public. Cette complexité invite à dégager un faisceau d'indices (statut du personnel, recours ou non aux prérogatives de puissance publique, source de financement, mission de service public, finalité d'intérêt général) pour définir le droit applicable (droit public ou droit privé?) et déterminer ainsi le juge compétent (juge administratif ou juge judiciaire?). Parmi ces indices, la notion d'intérêt général est souvent retenue. L'objet du droit public demeure la défense et la sauvegarde de l'intérêt public ou intérêt général. Il doit faire prévaloir l'intérêt collectif sur les intérêts privés, le droit public tend ainsi à primer sur le droit privé.

La défense de l'intérêt général peut conduire parfois l'État et les autres personnes publiques à développer des partenariats public-public (établissements publics de coopération intercommunale ou EPCI, sociétés publiques locales ou SPL), des partenariats public-privé (délégation de service public, contrats PPP) voire à créer des institutions de droit privé (associations loi 1901 régies par le code des associations; sociétés du type sociétés d'économie mixte de la loi de 1983 régies par le code de commerce; groupements d'intérêt économique ou GIE de l'ordonnance de 1967, structures dont le régime juridique emprunte à la fois au droit des sociétés et des associations) ou bien encore d'institutions publiques régies en partie par le droit privé (établissements publics à caractère industriel et commercial ou EPIC) pour satisfaire des besoins collectifs (transport, gestion de l'eau, des déchets, protection de l'environnement, aménagement urbain...). Des personnes privées peuvent par ailleurs assumer au nom d'une personne publique ou assurer seules une mission

d'intérêt général. Dans ces différents cas, le droit privé peut en partie ou en totalité trouver à s'appliquer pour encadrer ces activités d'intérêt public.

Ainsi si le droit public intéresse en premier lieu les personnes publiques, son champ d'application s'étend aussi aux personnes privées chargées d'une mission de service public. Si certaines personnes privées peuvent relever de la compétence du juge administratif, certaines activités publiques peuvent échapper à sa compétence («actes de gouvernement» qui sont des actes intéressant les rapports entre les pouvoirs publics et les actes en lien avec les relations internationales). C'est dire que le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires subit une relecture et paraît dépasser dans sa définition et conception d'origines. Le souci actuel est de soumettre l'Administration au respect du droit que ce dernier puise ses fondements dans les règles et principes de droit public ou ceux de droit privé importe peu: le juge de l'Administration est autant le juge administratif que le juge judiciaire. La désignation de tel ou tel juge est désormais fondée sur le souci d'une «bonne administration de la justice» et non pas, comme cela a été le cas pendant longtemps, de faire échapper l'autorité publique symbolisée par l'État à tout contrôle contentieux exercé par le juge judiciaire. Une telle évolution doit beaucoup à l'influence grandissante des droits de l'Union européenne et du droit européen des droits de l'homme qui privilégient une approche fonctionnelle et non organique des institutions et des normes: le pragmatisme juridique tend ainsi à prendre le pas voire à se substituer au dogmatisme juridique.

L'accent sera mis ici sur la compréhension des sources du droit public et de ses méthodes d'approche des rapports politiques, administratifs et financiers. Le droit public, droit de l'État par essence, a foncièrement un caractère inégalitaire car il repose sur la notion d'intérêt général. Cette notion fonde et légitime l'action de la puissance publique et lui permet ainsi de faire prévaloir l'intérêt général sur celui des particuliers