

Droit civil et droit administratif français : un même modèle doctrinal ?

Fabrice Melleray

Professeur des universités

à l'école de droit de Sciences Po (Paris)

L'objet de cette conférence est de présenter certaines des principales analyses et conclusions d'un ouvrage rédigé à 4 mains avec le professeur Christophe Jamin¹.

Il ne s'agit pas ici de revenir sur la forme de l'ouvrage, qui se compose d'une cinquantaine de courriers échangés par les auteurs sur une période d'environ 18 mois. L'objectif n'est pas davantage de proposer un résumé de ces échanges entre un civiliste et un administrativiste mais plutôt d'essayer d'en dégager et d'en préciser l'hypothèse centrale.

Le point de départ de la réflexion est simple et repose sur un constat. Les civilistes et les administrativistes français, et plus largement les privatistes et les publicistes, se connaissent sauf rares exceptions assez mal ou plus précisément se lisent généralement peu voire pas du tout. Ce phénomène n'est évidemment pas sans lien avec le cloisonnement disciplinaire, gravé dans le marbre à la fin du XIX^{ème} siècle avec la division entre plusieurs d'agrégation² : droit privé et criminel (devenue droit privé et sciences criminelles) ; droit public ; histoire du droit ; sciences économiques... Comme a pu l'écrire Jean-Marie Carbasse, l'agrégation est depuis lors un véritable « marqueur » identitaire³. Cette ignorance réciproque s'est logiquement renforcée avec le développement contemporain de la spécialisation voire même de l'hyper-spécialisation des auteurs⁴. Elle se nourrit aussi du développement de maquettes d'enseignements encourageant souvent une spécialisation particulièrement précoce et étroitement bornée.

Doit-on pour autant, à l'instar du comparatiste britannique John Bell, estimer qu'il existerait plusieurs cultures juridiques en France⁵ et que cohabiterait ainsi des manières de faire du droit différentes chez les privatistes et les publicistes hexagonaux ?

L'objet de nos échanges avec Christophe Jamin était ainsi prioritairement d'envisager le discours savant sur le droit, la doctrine pour l'écrire d'un mot⁶, et de déterminer si la séparation académique entre privatistes et publicistes induit des différences dans leurs manières respectives de penser le droit et l'étude du droit.

Quatre précisions complémentaires sont nécessaires afin de délimiter le champ de l'investigation.

Celle-ci porte tout d'abord uniquement sur la France et ne prétend pas s'appliquer ailleurs. Il est à cet égard certain que la manière dont le droit est étudié et enseigné est très différente suivant que l'on se trouve en Amérique du Nord ou dans la plupart des établissements d'enseignement supérieur français par exemple. Il n'est pas plus douteux que les auteurs allemands développent une approche dogmatique souvent nettement plus théorisante que celle de leurs homologues français qui, s'ils systématisent le

¹ Christophe Jamin et Fabrice Melleray, *Droit civil et droit administratif : Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Paris, Dalloz, 2018.

² Arrêté du 23 juillet 1896 portant réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit, notamment reproduit in RDP, 1896, p.573.

³ Jean-Marie Carbasse, *L'agrégation des facultés de droit*, RDP, 2009, p.300 et s.

⁴ V. à cet égard les fortes mises en garde de Jean-Denis Bredin, *Remarques sur la doctrine*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p.111 et s. Le phénomène s'est d'ailleurs très notablement renforcé depuis les années 1980.

⁵ John Bell, *French Legal Cultures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

⁶ Sur la polysémie du mot doctrine v. par ex. Olivier Beaud, *Doctrine*, in Denis Alland et Stéphane Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003.

droit positif, sont le plus souvent moins attirés par une analyse se voulant exclusivement logique et sont davantage intéressés par la pratique.

L'analyse ne prétend ensuite pas décrire ou analyser la manière dont tous les juristes français, indistinctement, opèrent. Il s'agit uniquement d'envisager ce qui semble constituer un modèle dominant, au sens de plus répandu et de développé par la plupart des auteurs les plus reconnus. Autrement dit, il n'est évidemment pas questions de nier qu'il existe d'autres manière d'étudier et d'envisager le phénomène juridique en France. Mais il s'agit, quantitativement, de perspectives que l'on peut qualifier d'alternatives voire parfois de marginales dès lors qu'elles sont moins courantes que le modèle ici étudié. Précisons, pour éviter toute ambiguïté, que l'appréciation est ici simplement quantitative et n'est en aucune manière qualitative. On affirme aucunement que certains seraient orthodoxes et les autres hétérodoxes, pas plus qu'il y aurait une « bonne » et des « mauvaises » manière de faire du droit, mais simplement qu'il existe un modèle très répandu parmi les juristes français. Ce dont la lecture des principaux « genres » doctrinaux⁷ (manuels et autres traités⁸ ; revues académiques ; actes de colloques, thèses de doctorat...) convainc de manière qui nous semble immédiatement perceptible.

La démarche est, troisième précision, centrée sur le droit civil et le droit administratif, mais envisage également leurs interactions avec d'autres disciplines (en particulier le droit constitutionnel, le droit de l'Union européenne et le droit européen des droits de l'homme). Elle repose sur l'idée suivant laquelle le droit civil (et tout particulièrement le droit des obligations) et le droit administratif (spécialement dans sa version contentieuse) constituaient hier en France et constituent encore aujourd'hui très largement les disciplines structurantes du droit privé pour le premier et du droit public pour le second. Comme a pu l'écrire, non sans une certaine emphase, Christian Atias : « Nul ne peut se dire juriste en France (...) sans se référer au droit civil » et « la formation au raisonnement juridique – qui est la seule formation juridique digne de ce nom – s'acquiert spécialement dans l'étude du droit civil »⁹. De même Danièle Lochak a-t-elle pu considérer que « le droit administratif apparaît comme la discipline centrale pour les spécialistes de droit interne : centrale au sens propre, ou topographique, d'abord, par opposition au droit constitutionnel qui se situe à la lisière du droit public et de la science politique, et par opposition aux finances publiques, matière plus spécialisée donc plus marginale ; centrale statutairement ensuite, dans la mesure où elle apparaît comme la plus « juridique » de toutes »¹⁰.

Enfin, dernière précision liminaire, la trame de la démonstration est essentiellement historique dès lors que Christophe Jamin et moi-même croyons pouvoir identifier la manière dont une matrice commune est née, s'est développée et perdure encore aujourd'hui. L'observation révèle en effet l'existence de ressemblances essentielles entre droit civil et droit administratif (I). Celles-ci ne doivent cependant pas entièrement masquer des différences notables (II).

I. DES RESSEMBLANCES ESSENTIELLES

On peut ici en mentionner deux principales, étroitement complémentaires : une conception commune de ce que doit faire le juriste d'une part (A) ; des évolutions parallèles d'autres part (B).

A. Une même manière de faire du droit

Cette conception commune repose sur une forme de primat de l'analyse technique et de la systématisation ainsi que sur l'exclusion du politique et sur le désintérêt voire la méfiance à l'égard des

⁷ Nader Hakim, *Les genres doctrinaux*, in AFDA, *La doctrine*, LexisNexis, 2010, p.147

⁸ Anne-Sophie Chambost, dir., *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, LGDJ, 2014.

⁹ Christian Atias, *Le droit civil*, Paris, PUF, 2004, p.29.

¹⁰ Danièle Lochak, *Les revues de droit public*, André-Jean Arnaud, dir., *La culture des revues juridiques françaises*, Milan, Giuffrè Editore, 1988, p. 47 et s.

sciences sociales. Elle a donc en quelque chose un volet positif (ce que les auteurs entendent faire) et un volet négatif (ce qu'ils souhaitent exclure de leur spectre de réflexion). Au fond, les auteurs ont une ambition doctrinale et non scientifique et réduisent l'analyse juridique à une analyse interne, à ce que Jèze nommait la technique juridique par opposition à la politique juridique¹¹. Ils procèdent à une analyse très largement décontextualisée et raisonnent comme si le droit était un univers clos animé par une rationalité qui lui serait propre.

Les civilistes, comme les administrativistes, ont ainsi opté pour une approche doctrinale et non scientifique même s'ils usent volontiers du qualificatif de scientifique pour désigner leur activité. L'opposition entre doctrine juridique et science du droit est bien connue. On en trouve notamment une analyse détaillée sous les plumes d'Etienne Picard¹² et de Jacques Chevallier¹³. Ce dernier affirme ainsi que « le point de vue doctrinal conduit l'analyste à être partie prenante au processus de production du droit », notamment en interprétant et en systématisant le droit positif. Tandis que « le point de vue scientifique conduit au contraire l'analyste à se placer en position d'extériorité par rapport au droit »¹⁴. L'approche doctrinale s'inscrit ainsi dans une des nombreuses formes de positivisme juridique, même si ce point a pu être discuté à propos des écrits publiés sous le régime de Vichy¹⁵.

De même les civilistes et les administrativistes ont-ils finalement développé une méfiance très largement partagée à l'égard des sciences sociales, et en particulier de la sociologie. Sans doute les débats furent-ils animés à la fin du XIX^{ème} siècle, à l'époque où Durkheim côtoyait Duguit à Bordeaux¹⁶ et où la sociologie aurait pu intégrer le champ des Facultés de droit plutôt que celui des Facultés de lettres¹⁷. Mais la sociologie a été très largement exclue des Facultés de droit françaises, n'y trouvant une place qu'au titre de discipline auxiliaire, de science camérale comme l'illustre le volet sociologique de l'œuvre de Jean Carbonnier. Comme si les juristes français craignaient d'être incapables d'utiliser les sciences sociales sans mettre en péril l'autonomie de leur discipline et privilégiaient une forme d'autarcie intellectuelle...

Cette méfiance s'est d'ailleurs à nouveau exprimée ces dernières années, à propos du développement de l'analyse économique du droit. Si les juristes acceptent d'intégrer des éléments d'analyse économique dans leurs raisonnements (comment d'ailleurs pourraient-ils faire autrement, en particulier en matière de droit de la concurrence), c'est sauf exception à titre accessoire, au soutien d'un raisonnement se voulant d'abord, surtout et avant tout de technique juridique.

Enfin, la majorité des civilistes et des administratives s'efforcent d'établir une cloison étanche entre ce qui relèverait de l'analyse juridique et ce qui relèverait de l'analyse politique. Le meilleur moyen de discréditer une construction est ainsi de la qualifier de politique, d'affirmer à propos de tel ou tel qu'il « ne fait pas du droit » lorsque son propos est trop visiblement sous-tendu par une analyse axiologique. On peut évidemment songer aux débats de société et aux vives controverses sur le « mariage pour tous ». On pourrait se risquer à résumer le modèle ici envisagé en le qualifiant de positivisme techniciste ou encore de technico-dogmatique, le terme dogmatique renvoyant bien sûr à la construction allemande, par exemple popularisée en France par la *Préface du Droit public de l'empire allemand* de Paul Laband¹⁸. Il n'est cependant pas exclusivement ou strictement dogmatique (car les juristes français sont généralement moins férus de logique que leurs homologues allemands) et il est technique au sens où la

¹¹ Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 1, 3^{ème} éd., 1925, réimpression Dalloz, 2005.

¹² Etienne Picard, « Science du droit » ou « doctrine juridique », in *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119.

¹³ Jacques Chevallier, *Doctrine juridique et science juridique, Droit et Société*, 2002, n° 50, p. 103.

¹⁴ Jacques Chevallier, *Doctrine ou science ?*, AJDA, 2001, p.603.

¹⁵ V. à cet égard une controverse passée à la postérité : Danièle Lochak, *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*, CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p.252 et Michel Troper, *La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)*, CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p.286.

¹⁶ Matthieu Béra, *Emile Durkheim à Bordeaux (1887-1902)*, Bordeaux, éd. Confluences, 2014.

¹⁷ V. sur cet épisode essentiel Frédéric Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France*, thèse dactyl., Université de Bourgogne, 2005.

¹⁸ Paul Laband, *Droit public de l'empire allemand*, Paris, tome 1, 1900, Giard et Brière, spéc. p.9.

systematisation est présentée comme étant au service de la pratique. Comme l'écrira Marcel Waline, répondant à Henri Dupeyroux qui voyait dans le positivisme techniciste un « idéal pour “capacitaires” » et le fruit du « syndicat des juristes artisans »,¹⁹ « l'étude du droit (...) ne serait-elle qu'une simple technique, qu'elle aurait déjà ses lettres de noblesse du fait de son utilité évidente »²⁰.

B. Des histoires parallèles

Le modèle ci-dessus décrit à grands traits n'a pas toujours existé et n'est pas né en un jour. L'investigation de l'ouvrage commence ainsi à la fin du XIX^{ème} siècle, période clé dans l'histoire des deux disciplines.

Le « moment 1900 », expression popularisée parmi les juristes par Christophe Jamin et souvent reprise par la suite, marque une phase essentielle d'évolution de la doctrine civiliste. Les privatistes sont alors confrontés au vieillissement du code civil (largement débattu à l'occasion de son centenaire en 1904), texte dont de nombreuses dispositions sont mal adaptées aux transformations de l'économie et de la société, ainsi qu'au développement du droit public qui, se nourrissant de la jurisprudence, constitue un droit qui paraît alors plus vivant, plus directement en prise avec la réalité, et donc qui peut sembler plus attractif. Ce contexte, qui apparaît très nettement à l'occasion de la création de la Revue trimestrielle de droit civil en 1902²¹, va de pair avec une intense réflexion méthodologique auxquels les noms de Raymond Saleilles et François Gény sont attachés. Il s'agit, pour l'écrire vite, de renoncer à une lecture exégétique du code civil et de proposer une interprétation plus ouverte. Se développe alors un débat, dont les échos sont encore perceptibles en droit civil, sur la question de savoir si la jurisprudence est une source du droit (ou une simple autorité) et comment canaliser et organiser le travail interprétatif.

Au même moment, et même un peu plus tôt, les publicistes décident, suivant les recommandations d'Edouard Laferrière dans la célèbre préface de son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*²², de centrer leurs analyses sur la jurisprudence du Conseil d'Etat et d'y rechercher les principes supposés régir la matière. Les administrativistes rompent ainsi avec une approche centrée sur les « matières administratives » et affirment, à la suite d'Hauriou, que le droit administratif est un droit « prétorien ».

Dans les deux cas, l'ambition est de systématiser le droit positif et d'en dégager des principes. Cette conception va progressivement s'affermir dans les premières décennies du XX^{ème} siècle. Il est à cet égard symptomatique qu'à la mort de Duguit et Hauriou, respectivement en 1928 et 1929, les jeunes auteurs leur rendant hommage (Waline²³ et Eisenmann²⁴) distinguent dans leurs œuvres le bon grain (la technique) et l'ivraie (les appréciations morales ; la sociologique ; l'histoire) et considèrent dans une approche se voulant rigoureusement positiviste « qu'il est nécessaire d'exclure de l'étude et de la solution des problèmes de la théorie juridique toute doctrine politique ou sociale »²⁵. A la même époque, le civiliste Louis Josserand, dans son fameux *Cours de droit civil positif*, peut écrire que « Le droit que nous avons pris pour objet de notre étude est avant tout le droit jurisprudentiel, c'est-à-dire celui qui se réalise : nous avons entendu faire de la science, non du roman. C'est la jurisprudence qui constitue la matière première sur laquelle doivent s'exercer nos recherches ; le droit est tel qu'elle le comprend et qu'elle l'aménage, les documents législatifs n'étant que certains des matériaux dont l'assemblage et la

¹⁹ Henri Dupeyroux, *Les grands problèmes du droit. Quelques réflexions personnelles, en marge*, Archives de philosophie du droit, 1938, p. 14.

²⁰ Marcel Waline, *Défense du positivisme juridique*, Archives de philosophie du droit, 1939, p.83.

²¹ Christophe Jamin, *Les intentions des fondateurs*, RTDCiv., 2002, p.646.

²² Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, 1^{ère} éd., Berger-Levrault, 1887.

²³ Marcel Waline, *Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou*, L'année politique française et étrangère, Paris, 1929, p. 385 et 1930, p. 39.

²⁴ Charles Eisenmann, *Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou*, Revue philosophique, 1930, p. 231.

²⁵ *Idem*.

mise en œuvre lui sont confiés »²⁶. Celui qui ne décrit et ne systématise pas le droit positif ferait ainsi du roman et non du droit. Il est frappant de constater que l'on trouvait déjà, près de vingt ans plus tôt, une affirmation comparable sous la plume du publiciste Gaston Jèze : « tout exposé théorique » qui s'écarte de l'étude des règles telles qu'elles sont appliquées est « une œuvre d'imagination, un roman écrit par un juriste- le pire dans le genre ennuyeux, monument d'orgueil et d'inutilité certaine »²⁷.

Ce modèle va ensuite s'épanouir des années 1930 aux années 1970. Il résiste ainsi au régime de Vichy, où d'éminents auteurs se livrent à la description et à la systématisation de dispositions et arrêts instaurant des discriminations abominables, notamment à l'égard des juifs. Le modèle connaît après la seconde guerre mondiale quelques secousses. Mais ni la controverse sur la publicisation du droit privé ni celle sur l'existentialisme et le droit ne le remettent en cause. De même mai 1968, et le développement de la nébuleuse contestataire que constitue le mouvement dit « critique du droit »²⁸, ne font pas réellement vaciller la domination de l'approche technico-dogmatique.

La période contemporaine est-elle celle de la remise en cause du modèle ? Plusieurs évolutions pourraient y contribuer : la complexification considérable du droit positif, qui menace à la fois à la sécurité juridique et les tentatives de systématisation ; le développement des sources supra-législatives, qu'elles soient internes (avec ce que l'on a pu nommer la « constitutionnalisation des branches du droit »²⁹) ou externes (avec le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme) ; le mouvement, qui n'est pas sans lien avec le précédent, dit de « fondamentalisation » du droit ; le phénomène dit de « globalisation », marqué par le développement de normes édictées par des acteurs non-étatiques...

Il est toutefois assez frappant de constater que malgré ces évolutions, que l'on ne saurait nier, le modèle doctrinal fait montre d'une grande résistance. La recodification du droit civil des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016³⁰, largement conçue comme un moyen de lutter contre la complexification du droit et contre les projets de codification au niveau européen, en est une illustration. Elle a donné lieu à une littérature très abondante qui, pour l'essentiel, nous semble s'inscrire dans la perspective traditionnelle. De même le débat, très vif, relatif à l'évolution de la motivation des arrêts de la Cour de cassation – afin de tirer les conséquences des exigences, réelles ou supposées, du contrôle de proportionnalité de la CEDH – illustre la résilience du modèle. Elle apparaît également, cette fois-ci en droit administratif, si l'on observe que le long débat sur l'enrichissement des décisions du juge a abouti à un résultat modeste - l'abandon du considérant - et ne remet pas en cause les grands principes régissant leur rédaction. Les auteurs, tout en regrettant la complexification du droit, la dégradation de la qualité des normes et leur pullulement, continuent à tenter de les systématiser, de les ramener à des principes et d'élaborer des théories à vocation plus ou moins générales, en droit civil comme en droit administratif.

On ne saurait cependant, nonobstant les ressemblances ici présentées à grands traits, nier l'existence de différences.

II. DES DIFFERENCES NOTABLES

Un privatiste découvrant le droit administratif ne peut qu'être frappé par le fait que le Conseil d'Etat y occupe une place qui n'est pas la même que celle de la Cour de cassation en droit civil (A). D'autres différences existent, plus discrètes peut-être (B).

²⁶ Louis Josserand, *Cours de droit civil positif*, Paris, Sirey, t. 1, 1^{ère} éd., 1932.

²⁷ Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, préc., p.IX.

²⁸ Xavier Dupré de Boulois et Martine Kaluszynski, dir., *Le droit en révolution(s). Regard sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, Paris, LGDJ, 2011.

²⁹ V. par ex. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, dir., *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica PUAM, 1998.

³⁰ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

A. Une différence immédiatement perceptible

Pour l'écrire abruptement, il n'y a qu'une doctrine en droit civil alors qu'il y en a deux en droit administratif : la doctrine académique bien sûr et, originalité du droit administratif, la doctrine organique (autrement dit les juges administratifs – essentiellement ceux du Conseil d'Etat – écrivant des articles, chroniques et autres ouvrages). Ce phénomène n'est pas nouveau et peut au contraire être observé depuis le XIX^{ème} siècle. Il se double, assez inévitablement, d'une forme d'emprise de la doctrine organique sur la doctrine universitaire. La doctrine universitaire a en effet, on l'a déjà mentionné, suivi l'invitation formulée par Laferrière et fait de la jurisprudence son champ principal voire même quasi-exclusif d'investigation. Ce choix n'était pas sans avantages, comme l'a relevé François Burdeau : « Si la doctrine universitaire se montre si bien disposée, c'est qu'elle sait que la dignité qu'elle a acquise est à mettre au crédit de l'activité juridictionnelle du conseil. Elle concourt au sacre d'un juge qui l'a lui-même élevée au niveau de sa consœur du droit privé. Car, avant l'épanouissement de la jurisprudence, qui a rendu possible l'entreprise de systématisation logique conduite à partir de l'analyse du contentieux, la discipline du droit administratif n'avait qu'une place subalterne et décriée parmi les différentes branches du droit »³¹. Autrement dit, la doctrine universitaire a immédiatement compris que le fait de se placer dans le sillage du Conseil d'Etat lui permettrait de justifier de la technicité et de la juridicité de son objet d'étude.

Ce choix a cependant un coût. Dès lors que les arrêts du Conseil d'Etat sont laconiques et dans la mesure où la doctrine se donne pour mission de systématiser la jurisprudence, les membres du Conseil d'Etat sont les mieux placés pour procéder à cette tâche. Comme l'a écrit avec lucidité Pierre-Nicolas Barenot, « on ne peut que constater qu'en droit administratif, le rôle moteur du Conseil d'Etat et le développement de sa jurisprudence ont (...) à la fois dynamisé la matière, et sensiblement restreint le magistère et l'espace intellectuel de la doctrine universitaire »³². Yves Gaudemet n'écrit pas autre chose lorsqu'il souligne que la « dichotomie au sein de la doctrine publiciste a évolué au cours du temps autour d'une hiérarchie de valeurs. D'une doctrine publiciste autonome (...) la doctrine publiciste s'est trop facilement convertie en une doctrine dépendante de la jurisprudence. Les commentaires de jurisprudence ont pris une place fondamentale dans ses travaux, au détriment d'une réflexion plus profonde (...) La doctrine publiciste est trop souvent une doctrine de l'immédiateté, en somme une doctrine qui s'en tient à « l'écume des jours » de la jurisprudence »³³.

La situation est différente en droit privé, où le « cœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence »³⁴ émet des sons qui ne sont pas les mêmes. Le juge judiciaire laisse aux professeurs, pour l'écrire rapidement, la mission d'apprécier la cohérence logique de sa jurisprudence et de la systématiser. Il leur dénie parfois toute légitimité pour juger sa production à l'aune de critères extra-juridiques.

B. Des différences plus discrètes

On peut en identifier aux moins deux.

La première revient, en suivant ici encore Christophe Jamin, à opposer l'esthétique du code des civilistes à l'esthétique de la jurisprudence des administrativistes. Si les premiers comme les seconds étudient la jurisprudence, son statut n'est en effet pas exactement le même.

³¹ François Burdeau, *Du sacre au massacre d'un juge. La doctrine et le Conseil d'Etat statuant au contentieux*, in *Mélanges Henri-Daniel Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p.309..

³² Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence miroirs de la pensée juridique (1789-1914)*, thèse Bordeaux, 2014, spéc. p.369-383.

³³ Yves Gaudemet, *Réflexions sur le rôle de la doctrine en droit public aujourd'hui*, Revue de droit d'Assas, 2011, n°4, p.31.

³⁴ Jean Rivero, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, EDCE, n° 9, 1955, p. 27.

Le code est tout à la fois au centre des investigations des civilistes et le canon à l'aune duquel ils apprécient la production normative. Une récente chronique de Philippe Malaurie en offre une illustration saisissante lorsqu'il compare les arrêts de la Cour de cassation aux articles du code civil pour s'opposer aux projets de réforme de la motivation desdits arrêts : « La sobriété des arrêts de la Cour – beaucoup sont gravés dans le marbre – est leur vertu, qui les rend admirables. Ils ont la même élégance que les articles du code civil (ceux de 1804) et l'élégance est une qualité majeure du style juridique de notre pays »³⁵. L'important semble ainsi être avant tout la forme, le style, plus que le fond. Et le modèle est celui du code civil de 1804.

Les publicistes, eux, valorisent bien davantage la forme des arrêts du Conseil d'Etat, n'ayant eu aucun code à vocation générale pour forger leur conception d'ensemble du droit. Ainsi Charles Debbasch a-t-il pu évoquer, dans une chronique classique, « la belle époque du droit administratif (...) celle où un arrêt du Conseil d'Etat faisait vibrer les cœurs comme une mélodie de Schubert, attisait les passions comme un mistral embrase une pinède, était respecté comme une parole divine »³⁶.

La seconde différence tient à l'appréhension de l'Etat par les uns et les autres. Sans doute civilistes et administrativistes se revendiquent-ils les uns comme les autres d'une forme de libéralisme et considèrent-ils que leurs disciplines sont d'essence libérale : organiser les relations, réputés égalitaires, entre des individus libres ; canaliser l'action de la puissance publique afin de garantir les libertés (« toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception »³⁷). Mais il y a chez les civilistes une méfiance vis-à-vis de l'Etat que l'on ne retrouve pas chez la plupart des administratives. Les civilistes, et les juges judiciaires, considèrent ainsi volontiers qu'ils sont les gardiens des libertés. Et ceci peut expliquer leurs vives réactions, à l'époque contemporaine, quand le législateur fait relever de la police administrative et donc du juge administratif des questions importantes (les interceptions de sécurité en matière de lutte contre le terrorisme ; les assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence)...

Fabrice Melleray
Professeur des universités
à l'école de droit de Sciences Po (Paris)

³⁵ Philippe Malaurie, *Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété*, Recueil Dalloz, 2017, p. 768.

³⁶ Charles Debbasch, *Les sources du droit administratif. Permanence et novation*, Recueil Dalloz, 1971, Chr., p. 255.

³⁷ Louis Corneille, concl. sur CE, 10 août 1917, *Baldy*, Lebon, p.636 et s., spéc. p.640.