

DOCTRINE

DROIT ADMINISTRATIF

Les naissances du droit public

Pour une généalogie en forme de trilogie

par **Didier BLANC**

Professeur de droit public à l'université de La Réunion

SOMMAIRE

- I. — LA NAISSANCE DU DROIT PUBLIC VU COMME DROIT DE L'ÉTAT : LA CHOSE
- II. — LA NAISSANCE DU DROIT PUBLIC VU COMME LE DROIT DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL :
LE MOT
- III. — LA NAISSANCE DU DROIT PUBLIC VU COMME DROIT DE L'ÉTAT MODERNE :
LA CHOSE ET LE MOT

La question des origines du droit public ou plus exactement de son invention, pour évidente qu'elle soit dès lors que le droit public est un objet d'étude n'est guère posée. Non pas que la doctrine soit soumise à la double contrainte du positivisme et d'un présent autoréférentiel privilégiant l'immédiateté sur toute forme de pensée réflexive, mais parce qu'elle marque le plus souvent sa préférence pour une approche étroitement disciplinaire. Ainsi, l'histoire des diverses branches du droit public nourrit de nombreux travaux guidés par une approche « généalogique » (1), qu'ils portent sur les matières les plus centrales

(1) Ainsi que le faisait remarquer J.-L. Seurin, « L'une des approches classiques pour comprendre une institution c'est l'approche "généalogique" selon le terme proposé

et les plus classiques du droit public telles que le droit administratif (2) ou le droit constitutionnel, ou sur des branches du droit public plus récentes telles que le droit communautaire (3) ou le droit public économique (4) ; processus quasi continu si l'on considère que 2013 marque la « date de naissance du droit public français de l'arbitrage » (5).

Partir à la recherche des origines *d'un* droit n'a rien d'extravagant, la quête d'un éventuel *big bang*, d'un moment fondateur ou d'une année zéro est en soi digne de mobiliser la doctrine. En revanche concernant l'origine *du* droit public (6), l'entreprise est plus aventureuse et hardie, pour des bénéfices qui peuvent au surplus sembler d'un faible intérêt, voire douteux en ce que dépourvus réellement de toutes capacités explicatives.

Les risques qu'il y a à conduire cette recherche sont nombreux. Tout d'abord, la prétention d'aller là où peu se sont aventurés (7), la vision érudite alors n'était pas juridique (8) quand la vision juridique n'était pas

par Nietzsche pour désigner la reconstruction du passé et la genèse des pratiques historiques qui permettent finalement la formation de l'institution » (Seurin J.-L., « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, 1992, Dalloz, p. 651).

(2) La recherche d'une origine aussi ancienne qu'incontestable du droit administratif est parfois guidée par des enjeux de légitimité disciplinaire. En ce sens, Bouchéné-Lefer (A.-G.-D.), « Quel est le véritable objet du droit dit administratif ? », *Revue pratique de droit français* 1864, ~~en ligne sur www.blogdroitadministratif.net/index.php/boucheneRPDF1864 [page non trouvée lors de la relecture]~~. Sur les enjeux politiques de cette historicité : Bigot G., *Ce droit qu'on dit administratif... Études d'histoire du droit public*, 2015, La Mémoire du Droit.

(3) Bailleux J., *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, 2014, Dalloz.

(4) Videlin J.-C., « Le droit public économique et les crises économiques : approche historique », *RFDA* 2010, n° 4, p. 727 et s.

(5) Brenet F., « Arbitrage et contrat administratif : l'incompétence toute relative du juge administratif », *Dr. adm.* 2013, n° 7, comm., p. 49 ; Jaeger L. et Chahid Nourai N., « Le Conseil d'État étend les principes de l'arrêt INSERM aux sentences étrangères », *Cah. arb.* 2013, n° 4, p. 1083 et s.

(6) Il est aisé d'observer l'importante diversité de la production éditoriale d'ouvrages traitant des diverses branches du droit public, quand ceux traitant du tronc commun se comptent sur les doigts d'une main.

(7) On peut relever l'absence d'équivalent dans la doctrine française de recherche historique sur l'apparition d'un droit public comme discipline, à l'instar de celle menée par Michael Stolleis (Stolleis M., *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, 1998, PUF). Les raisons que l'auteur avance au sujet d'un faible attrait pour l'étude de l'histoire du droit public sont transposables à la situation française, p. 68 à 73.

(8) Michelet illustre ce défaut quand il affirme que « le droit féodal était celui des seigneurs, des souverains de la France ; c'était un droit public, politique, plutôt que civil » (Michelet J., *Œuvres complètes. Origines du droit français, La France devant*

davantage érudite. À cet égard, il est permis de paraphraser Hauriou en substituant l'histoire à la sociologie (9). Ensuite, l'appui de l'histoire au droit s'est avéré fructueux, mais il constitue un risque opposé : certains auteurs ont posé de façon décisive les bases historiques du droit public en le séparant du droit privé (10). Difficile et hasardeux en ce début de XXI^e siècle de prétendre être un honnête homme au sens classique, capable de réaliser une étude dépassant les autres par le recours à une méthodologie et des ressources embrassant un ensemble disciplinaire ajoutant au droit (11) et à l'histoire, l'anthropologie, la sociologie et la philosophie. Si un certain degré de connaissance est nécessaire pour entrevoir l'œuvre à réaliser, ce même degré rend sensible et aiguë l'impossibilité de sa parfaite et complète réalisation dans un espace aussi contraint que le présent article. Enfin, s'attacher aux sources du droit public c'est nécessairement réaliser au préalable un travail de définition d'un droit, par hypothèse sujet à discussion, *a fortiori* quand son champ est réputé vaste. Lequel s'il est balisé peut révéler l'inanité de l'opération puisque si l'on s'accorde pour associer le droit public à l'État et à ses démembrements, la question des origines du droit public se confond avec celle de l'État. Il s'agit alors d'une interrogation plus susceptible de mobiliser la science de l'Histoire que celle du droit, sans compter qu'en vertu de certaines conceptions État et droit peuvent être fondus dans un même objet (12).

Dans ces conditions, le faible intérêt pour l'étude de la naissance du droit public se comprend d'autant plus que l'historicité du droit public n'est pas univoque. Un droit public non situé est concurrencé par un droit public moderne,

l'Europe, 2013, Hachette Livre-BNF, p. 5). De leur côté, les juristes insistent précisément sur l'obstacle que représente le droit féodal quant à l'autonomie du droit public (*infra*).

(9) « Un peu de sociologie éloigne du droit, mais beaucoup y ramène » (Hauriou M., « Les Facultés de droit et la sociologie » [1893], *Écrits sociologiques*, 2008, Dalloz, p. 4).

(10) Chevrier G., « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du "*jus privatum*" et du "*jus publicum*" dans les œuvres des anciens juristes français », in *La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*, 1952, Sirey, Archives de philosophie du droit, nouvelle série, p. 5 à 77.

(11) La présence de nombreux articles de mélanges consacrés au thème des origines historiques du droit est à cet égard révélatrice ; la liberté que ce support autorise n'y est en effet pas étrangère. F. Rolin rappelle « l'extrême liberté d'inspiration et de préoccupation que l'on trouve dans cette littérature ». « Les principes généraux gouvernant l'élaboration des volumes de Mélanges. Contribution à l'étude de la littérature mélangiale juridique », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau. Les mutations contemporaines du droit public*, 2002, Dalloz, p. 233.

(12) Kelsen voit dans l'État et le droit deux termes désignant une seule et même réalité ; v. Troper M., « Système juridique et État », in *Le système juridique*, 1986, Dalloz, Archives de philosophie du droit, t. 31, p. 29 et s.

dont la qualification à elle seule non seulement autorise une quête de l'origine, mais postule celle-ci. Il reste toutefois à s'accorder sur cette modernité, dont le spectre est en général borné par l'œuvre de Bodin (13), au moment où la forme moderne de l'État apparaît dans sa version monarchique au XVI^e siècle, et par celles des pères du droit public moderne, Duguit et Hauriou, à la charnière du XIX^e et du XX^e siècle (14).

En somme, identifier la naissance du droit public c'est se heurter au double écueil d'une difficulté certaine pour un bénéfice relatif. Il reste que par-delà les critères de définition proposés une certitude domine ce paysage tourmenté : « Tous les systèmes juridiques nationaux, aussi divers soient-ils, tiennent compte, d'une manière ou d'une autre, d'une distinction entre droit public et droit privé » (15). Le constat de cette existence, comme toute chose revêtue de cette qualité implique qu'elle ait un début, mais également une fin.

Avant de partir à la recherche des origines, du droit public, il convient de le définir. Classiquement, « le **droit public** vise à organiser l'**État** et les **collectivités publiques** (régions, départements, établissements publics...) et à régir leur action et leurs relations avec les particuliers » (16), ce qui a pour effet de rendre le droit criminel ou pénal extérieur au droit public, en dépit de certaines analyses en sens contraire (17). Cette définition du droit public conduit à penser qu'il existe en soi, comme un ensemble distinctif formé d'une puissance édictant un droit conçu à l'aune de l'utilité commune et s'imposant à tous selon des procédés dérogatoires – pour l'essentiel – au droit commun. Il s'agit alors de partir à la recherche de ce que l'on peut nommer « la chose » droit public, sans se préoccuper de sa dénomination ou même de son identification, laquelle postule précisément la réponse à la question des origines. En revanche, voir dans la naissance du mot l'apparition de la chose conduit à des résultats différents dans la mesure où par nature elle est dominée par une approche procédurale et formelle : le droit public s'opposant au droit privé. Ce nominalisme amène à s'interroger sur les racines d'une distinction (18),

(13) Bodin J., *Les Six Livres de la République*, 1993, Le Livre de poche, n° 4619.

(14) En ce sens, Blanquer J.-M. et Milet M., *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, 2015, Odile Jacob.

(15) Zoller E., *Introduction au droit public*, 2^e éd., 2013, Dalloz, p. 1.

(16) J.-L. Aubert et Savaux E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., 2014, Sirey, p. 32.

(17) « Le droit pénal, par exemple, en tant que droit de vie et de mort exercé par le souverain, appartient au droit public » : Stolleis M., *op. cit.*, p. 66. V. aussi Köhler M., « Le droit pénal entre public et privé », in *Le privé et le public*, 1997, Dalloz, Archives de philosophie du droit, t. 41, p. 199 et s.

(18) Troper M., *Pour une théorie générale de l'État*, 1994, PUF, p. 193 et s. ; Desmons E., « Droit privé, droit public », in Alland D. et Rials S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, Lamy-PUF, p. 520 et s.

pourtant « dépourvue de toute prétention scientifique » (19) et dont la pertinence est régulièrement mise en cause d'un point de vue général (20) ou sous l'angle particulier du dualisme juridictionnel (21).

On en conviendra aisément, le choix du moment de la rencontre entre le mot et la chose pour isoler les débuts du droit public apparaît comme le moins contestable, sans déboucher pour autant sur de fermes conclusions. Aussi est-il préférable de se référer aux naissances du droit public (22), organisées suivant une trilogie qui voit d'abord celle de la chose (I), période archaïque qui nous conduira dans la Mésopotamie du 4^e millénaire, puis celle du mot (II) durant la période classique romaine au début de notre ère, et enfin celle de la rencontre de la chose et du mot au milieu du XVII^e siècle (III) ; trilogie en forme de généalogie du droit public.

I. — LA NAISSANCE DU DROIT PUBLIC VU COMME DROIT DE L'ÉTAT : LA CHOSE

Si comme le pense Hauriou : « Il y a une affinité certaine entre l'État et l'écriture », partir à la recherche des origines du droit public, revient à remonter au début de l'écriture, au moment où l'homme sort de la Préhistoire pour rentrer dans l'Histoire ; le droit public, comme l'État « est de l'âge de l'écriture » (23). L'idée affirmée par Platon (24), relie les premières traces de l'écriture et celles du droit en Mésopotamie méridionale (sud de l'Irak), « que l'on situe chronologiquement au cours de la seconde moitié du 4^e millénaire avant notre ère, entre 3400 et 3300 » (25), tandis que le Code d'Ur-Nammu (2110-2094) rédigé en sumérien se situe presque à la symétrie

(19) Waline J. (dir.), « Droit public – Droit privé – Institutions publiques – Institutions privées. Le point de vue d'un publiciste », in *La pensée de Charles Eisenmann*, 1986, Economica-PUAM, p. 150.

(20) V. Bonnet B. et Deumier P., *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, 2010, Dalloz.

(21) V. Truchet D., « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », *Justices* 1996, n° 3, dossier « Justice et pouvoirs », p. 53 et s.

(22) J. Gaudemet fait le choix heureux du pluriel dans son ouvrage classique (Gaudemet J., *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 4^e éd., 2006, Montchrestien, Domat droit public).

(23) Hauriou M., *Précis de droit constitutionnel*, 1923, Sirey, p. 32. La protohistoire ne dément pas ce jugement : « Une société ne recourt dans tous les cas à l'écriture qu'à partir d'un certain degré de complexité, c'est-à-dire avec l'apparition de villes et d'États » (Demoule J.-P., *Mais où sont passés les Indo-européens ? Le mythe d'origine de l'Occident*, 2014, Seuil, Points, p. 538).

(24) *Les Lois*, III, 679, 680.

(25) Glassner J.-J., *Écrire à Sumer. L'invention du cunéiforme*, 2000, Seuil, L'univers historique, p. 11.

de notre temps, datant du milieu du XXI^e siècle. Ce qui revient à dire qu'en l'état des découvertes archéologiques, l'âge du droit public peut se fonder dans l'âge du cuivre (2500-1800). Plus complet est le « Code » (26) de Hammurabi (ou Hammu-Rabi), découvert sur une stèle en 1902 (27), et daté du milieu du XVIII^e siècle avant notre ère, lequel annonce dans son prologue l'origine divine du droit (28).

L'essence divine n'étant pas divisible, il est vain organiquement de distinguer un droit public d'un droit privé. En revanche selon une approche matérielle l'existence d'un droit public est avérée en général par la mention d'un pouvoir royal, garant de la justice – d'une bonne justice (29) – et de l'ordre public (30) avec en particulier la description d'institutions propres à la Mésopotamie ancienne, les fiefs royaux (31). L'importante documentation juridique relative à la Mésopotamie tranche avec la rareté des sources juridiques de l'Égypte ancienne (32).

Ce droit public avant la lettre nous conduit dans un passé très lointain, qui remonte pour l'un des fondateurs de notre droit public **moderne**, aux brumes des premiers temps, et Hauriou de situer au néolithique (33), l'apparition d'institutions sociales et du droit public, en un mot de la « civilisation » (34).

(26) Sur l'utilisation abusive et inexacte du terme : Bottero J., *Mésopotamie. L'écriture, la raison et les dieux*, 1987, Gallimard, Folio Histoire, p. 284 et s. La stèle apparaît comme formulant davantage des sentences exprimant un modèle de valeurs que des normes générales. D. Charpin souligne la différence d'approche entre les historiens du droit et les assyriologues, les premiers estimant « qu'il s'agit bien d'un organe législatif » (Charpin D., *Hammu-rabi de Babylone*, 2003, PUF, p. 212). Le Code découvert par l'archéologue orientaliste français Jacques de Morgan, directeur de la délégation en Perse du ministère de l'Instruction publique et des Beaux-Arts de 1897 à 1912.

(27) Le Code de Hammurabi, que l'on peut admirer au Musée du Louvre, avait, du temps d'Hauriou, une ancienneté jugée plus grande (– 2000).

(28) « Lorsque le dieu “Marduk” m'eut chargé de rendre la justice aux gens, d'enseigner au Pays la bonne voie, j'ai répandu dans l'esprit public la vérité et le droit, j'ai assuré le bonheur des gens » (Finet A., *Le Code de Hammurabi*, 2002, Éd. du Cerf, p. 46).

(29) « Son propos est de présenter ce code comme le modèle de rôle du roi juste » (Harari Y. N., *Sapiens. Une brève histoire de l'humanité*, 2015, Albin Michel, p. 133 ; pour une présentation du texte : p. 132 à 135 ; en anglais : Richardson M. E. J., *Hammurabi's Laws: Text, Translation and Glossary*, 2000, Londres, T & T Clark International).

(30) V. Charpin D., *op. cit.*, p. 201 et s.

(31) Sur l'ensemble de ces aspects, on se reportera au manuel de Gaudemet J., *Les naissances du droit*, 2001, Montchrestien, 3^e éd., p. 37.

(32) V. Gaudemet J., *Institutions de l'Antiquité*, 2^e éd., 1982, Sirey, p. 52, n^o 35. Les développements consacrés à l'Égypte ancienne ont disparu des éditions suivantes.

(33) Sur l'apparition du droit au néolithique, Roulaud N., *Aux confins, du droit*, 1991, Odile Jacob, p. 46 et s.

(34) Hauriou M., *op. cit.*, p. 21 à 22.

Si la naissance du droit public d'un point de vue matériel peut être datée des premières sociétés humaines, par la suite, tous les enseignements de cette archéologie juridique convergent pour relier la puissance du législateur, du roi à une origine divine. Cette relation archaïque est ainsi présentée par Domat : « Pour ce qui regarde l'antiquité, celle du gouvernement monarchique a son origine dès la création du monde, ou il était tout naturel, qu'une seule famille devenant un peuple, la puissance paternelle du premier chef, de qui les enfants et les descendants composaient ce peuple, fut en sa personne un droit de gouvernement, et que cette unité du gouvernement naturelle dans le commencement de la société des hommes, y persévérât. Aussi voit-on qu'après le déluge qui mit le genre humain au même état où l'avait mis la création, où seul fit le chef de la première société, et que lorsqu'elle se divisa pour se disperser et en former plusieurs en divers pays, chacun conserva cette manière de gouvernement » (35).

Dans la tradition occidentale, la fondation du droit public revient au Dieu de la Bible. « C'est un fait historique que la loi mosaïque a constitué le droit public et privé d'une société et même d'un État » (36). Jacques Ellul s'appuie ainsi sur le verset 8, 2, Chroniques 9 : « C'est parce que ton Dieu aime Israël, et veut le faire subsister à toujours, qu'il t'a établi roi sur lui pour que tu fasses droit et justice » (37). Le roi, souverain est la source d'un droit et d'une justice relevant matériellement du droit public. Ce passage vise le roi Salomon, mais si l'on considère que l'histoire d'Israël commence avec Abraham, la naissance du droit public est contemporaine du premier patriarche, autour du XIX^e siècle avant notre ère. Dieu assignant à Abraham, « premier législateur moderne (...) de rechercher le bien commun » (38), la figure humaine, quoique mythique, du fondateur du droit public prend forme. Certains voient même dans la Bible l'exposition d'éléments fondamentaux de la théorie générale de l'État tels que la séparation des pouvoirs ou encore la constitution (39). Il reste qu'il est difficile d'ignorer l'image célèbre et célébrée d'un dieu offrant aux hommes par l'intermédiaire de Moïse, les Tables de la Loi, tant l'épisode du Décalogue rapporté par la Bible a donné lieu à de multiples représentations (40). De toute évidence dès lors que le législateur existe le droit public est là, le Dieu de la Bible est le

(35) Domat J., *Les quatre livres du droit public*, 1697, Firmin Didot, rééd. 1829, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989, p. 45.

(36) Carbonnier J. (dir.), « La Bible et le droit », in *Écrits*, 2008, PUF, p. 1332.

(37) Cité par Leclercq J.-F., « Réflexions sur la Bible et le droit public », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, 1992, Bruxelles, Bruylant, p. 80.

(38) *Ibid.*, p. 81.

(39) *Id.*

(40) Exode, 24.12 : « L'Éternel dit à Moïse : Monte vers moi sur la montagne, et reste là ; je te donnerai des tables de pierre, la loi et les ordonnances que j'ai écrites pour leur instruction ».

modèle ancestral du législateur, liant comme les Sumériens droit et dieu. Cette relation est en réalité une identité, Dieu et droit se confondent en ne faisant qu'un, l'essence divine emporte comme attributs celui de faire le droit par la seule incarnation de la puissance de son verbe. Dès lors, s'expliquent davantage les limites d'une quête des origines dans la mesure où elle débouche sur une métaphysique déconcertante et dissuasive pour la science du droit, de nature à nourrir la conviction d'un droit indissolublement lié à la fiction.

La philologie nous enseigne que la rédaction de la Bible remonte pour ses passages les plus anciens au VIII^e siècle avant notre ère, entraînant un nouvel acte de naissance de la chose durant cette période (41). Mais ce n'est que bien plus tard que le mot délié de la chose apparaît. En attendant partir à la recherche des premiers âges du droit public c'est partir à la rencontre d'un triptyque fondateur formé d'une puissance divine, d'une société organisée sous une forme pré-étatique et de l'écriture ; rencontre opérée à l'âge du cuivre ou du bronze ancien. Sans être totalement dénuée de tout intérêt, cette approche prête le flanc à la critique en ce qu'elle prend le droit public dans un sens si large qu'il conduit à « confondre son histoire avec celle du gouvernement et de l'administration des sociétés humaines » (42), ou plus sévèrement « les spéculations sur l'existence d'un droit public *avant la lettre* paraissent relativement superflues » (43). Pour autant, si l'apparition du mot ne signifie pas nécessairement la naissance d'un concept autonome, elle marque une étape fondamentale vers cette découverte.

II. — LA NAISSANCE DU DROIT PUBLIC VU COMME LE DROIT DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL : LE MOT

Impossible de franchir les âges des métaux vers l'Antiquité sans débiter par la Grèce, précédée de la civilisation minoenne puis mycénienne. Sous l'Antiquité grecque se réalise une importante transformation du droit ou du moins de l'idée que l'on s'en fait, il devient une affaire humaine ; « Inspiré par la divinité, il fait la loi pour les hommes » (44). Au commencement des *Lois* (348/347), se trouve cette interrogation iconoclaste : « Est-ce à un Dieu, Étrangers, ou bien à un homme que vous rapportez l'institution de vos lois ? » (45) Ce passage d'un droit « divin » à un droit « humain » (46) est rendu possible par la distinction

(41) V. Finkelstein I. et Silberman N. A., *La Bible dévoilée. Les nouvelles révélations de l'archéologie*, 2004, Gallimard, Folio Histoire.

(42) Stolleis M., *op. cit.*, p. 63.

(43) *Ibid.*, p. 59.

(44) Gaudemet J., *op. cit.*, p. 19.

(45) Toutefois, les lois dont il est question ici ont trait davantage aux mœurs et pratiques sociales qu'aux actes de forme juridique.

(46) V. Gaudemet J., *op. cit.*, p. 15.

entre une justice divine (Thémis) et une justice humaine qu'elle engendre (Diké). Dès lors, les Hommes peuvent dire le droit pour trancher les litiges et différends qui peuvent surgir entre eux. Cependant, l'essentiel de l'apport de la pensée grecque à la formation du droit public n'est pas là, mais dans l'invention de la cité, lieu du politique, régie par la loi (*nomos*) (47). L'avènement de la démocratie athénienne en 507 est d'évidence un marqueur important s'agissant de la quête de l'origine du droit public. La Grèce de Platon représente d'une certaine manière le chaînon manquant entre la Loi, production divine du Code de Hammurabi ou de la Bible, et le droit romain en ce sens que la conception du droit est étroitement liée aux affaires de la cité, lesquelles sont entre les mains de ses habitants accédant à la qualité de citoyens. L'apparition d'un droit propre à la cité et par la cité, quelles que soient ses influences, participe sur un plan procédural de cette translation entre le plan divin et le plan humain.

Le droit comme création humaine est une condition nécessaire sans être suffisante pour isoler l'invention du droit public. Toutefois, les réflexions philosophiques portent principalement sur l'idée de justice (48) et si l'État n'est pas absent de la pensée grecque, il désigne plus l'ensemble de la société qu'une organisation abstraitement présentée. Néanmoins, la notion d'intérêt général existe à Athènes, vingt siècles avant Rousseau, Platon écrit : « Ce ne sont pas des lois comme elles doivent être, toutes celles qui n'ont pas été instituées en vue de l'intérêt commun de l'État dans son ensemble. » (49). De même, bien avant Kelsen, Platon affirme que la première ordonnance du législateur est « de régler ce qui est, relativement aux communautés politiques, le point de départ concernant leur naissance » (50).

En dépit de l'identification à Athènes de notions favorables à l'éclosion d'un droit public, telles que l'État, sa constitution, le législateur, l'intérêt commun, c'est à Rome que l'on doit l'invention du mot : *jus publicum* (51). Ainsi

(47) Carl Schmitt a voulu rendre au terme toute sa puissance qu'il juge émoussée par le renvoi à la loi dès l'époque de Platon. Le *nomos* désigne originellement « une première prise de terre », c'est-à-dire une possession territoriale, le *nomos* assurant cette relation entre un lieu et un ordre (Schmitt C., *Le nomos de la Terre. Dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, 2^e éd., 2012, PUF, p. 70 et s.).

(48) La République de Platon est aussi intitulée « De la Justice », et la plupart des dialogues y sont consacrés. Du passage d'une justice individuelle à une justice pour l'ensemble du groupe social découle l'étude du meilleur gouvernement pour la Cité, la Constitution de l'État modèle.

(49) *Les Lois*, V, 715.

(50) *Ibid.*, V, 721.

(51) Concernant l'étymologie de *jus* ou *ius*, dont la graphie originale est sans doute *ious*, le terme renvoie au verbe correspondant *iurare* (jurer), de sorte que le sens premier évoque l'idée de serment, de « formule de conformité » en relation avec des rites religieux ; v. Schiavone A., *IUS. L'invention du droit en Occident*, 2008, Belin, p. 91. Quant à *publicus*, il « sert d'adjectif à *populus* (*popularis* est probablement plus tardif) et s'oppose à *privatus*. *Publicus* s'est croisé avec *poplicus*, issu de *populus*, tout en

que l'écrit Michelet : « Rome mérita l'empire du monde ; elle fut la vraie patrie du droit » (52). Patrie du droit privé à n'en pas douter, mais également du droit public. C'est sans doute pour cette raison que l'étude de l'histoire du droit public (français) commence par l'étude du droit romain, qui devient la mesure de toute chose (53).

« De la politique, les Romains ont eu très tôt une vue juridique » (54). Sans doute est-ce pour cette raison que Numa, roi légendaire de Rome peut être présenté comme « le premier fondateur du droit romain » (55). Une relation très étroite existe dans la Rome archaïque entre le roi, *rex*, « comme base sémantique du concept » et une série de mots s'y rattachant : *rego*, *regere*, *regun*, *reg-ina* et *reg-ula*, de sorte que la « mission première du roi est moins de commander des forces politiques et militaires que de déterminer au sens propre ce qui est droit » (56). Aussi, durant la période monarchique à Rome la chose existe-t-elle avant le mot, mais on doit à la République sa désignation.

La République (*res publica*) n'est pas une organisation politique spécifique, elle est la forme prise par la recherche du bien commun. Inexistante au Proche et Moyen-Orient, envisagée à Athènes, c'est à Rome qu'elle s'incarne durablement. Les débuts du droit public sont marqués par l'adoption des XII Tables (450-449), elles représentent avec la tradition des pontifes « les points de référence de toutes tentatives pour décrire les origines de ce que fut l'expérience juridique romaine » (57). Consacrées aux actes de la vie civile, il est difficile comme le fait Tite-Live de voir dans les XII Tables « la source de tout le droit public et privé », A. Schiavone considère qu'elles n'avaient rien d'une « charte constitutionnelle », mais que la formule traduit plutôt une emphase dans la ligne du « canon républicain » (58). C'est plus tardivement que la formulation du *jus publicum* devient courante, précisément à l'apogée de la République, sans que le sens de l'expression soit pour autant arrêté.

étant dérivé de *pubes* qui désigne le poil, caractéristique de la puberté, ainsi que le *pubis*, partie du corps couverte de poils. *Pubes* a donc servi à nommer la population mâle adulte, en âge de porter les armes et de prendre part aux délibérations des assemblées ». Vallet O., « Le peuple, c'est au poil », Mots 1998, n° 55, p. 139.

(52) Michelet J., *Origines du droit français*, op. cit., p. 72.

(53) En ce sens, Legohérel H., *Histoire du droit public français des origines à 1789*, 1994, PUF, Que sais-je ?, n° 755. Même si leur objet est plus étendu, la plupart des manuels d'introduction historique au droit nés de la réforme de 1997 procèdent de même ; parmi les exceptions notables : Andrieux J.-P., *Introduction historique au droit*, 4^e éd., 2009, Vuibert.

(54) Michelet J., *Origines du droit français*, op. cit., p. 270 à 271.

(55) Ellul J., « Recherche sur la conception de la souveraineté dans la Rome primitive », in *Le Pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, 1997, LGDJ, p. 274.

(56) Meslin M., *L'Homme romain. Des origines au I^{er} siècle notre ère*, 1978, Hachette, p. 19.

(57) Schiavone A., op. cit., p. 69.

(58) *Ibid.*, p. 142.

Ainsi le droit public peut désigner le droit commun ainsi qu'en donne une claire illustration Térence dans *Le Phormion* (– 161) : « *Quid est ? Num iniquom postulo ? An ne hoc quidem ego adipiscar, quod publicumst ?* » (59). S'il est d'abord le droit applicable à tous, caractérisé par son étendue tandis que le droit privé est d'application limitée entre les particuliers, né d'obligations posées par eux, le *jus publicum* s'oppose au *jus privatum* de même que la *res publica* s'oppose à la *res privata*, sans que la distinction soit conceptualisée (60).

Au moment où la République brille de ses derniers feux, Cicéron bien que séparant formellement le droit public du droit privé, l'appréhende avec hésitation, tantôt dans son objet, l'État (61), tantôt dans ses sources (62). De plus, s'il manifeste une volonté de systématiser les rapports juridiques c'est davantage entre le droit sacré et le droit public afin de dégager un droit civil jusquelà noyé dans la masse (63). Sa présentation du droit des gens comme droit de tous les hommes (droit naturel) et du droit civil comme droit des hommes d'une nation ou d'une cité n'est guère plus convaincante (64). Cette absence de rigueur provient sans doute de ce que le cœur du propos de Cicéron n'est

(59) « Qu'est-ce à dire ? Est-ce que ma demande est injuste ? Et ne pourrai-je même pas obtenir ce que le droit accorde à tout le monde ? » (Terence, *Comédies*, 1948, Garnier, Classiques, t. 2, *Le Phormion*, 412, p. 244 ; la traduction de La Pléiade mentionne « ce qui est de droit pour tous ». Plaute et Terence, *Œuvres complètes*, 1971, Gallimard, p. 1234).

(60) V. Mager W., « République », in *Vocabulaire fondamental du droit*, 1990, Dalloz, Archives de philosophie du droit, t. 35, p. 258.

(61) « *Non publicum jus, non privatum et civile cognoverat* » (selon une traduction non littérale : « Il ne savait ni les lois de l'État, ni le droit civil et particulier »), Brutus, LIX, 214.

(62) « *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud : publicum, lex, senatusconsultum, foedus ; privatum, tabulae, pactum conventum, stipulatio* » (« Le droit écrit comprend le droit public et le droit privé : le droit public consiste dans les lois, les sénatus-consultes, les traités ; le droit privé dans les titres, les contrats, les stipulations ») : *Dialogue sur les partitions oratoires*, XXXVII. M. Villey souligne l'apport de Cicéron s'agissant de l'étude des sources (Villey M., *La formation de la pensée juridique moderne*, 2009, PUF, p. 407 et s).

(63) « Ce qui suit intéresse non seulement la religion, mais la constitution de l'État » (« *Quod sequitur vero, non solum ad religionem pertinet, sed etiam ad civitatis stato* »), *Des Lois*, II, 13. Les commentateurs de l'œuvre de Cicéron le suivent dans cette confusion, le cœur de l'analyse se situant sur la séparation d'un droit sacré d'un droit civil. Pour une illustration : Moatti C., « Tradition et Raison chez Cicéron : l'émergence de la rationalité politique à la fin de la République romaine », in *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, t. 100, 1988, n° 1, p. 413 à 414.

(64) « Tout ce qui est du droit civil n'est pas pour cela du droit des gens ; mais tout ce qui est du droit des gens doit être considéré comme du droit civil » (« *Quod enim civile, non idem continuo gentium ; quod autem gentium, idem civile esse debet* »), *Des devoirs*, III, 17.

pas la taxinomie, mais la démonstration d'une double supériorité de Rome sur Athènes, tenant d'une part dans celle de la raison du droit, présenté comme le *logos* de la République, sur « la pensée purement théorique » et d'autre part dans celle du juriste-expert sur le philosophe (65).

Aussi faut-il se garder de tout anachronisme, de même que la République romaine ne désigne pas une organisation politique, mais un objectif de bien être pour le *populus*, le *jus publicum* n'est pas le droit public, entendu comme droit de l'intérêt général. Pourtant les ferments d'un droit public au sens actuel sont là, sous Auguste, « appelé *Dominus*, l'Empereur n'est pas maître de l'Empire au sens du droit privé, ce n'est pas sa chose, il “avait la charge de l'intérêt public” » (66). Plus tard, Tite-Live assimile le *jus publicum* à la fiscalité, privilège de l'État (67). Dans le même sens, J.-P. Coriat note l'« épanouissement au troisième siècle d'un véritable droit fiscal, expression d'un droit public au sens actuel de ce terme » (68). Toutefois, en dépit de l'usage avéré et répété du mot, le sens à lui donner demeure incertain (69). Dans ces conditions, user de l'expression *a posteriori* de « droit public romain » pour désigner l'étude des institutions politiques et publiques de Rome (70), voire de l'ensemble du droit romain (71), est un abus de langage. S'il faut se garder d'adjoindre à la *res publica* un sens moderne, pareille précaution vaut pour le *jus publicum*.

En vérité, la période est marquée sur le plan de l'historiographie juridique par une autre séparation qui tient dans la création d'un « dualisme latent entre *ius* et *lex*, jamais explicitement théorisé, et cependant perçu par la culture romaine comme une donnée spécifique de la réalité institutionnelle » (72) ; le *ius* règle les relations horizontales, la *lex* celles entre citoyens et pouvoir politique. La pensée juridique romaine se concentre alors sur l'autonomie du droit civil, le *ius civile*, droit des citoyens romains, qui apparaît à partir du II^e siècle « comme une structure autonome, détachée des habitudes religieuses, mais aussi distincte de la politique » (73). Si bien qu'il est possible de soutenir d'une certaine manière que c'est du droit public, entendu comme l'ensemble

(65) Schiavone A., *op. cit.*, p. 179 à 180.

(66) Dumas A., *Histoire du droit français*, 1950, Aix-Marseille, La Pensée universitaire, p. 6.

(67) *Histoire romaine*, Livre XLV, 18.

(68) Coriat J.-P., *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat*, Rome, École française de Rome, 1997, p. 396, note 367.

(69) En ce sens, Chevrier G., *op. cit.*, p. 12 à 15.

(70) L'œuvre monumentale de Mommsen en porte la marque : *Le droit public romain*, De Boccard (plusieurs éditions).

(71) Serrigny D., *Droit public et administratif romain*, A. Durand, t. 1 et 2, 1862.

(72) Schiavone A., *op. cit.*, p. 188.

(73) *Ibid.*, p. 175.

des règles gouvernant la sphère religieuse, que naît le droit privé, à rebours de la pensée dominante pensant celui-ci matrice de celui-là (74). Dès lors, s'explique mieux la forte proximité entre droit public et rites culturels dont témoigne plusieurs siècles après le *Digeste*.

C'est avec Ulpien (170–228) au III^e siècle que la séparation d'avec le droit privé apparaît suivant les termes du *Digeste* (75) de Justinien : « *Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* » (76). Cette présentation est trompeuse en ce qu'elle paraît actuelle, en vérité, le droit public est conçu comme englobant une dimension religieuse étrangère à la conception moderne. Ainsi entendu, ce droit public repose sur le triptyque suivant : les cultes, les sacerdoxes et les magistrats (77). Il reste que c'est durant le troisième siècle que l'*utilitas publica* gagne en autonomie non plus pour désigner l'utilité commune, mais l'intérêt de l'État mobilisant les ressources « d'un *ius publicum* au sens moderne de l'expression, c'est-à-dire d'un droit de l'État » (78).

Au V^e siècle dans les *Institutes* de Justinien, qui font office de manuel de droit, on trouve une opposition clairement affirmée : « Cette étude a deux objets : le droit public et le droit privé. Le droit public concerne le gouvernement de l'Empire ; le droit privé règle les rapports qui intéressent les particuliers. » (79) Plus tard, les glossateurs des textes romains au XIII^e siècle, après avoir tergiversé, assurent la domination du critère finaliste (l'*utilitas*) pour identifier le droit public ; ses règles poursuivent la satisfaction du plus grand nombre en faisant œuvre d'utilité publique. Cette œuvre est rendue possible par « un principe de division du droit » que nous a légué Rome, sans

(74) De même, dans *Condition de l'homme moderne*, Hannah Arendt combat l'idée selon laquelle le droit civil serait égalitaire et horizontal, par opposition au droit public, unilatéral et vertical. Cette vision ne correspond pas à la réalité historique romaine ; au contraire, les relations interfamiliales sont profondément marquées par des rapports inégalitaires au profit du *pater familias*, tandis que dans la sphère publique une égalité juridique prévaut entre citoyens (Arendt H., *Condition de l'homme moderne*, 1958, rééd. 1994, Pocket, Évolution, p. 59 et s.).

(75) Publié le 15 décembre 533, il s'agit dans l'esprit de Justinien de constituer à la fois un code et une anthologie ; v. Schiavone A., *ibid.*, p. 18 et s.

(76) *Digeste* 1. 1. De just. et jur., 1. § 2. Frag. Ulp. : « Le droit public est celui qui regarde l'État romain ; le droit privé est celui qui a trait à l'utilité de chacun ».

(77) *Publicum jus in sacris, in sacerdotibus in magistratibus consistit*. V. Girard F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., 1911, A. Rousseau, p. 22.

(78) Coriat J.-P., *op. cit.*, p. 399.

(79) « *Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat ; privatum, quod ad singulorum utilitatem* » : Justinien, *Institutes*, 1838, M. Blondeau, Videcoq, livre 1^{er}, titre I (4), p. 10 ; traduction en français avec le texte en regard, suivi d'un choix de textes juridiques relatifs à l'histoire externe du droit romain et du droit privé antéjustinien.

l'exploiter (80), mais que se chargera de faire « le Moyen-Âge savant » (81). Dès lors, la relation historique entre la redécouverte d'un droit public et les prémices de l'État ne doit rien au hasard.

III. — LA NAISSANCE DU DROIT PUBLIC VU COMME DROIT DE L'ÉTAT MODERNE : LA CHOSE ET LE MOT

La naissance de l'État moderne est bien documentée, la plupart des auteurs s'accordent pour la fixer au XVI^e siècle. Il s'ensuit que l'enseignement du droit public comme droit de l'État moderne et son identification par la doctrine sont nécessairement plus tardifs. Bien que connaissant la distinction droit public/droit privé telle que présentée par Ulpien pour l'étudier (82), au point d'en faire parfois une *summa divisio* (83), la doctrine observe qu'elle n'est guère utilisée par les romanistes du XVI^e siècle et pas davantage par les juristes attachés au droit coutumier (84) ; le siècle « demeura trop fortement imbu d'esprit seigneurial et trop attaché aux procédés de la pensée médiévale pour bouleverser la tradition et scinder droit public et droit privé » (85).

Toutefois, pour certains auteurs, le plus loin que l'on puisse remonter quant à la formation d'une doctrine publiciste, dépourvue cependant de conscience d'elle-même, nous conduit à l'affrontement au tournant des XIII^e et XIV^e siècles entre Philippe le Bel et le pape Boniface VIII, figures séculaires d'un conflit (86)

(80) Ortolan voit dans la disparition des institutions républicaines la raison d'un droit public sans postérité, absorbé dans un droit sacré puis ecclésiastique. V. *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne*, suivie d'une *Généralisation du droit romain*, 9^e éd. revue et augmentée par Bonnier M. E., 1876, Plon, p. 21 à 22.

(81) Chevrier G., *op. cit.*, 15.

(82) Sur la réception de la division d'Ulpien au XVI^e siècle voyant dans le droit public une partie du *ius civile* : Stolleis M., *op. cit.*, p. 105 et s.

(83) Ainsi Charles du Moulin (1500-1566) et Louis Le Caron (1534-1613). Concernant ce dernier, il « apparaît comme le premier juriste à avoir construit le plan de son traité sur la distinction entre droit public et droit privé » dans les *Pandectes du droit français* (1596), selon Thireau J.-L., « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et la science politique* 2005-2006, n^o 25-26, p. 87.

(84) Thireau J.-L., *op. cit.*, p. 75 à 76. En ce sens également, Stolleis M., *op. cit.*, p. 105 à 106. En revanche, des divergences peuvent paraître quant aux raisons des obstacles à l'émergence d'un droit public autonome, Thireau J.-L., *op. cit.*, p. 84 et s.

(85) Chevrier G., *op. cit.*, p. 49.

(86) D'un autre conflit bien antérieur est née la législation de Roncaglia (1158), dérivée de l'opposition entre Frédéric Barberousse et les communes lombardes, qui peut être considérée « comme la base de ce que nous appelons le droit public ». Racine P., « Aux origines du droit public : la législation de Frédéric Barberousse à la Diète de Roncaglia (1158) », *Le Moyen-Âge* 2008, n^o 2, p. 366.

entre le pouvoir temporel et spirituel (87). Pour J. Krynen, « Ce serait une grave erreur de croire que les contemporains n'ont pas eu de cet État l'idée abstraite, "moderne". D'abord, les mots existent à la fin du Moyen-Âge pour désigner l'État : *status regni* ou *status reipublicae* sont fréquemment utilisés et plus encore *status regis* et *regni* » (88). M. Stolleis le rejoint, observant que des questions relatives au droit public telles que « la relation des pouvoirs temporel et spirituel, l'indépendance de la juridiction temporelle » sont étudiées séparément, toutefois, il met en garde contre tout anachronisme, visant à considérer « que les auteurs du XIV^e siècle avaient à l'esprit l'idée d'un "droit public" distinct, possédant ses règles propres » (89). Dans ces conditions, son absence d'autonomie et la polysémie le frappant concourent à retarder la publication de son acte de naissance.

Ce moment viendra avec l'apparition d'un droit français émancipé du droit romain grâce à la réalisation par les publicistes d'un travail d'historien plus que de juriste (90) et par l'émergence de droits subjectifs interrogeant le statut des titulaires de droits nécessairement publics (91).

La doctrine s'accorde pour identifier l'autonomisation d'un droit français dans les années 1550. Pour Jean-Louis Thireau, le point ne fait pas de doute : « la date de naissance du droit français est connue : elle se situe dans la seconde moitié du XVI^e siècle » (92). Au même moment, selon M. Stolleis, plus précisément en 1555, date de la signature de la Paix de religion d'Augsbourg, se situe le point de départ d'un droit public entendu comme discipline consciente d'elle-même. Les raisons de ce basculement sont multiples, mais aisément identifiables : la découverte de l'imprimerie, la conquête du Nouveau Monde, l'humanisme, la Renaissance, la Réforme, les débuts du capitalisme. En d'autres termes, le droit public est né au cœur des Temps modernes (1492-1789), fruit d'une triple conjonction : l'émancipation de l'action politique du religieux ; le passage de l'État féodal médiéval à l'État administratif centralisé ; l'effondrement de l'idée d'unité de l'Occident au profit d'États dynastiques ou nationaux (93).

La doctrine publiciste a identifié cette période où le pouvoir (*status*) médiéval s'efface devant l'État, comme située au moment où la souveraineté reçoit

(87) Krynen J., *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIII^e-XV^e siècle*, 1993, Gallimard, p. 85 à 86.

(88) *Ibid.*, p. 68.

(89) *Op. cit.*, p. 90.

(90) Les causes de la « découverte » tardive du droit public tiennent dans la prégnance du droit romain assurant une domination sans partage du *jus civile* et dans une identité de sources et de méthodes d'interprétation entre le droit public et le droit privé, *id.*, p. 85 à 86.

(91) *Id.*, p. 90 à 91.

(92) « Droit national et histoires nationales : les recherches érudites des fondateurs du droit français », *Droits* 2003, n° 38, p. 37.

(93) V. Stolleis M., *op. cit.*, p. 597 et s.

un usage moderne ; elle « est précisément le concept grâce auquel on peut distinguer l'ère antiétatique de l'ère étatique » (94). *Les Six Livres de la République* de Bodin (1576) éclairent cette relation où « l'État, nouvelle forme politique, est le produit du rattachement de la notion de souveraineté à celle de *res publica* » (95). Critère de l'État chez Bodin, la souveraineté telle qu'il la conçoit marque une rupture par son abstraction ordonnée autour de son caractère absolu et indivisible. Aussi l'État, au sens moderne, pour paraphraser Hauriou est-il de l'âge, non de l'écriture, mais de l'identification de la souveraineté.

Quels qu'en soient les contours et attributs, la souveraineté de Bodin est contemporaine de l'État et conforte ce choix du cadre temporel s'agissant de la naissance du droit public. Elle essentialise l'État dont la nouveauté appelle à son tour des instruments juridiques propres et spécifiques, qui une fois rassemblés par l'œuvre doctrinale forment un tout que l'on peut nommer droit public. Bien que l'ordre logique prête à débat en dépit de la prévalence de la puissance souveraine et que l'ordre chronologique soit par nature inaccessible, il n'est guère douteux que surgisse des guerres de religion émaillant l'Europe du dernier quart du XVI^e siècle une trinité laïque formée de la souveraineté, de l'État et du droit public. Au point qu'il est possible de parler d'un « moment » (96) du droit public d'autant plus aisément qu'il procède d'une affirmation de l'autonomie du politique qui est la substance même du « moment machiavélien ». En s'attachant à l'étude de ce qui permet à un « homme privé, de devenir prince » (97), Machiavel rend le second extérieur au premier et pose les bases conceptuelles d'une sphère privée séparée de la sphère publique, régie ensuite par des corps de règles relevant de l'une (le droit commun) et de l'autre (le droit public). L'attention qu'il accorde au processus à l'œuvre n'est rien d'autre que la mise au jour du politique (98).

La conscience d'un droit public va de pair avec celle d'un État, véhicule du politique, qui devient précisément un objet d'étude pour la science du droit, laquelle face à la singularité de cet objet, due à sa « spécification par la souveraineté » (99), ressent la sienne propre. Si bien que la période de fondation du droit public se fait assurément à la soudure des XVI^e et XVII^e siècles. C'est

(94) Beaud O., *La puissance de l'État*, 1994, PUF, Léviathan, p. 36. L'auteur analyse le passage d'une souveraineté anti-étatique à une souveraineté étatique, forgée par Bodin, en suivant le raisonnement développé par H. Quaritsch, p. 38 et s.

(95) *Ibid.*, p. 51.

(96) Au sens que donne J. G. A. Pocock à l'expression qui « dénote le moment où est apparue la pensée machiavélienne, ainsi que la manière dont elle a fait son apparition » (Pocock J. G. A., *Le moment machiavélien*, 1997, PUF, Léviathan, p. XLVII).

(97) *Le Prince*, chapitre VI.

(98) V. Manent P., *Naissances de la politique moderne, Machiavel – Hobbes – Rousseau*, 2007, Gallimard, p. 19 et s.

(99) Beaud O., *op. cit.*, p. 197.

une œuvre humaniste qui s'insère dans « la construction  systèmes scientifiques du droit » (100). Au-delà, de cet aspect épistémologique, « le droit public est là pour raconter une histoire, celle de la lente construction de l'État et de la monopolisation du pouvoir normatif » (101). Mais le mouvement n'est pas univoque, le droit public est tout autant un instrument de domination de l'État que de sa limitation par « la juridicisation de l'ordre politique (...) processus caractéristique des temps modernes » (102). La domestication du pouvoir par le droit public suit de loin celle de la vie civile par le droit privé.

Moins d'un demi-siècle après, émerge un droit public formel avec pour repère chronologique l'édit de Saint-Germain du 21 février 1641 (103), parfois présenté comme marquant l'origine historique de la dualité de juridictions (104) et représentant à ce titre un moment clé dans l'apparition du droit public (105) interne (106). Cette identification aux prémices du droit public est parfois contestée, au motif que l'existence d'un droit administratif sous l'Ancien Régime est douteuse (107). Il reste qu'au-delà de cette branche du droit public, de nombreux ouvrages s'intéressent au tronc, même si leur apport doctrinal est diffus durant la seconde moitié du XVII^e siècle (108).

Le XVII^e siècle finissant voit Domat se consacrer au droit public, et de lier la chose au mot, en dépit d'une réflexion marquée par un « curieux mélange d'archaïsme et de modernité » (109). Pour Domat, le droit public est un droit

(100) Villey M., *op. cit.*, p. 467.

(101) Plessix B., « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits* 2003, n° 38, p. 118.

(102) Schiavone A., *op. cit.*, p. 394.

(103) Par cet édit, Richelieu fait interdiction aux cours et tribunaux de l'Ancien Régime de juger les affaires intéressant l'État et l'Administration.

(104) V. Drago R. et Frison-Roche M.-A., « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », in *Le privé et le public*, 1997, Dalloz, Archives de philosophie du droit, t. 41, p. 135 et s.

(105) Pour J.-M. Carbasse, « un droit administratif *stricto sensu* ne peut se développer de façon nettement individualisée qu'à partir du moment où il est appliqué par un ordre juridictionnel particulier » (Carbasse J.-M., *Manuel d'introduction historique au droit*, 6^e éd., 2015, PUF, p. 278, n° 199).

(106) Au même moment peut être précisément datée la naissance d'un droit public européen, s'intéressant aux relations entre les États au moment de la Paix de Westphalie en 1648, qui « a significé, par la laïcisation des relations entre les États, l'origine du droit public de l'Europe ». Gauthier F., « Comptes rendus », *Annales historiques de la Révolution française* 1999, n° 316, p. 390.

(107) V. Bigot G., « La difficile distinction droit public/droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif », *Droits* 2003, n° 38, spéc. p. 98 à 99.

(108) Il est permis de citer *Le droit public de France* (1679), de l'abbé Claude Fleury.

(109) V. Gilles D., « Jean Domat et les fondements du droit public », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 2005-2006, n° 25-26, p. 117.

de l'État, dérogeant au droit commun, autonome et d'altitude égale au droit privé. Cette attraction achève de le constituer « en science séparée de la politique et de l'économie pour rentrer dans le giron du droit » (110). Dans son *Traité de la Police* paru en 1705, Nicolas Delamare poursuit cette identification du droit public : il « a pour objet le bien général et commun de la Société » (111). La naissance du droit public dans l'État moderne provient ici de la distinction faite entre les sujets de droit. Les personnes publiques, au premier rang desquelles figure l'État, sont gouvernées par des règles de droit spécifiques, propres à leur objet tandis que le droit privé régit le commun.

Un manuel de droit public contemporain ne rejeterait pas l'approche de la fin du XVII^e siècle. Toutefois, le sens à donner au droit public, n'est pas figé au temps suivant des Lumières. Montesquieu fait référence aux « auteurs de notre droit public » (112) pour désigner ce que l'on appellerait plutôt de nos jours la doctrine de droit international humanitaire et qu'il nomme aussi suivant les usages de l'époque « droit des gens ». Cette acception étroite, qui n'est pourtant pas celle de Domat et des auteurs classiques des XVIII^e et XVIII^e siècles, qui voient dans la Police une part déterminante du droit public, est parfois abandonnée au profit d'une conception faisant des affaires intéressant le gouvernement un objet du droit public. Il se situe alors aux confins de la science politique, déjà conçue par Machiavel comme un art de gouverner jetant les bases de la pensée politique moderne, prolongées par Hobbes (113). De même, le droit politique tel que Montesquieu le présente, autour de l'étude des « deux grands régimes politiques représentatifs et libéraux » à laquelle il a puissamment contribué, se rapproche davantage du droit constitutionnel tel que nous l'entendons de nos jours.

Quelles que soient les correspondances terminologiques entre *De l'esprit des lois* et les usages présents, Montesquieu prend le soin de justifier le traitement indifférencié qu'il fait entre les lois politiques et civiles, attestant au milieu du XVIII^e siècle d'un sentiment certain quant à la distinction entre droit public et droit privé (114). Inspiré par Cicéron, il en motive le fondement par

(110) Chevrier G., *op. cit.*, p. 64. Dans ces conditions, affirmer, comme le fait M. Troper, que « L'idée d'opposer le droit public et le droit privé comme deux ensembles de règles positives définies par leurs objets, n'apparaît dans la doctrine qu'au XIX^e siècle » revient à retarder improprement l'acte de naissance du droit public (Troper M., *Pour une théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 193).

(111) Cité par Plessix B., *op. cit.*, p. 117.

(112) *De l'Esprit des Lois*, X, 2.

(113) Les apports d'Hobbes à la politique moderne sont : l'universalité de l'individu, la sémiologie du pouvoir, la volonté politique publique (trouvant parfois à s'incarner dans le droit public) et la théorie juridique de l'institution. Zarka Y. C., *Hobbes et la pensée politique moderne*, 3^e éd., 2012, PUF, p. 281 à 284.

(114) Montesquieu n'est pas favorable à l'émancipation du droit public quand il considère que c'est « un paralogisme de dire que le bien particulier doit céder au bien

une appréciation accessible à tous : « Il est ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers, par les mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers d'un droit pour une gouttière » (115). L'entrée « Droit public » dans l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert (116) conforte ce mouvement que la Révolution française vient refermer en le couronnant : elle fait de 1789 l'ultime date de naissance de notre droit public.

Au terme de ce parcours ramassé à travers le temps et l'espace, des débuts obscurs de l'Histoire dans le croissant fertile au siècle des Lumières en passant par la Renaissance soutenue par l'humanisme européen, rien ne serait plus faux et vain que de distinguer un instant zéro duquel surgirait un droit public tout armé et casqué. En revanche, au milieu d'un amas d'événements et de circonstances propices à sa naissance, la quête des origines désigne une période que renferme la seconde moitié du XVI^e siècle. Ainsi que le propos et les développements précédents le suggèrent, l'apparition du droit public procède d'une longue et lente évolution ayant partie liée avec celle de la souveraineté et par conséquent de l'État, dont la conjonction fait sens : l'histoire du droit public se confond avec celle de la modernité. En somme, si « l'instant » droit public fait défaut, « le moment » existe, dont la densité historique demeure exceptionnelle.

Didier BLANC

*Professeur de droit public
à l'université de La Réunion*

public », XXVI, 15. C'est au contraire sur ce rapport que le Conseil d'État ainsi que la doctrine du XIX^e siècle et des débuts du XX^e vont bâtir un droit administratif, contenant presque à lui seul le droit public.

(115) *De l'Esprit des lois*, *op. cit.*, XXVI, 16.

(116) « Droit public, est celui qui est établi pour l'utilité commune des peuples considérés comme corps politique, à la différence du droit privé, qui est fait pour l'utilité de chaque personne considérée en particulier et indépendamment des autres hommes. »

