

JEAN DOMAT ET LES FONDEMENTS DU DROIT PUBLIC

« Il semble, à en juger par l'opinion de certaines personnes que le droit administratif soit une invention moderne, une création purement arbitraire et tout à fait spéciale à la France. Le mot, sans doute, est nouveau, mais non point la chose. Ce droit en effet, a sa racine dans l'existence même des sociétés, dont il est le lien, et par conséquent dans la nature des choses »¹. Cette défense du droit administratif se trouve sous la plume d'un ancien Conseiller d'Etat, Bouchené-Lefer, dans un article qu'il consacre dans la *Revue pratique de Droit Français* en 1863 au droit administratif chez Domat. Bouchené-Lefer est à cette date retourné à la fonction d'avocat après avoir été conseiller d'État avant le coup d'état de 1851. Il entend défendre dans cet article le droit administratif qui, selon ses détracteurs, ne bénéficie pas encore en 1863 de la légitimité de l'histoire. L'existence même d'une science administrative est sujette à controverse. Bouchené-Lefer cherche alors dans l'histoire du droit des précurseurs dignes du droit administratif. Il en appelle alors à l'œuvre de Domat afin de démontrer, si ce n'est l'intemporalité des principes du droit administratif comme lois naturelles, du moins leur longue maturation et l'existence des grands principes encadrant la puissance publique dès l'Ancien Droit. Si le parti pris est évident, la réflexion de Bouchené-Lefer a pourtant un mérite : elle met en lumière une partie de l'œuvre de Domat qui reste bien souvent ignorée.

Lorsque on évoque Domat², c'est immédiatement le souvenir des *Lois*

¹ BOUCHENÉ-LEFER, « Le droit administratif par Domat », *Revue Pratique de droit français*, Paris, 1863, éd. Maresq Ainé, pp. 358-421, p. 358.

² Sur la vie du magistrat, le principal élément est constitué d'un mémoire constitué par Marguerite Périer, la sœur de Pascal, qui relate la vie de Domat, essentiellement dans ses relations avec le mouvement janséniste. Voir M. PERIER, *Mémoire pour servir à l'histoire de la vie de M Domat, avocat du roi au présidial de Clermont en Auvergne*, BN Richelieu, Ms Fr. 12988, fol. 268-273. Les ouvrages traitant de la personnalité du magistrat puisent tous à cette source essentielle. Voir essentiellement l'ouvrage de C. SARZOTTI, *Jean Domat Fondamento e metodo della scienza giuridica*, coll. *Recta ratio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, pp. 88-190 ; R. POUZET, « art Jean Domat », (J. Lesaulnier et A. Mc Kenna ss. dir.), *Dictionnaire de Port-Royal*, Paris, 2004, p. 345 ; R.-F. VOELTZEL, *Jean Domat 1625-1696*, Thèse, Droit, Sirey, 1936, pp. 35-56 ; B. BAUDELLOT, *Un grand juriconsulte du 17^{ème} : Jean Domat*, Thèse, Droit, Paris, 1938 ; E. JOVY, « Domat, poète latin malheureux. Etude péripascalienne », *Bulletin du bibliophile et du bibliothécaire*, 15 mai 1912, p. 197-214 ; P. GRAMAIN, « La vie affective et spirituelle de Domat, son influence sur son œuvre juridique », *Bulletin historique et scientifique de l'Auvergne*, T. LXXXIII, 1965, pp. 167-186 ; P. NOURRISSON, *Un ami de Pascal : Jean Domat*, Paris, 1939.

Civiles dans leur ordre naturel qui s'impose à l'esprit. On oublie aisément que les *Lois Civiles* ne sont qu'un pan d'une œuvre plus vaste qu'a esquissée Domat. Si le prestige de l'œuvre civiliste de Domat est important³, l'œuvre du publiciste ne doit pourtant pas être ignorée⁴. Ce serait oublié que les *Lois Civiles* que Domat souhaite mettre dans leur ordre naturel sont autant les lois du droit privé que les lois du droit public. Il conçoit dans son *Traité des Lois*, le droit privé et le droit public comme deux entités irrémédiablement liées bien que clairement distinctes. Il renforce cette idée encore dans la *Préface du Droit Public*⁵. Le *Traité des Lois* forme la préface philosophique de cette œuvre

³ Toutefois, ce prestige semble être en partie une reconstruction faite par la doctrine civiliste au XIX^e siècle. Les relevés faits plusieurs recueils et dictionnaires juridiques ainsi que dans les consultations d'avocats montrent qu'au XVIII^e siècle, la pensée de Domat est importante pour la pratique, mais reste bien moins utilisée et évoquée que celle d'un Dumoulin par exemple. La modernité des solutions et des formules de Domat n'apparaît véritablement qu'une fois celles-ci mises en perspective avec les formulations du Code civil, et c'est ce qui légitimera l'utilisation faite par un Laurent par exemple, de Domat quasi comme un commentaire du Code. Voir notre thèse : D. GILLES, *La pensée juridique de Jean Domat (1625-1696), du Grand Siècle au Code civil*, Thèse droit (dactyl.), déc. 2004, Université Paul Cézanne/Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, pp. 455-541. Antoine Terrasson, au XVIII^e siècle, rapporte d'ailleurs un jugement sur l'œuvre de Domat qui laisse apercevoir un regard critique porté sur les *Lois Civiles* comme œuvre civiliste majeure : « (...) Son ouvrage des Lois Civiles dans leur ordre naturel a éprouvé dans le public des jugements bien opposés. Un certain genre de personnes ne connaissant pas assez le droit romain pour sentir toute la difficulté de l'entreprise de Domat n'ont regardé le fruit de son travail que comme un de ces répertoires ordinaires qui servent de secours à l'ignorance ; d'autres s'en formant une idée plus étendue que l'objet de son auteur, le considèrent comme un ouvrage fini, parfait et qui contient toute la science des lois, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux sources » ; A. TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine, contenant son origine et ses progrès depuis la fondation de Rome jusqu'à présent... Avec un recueil de ce qui nous reste de contrats, testaments et autres actes judiciaires des anciens romains. Pour servir d'introduction à l'étude du Corps de droit civil, à la lecture des commentateurs du droit romain et à l'ouvrage intitulé « Les Lois civiles dans leur ordre naturel »*, Paris, 1740, p. 640.

⁴ Les travaux récents ont essentiellement exploité soit des sources jusque-là laissées dans l'ombre, telles que les *Harangues*, ou ont choisi de traiter des aspects singuliers de l'auteur où l'œuvre publiciste trouve peu sa place. Voir M. ADINOLFI, « L'esperienza giuridica in Jean Domat », *Pensiero politico*, 1998, n°2, p. 239-270 ; A.-J. ARNAUD, « Imperium et Dominium : Domat, Pothier et la codification », *Droits*, 1995, n°22, pp. 55-66 ; B. EDELMAN, « Domat et la naissance du sujet du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, 1995, n°39, pp. 389-419 ; J.-L. GAZZANIGA, « Domat et Pothier : le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Droits*, 1990, n°12, pp. 37-46 ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Domat, le salut et le droit », *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, n°8, 1989, Paris, Société pour l'histoire des Facultés de Droit, pp. 70-111 ; « Domat : du jugement de Dieu à l'esprit des lois », *Le Débat*, mars/avril 1993, pp. 54-68 ; « La figure du juge chez Domat », *Droits*, n°39, 2004, pp. 35-52 ; NODA YOSIYUKI, « Jean Domat et le Code Civil français », *Comparative Law Review*, Vol. III, N°2, The Japan Institute of Comparative Law, 1956, pp. 1-34, pp. 28-30.

⁵ « Il faut remarquer sur ce plan des matières du droit public qu'elles ont cela de commun avec celles du Droit privé, dont il a été traité dans les *Lois Civiles*, qu'elles doivent toutes être précédées de trois matières qui sont également du Droit public et du Droit privé, et préliminaires à l'un et l'autre ; savoir ce qui regarde la nature et l'esprit des règles, les distinctions des personnes, et celles des choses (...) » ; J. DOMAT, *Préface au Droit Public*, non paginée, in *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition, revue corrigée et augmentée des troisième et quatrième livres du *Droit Public* par M. de Héricourt, des notes de M de Bouchevret sur le *Legum Delectus*, de celles de MM. Berroyer et Chevalier, anciens avocats au Parlement, chez Savoye, 1756 (toutes les citations du présent article proviennent de cette édition). Il reconnaît

publiée de 1689 à 1694 pour sa partie civiliste et en 1697 pour le *Droit Public, suite des lois civiles dans leur ordre naturel*. Si le privatiste qu'est Domat s'est suffisamment imposé dans l'histoire de la doctrine⁶ pour être encore à l'occasion cité dans la jurisprudence et la doctrine positiviste⁷, le publiciste n'a jamais été véritablement reconnu. On ne peut imaginer que le juriste clermontois, si rigoureux dans sa volonté de systématiser le droit de son temps,

ne s'engager d'abord dans la voie du droit privé que parce que cette étude est la plus simple, car les principes naturels se trouvent quasiment tous compris dans le droit romain. Pour le droit public, il convient de les rechercher un à un, ce qui demande un travail long et pénible : « Il faut avertir le lecteur en troisième lieu, d'une autre différence importante entre le Droit Public et le Droit Privé, pour ce qui regarde les Lois naturelles de l'un et de l'autre, et qui consiste en ce que les règles naturelles du Droit Privé on les a presque toutes dans le Droit Romain (...). Mais pour le Droit Public, il comprend une infinité de règles du Droit naturel qui ne se trouvent ni dans le Droit romain ni ailleurs, et dont un grand nombre se tire de la Loi divine ou sont des suites des principes naturels de la justice et de l'équité, de sorte qu'il n'y aura dans ce Livre un très grand nombre d'articles tirés de ces sources, et sur lesquels il n'y aura aucun texte du Droit romain, mais en plusieurs on citera des passages de l'Écriture d'où ils sont tirés, et même quelques ordonnances » ; J. DOMAT, *Préface au Droit Public, op. cit.*, non paginée.

⁶ Comme l'a montré Nader Hakim, les premiers commentateurs du Code civil dialoguent largement avec les autorités du passé et puisent dans la science juridique de l'Ancien Droit « les opinions qui leur sont nécessaires pour établir leurs raisonnements sur le droit nouveau. C'est ainsi qu'aux côtés du Répertoire de Merlin, Pothier, d'Aguesseau ou Domat sont sollicités pour défendre, appuyer ou combattre les dispositions du Code civil » ; N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, LGDG, bibliothèque de droit privé, t. 381, 2003, p. 377.

⁷ L'utilisation de la pensée de Domat par les praticiens du droit, magistrats, professeurs, avocats, dans leur réflexion doctrinale actuelle est frappante. Ainsi, dans les quinze dernières années, la pensée de Domat est évoqué par J. HUET, « Un bienfait de l'histoire : la subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêts (art. 1250, 2^e, c. civ.) », *Recueil Dalloz*, 1999, Chroniques, p. 303 et svt ; par B. OPPETIT, « L'expérience française de codification en matière commerciale », *Recueil Dalloz*, 1990, Chroniques, p. 1 et svt. ; par J.-P. CHAZAL, « L'ultra-indemnisation : une réparation au-delà des préjudices directs », *Recueil Dalloz*, 2003, Jurisprudence, p. 2326 et svt. ; par O. GOUT, « La responsabilité de l'hôtelier en cas de vol sur le parc de stationnement de l'hôtel », *Recueil Dalloz*, 2001, Jurisprudence, p. 341 ; par E. CATTÀ, « Les techniques de codification : de la cire au silicium... », *AJDA*, 1997, Chroniques, p. 647 et svt. Ces utilisations montrent qu'en matière de responsabilité, de droit des obligations, de distinction droit privé/droit public, de codification, la pensée de Domat a gardé toute sa vigueur et toute sa richesse. Celle-ci a même largement rayonnée dans le monde à travers le rayonnement du Code civil. Ainsi, Domat est largement invoqué, depuis deux siècles, dans la jurisprudence canadienne de la Cour Suprême du Québec dans l'application du Code Civil du Bas-Canada ou dans l'application du Code Civil de Louisiane. Voir *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, 1990, 3, R.C.S. 122, pp. 136-141 ou *Soucisse contre Banque Nationale du Canada*, 1981, R.C.S., 339, pp. 355-363. Domat se trouve par exemple cité dans 27 arrêts de 1876 à 1920, On trouve 11 occurrences renvoyant aux *Lois Civiles*. Voir M. MORIN, « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas-Canada, 1876-1984 », *Revue du Barreau*, Québec, n°60, 2000, pp. 247-386 ; R. BATIZA, « Origins of modern Codification of the Civil Law : The French Experience », *Tulane Law Review*, New-Orleans, n° 56-2, 1982, pp. 477-601. De même, Domat reste encore largement présent dans la doctrine civiliste d'Amérique du Sud. Voir E. MARTINEZ-PAZ, « Jean Domat y la sistematica juridica del siglo XIX », *Sistema de filosofia del derecho*, Buenos Aires, El ateneo, 1935, pp. 363-373 et les travaux de José-Horacio ALTERNI, « Domat y Pothier en el Código Civil Argentino », ainsi que Camilo TALE, « El derecho de danos en Jean Domat. Cotejo con las regias del Code Napoleon, con la doctrina de sus comentarios del S. XIX y con las normas de Codigo de Vélez » dans *La codificion : raices y prospectiva : El Codigo Napoleon*, Prudentia Iuris, Buenos Aires, 2003. Par contraste, le Domat publiciste reste largement oublié de la doctrine publiciste actuelle.

soit subitement devenu un médiocre lorsqu'il s'est engagé dans la voie d'établir les grands principes du droit public⁸. C'est d'ailleurs l'ensemble du plan de la société civile esquissé par le jurisconsulte qui était loué par le Chancelier d'Aguesseau⁹. Pour la postérité immédiate, le *Droit Public* de Domat souffrait de deux défauts qui ont largement éclipsé son œuvre de publiciste. Le *Droit Public* est tout d'abord une œuvre inachevée car Domat ne laisse, avant de mourir en 1696, que les préambules des deux derniers livres des quatre livres que devait compter le *Droit public*. Ensuite, contrairement aux publicistes du dix-huitième siècle tels que Edme La Poix de Freminville ou Nicolas Delamare¹⁰, Domat adopte une prise de position doctrinale et n'envisage pas la réflexion sur le droit public dans une optique pratique. Sa réflexion devient alors en grande partie inutilisable pour l'agent public, contrairement aux traités de Police qui vont connaître un large développement au XVIII^e siècle.

Mais ces deux raisons ne suffisent pas à expliquer le voile jeté sur le *Droit Public* de Domat. N'est-il pas l'un des tous premiers auteurs de l'Ancien Droit à consacrer deux traités au droit privé et au droit public, ouvrages tout à la fois distincts mais étroitement liés par la même vision du monde ? La remise en ordre de l'homme et de la société, le retour de l'individu vers Dieu, le respect des lois premières d'amour, tout pousse Domat à s'intéresser au droit public après avoir remis les lois civiles en ordre.

⁸ Cela même si Domat lui-même est conscient des difficultés de l'entreprise. Une difficulté propre au droit public s'élève aux yeux de Domat. Si le droit naturel transparaît largement dans le droit romain pour le droit privé, il constate qu'en matière de droit public il a bien davantage de règles arbitraires et de droit positif qu'en matière de droit privé. C'est pourquoi il entreprend dans un premier temps la mise en ordre des lois civiles, l'édification de la science du droit public étant la plus difficile. Le constat de cette difficulté est d'ailleurs relayé par Georges Chevrier qui admet qu'il « est fort malaisé de caractériser le droit public de Domat, où les lois de droit naturel sont plus souvent en conflit avec les lois positives et arbitraires que dans le cadre du droit privé. Il est plus difficile encore d'en jalonner les frontières » ; G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « jus privatum » et du « jus publicum » dans les œuvres des anciens juristes français », *Archives de Philosophie du Droit*, 1952, pp. 5-77, p. 63.

⁹ « Personne n'a mieux approfondi que cet auteur le véritable principe des lois et ne l'a expliqué d'une manière plus digne d'un philosophe, d'un jurisconsulte et d'un Chrétien. Après avoir remonté jusqu'au premier principe, il descend jusqu'aux dernières conséquences. Il les développe dans un ordre presque géométrique : toutes les différentes espèces de lois y sont détaillées avec les caractères qui les distinguent. C'est le plan général de la Société Civile le mieux fait et le plus achevé qui ait jamais paru, et je l'ai toujours regardé comme un ouvrage précieux que j'ai vu croître et presque naître entre mes mains, par l'amitié que l'auteur avait pour moi. Vous devez vous estimer heureux, mon cher fils, de trouver cet ouvrage fait avant que vous entriez dans l'étude de la Jurisprudence » ; H.-F. D'AGUESSEAU, « Instructions sur les études propres à former un magistrat », *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, Paris, éd. Libraires associés, 1759, 15 vol., vol. I, p. 273.

¹⁰ Voir E. DE LA POIX DE FREMINVILLE, *Dictionnaire ou Traité de la Police générale des villes, Bourgs, Paroisses et seigneuries de la Campagne*, Paris, Gissey, 1758 et N. DELAMARE, *Traité de la police où l'on trouvera l'Histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats, toutes les lois et tous les règlements qui la concernent*, Seconde édition, 4 Tomes, Paris, Michel Brunet, 1722.

Il affirme clairement son importance. Il définit ce dernier dans la préface du *Droit Public*. Selon lui, « le droit public n'est autre chose que le système des règles qui regarde l'ordre général du gouvernement et de la Police d'un État »¹¹. Le droit public comprendra alors, « diverses matières dont on n'a pas communément cette idée qu'elles fassent partie du Droit Public mais qui doivent être comprises naturellement par la vue de leur rapport général d'un État ». Sont alors établis les 3 axes autour desquels Domat va construire sa réflexion. Il tente d'adopter une vision systématique ou pour le moins globale du droit public. Il vise deux ensembles matériels, l'ordre général du gouvernement d'une part et la police d'autre part. Il établit un critère distinctif : le rapport des matières à l'État.

Il se démarque donc de la doctrine dominante qui cerne le spectre du droit public à travers le prisme de la police pour les travaux à vocation pratique, ou à travers l'art du gouvernement et l'affirmation de la souveraineté pour les travaux renvoyant à la pensée politique. Il entend concilier ces deux courants en faisant apparaître les grands principes du droit public qui doivent à la fois gouverner les actions du prince mais aussi l'action des agents publics. Il envisage le droit public dans un large prisme, qui va du fondement divin du pouvoir à la police de la voirie. Il se démarque également du public qui est généralement visé à cette époque par les traités de droit public. La plupart de ces derniers visent soit à l'édification ou l'éducation des princes, comme le *Droit public* de Claude Fleury¹², soit à appuyer le praticien dans l'exercice quotidien de la police. Le *Droit Public* de Domat a le mérite de se présenter à la vue de tous. En usant de la langue française pour se rendre davantage accessible, comme pour les *Lois Civiles*, Domat se veut pédagogue¹³.

Le relatif échec de son œuvre de publiciste doit-il alors être mis au compte d'une postérité désinvolte, d'une pédagogie insuffisante ou du manque d'intérêt et d'originalité des solutions que l'on peut trouver dans le *Droit Public*?

¹¹ J. DOMAT, *Préface au Droit Public*, *op. cit.*, non paginée.

¹² C. FLEURY, *Droit public de France, composé pour l'éducation des princes*, publié avec des notes par J.-B. Daragon, Paris, 1769, 2 vol., préambule non paginé. Georges Chevrier remarquait d'ailleurs que « le Droit public de Domat tranche à deux égards sur celui de Fleury. Moins ample - puisqu'il ne contient pas le droit international public - il offre une structure fondamentalement différente. Les finances ne sont plus traitées à part mais deviennent matière de gouvernement (...) » ; G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français », *op. cit.*, p. 63.

¹³ « Et comme la langue française est aujourd'hui dans une perfection qui égale et surpasse même en beaucoup de choses les langues anciennes que par cette raison elle est devenue commune à toutes les Nations et elle a singulièrement clarté et justesse, l'exactitude et la dignité qui sont les caractères essentiels aux expressions des lois, il n'y a point de langue qui leur soit plus propre et les défauts d'expressions qu'on pourra trouver dans ce livre seront de l'auteur et non de la langue » ; J. DOMAT, *Préface aux Lois Civiles*, *op. cit.*, non paginée.

Dans l'ensemble quelque peu hétéroclite que constitue cet ouvrage, est-il possible de discerner un droit public développant des caractéristiques propres à défendre sa singularité dès la fin du XVII^e siècle, comme le voyait Bouchéné-Lefer ?

En matière de droit public comme en matière de droit privé, la pensée de Domat est riche en contradictions et en ambiguïtés qui laissent bien souvent le lecteur dans la perplexité. Il est toutefois possible de dégager les grands principes qui guident Domat dans son exposé du *Droit Public*. Il voyage sans cesse entre la tradition – parfois l'archaïsme – et de subtiles inflexions qui annoncent des développements fructueux. Comme le remarquait Georges Chevrier, Domat, dans son œuvre publiciste, semble « quitter un continent pour un autre »¹⁴, quitter les droits des particuliers pour ceux de la collectivité. Ce dernier continent, oublié, mérite pourtant une exploration, ne serait-ce que pour justifier le peu d'écho qu'a eu cette œuvre.

De prime abord, le jurisconsulte se refuse, contrairement au droit privé, à adopter une position de rupture avec le passé. On ne trouve pas sous sa plume un plan novateur entendant réorganiser le droit public, comme sa *summa divisio* entre engagements et successions entendait le faire pour le droit civil. Il divise le *Droit Public* en quatre livres : le premier traite du gouvernement et de la police générale d'un état, le second des officiers et des autres personnes qui participent aux fonctions publiques, le troisième des crimes et délits, le quatrième de l'ordre judiciaire. Seuls les deux premiers livres ont donc été menés à terme par le jurisconsulte avant sa mort. Pour les deux derniers, il ne laisse que les préambules qui permettent toutefois d'avoir une vision assez précise des principes qu'il entendait mettre en lumière sur ces questions¹⁵. Le jurisconsulte rejette donc dans son plan l'idée d'un droit public structuré

¹⁴ G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français », *op. cit.*, p. 57.

¹⁵ La place du droit pénal dans l'œuvre de Domat, est, par exemple, source d'incertitude. Le livre III du *Droit Public*, touchant aux délits et aux crimes n'a pu être mené à sa fin en raison du décès de l'auteur. Il ne reste que les préfaces des livres III et IV. Ils ont été complétés par d'Héricourt. Malheureusement, il n'est pas possible de déterminer, au vu des manuscrits du *Droit Public* conservés à la Bibliothèque Nationale, si d'Héricourt a travaillé sur des manuscrits du magistrat dont on aurait perdu la trace ou s'il a souhaité compléter simplement l'œuvre du jurisconsulte par sa propre réflexion. Les ajouts apportés par d'Héricourt n'apparaissent que dans l'édition de 1717, alors qu'une édition précédente de 1713 ne comportait aucun ajout. Le travail de l'avocat parisien a donc été rédigé durant cette date, qui semble assez éloignée de la date de rédaction du *Droit Public* pour pouvoir prolonger valablement une pensée datant d'il y a plus de 15 ans. Il faut donc se contenter de ces deux préfaces. Elles permettent toutefois d'établir avec assez de clarté la perspective pénale choisie par Domat Sur la portée des développements apportés par Louis d'Héricourt sur le *Droit Public*, voir C. SARZOTTI, *Domat criminalista*, Cedam, Padova, 2001, pp. 28-29. Il faut souligner les difficultés posées par cet ajout à l'œuvre du jurisconsulte, de nombreux auteurs ont été trompés par cette addition au *Droit Public*. Certains ont imaginé que l'ensemble du *Droit Public* était de la main d'Héricourt, d'autres, comme Y. Cartuyvels, n'ont pas tenu compte de la distinction entre les deux auteurs,

autour de l'idée de police. Il n'ignore toutefois pas celle-ci, mais il lui donne un aspect polymorphe qui l'amène à envisager plusieurs degrés de police. Le droit public dans son ensemble prend alors place dans une « police universelle », instrument de la puissance publique.

La portée holiste des dispositions qui visent à traiter les sujets et les thèmes qu'il aborde dans la totalité de leurs manifestations est évidente. Si Domat limite largement sa volonté d'exhaustivité aux lois naturelles entendues restrictivement dans les *Lois Civiles*, la ligne est moins clairement définie dans le *Droit Public* ou du moins plus difficilement suivie. Si le présupposé jusnaturaliste persiste, il est bien souvent battu en brèche par l'empirisme des concepts et des domaines dans lesquels le juriconsulte s'engage¹⁶. Si dans le droit privé régnaient les lois naturelles au sens strict, dans le droit public ce sont davantage des préceptes divins tirés des Écritures que de véritables lois naturelles. Si l'exposition des lois civiles dans leur ordre naturel contribue – ou doit contribuer – à un retour de l'homme vers les préceptes divins et, *in fine*, vers son salut, la puissance publique et l'État ont également un rôle à jouer dans ce retour vers Dieu. L'action de la puissance publique va s'organiser alors autour de l'idée traditionnelle de l'exercice de la *jurisdictio* du magistrat¹⁷, déclinée entre juridiction contentieuse et juridiction volontaire. Celle-ci devient l'expression de sa vision de l'ordre. La qualification de juridiction volontaire embrasse, en définitive, toute activité de l'agent public, en dehors de tout débat judiciaire ou de différend préexistant. Il ne franchit toutefois pas véritablement le cap d'une claire autonomie de l'action administrative indépendante de l'action juridictionnelle, mais sa vision de l'action publique détermine les assises d'une action publique organisée, structurée autour de principes propres à un droit public conçue comme autonome. Il fonde alors un droit public qui se singularise des autres branches du droit en dérogeant au droit commun et répondant à des finalités propres. C'est un droit privilégié, spécifique à

et attribuent à Domat les développements et les innovations apportés par Héricourt. Les manuscrits de la BN ne laissent pas de doute. Seuls les préambules des livres III et IV sont de la main de Domat, comme l'intégralité des livres I et II. Peut-être Héricourt a-t-il conservé des manuscrits sur lesquels il a travaillé pour ses suites au *Droit Public*, mais aucun élément ne vient étayer cette hypothèse. Sur la réflexion du Domat criminaliste, outre l'ouvrage de C. Sarzotti, voir H. LOUBERS, « Domat criminaliste », *Bulletin historique et scientifique d'Auvergne*, VII, 1887, pp. 152-158 ; Y. CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal ? une approche généalogiste des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, éd. les Presses de l'Université de Montréal, les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1996, pp. 92-94 et D. GILLES, *La pensée juridique de Jean Domat*, *op. cit.*, pp. 394-411.

¹⁶ Delamare dans la préface de son *Traité* reconnaît encore au XVIII^e la difficulté de rassembler l'ensemble des matières touchant à la police « entrecoupé et mêlé de tant d'autres matières et avec si peu d'ordre que c'est déjà un fort grand travail d'en faire la recherche et de les séparer de tout ce qui leur est étranger » ; N. DELAMARE, *Traité de la police*, *op. cit.*, 1^{er} vol., préface non paginée.

¹⁷ Sur les implications de cette notion, voir P. COSTA, *Jurisdictio, Semantica del potere politico nella giurispudicistica medievale*, Milano, Giuffrè, 1969.

une administration solide, même si celle-ci conserve une forme essentiellement judiciaire. L'affirmation de la spécificité du droit régissant l'action publique trouve alors ses prémisses dans la pensée de Domat¹⁸.

L'esprit du *Droit Public* peut se dégager de manière théorique sous trois aspects : tout d'abord, l'idée que l'État, à travers une définition large du droit public et une distinction stricte entre le *jus publicum* et le *jus privatum*¹⁹, est en charge de l'ensemble des champs de la collectivité tout en ayant un champ d'action propre et juridiquement distinct. C'est la notion de « police universelle ». Second aspect, la place que Domat donne à la notion de Police fait de celle-ci un instrument privilégié de l'ordre public mais aussi de la *caritas* exercée par la collectivité ce qui répond aux finalités qu'il assigne à la loi civile. Enfin, les méandres parfois empruntés par le jurisconsulte laissent entrevoir une autonomisation forte de l'idée d'administration, à travers l'action publique, même si concrètement, celle-ci reste voilée par le concept plus large de l'administration de la Justice. Si ces éléments se retrouvent dans la pensée de Domat, ils sont toutefois loin d'être mis en évidence par le jurisconsulte. Il faut alors libérer un à un les différents piliers de son *Droit Public*, en commençant par les différentes facettes que prend la notion de police sous sa plume afin de dégager les fondements de son *Droit Public*.

I. D'une « police universelle de la société » à une « police générale des choses qui sont à l'usage du public »²⁰.

L'ordre augustinien est au cœur de la réflexion de Domat et marque de son empreinte tant le *Droit Public* que les *Lois Civiles*. Domat, en échappant au cadre limitatif de la police, est toutefois amené à en donner plusieurs définitions selon l'objet auquel elle se rapporte. Ce faisant, il décline un large éventail allant de l'acte de gouvernement à la police de la voirie.

Si pour Denisart la « police est l'harmonie et la concorde qui règnent entre les citoyens d'un état, d'une province, d'une ville... »²¹, pour le jurisconsulte auvergnat,

¹⁸ J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif*, coll. Droit Fondamental, PUF, 1^{re} éd. 1985, pp. 173-174.

¹⁹ Sur cette question, outre la réflexion de G. Chevrier qui reste cardinale en la matière et constitue le travail référent touchant à cette distinction voir G. BIGOT, « La difficile distinction Droit Public/Droit Privé dans l'Ancien Droit : l'exemple du droit administratif », *Droits*, PUF, n°38, 2003, pp. 97-111 ; F.-X. TESTU, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique », *Recueil Dalloz*, 1998, Chroniques, p. 345 et svt.

²⁰ J. DOMAT, *Préface au Droit Public*, *op. cit.*, non paginée.

²¹ La définition donnée par Denisart est fortement influencée par les réformes entamées par le pouvoir royal touchant à la police de la ville de Paris et qui repose notamment par la création d'un lieutenant général de police ; voir J.-B. DENISART, « art. Police », *Collections de Décisions Nouvelles et de Notions relatives à la Jurisprudence actuelle*, 7^e édition, Veuve Desaint, 1771, 4 vol., tome III, p. 684.

elle se structure davantage sur un ordre visant à une possible harmonie. Dès la préface du *Droit Public*, le juriste affirme qu'il entend dans cet ouvrage traiter des « *matières qui se rapportent à l'ordre général d'un État* » et « *des règles et des devoirs de toutes sortes de professions par rapport à cet ordre* »²². La police se trouve alors au cœur de cet ordre étatique, et si la justice est la finalité assignée, la police en devient l'un des principaux outils préventifs au même titre que la religion²³. L'ordre public repose selon lui sur une nécessaire subordination à une puissance qui soit capable de maintenir cet ordre humain, reflet de l'ordre divin²⁴. Si la religion est l'instrument de l'ordre métaphysique, la police est celui de l'ordre matériel. Il insère sa réflexion dans la structure globale d'un État justicier, mais il ne se contente pas de dessiner uniquement le rôle de la puissance publique dans le cadre d'une juridiction contentieuse. Il donne une importance considérable aux autres manifestations de la puissance publique telle que la police au sens stricte ou les finances. Il envisage ces deux activités publiques de manière autonome. L'usage du gouvernement est alors « *d'établir dans un État le règne de la paix et de la justice d'où se doit former la tranquillité publique, et d'où dépendent les deux parties essentielles du bien public pour le temporel et qui sont la fin que doivent se proposer ceux entre les mains de qui Dieu confie le gouvernement* »²⁵. Classiquement, Domat analyse la réalisation du bien public sur l'idée d'ordre collectif propre au développement particulier²⁶. La lecture faite par les libéraux au XIX^e siècle s'explique en partie ici. La conception la plus large donnée à la police

²² J. DOMAT, *Préface au Droit Public*, *op. cit.*, non paginée.

²³ « (...) toutes les lois en général sont de deux sortes, l'une de celles de la religion, et l'autre de celle de la police pour le temporel » ; *Ibid.*

²⁴ « (...) il est essentiel à la société qu'il y ait une subordination générale de toutes les conditions et professions sous une puissance qui en maintienne l'ordre, et que les conditions et professions soient subordonnées les unes aux autres selon que leurs fonctions peuvent dépendre les unes des autres, ou se rapporter les unes aux autres, et c'est la nécessité de cet ordre qui demande celui du gouvernement, surtout dans l'état où nous sommes dans la pente de notre amour-propre, à nos intérêts et à nos passions qui renverseraient l'ordre de la société si l'autorité ne les modérait et ne les réprimait par des peines contre ceux qui se portent à contrevenir à cet ordre » ; *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ L'exercice du bien public consiste pour une part « (...) à faire que tout ce qui regarde le public soit dans un tel ordre que de la part du gouvernement rien ne manque au particulier de ce qui peut leur rendre heureuse la vie en société, ce qui dépend de l'assurance que chacun doit avoir d'une protection prompte et facile de la justice ». La seconde matière du droit public « (...) qui est une suite de cette première, consiste à faire fleurir dans un État les sciences, les Arts, le commerce, et tout ce qui doit faire le bien public afin de mettre toute personne en état non seulement de se rendre capable de leurs professions, mais de s'y perfectionner et de s'acquitter exactement de leurs fonctions et de leurs devoirs » ; *Ibid.* Les avantages dont l'État doit permettre la réalisation sont alors « les sources de la félicité d'un État et doivent être les fruits du gouvernement ». La police apparaît, par conséquent, comme un instrument d'ordonnement parallèle à l'ordonnement métaphysique voulu par Dieu, mais aussi comme un appareil d'investigation apportant un faisceau de données sur le territoire, ses habitants et « sur tout ce qui affecte la circulation des hommes et des biens dans le royaume » ; Voir P. NAPOLI, « Police : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime », *Droits*, PUF, n°20, 1994, pp. 183-196, p. 190.

par Domat se retrouve dans le *Traité des Lois* et aboutit à la définition d'une « police universelle ». Il est alors amené à y intégrer l'ensemble du droit privé :

« La police universelle de la société qui règle les liaisons entre les nations par le droit des gens, règle chaque nation par deux sortes de lois ; la première est de celles qui regardent l'ordre public du gouvernement, comme sont les lois qu'on appelle les lois de l'État qui règlent les manières dont les princes souverains sont appelés au gouvernement, ou par succession ou par élection ; celles qui règlent les distinctions et les fonctions des charges publiques, pour l'administration de la justice, pour la milice, pour les finances et de ces charges qu'on appelle municipales ; celles qui regardent les droits du prince, son domaine, ses revenus, la police des villes et tous les autres règlements publics ; la seconde est de ces lois qu'on appelle le droit privé qui comprend les lois qui règlent entre les particuliers, les conventions, les contrats de toute nature, les tutelles, les prescriptions, les hypothèques, les successions, les testaments et les autres matières semblables »²⁷.

Par sa définition de la police universelle Domat structure une hiérarchie normative propre au droit public et qui va longtemps inspirer la doctrine²⁸, soit les lois fondamentales – les lois de l'État – les modalités de l'organisation administrative et de la fonction publique, les matières administratives et enfin l'ensemble des règlements publics.

Le droit public apparaît donc bien comme un droit spécifique et structuré. Mais la police universelle est une notion trop large pour être véritablement satisfaisante. Domat affine alors la notion en établissant que « l'esprit de la police est de maintenir la tranquillité publique entre tous les hommes, et de les contenir dans cet ordre en employant même la force et les peines selon le besoin (...) »²⁹. C'est pour maintenir cet ordre public que les fonctions de police³⁰ consistent alors dans deux juridictions, l'une volontaire, l'autre contentieuse.

²⁷ J. DOMAT, *Le Traité des Lois*, op. cit., Ch. XI, 40, p. 22.

²⁸ Selon J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif*, op. cit., p. 163 et J. DOMAT, *Le Traité des Lois*, op. cit., Ch. XI, 40, p. 22.

²⁹ *Ibid.*, Ch. X, 2 et 3, p. 12.

³⁰ « (...) ces sortes de fonctions de Police sont communes à diverses sortes d'officiers, car outre les officiers de Justice qui ont aussi la police, et ceux des seigneurs qui l'ont dans leurs terres, et les offices municipaux qui y ont part, il y a encore d'autres officiers qui ont une espèce de police comme les trésoriers de France sur les chemins, les Ponts, les Chaussées, et les officiers de guerre ont aussi leur police propre pour régler ce qui regarde les vivres, les fourrages, l'ordre et la propreté dans les camps et autres fonctions de la Police militaire. Il y a aussi d'autres officiers qui dans les matières de leur connaissance, ont des fonctions de cette nature (...) ainsi qu'il est réglé par plusieurs ordonnances pour la police des chemins, ponts et chaussées, et pour la police militaire » ; J. DOMAT, *Le Droit Public*, op. cit., L.II, T.I, S.II, 12, pp. 155-156.

Chaque agent public, du magistrat à l'officier municipal est titulaire de ces deux juridictions³¹. C'est à l'occasion de la distinction entre fonctions de juridiction contentieuse et volontaire que Domat donne sa définition la plus intéressante de la police. Les officiers qui n'ont pas leurs fonctions qui « regardent l'État au sens du gouvernement » ou qui « regardent la personne du prince », ont pour fonction le « bien des particuliers », c'est-à-dire l'administration de l'État et de la société :

« La troisième sorte de fonctions est de celles qui regardent le bien commun de la société, de telles sortes qu'elles (...) regardent le bien de la société dans les membres qui la composent, et se rapportent aux particuliers qui en sont membres, soit pour les maintenir dans l'usage et la profession libre de leurs biens contre les entreprises de ceux qui les y troubleraient, ou pour venger les crimes et délits contre leur honneur, leur vie, leurs biens (...) »³².

La police envisagée par Domat peut alors être concrétisée dans des missions plus précises : prévenir les délits comme le contrôle des étrangers, éviter les incendies et les sinistres (incendie, entretien des rues, hygiène des habitations, alimentation, eau), assurer la bienfaisance pour garantir la paix sociale ou assurer la police politique. Les longs développements du jurisconsulte en matière de responsabilité, de statuts des étrangers, de police de la grande voirie, de réglementation des hôpitaux, de communautés ou de dispositions touchant les arts et métiers montrent l'emprise de la police sur la société telle que Domat l'envisage, sans utiliser pour autant le « cadre » terminologique de la police.

Le droit public de Domat révèle donc un critère distinctif – le rapport à l'État – une finalité – les soins du repos et de l'intérêt public – des moyens d'actions – les juridictions volontaires et contentieuses. Il offre alors à la puissance publique un très large champ d'action qui apparaît dès lors peu compatible avec l'État gendarme tel que défini par les libéraux.

³¹ « Les fonctions de police sont aussi de deux sortes, l'une de celles de la juridiction volontaire, et l'autre de celles de la juridiction contentieuse. Ainsi les règlements que les officiers ont droit de faire pour le fait de la police, les condamnations d'amende contre les particuliers qui ont contrevenu à l'ordre de la police, (comme ceux qui font quelque avance d'un bâtiment ou autre chose sur une rue, ceux qui ne tiennent pas la rue nette dans l'étendue de leur maison, et les autres semblables), sont de la juridiction volontaire ». La juridiction contentieuse consiste quant à elle dans le règlement juridictionnel des différends « (...) les jugements entre particuliers sur des contestations pour faits de police, comme si un particulier se plaint d'un autre pour avoir jeté quelque chose sur lui dans la rue, ou d'autres causes, d'où il naissent des contestations, l'instruction et le jugement de ces sortes de différends sont des fonctions de la juridiction contentieuse » ; J. DOMAT, *Le Droit Public, op. cit.*, L.II, T.I, S.II, 11, p. 155.

³² *Ibid.*, L.II, T.I, S.II, 7, p. 155.

II Les fondements d'un droit public singulier

Deux lectures peuvent être faites du *Droit public*. La première consiste à voir dans le *Droit public* une œuvre traditionaliste, qui se rattache davantage à la doctrine juridique du XVI^e siècle qu'à une certaine modernité juridique. Cette lecture a été celle d'une bonne partie des contemporains et de la doctrine du XVIII^e siècle. La seconde, à l'opposée, consiste à voir dans les quatre livres du *Droit Public* les fondements d'un droit public organisé sur des bases modernes, annonçant largement l'évolution du droit administratif du XIX^e siècle. Aucune de ces lectures ne souffre véritablement la confrontation au texte. Le caractère classique de l'œuvre, la conformité avec les idées du temps et la doctrine de la magistrature frappe dès les premières pages. Par bien des aspects, le *Droit Public* de Domat représente même davantage la doctrine de la première moitié du XVII^e siècle que celle du XVIII^e siècle. Les développements concernant la magistrature, l'État de justice proprement dit, se rapportent largement aux thèmes parcourant la doctrine et la magistrature du Grand siècle. Toutefois, Domat adopte pourtant certaines positions, si ce n'est originales, du moins singulières qui permettent une analyse plus nuancée de son œuvre de publiciste et qui fonde une certaine mise à l'honneur du *Droit Public*.

Le cadre que Domat donne à la structure étatique apparaît immédiatement comme traditionnel par la reprise de la structure de l'État de justice³³. Pour lui, l'État a pour mission essentielle le règne de la justice³⁴. L'action du prince ne prend place que dans ce cadre : « (...) ainsi, rien n'est plus important dans la conduite des princes, que le soin de ne se proposer aucune autre gloire, aucun autre bien, que de faire régner la justice »³⁵. Son pouvoir législatif découle de son pouvoir de justice³⁶. Il exerce par là une juridiction volontaire. Le

³³ Pour Domat, « le fondement et le premier principe de tous les devoirs des souverains, qui consiste à faire régner Dieu même, c'est-à-dire à régir toutes choses selon sa volonté, (...) n'est autre que la justice. Ainsi, c'est ce règne de la Justice qui doit faire la gloire de celui des princes » ; J. DOMAT, *Le Droit Public, op. cit.*, L.I, T.II, préambule, p. 7.

³⁴ La puissance de ceux qui gouvernent doit avoir deux caractères essentiels, « l'un de faire régner la justice à qui cette puissance se doit tout entière, et l'autre d'être aussi absolue que doit être l'empire de la justice, c'est-à-dire le règne de Dieu même qui est la justice, et qui veut régner par eux, comme il veut qu'ils règnent par lui (...) » ; *Ibid.*, L.I, T.II, préambule, p. 7.

³⁵ *Ibid.*, L.I, T.IX, S.III, préambule, p. 73.

³⁶ Le droit de rendre justice pour Domat « (...) renferme le droit de faire les lois et les règlements nécessaires pour le bien public, et de les faire observer et exécuter, comme les autres lois précédentes n'abrogent point : de donner toute leur vigueur, et leur juste effet, et de régler les difficultés qui peuvent survenir dans l'interprétation des lois et des règlements, lorsque ces difficultés passant les bornes du pouvoir des juges, obligent à recourir à l'autorité du Législateur » ; *Ibid.*, L.I, T.II, S.II, 3, p. 10.

prince est avant tout un prince justicier³⁷. Le retrait théorique est marquant mais s'explique en partie par l'optique jusnaturaliste adoptée³⁸. Les sources employées par Domat font davantage songer à la doctrine des siècles précédents. Le *Droit Public* est tout entier construit autour de références aux Écritures, à la manière d'un Dumoulin³⁹. Ce ne sont plus des lois naturelles au sens strict qui fondent le droit public, mais des commandements divins, parfois évoqués comme de véritables règles de droit positif divines. Le parallèle avec la pensée de Bossuet est constant tout au long de l'œuvre, même si les questions proprement juridiques, comme la domanialité ou la police échappent à la comparaison. Ce sont les Écritures qui légitiment alors la souveraineté. Pour Domat, reprenant la formule paulienne, toute puissance vient de Dieu⁴⁰, le prince se devant de « faire régner Dieu même »⁴¹. Ce faisant, « la puissance du gouvernement souverain doit être proportionnée à ce ministère et au rang que tient, dans le corps de la société des hommes qui composent un État, celui qui, en étant le chef, doit remplir la place de Dieu »⁴². Tout régime est donc légitime

³⁷ L'administration de la justice consiste pour le prince « à réprimer et punir ceux qui troublent l'ordre public et cette tranquillité, par des entreprises, des délits et des crimes, et à régler les différends qui divisent les personnes et troublent le repos des familles » ; J. DOMAT, *Le Droit Public, op. cit.*, L.II, préambule, p. 145. Il faut distinguer, selon Domat, « en la personne du prince deux différents droits d'exercer la justice ou pour mieux dire, deux diverses sortes de justice », l'une sur la scène internationale, l'autre participant au maintien de l'ordre dans chaque État. *Ibid.*, L.I, T.IX, S.III, préambule, p. 72. Cette prise de position est la même que celle de Cardin Le Bret et cela même si ce dernier donne une importance plus grande, à la suite de Bodin, à l'exercice du pouvoir législatif : « Puisque les rois ont été institués de Dieu pour rendre la Justice à tout le monde, pour maintenir les peuples en paix, et pour conserver l'État en sa splendeur, et qu'ils ne peuvent satisfaire dignement à tous ces devoirs sans l'établissement de bonnes et saintes ordonnances (...) ; n'est-il pas raisonnable, qu'il n'y ait qu'eux dans le royaume, qui aient le pouvoir de les publier et de les faire observer par leurs sujets » ; CARDIN LE BRET, *Traité de la souveraineté du Roy*, in *Les œuvres de Messire Cardin le Bret*, Paris, Charles Osmont, 1689, L.I, Ch. IX, p. 18.

³⁸ Cette opinion est classique. Traditionnellement, comme la montré J.-M. Carbasse, la fonction justicière du roi de France n'est pas reléguée « par le développement de sa fonction législative, dès lors que celle-ci, structurellement, demeure dans le prolongement de celle-là » ; Voir J.-M. CARBASSE, « Le roi législateur : théorie et pratique », *Droits*, n°38, PUF, 2003, pp. 3-19, pp. 13-14.

³⁹ Voir J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566), Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980, pp. 61-73 et « Préceptes divins et normes juridiques dans la doctrine française du XVI^e siècle, *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, (ss. direction J.-L. Thireau), 1997, pp. 109-143.

⁴⁰ L'usage du gouvernement est alors « d'établir dans un État le règne de la paix et de la justice d'où se doit former la tranquillité publique, et d'où dépendent les deux parties essentielles du bien public pour le temporel et qui sont la fin que doivent se proposer ceux entre les mains de qui Dieu confie le gouvernement » ; J. DOMAT, *Préface au Droit Public, op. cit.*, non paginée.

⁴¹ J. DOMAT, *Le Droit Public, op. cit.*, T. II, préambule, p. 2.

⁴² *Ibid.* Ainsi, « comme il n'y a que lui [Dieu] qui soit le souverain naturel des hommes, c'est aussi de lui que tiennent leur puissance et toute leur autorité tous ceux qui gouvernent, et c'est Dieu même qu'ils représentent dans leur fonction » ; *Ibid.*, L.I, T.I, S.I, 6, p. 6. Il ajoute dans le préambule du Titre II que « comme c'est Dieu qui est le seul Dominateur naturel des hommes, leur juge, leur législateur, leur Roi ; il ne peut y avoir d'autorité légitime d'un homme sur d'autres, qu'il ne la tienne de la main de Dieu. (...) Ainsi la puissance des Souverains étant une participation de celle de Dieu, elle est comme le bras et la force de la justice qui doit être l'âme du gouvernement, et qui seule a l'usage naturel de toute autorité sur les esprits et les cœurs des hommes [...] » *Ibid.*, T. II, préambule, p. 7.

puisqu'il est voulu par Dieu⁴³, même si Domat ne peut cacher longtemps sa préférence pour la monarchie au détriment du régime républicain qui n'est donc pas « *le gouvernement le plus utile* »⁴⁴. Extension du pouvoir patriarcal et de l'exemple biblique, le système monarchique trouve d'ailleurs sous sa plume la plus parfaite expression dans la monarchie française⁴⁵. L'action du Prince ne trouve dès lors de juge qu'en Dieu⁴⁶. Domat énumère une longue liste des droits et des devoirs du roi⁴⁷, rappelant fortement les listes de *Regalia* de la doctrine ancienne, sans chercher à organiser de manière géométrique ces derniers. La seule limite juridique au pouvoir réside dans le rappel de la *Digna Vox*.⁴⁸ Son analyse se trouve dès lors bien moins convaincante que celle menée en droit privé.

Sa vision de la magistrature n'est pas davantage novatrice. Il fait du magistrat

⁴³ « (...) il y a cela de commun en tous [les États], que l'ordre général y est maintenu par une puissance supérieure et souveraine, soit qu'elle réside en une seule ou en plusieurs personnes », *Ibid.*, L.I, T.I, préambule, p. 3.

⁴⁴ Cela ne remet toutefois pas en cause le caractère naturel des républiques. Il ne faut pas conclure « que le gouvernement des républiques blesse l'ordre naturel, et soit opposé à l'esprit de Dieu, puisque non seulement il n'a jamais fait de loi générale qui ait ordonné cette seule espèce de gouvernement monarchique sur tous les États ; mais qu'il a même approuvé celui des républiques, n'ayant apporté aucun changement en celles qu'il a éclairées de la lumière de l'Évangile » ; *Ibid.*, L.I, T.I, préambule, p. 4. Les inconvénients du régime républicain résident essentiellement dans les troubles, les brigues et les cabales qu'entraînent les élections. De plus, pour Domat dans une vision traditionnelle, le système républicain n'est pas adapté aux États étendus géographiquement et doit être réservé aux États de moindre importance. Voir *Ibid.*, pp. 2-6. Enfin, « On voit aussi dans les républiques que ceux qui remplissent les premières places ayant leurs intérêts propres et celui de leurs familles distingués de ceux de l'état, le bien public y est exposé à céder au leur dans les occasions où l'élevation peut favoriser cette pente à leurs intérêts. », *Ibid.*, L.I, T.I, préambule, p. 3.

⁴⁵ La France est à ses yeux, « de tous les États du monde » celui qui brille « le plus par son étendue en plusieurs grandes provinces, par sa situation dans le climat le plus tempéré, et sur les deux mers, par sa fertilité de tout ce qu'il y a de meilleur et de plus nécessaire (...) ». C'est par « la politesse de la nation féconde en grands esprits et grands hommes en toute sorte de professions, par ses richesses et ses grandes forces » que la France marque sa suprématie sur les autres monarchies d'Europe ; *Ibid.*, L.I, T.I, préambule, p. 4. Cette attitude est classique pour les juristes français voir G. LEYTE, « Charles de Grassaille et la monarchie Française », *Pensée politique et droit*, Actes du colloque de Strasbourg, coll. AFHIP, vol. 12, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1998, pp. 315-326.

⁴⁶ Domat estime que les princes auront « à répondre au jugement sévère que Dieu exercera sur ceux qui auront mal usé de la puissance qu'ils tenaient de lui » ; J. DOMAT, *Le Droit Public*, op. cit., L.I, T.II, S.III, 3, p. 15. « (...) Dieu trouve toujours dans tous les hommes de justes sujets de châtier et les princes et les peuples, sans faire à personne aucune injustice. C'est par les divers jugements de sa sagesse qu'il ne donne pas à toutes les guerres justes des succès heureux. (...) ». Cette justice laisse « triompher l'injustice et la violence, châtiant par cet événement les princes et les peuples, qui souffrent le poids de la victoire des armes injustes » ; *Ibid.*, L.I, T.IX, S.III, préambule, p. 72.

⁴⁷ *Ibid.*, L.I, T.II, S.II et S.III, pp. 9-15.

⁴⁸ « On peut ajouter pour un dernier devoir du souverain, qui est une suite du premier, et qui renferme aussi tous les autres, bien que sa puissance semble le mettre au-dessus des lois, personne n'ayant droit de lui faire rendre compte de sa conduite ; il doit observer celles qui peuvent le regarder ; et il est obligé non seulement pour donner l'exemple aux sujets, et leur rendre leur devoir aimable, mais parce qu'il n'est pas dispensé du sien par cette puissance du souverain, et qu'au contraire ce rang l'oblige même à préférer à ses intérêts particuliers le bien commun de l'état, et qu'il est de sa gloire de regarder comme le sien propre » ; *Ibid.*, L.I, T.II, S.III, 14, p. 16.

la clé de voûte de son système juridique⁴⁹ car « Dieu a voulu donner aux juges le nom de dieux »⁵⁰. Le fondement divin de la puissance de juger résulte, selon Domat, de l'égalité naturelle des hommes. Le jugement des hommes n'a pas de valeur, seul le jugement divin a le caractère d'une vraie justice, « car comme la fonction de juger les hommes que la nature rend tous égaux n'est naturelle à aucun d'eux et que toute autorité d'un homme au-dessus d'un autre est une participation de celle de Dieu, la fonction de juger est une fonction qu'on peut en ce sens appeler divine puisqu'on y exerce un pouvoir qui n'est naturel qu'à Dieu (...) »⁵¹. Seuls le prince et le juge semblent véritablement se hisser au dessus des autres hommes afin de devenir les intermédiaires entre la terre et le ciel. Le magistrat n'est plus un homme du roi, il est un homme de Dieu. Il doit remplir sa mission divine qui est de juger comme Dieu lui-même jugerait⁵².

⁴⁹ Domat leur consacre le Titre IV du Livre II du *Droit Public* en raison « de la conséquence de leurs fonctions » (*Ibid.*, L.II, T.IV, p. 166). Mais surtout, il en fait le thème central des *Harangues* et la ligne force de toute son œuvre, comme les travaux de M.-F. Renoux-Zagamé l'ont largement démontré. Domat écrit les *Lois Civiles* pour mettre les lois sous les yeux des magistrats, il établit les principes naturels pour qu'ils puissent s'y référer, il construit un État de justice où le magistrat tient une place majeure, il donne pour première fonction au Prince souverain la fonction de juger, il fait de tous les agents publics des images en réduction d'une magistrature élevée à la quasi-divinité. « Puisque c'est donc une fonction divine qu'exercent les Juges, et que ce sont les jugements même de Dieu qu'ils doivent rendre, ce leur est un premier devoir de craindre qu'il ne manque à leurs jugements quelqu'un des caractères essentiels qui doivent les rendre dignes de ce nom ; et c'est le premier sentiment que doit leur inspirer cette crainte de Dieu, et qui doit leur graver dans le cœur l'attente du poids de ce jugement, qu'il fera des leurs, et des châtements qu'il prépare à ceux qui n'auront pas fait de la puissance qu'il leur avait confiée l'usage qu'il en ordonnait. (...) Si les fonctions du Sacerdoce ont une dignité qui par d'autres raisons est beaucoup au-dessus de celle des juges, celle-ci a cet avantage, qu'au lieu que la fonction d'intercéder pour le peuple essentielle au Sacerdoce renferme l'assujettissement et la dépendance et ne peut se trouver que dans une nature inférieure à celle envers qui le Prêtre ou le Pontife est l'intercesseur, celle de juger renferme la supériorité et le caractère de l'autorité divine qui seule a par elle-même le droit de juger » ; *Ibid.*, L.II, T.IV, S.II, préambule, p. 168. Sur la vision du juge par Domat et sur l'importance dans le schéma global du juriconsulte de la figure du juge comme prêtre de la justice divine, voir M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « La figure du juge chez Domat », *Droits*, n°39, 2004, pp. 35-52.

⁵⁰ J. DOMAT, *Harangues pour l'année 1670*, *op. cit.*, p. 260.

⁵¹ J. DOMAT, *Le Droit Public*, *op. cit.*, L.II, T.IV, S.II, préambule, p. 168. « Tout le monde voit que c'est le sens véritable de cette instruction abrégée selon la forme admirable de l'éloquence divine et inimitable de l'Écriture qui, nous apprenant que le peuple doit trouver la science de la loi divine dans la bouche du prêtre, nous apprend aussi que le peuple doit trouver le jugement de Dieu dans la bouche du Juge » ; Domat se réfère alors aux exemples de Moïse et de David, en citant Job. 5.7., II Paralip. 19.5.6., Malac. 2.6.7, et l'Exode 18.15.16 ; *Ibid.*, L.II, T.IV, S.III, p. 175.

⁵² Domat porte toutefois un regard dénué d'illusion sur ses pairs. Le ton et les thèmes qui parcoururent notamment les *Harangues* renforcent cette vision déjà perceptible dans le *Droit Public*. La lecture du *Mémoire de quelques abus à corriger dans l'administration de la justice*, rédigé par Domat à l'occasion des grands jours d'Auvergne, largement inédit jusqu'alors, accentue encore cette impression. Ce document, conservé dans les papiers d'Aguesseau et annotés de la main du chancelier, montre un certain nombre de réformes, essentiellement de procédure, apte à permettre une meilleure justice. C'est en quelque sorte le pan technique d'une réforme morale exprimée par Domat dans ses *Harangues*. Voir J. DOMAT, *Mémoires de quelques abus à corriger dans l'administration de la justice*, BN Ms. Fr. 6820, fol. 3-15^v. Sur ce Mémoire et la justice telle qu'envisagée par Domat, voir D. GILLES, *La pensée juridique de Jean Domat*, *op. cit.*, pp. 434-450. Sur l'impossible mission confiée à la magistrature et exprimée dans les *Harangues*, voir M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « La figure du juge chez Domat », *Droits*, n°39, 2004, pp. 47-52 ; *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, Léviathan, 2003, p. 153 et svt.

Prônant une monarchie de droit divin, faisant du magistrat l'homme clé de l'État de justice, Domat ne se démarque pas de la doctrine dominante. Par ces thématiques, il se rattache largement à la vision que la robe a d'elle-même au XVIII^e siècle. Il s'affirme également comme un gallican assumé tant dans son œuvre que dans sa fonction d'avocat du roi au présidial de Clermont⁵³. Cette attitude est bien conforme à l'esprit de la magistrature. L'œuvre de Domat peut donc être analysée comme l'une des nombreuses expressions de la pensée de robe⁵⁴. Lorsque l'on s'éloigne de la théorie pour s'attacher à une lecture plus pratique de l'œuvre, le même conformisme aux idées de son siècle se retrouve. En matière de domanialité par exemple, il reprend, à bien des égards, les solutions affirmées par la législation royale⁵⁵. Néanmoins, l'ensemble des éléments qui rattachent la réflexion de Domat au plus parfait traditionalisme ne doit pas occulter ceux qui singularisent sa vision du droit public.

Malgré les aspects traditionnels qui parsèment son œuvre Domat fonde une vision du droit public inédite, qui découle en partie de la structure choisie. Le plan du *Droit Public* peut décevoir dans sa construction lorsqu'on le compare à l'originalité de celui des *Lois Civiles*. Il ne trouve pas un plan aussi novateur pour la science du droit public. Mais son plan a toutefois un mérite⁵⁶. Il fonde un ordre général de gouvernement, qui englobe aussi bien

⁵³ En tant qu'avocat du roi et comme leader du parti janséniste à Clermont-Ferrand, Domat s'est impliqué dans deux grandes affaires qui ont troublé la province d'Auvergne au XVII^e siècle. C'est tout d'abord l'affaire du transfert du Collège jésuite de Riom à Clermont-Ferrand qui donne l'occasion à Domat de présenter une requête des habitants de Clermont refusant la venue des jésuites dans la ville. Il demande au roi de renvoyer l'affaire devant le parlement : « (...) si ce n'est que cette affaire étant trop peu digne d'occuper les soins de SM, elle veuille la renvoyer à son Parlement de Paris qu'elle a rendu juge naturel à cause des déclarations et des Edits qu'elle a fait vérifier en ce Parlement, et qui font une partie des moyens décisifs contre cette entreprise des Jésuites (...) » ; J. DOMAT, *Requête présentée au Roi par les habitants de la ville de Clermont contre les Jésuites*, Bibliothèque Mazarine Ms Recueil 2477, fol. 277-278. Les habitants de Clermont n'obtiennent pourtant pas gain de cause. Domat s'élève à nouveau contre la Compagnie de Jésus à l'occasion d'un sermon prononcé par le père jésuite Duhamel en 1673, au cours duquel ce dernier soutient l'infailibilité du pape. L'avocat du roi engage alors une longue bataille afin de sanctionner ce sermon coupable. L'influence des jésuites à la cour triomphe toutefois de la ténacité de l'avocat largement appuyé, à cette occasion, par le procureur général Achille III du Harlay. L'affaire est retirée au parlement et évoquée en conseil du roi. Voir BN Ms Fr. 12988, fol. 280-393v^o.

⁵⁴ Sur ce thème, voir Fr. DI DONATO, *L'ideologia dei robins nella Francia dei lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, Napoli, ESI, 2003.

⁵⁵ Voir D. GILLES, *La pensée juridique de Jean Domat*, op. cit., pp. 338-351

⁵⁶ « Dans le plan esquissé par Domat, la préoccupation de découvrir l'ordre institutionnel et de veiller à son maintien est prédominante ». Ainsi les tentatives de Domat puis de Réal ont préparé la scission du droit privé en concentrant le droit public sur un objet propre ; G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français », op. cit., p. 64.

les règles fondamentales régissant le rôle du prince que les instruments de l'État, comme la police ou les finances⁵⁷. Par ce plan, dans son livre II, il consacre un développement indépendant au statut du personnel public. C'est le premier intérêt de l'analyse du droit public faite par Domat : envisager la « fonction publique » comme un tout indépendant des droits qu'elle doit mettre en action. Il utilise d'ailleurs largement les termes de « fonctions publiques » pour désigner l'ensemble des charges publiques.

L'action de la puissance publique est alors indépendante du statut des personnes qui l'exercent. Les fonctions des agents publics sont définies comme celles, « *qui regardent le bien commun de la société et qui se rapporte aux particuliers qui en sont membre* »⁵⁸. La distinction entre officiers et commissaires n'est que de peu de conséquence pour le juriconsulte. Il la reprend, mais il n'y voit qu'une distinction construite sur un critère temporaire, la mission du commissaire étant circonscrite dans le temps⁵⁹. Il intègre également les magistratures municipales et les officiers des corps et communautés à sa vision de l'agent public. Sa volonté d'intégrer les communautés et notamment les villes

⁵⁷ Le premier livre du *Droit Public* est le plus vaste et le plus hétérogène. Il comprend 19 titres qui sont consacrés, entre autres, aux principes de gouvernement, au conseil du prince, aux finances, au Domaine du Souverain, à l'usage de la force dans l'État, aux « moyens de faire abonder toutes choses dans un État », aux arts et métiers, au commerce, à la police de la voirie ou aux différents ordres des personnes composant un État. Le livre II touche « aux officiers et autres personnes qui participent aux fonctions publiques » ce qui se décline en sept titres, allant des différentes distinctions entre officiers jusqu'aux statuts des avocats et des arbitres en passant par un titre complet consacré aux officiers de justice. Le livre III devait porter sur les crimes et les délits, le livre IV sur l'ordre judiciaire, la première partie touchant à l'instruction des procès civils, la seconde à l'instruction des procès criminel.

⁵⁸ Ce sont celles « qui regardent le bien commun de la société, de telles sortes qu'elles (...) regardent le bien de la société dans les membres qui la composent, et se rapportent aux particuliers qui en sont membres, soit pour les maintenir dans l'usage et la profession libre de leurs biens contre les entreprises de ceux qui les y troubleraient ou pour venger les crimes et délits contre leur honneur, leur vie, leurs biens (...) » ; J. DOMAT, *Le Droit Public, op. cit.*, L.II, T.I, S.II, 7, p. 155.

⁵⁹ La première distinction qui touche aux charges et offices publics repose sur l'idée que seuls les offices sont institués par lettres du prince et, ce faisant, c'est le terme de la fonction qui distingue les charges des offices. Les premières ne sont exercées que pour un temps, alors que les lettres du prince assurent à leurs titulaires le titre durant toute leur vie (*Ibid.*, L.II, T.I, S.I, 2, p. 147). Pour les commissions, elles imposent la charge d'un emploi public, de justice ou autres, elles sont pour un temps indéfini et cessent quand il plait au roi de les révoquer : « Ainsi, il faut distinguer dans toutes les charges, offices et commissions trois différentes règles de durée : car les offices sont pour la vie, les charges municipales, et celles des juges et consuls des marchands pour un certain temps, et les commissions pour un temps indéfini, tel qu'il plait au roi » ; *Ibid.*, 3, p. 148. Le régime des offices et des commissions diffère également en matière de révocation, où Domat ne reprend les règles traditionnelles de la révocation des offices que si les titulaires « *ont délinqués* ». Si Domat s'étend longuement sur la distinction des offices, notamment entre les offices royaux, seigneuriaux et ecclésiastiques, il est davantage succinct sur l'utilisation par le prince des commissions. Il remarque essentiellement que « les ambassades, les intendances des provinces, les chambres composées de personnes que le roi commet pour juger de certaines affaires, les chambres de justice, et plusieurs autres emplois de justice, police, finances, de la guerre et autres sont des commissions et sont à ceux que le roi appelle à une charge pour exercer une fonction publique sans titre d'office » (*Ibid.*, 3, p. 148).

à sa vision de l'État participe de la même logique⁶⁰. La charge publique prend alors une place importante sous sa plume car elle se détache de l'office et des contingences statutaires⁶¹. A la suite de Loyseau⁶², elle se caractérise par la concomitance de la dignité et de l'autorité⁶³. C'est donc la mission qui fait l'agent public et non pas le statut, qui n'est qu'incident. Toutes les charges sont mêlées de justice, de police ou de finances. Toutes mêlent juridiction volontaire et juridiction contentieuse. Critiquant la vénalité des offices⁶⁴, il en prend toutefois son parti et constate, désabusé, qu'en définitive la vénalité est un moindre mal si l'on considère les autres abus qui règne, selon le magistrat, dans certaines compagnies de justice⁶⁵.

⁶⁰ « L'usage des communautés est de pourvoir par le concours et le secours de plusieurs personnes à quelque bien utile au public ». Les corps des villes sont alors établis, « (...) non seulement pour le bien commun des habitants des villes, mais aussi pour le bien public de l'État qui se tire en plusieurs manières de celui des villes » ; J. DOMAT, *Le Droit Public, op. cit.*, L.I, T.XV, S.I, 3, p. 103.

⁶¹ Il définit la notion de charge publique en la distinguant de celle d'office. Pour lui, « qu'on donne communément et indistinctement le nom de charges à toutes sortes d'Offices, parce qu'en effet tout office est une charge, il ne faut pas confondre le sens de ces mots. Le mot de charge est un nom général qui outre les offices, comprend d'autres différents emplois distingués des offices en ce qu'on exerce ces autres emplois ou charges sans provisions et seulement pour un temps. (...) Ainsi les charges des Parlements, et des autres Compagnies Supérieures, et celles des Présidiaux et des bailliages et sénéchaussées sont des offices ; ainsi les charges des Echevins et Consuls, et les autres Charges Municipales, et celles des Juges et Consuls des Marchands, ne sont pas des Offices, et ceux qui y sont appelés ne les exercent que pour un temps, sans autre titre que celui de leur élection » ; *Ibid.*, L.II, T.I, S.I, 1, p. 147.

⁶² Celui-ci reprenait la définition de Callistrate, qui est « la meilleure définition de l'office qui jamais ait été donnée à l'office », et qu'on peut « rendre du tout parfaite sans rien changer de ses mots » en disant que « l'office est dignité, avec fonction publique » ; Ch. LOYSEAU, *Traité des Offices*, in *Œuvres complètes*, éd. Etienne Gamonet, Genève, 1636, 2 tomes, 1 vol., L.I, Ch. I, 98, p. 13

⁶³ L'héritage romain est alors sensible. Pour le jurisconsulte, « l'autorité est le droit d'exercer quelque fonction publique, avec un pouvoir de faire obéir ceux sur qui on doit la mettre en usage. De sorte que toute autorité renferme un honneur et une dignité proportionnée au ministère auquel elle est attachée » ; J. DOMAT, *Le Droit Public, op. cit.*, L.I, T.IX, S.I, 13, p. 66. Domat reprend la même définition dans le livre II où il écrit que « l'autorité des charges n'est autre chose que le droit qu'ont les officiers d'exercer les fonctions de leur ministère indépendamment de la volonté de ceux qu'elles regardent, et de forcer à l'obéissance ceux qui ne s'y soumettent point. La dignité des charges n'est autre chose que le rang d'honneur qu'elles donnent ; et cet honneur consiste au respect et à l'obéissance due aux officiers selon la qualité de leur ministère » ; *Ibid.*, L.II, T.II, préambule, pp. 158-159.

⁶⁴ « Mais l'exemple de l'ancienne vénalité des charges, et les nécessités pressantes de l'État dans les siècles passés, firent qu'on commença de déroger à ces lois et à ces ordonnances, et la vénalité s'est insensiblement établie au point où elle est ; ainsi cet abus, si fort condamné par toutes ces lois, par toutes ces ordonnances, a passé en usage réglé, et a été autorisé par d'autres suivantes » ; *Ibid.*, L.II, T.I, S.I, 13, p. 149.

⁶⁵ « C'est par là qu'on peut se consoler de l'état présent, et s'accoutumer à cette manière de pourvoir aux charges, et peut-être pourrait-on dire de même qu'elle donne au public des sujets moins indignes de remplir les charges que n'en donnaient les élections ». Si la multitude des officiers ne peut se prévaloir d'allier lumière, science et intégrité, « il faut reconnaître que ce n'est pas la vénalité des charges qui en est la cause, et qu'il y en a une autre, dont on aurait bien plus de sujet de gémir, qui est la facilité des réceptions des officiers » ; *Ibid.* L'examen « est si léger qu'on ne voit presque pas d'incapacité qui soit rejetée, au lieu que s'il se faisait bien exactement, et tel qu'il pût suffire, pour faire juger du sens et de la capacité de l'officier, il réparerait l'inconvénient de la vénalité des charges, en rendant le commerce inutile à ceux qui ne se trouveraient pas en être capables » *Ibid.*, L.II, T.I, S.I, 13, p. 150.

La vision institutionnelle du *Droit Public* est assez déroutante. Domat semble chercher à adapter son droit public à la pratique de l'État absolu mais tente de jeter dans le même temps les bases juridiques d'une action publique conforme aux finalités qu'il s'est assigné. Contrairement à un auteur comme Cardin Le Bret⁶⁶, Domat se garde d'évoquer l'existence de lois fondamentales, à l'exception notable de la *digna vox*⁶⁷. L'absence de référence aux lois fondamentales peut s'expliquer pour deux raisons. D'une part la forte conviction du jurisconsulte dans l'idée que la limite de la Providence est la seule efficace pour limiter les pouvoirs du Prince. D'autre part, la volonté d'affirmer les principes naturels du droit public se conjugait mal avec des normes fondamentales nées de l'arbitraire des hommes et contingentes du temps.

Autre disparition notable, les États Généraux et les parlements ne trouvent pas leur place dans le *Droit Public*. Si l'absence de référence aux États généraux s'explique par la date à laquelle est rédigé le *Droit Public*, l'absence quasi-totale de référence aux parlements est plus marquante. Les remontrances ne sont évoquées en note qu'une seule fois, comme des actes permettant uniquement d'affiner la norme positive⁶⁸. Les parlements ne sont jamais envisagés sous sa plume comme une institution essentielle de la monarchie. Il faut peut être voir ici l'adaptation de la pensée de Domat à l'exercice du gouvernement par Louis XIV⁶⁹ ou la perspective d'un magistrat de juridiction de second

⁶⁶ Celui-ci consacre de longs développements aux lois fondamentales. Il consacre le Chapitre IV du *Traité de la Souveraineté du Roy*, aux « Lois fondamentales de la Couronne souveraine de France », mais aussi les chapitres 5, 6 et 7 qui fixent les règles de successions. Selon lui, « (...) nos ancêtres (...) publièrent la Loi Salique sur laquelle, comme sur un solide et assuré fondement, ils affermirent l'éternité de leur Empire. (...) Or des termes et du sens de cette loi, l'on tire trois maximes qui sont comme autant de fortes colonnes sur qui cette monarchie est fermement appuyée. La première que ce royaume se confère par droit successif ; la seconde que les femmes sont incapables de parvenir à la Couronne. Et la dernière, que les mâles succèdent indéfiniment, et en quelque degré de parenté qu'ils soient éloignés » ; CARDIN LE BRET, *Traité de la Souveraineté du Roy*, op. cit., L.I, Ch. IV, p. 7.

⁶⁷ Domat n'évoque les règles de succession à la couronne uniquement comme les règles exemplaires devant gouverner la monarchie la plus parfaite, et non pas comme des règles s'imposant au monarque : « Et enfin si on distingue entre les monarchies héréditaires celles où la souveraineté ne passe qu'aux mâles et celles où les femmes peuvent régner, on peut dire que le gouvernement de celles-ci est moins naturel, et qu'il y a beaucoup d'inconvénients. De sorte que de tous les États le plus naturel et le plus parfait est celui des monarchies héréditaires, qui ne peuvent passer qu'aux mâles » ; J. DOMAT, *Le Droit Public*, op. cit. L.I, T.I, préambule, p. 4. L'absence de motivation du rejet de la monarchie héréditaire par les femmes est à souligner. Tel que Domat semble le décrire, ce n'est pas la succession par les femmes qui est mise en cause, mais le gouvernement des femmes, puisque ce qu'il rejette, c'est le passage de la souveraineté aux femmes et non pas par les femmes.

⁶⁸ « Par l'ordonnance de Moulins, art. I, et celle de 1667, Tit. I, art. 3, il est ordonné que les parlements et les autres cours fassent leurs remontrances au Roi, sur ce qui pourrait se trouver dans les ordonnances de contraire à l'utilité ou commodité publique, ou sujet à interprétation, déclaration, ou modération » ; *Ibid.*, L.I, T.II, S.II, 3, p. 10.

⁶⁹ Un autre élément appuie cette idée. C'est l'absence totale de référence à un gouvernement par conseils institutionnalisés dans le droit public. Aucune évocation n'est faite aux conseils comme mode de gouvernement. Domat s'étend pourtant longuement sur les relations entre les conseillers

plan. Domat, humble magistrat de province, ne semble pas avoir partagé les visions de la magistrature parisienne en matière de pouvoir parlementaire.

Le Droit Public de Domat est essentiellement remarquable dans sa capacité à envisager la société comme entièrement tournée vers l'intérêt public, capacité qui découle d'une vision organiciste pourtant classique de la société. Il pose l'idée de l'utilité collective comme finalité au pouvoir du prince, « *car comme il est chargé du soin du repos public, que c'est à lui qu'appartient la police de l'ordre de la société, et que ce n'est qu'en sa personne que peut résider le droit aux choses qui peuvent être communes au public dont il est le chef, c'est à lui que cette qualité donne la dispensation et l'usage de ce droit pour le rendre utile au public* »⁷⁰. Accompagnant la conception organiciste de la société, Domat se refuse à reprendre la distinction ordinaire des conditions en trois ordres. Selon lui, « *si on suivait cette distinction, on serait obligé de confondre dans le tiers État les premiers Magistrats du Royaume, plusieurs officiers du Conseil, et [d'autres personnes qui doivent avoir un rang distingué]* »⁷¹. Le nouvel ordre social, selon lui, s'articule alors autour de l'idée du service rendu à la collectivité. Dans cette optique, il donne le premier rôle au clergé. Le second ordre est constitué de l'ordre « *laïque de la profession des armes* »⁷². Ce n'est donc plus par sa naissance que la noblesse tire son prestige, mais par sa capacité à verser son sang pour la défense de l'État. De plus, la noblesse ne bénéficie de ce rang que parce qu'elle participe, comme Domat l'explique dans son développement sur les préséances entre la robe et l'épée⁷³, à l'exercice de la justice des

et le prince, empreintes de devoirs mais aussi de méfiance. Sous la plume de Domat, le conseil prend, tour à tour, un éclairage positif ou négatif. D'une part, il est évident pour lui que le souverain se doit d'être conseillé, éclairé sur les choix à opérer, sur les problèmes qui se posent dans l'État. Domat cite sur ce point l'exemple biblique de Moïse : « Il n'y eut jamais de prince qui eût moins besoin de conseil qu'en avait Moïse, de qui on peut dire que son conseil était Dieu même à qui il avait la liberté de recourir dans toutes ses difficultés ; ce qui n'empêcha pas qu'il ne reçût agréablement et n'exécûtât le conseil que lui donna Fethro son beau-père, sur la manière dont il rendait la justice au peuple » ; *Ibid.*, L.I, T.III, préambule, p. 17.

⁷⁰ *Ibid.*, L.I, T.VIII, S.II, 1, p. 61

⁷¹ *ibid.*, L.I, T.IX, préambule, p. 65.

⁷² Si le clergé garde le statut de premier ordre, « en dignité et en nécessité », c'est à la fois en raison de son lien direct à Dieu que de son rôle dans l'ordonnement divin, et sa mission qui vise l'intérieur de l'homme, la Noblesse en tant que telle disparaît, au profit de l'ordre laïque de la profession des armes ; *Ibid.*, L.I, T.IX, S.III, 3, p. 74.

⁷³ « (...) la dignité de la justice et celle des armes se trouvent dans la plus grande élévation, et [trouvent] leur source en une seule place, qui est la personne du souverain en qui Dieu a mis la dispensation souveraine de la justice qu'il tient de sa main et qu'il a lui-même armée de l'épée ». Puisque Dieu est le seul seigneur commun qui règne sur tous et qui puisse se rendre juge des États, le succès des armes est orienté par le jugement de Dieu qui exerce alors « sa justice entre les princes par les évènements qu'il lui plaît de donner aux guerres ». Ainsi, « cette fonction donne aux armes employées pour la guerre une dignité de justice, et d'une justice bien différente de celle que les Princes rendent à leurs sujets ». Instruments de Justice, ceux qui conduisent la guerre pour le compte du prince se trouvent alors élevés à une dignité supérieure. Ceux qui sont élevés à cet honneur, « exercent la fonction divine de la justice de Dieu entre les Princes, (...) c'est par leurs mains que Dieu dispense la justice, comme il la dispense par les

armes. C'est cet exercice de la justice divine qui fonde alors la préséance de la noblesse sur la robe. Parmi les fonctions publiques, ce sont donc celles qui touchent à la justice, même si la démonstration est ambiguë, qui doivent bénéficier du plus grand prestige.

Le troisième ordre est composé par les membres du Conseil secret du Prince, qui permet à ceux qui assurent les fonctions les plus importantes au sein de l'État et au service du bien public d'avoir un rang en rapport avec le service rendu à la collectivité. Ce second ordre des laïques est, « (...) *celui des Ministres et autres personnes que le prince honore d'une place dans son conseil secret qui regarde les affaires de l'État, l'ordre du gouvernement et autres matières que l'intérêt de l'Église et le bien public peuvent y porter* »⁷⁴. Ce n'est donc pas une question institutionnelle qui justifie cette distinction, mais bien le service rendu à l'État et au public. Les quatrième et cinquième ordres procèdent de la même logique. Ils consistent dans les personnes qui participent à l'administration de la justice⁷⁵ et à l'administration des finances. Les ordres suivants distinguent les différentes professions jusqu'au huitième ordre qui participe à l'agriculture. Tous participent à « l'ordre public ». Pour Domat, « *Il n'y a aucune condition ni profession qu'on ne doive considérer comme ne faisant [pas] partie de l'ordre public, et qui n'y ait quelque utilité par des fonctions qui se rappor-*

ains du Prince à qui il a donné le droit de faire la guerre » ; *Ibid.*, L.I, T.IX, S.III, préambule, p. 72. Si ceux qui donnent leur sang pour défendre l'État ont droit à la première place dans l'ordre de la société, ce ne sont pourtant pas eux qui doivent rendre la justice divine et maintenir les membres du corps politique dans le respect de cette loi quotidiennement. Cette tâche est réservée à ceux qui exercent une charge publique, au premier rang desquels se trouvent les officiers et les magistrats. L'une de ses pensées révèle alors le véritable sentiment de Domat sur cette question. Selon lui, « les gens d'épée appellent les officiers gens d'écritaires, il faut appeler les officiers gens de tête, et eux gens de mains » ; J. DOMAT, « Pensées », BN Ms Fr. 12988, fol. 274.

⁷⁴ J. DOMAT, *Le Droit Public, op. cit.*, L.I, T.IX, S.III, 4, p. 74.

⁷⁵ Aux membres des compagnies de justice s'ajoutent notamment les personnes qui exercent les fonctions de police ainsi que les personnes qui participent à l'administration de la justice. « Cet ordre comprend les officiers qui jugent seuls, ainsi que les personnes qui sans être juges exercent des fonctions nécessaires dans l'administration de la justice, comme les avocats, les procureurs, les greffiers et autres. » ; *Ibid.*, L.I, T.IX, S.III, 5, p. 75. « (...) Le premier de cet ordre est le chancelier qui en est le chef et de toutes les compagnies de justice, de qui le rang le distingue singulièrement par son élévation au-dessus de tous les autres du même ordre ; et après lui les officiers qui composent le conseil où se jugent les affaires des parties, les diverses compagnies supérieures et inférieures, les bailliages et sénéchaussées et autres officiers de juridictions royales, et aussi ceux des justices des seigneurs, pairies et autres. » ; *Ibid.*, L.I, T.IX, S.III, 15, p. 76. « Et comme l'administration de la justice renferme le ministère de la police qui en fait partie, et que la plupart des officiers de justice, et les principaux, exercent plusieurs fonctions de police ; et qu'aussi tous autres qui ont quelque direction de police, ont aussi des fonctions de l'administration de la justice que la police rend nécessaires ; on ne doit pas séparer la police de la justice, et on peut les comprendre sous un même ordre, puisque leurs fonctions sont unies à la plus grande partie des charges et des premières de la justice, et exercées par les mêmes personnes. » ; *Ibid.*, L.I, T.IX, S.III, 5, p. 75.

tent au bien commun de la société des hommes, et dont il importe au public de régler l'usage »⁷⁶.

On retrouve cette même perspective en matière fiscale. Il place l'impôt au premier plan, reléguant les revenus du Domaine au titre de revenus subsidiaires. Il fonde alors un devoir fiscal touchant l'ensemble de la population au nom de l'intérêt de la collectivité. Il est « un devoir de tous ceux qui composent un État, de contribuer aux dépenses que le bien commun y rend nécessaires, soit pour y faire subsister l'ordre ou pour le défendre de ses ennemis »⁷⁷. Les idées de Domat, en matière d'impôt, se retrouvent ici : un devoir fiscal de tous, un lien direct avec les dépenses de l'État, une finalité qui est le bien commun même si la réalisation concrète du principe est largement ignorée par le jurisconsulte⁷⁸. En matière de droit pénal, si les développements de Domat restent à l'état d'ébauche, ils sont intéressants à plus d'un titre. Si l'exemplarité de la peine qui est longuement développée ne constitue pas une originalité, l'idée qu'il est nécessaire, pour prévenir un certain nombre de délit, d'adopter une politique sociale en amont est une singularité⁷⁹. L'accent mis sur la police des hôpitaux,

⁷⁶ *Ibid.*, L.I, T. IX, S.II, préambule, p. 69. Cette idée est si forte que Domat remarque que bourgeois et domestique doivent participer à la réalisation de l'intérêt collectif. Pour le domestique, c'est en étant fidèle à son maître qu'il participe au bien commun. Le bourgeois, lui, remplit l'engagement personnel qu'il a envers la société en portant « les charges dont il peut être capable, comme celles d'Echevins, Consuls » et en participant à l'effort financier de l'État en portant sa part des contributions aux deniers publics « Ainsi, en général, l'ordre public ne renferme pas seulement l'usage des conditions et professions qui ont un rapport précis au bien commun, telles que sont celles des Officiers de Justice, de ceux des Finances, des gens de guerre et autres ; mais il comprend aussi tout ce qu'il y a dans toutes les autres conditions qui lient les hommes de l'un à l'autre, qui forme et entretient leur société, et peut être sujet aux lois qui en règlent l'ordre » ; *Ibid.*, L.I, T. IX, S.II, préambule, p. 69.

⁷⁷ *ibid.*, L.I, T.V, préambule, p. 25.

⁷⁸ Dans son développement, le jurisconsulte s'éloigne assez largement de ce devoir commun à tous, puisque il établit toute une série d'exemptions générales ou particulières qui rend largement inopérant le principe ; *Ibid.*, L.I, T. V., pp. 25-37.

⁷⁹ « Cette fréquence des crimes est-elle donc un mal sans aucun remède qui puisse du moins la diminuer ? Et ne serait-il pas possible de rendre moins fréquents ceux qui le sont le plus, comme les larcins, les vols, les assassinats. (...) Les causes de la fréquence des larcins, des vols et des meurtres qu'on en voit suivre, sont la pauvreté jointe à la mauvaise éducation, la fainéantise, les méchantes habitudes, la débauche, et des dérèglements où se jettent ceux qui de ces premières causes viennent à ces crimes. La naissance en met plusieurs dans la pauvreté, la mauvaise éducation entretient la fainéantise et l'habitude à ne rien faire conduit à faire le mal qui ne peut plus être arrêté que par les forces de la justice qui viennent trop tard, et qui ne font que comme des dignes à un torrent, dont le cours surmonte ». Afin d'endiguer le flot des passions et des délits qui en sont les conséquences, le jurisconsulte préconise une politique pénale en amont, afin de réduire l'oisiveté, la pauvreté et la mauvaise éducation par une police adéquate⁷⁹. Les meurtres, les vols, les larcins sont donc les seuls crimes dont la police peut réduire la quantité par un autre moyen que la simple exemplarité de la peine. Il initie alors une véritable politique sociale, en pleine conformité avec ses aspirations chrétiennes. Il entend utiliser la *caritas* chrétienne comme instrument de politique pénale : « (...) il ne paraît pas impossible de pourvoir dans un État à faire subsister toutes les familles ou par leur travail, s'il peut y suffire, ou par un secours qu'on ne peut sans injustice leur refuser ; à punir ceux qui étant sans biens, et pouvant travailler et gagner leur vie, demeureraient dans l'oisiveté ; à faire incessamment une

inédite au sein de la doctrine⁸⁰, participe du même esprit : faire triompher l'esprit charitable tout en assurant l'ordre par une action publique conforme à la loi d'amour de son prochain :

« La police temporelle a aussi son utilité dans les établissements d'hôpitaux, en ce qu'on tire ceux qu'on y reçoit de la nécessité de vaguer mendiants leur pain, et de la fainéantise qui multiplie les larcins, les vols et les meurtres. Et les hôpitaux, surtout ceux que l'on appelle généraux, ont encore cette utilité pour la Religion et la Police, que les aumônes sont plus utilement employées, que les pauvres sont mieux secourus qu'ils ne sauraient l'être dans les autres lieux où leur pauvreté pourrait leur permettre de se retirer, et qu'ainsi cessant de vaguer, ils sont beaucoup moins à la charge du public »⁸¹.

L'action au nom de l'utilité publique trouve, malgré ces extensions nombreuses, de considérables limites. En matière fiscale par exemple, la position du juriconsulte est claire. Malgré les « *considérations générales qui rendent favorables les droits du fisc* », les privilèges fiscaux « *n'ont pas cet effet que la cause du fisc soit en général plus favorable que celle des particuliers intéressés à contester quelque droit du fisc* »⁸². Si la cause du fisc est douteuse, il souhaite résoudre les doutes en faveur des particuliers contre le fisc⁸³.

En définitive, la perspective offerte par le *Droit Public* de Domat laisse le lecteur perplexe. Elle évoque un curieux mélange d'archaïsme et de modernité. La réflexion du juriconsulte aboutit pourtant à définir le droit public comme un droit de l'État, devant protéger les droits de la collectivité sans

recherche exacte dans les pauvres familles, pour y reconnaître et châtier ceux qui manqueraient au travail ; à veiller à des visites dans toutes les maisons soupçonnées de donner retraite à des fainéants et de receler les choses volées ; à faire rendre compte à toutes personnes dont la condition serait inconnue, de leur domicile, de leur famille, de leur emploi, et enfin on pourrait entrer dans un détail de précautions justes et possibles qui diminuant le nombre des fainéants et des vagabonds diminuerait aussi les crimes qui suivent de la fainéantise » ; J. DOMAT, *Le Droit Public*, op. cit., L.III, préambule, p. 193.

⁸⁰ J. IMBERT, *Le droit hospitalier de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, 1993, p. 200.

⁸¹ J. DOMAT, *Le Droit Public*, op. cit., L.I, T.XVIII, préambule, p. 131.

⁸² *Ibid.*, L.I, T.VI, S.VII, 14, p. 52.

⁸³ En matière d'expropriation, qu'il évoque dans les *Lois Civiles*, si la propriété privée est conditionnée à l'intérêt général supérieur, si les particuliers ne « *possèdent qu'à cette condition que leur intérêt cèdera à l'intérêt public dans les nécessités qui le demanderont* » (J. DOMAT, *Les Lois Civiles*, op. cit., L.I, T.II, S.XIII, p. 52), Domat pose toutefois classiquement deux conditions à l'expropriation : une juste cause et une indemnisation à un prix juste. Ce faisant, le juriconsulte ne reprend pas la position de Cardin Le Bret qui distinguait les indemnisations résultant de l'expropriation en temps de guerre et en temps de paix, (CARDIN LE BRET, *Traité de la souveraineté du Roi*, op. cit., L.IV, Ch. X). Le juriconsulte est plus sensible à la justice et renvoi le calcul à l'arbitraire du juge en demandant un prix calculé en envisageant l'ensemble du contexte et des pertes entraînées par l'expropriation.

nuire outre mesure aux intérêts particuliers. C'est un droit envisagé comme dérogatoire au droit commun, autonome, formant une branche égale à celle formée par le droit privé. Il définit un certain nombre de missions publiques qui vont du maintien de l'ordre au soutien des marchés économiques ou à l'établissement d'hôpitaux. Il confie ces missions à des agents aux statuts divers, de l'officier de la couronne à l'agent municipal, mais qui doivent tous avoir en vue l'intérêt de la collectivité. Si la distinction entre droit privé et droit public établie par Domat semble s'être relativement imposée puisqu'elle sert d'unique référent à Denisart dans son article « Droit public et Droit Privé »⁸⁴, l'archaïsme de la structure de l'État de justice semble toutefois avoir voilé l'héritage du *Droit Public*. Domat, s'il est cité à quatorze reprises dans l'Encyclopédie, n'est quasiment cité que pour son œuvre de civiliste. Seul les articles « cléricature » et « communauté » rappellent le souvenir du *Droit Public*⁸⁵. Sous les plumes de Denisart, Ferrières ou Bourjon, si on retrouve peu le *Droit Public* de Domat, alors que sa réflexion civiliste est largement reprise, des thèmes tels que ceux de la communauté ou de l'intégration des charges municipales au droit public doivent pourtant beaucoup à sa réflexion⁸⁶.

Toute la vision de l'État et du droit public de Domat est construite autour

⁸⁴ « Le droit public, dit Domat est celui qui regarde l'ordre public du gouvernement, comme sont les lois qui appelés au gouvernement...Celles qui règlent les distinctions et les fonctions des charges publiques pour l'administration de la justice, pour la milice, pour les finances...Le droit privé est celui qui comprend les lois faites pour régler les affaires des particuliers » ; J.-B. DENISART, *Collections de Décisions Nouvelles et de Notions relatives à la Jurisprudence actuelle*, *op. cit.*, tome II, p. 237.

⁸⁵ Dans le même temps, Loyseau est lui cité soixante quatorze fois alors que Delamare ne l'est qu'une fois à l'occasion de l'article « Lieutenant » ; Voir *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, Neufchâtel, Chez Samuel Faulche, 1765.

⁸⁶ Ferrières utilise le *Droit Public* dans sa définition des « charges municipales ». Comme nous l'avons souligné, la réflexion du jurisconsulte est novatrice en la matière et semble donc s'être imposée. La définition établie par Ferrières doit sa formulation dans sa totalité à la réflexion du jurisconsulte : « Voyez les *Lois civiles au Traité du Droit Public*, liv. II, tit. 16, sect. 4 d'où j'ai extrait ce que je viens de dire des charges municipales » ; Cl.-J. DE FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de coutumes et de pratique*, Paris, éd. Veuve Brunet, 1769, 2 vol., Tome I, p. 260. Domat est le référent en matière d'intégration des charges municipales au statut public et sa réflexion participe largement à la définition du statut de cette charge. Il semble s'imposer également en matière d'arbitrage. Denisart l'invoque longuement lorsqu'il s'agit de déterminer le rôle de plusieurs arbitres ; J.-B. DENISART, « arbitrages, arbitres », *Collections de Décisions Nouvelles*, *op. cit.*, tome I, p. 145. Plus remarquable, Ferrière renvoie au développement fait par Domat sur le rapport entre le Clergé et le droit public dans son article « Clergé » : « Touchant le clergé voyez ce qui en est dit dans les *Lois Civiles au Traité du droit Public*, tit. 10 » ; Cl.-J. FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, *op. cit.*, tome I, p. 278. Denisart renvoie également à Domat en matière de « compensation ». Si la définition est reprise de Pocquet de Livonnière, l'aspect public de la compensation provient de la réflexion en matière fiscale de Domat : « Ainsi un receveur des tailles ne peut compenser avec les deniers de sa recette ce que le receveur général des finances pourrait lui devoir. V. Domat, *Lois civiles*, liv. 4, tit. 2, sect. 2, n°5 » ; J.-B. DENISART, « compensation », *Collections de Décisions Nouvelles*, *op. cit.*, tome I, p. 561.

du rapport de chaque individu avec la collectivité⁸⁷. Si « *le bien du corps demande qu'un membre s'expose pour en sauver un autre, rien ne le retient, ni ne retarde cette fonction* »⁸⁸ ce qui fonde une extension forte de l'emprise juridique de la collectivité. Ce rapport est une expression indirecte de la loi d'amour de son prochain qu'il entend faire régner. Chacun doit apporter sa part à la collectivité : par la place qu'il occupe dans la société (en occupant une charge publique), par le paiement de sa contribution aux besoins collectifs incarnés dans les dépenses de l'État et des communautés publiques, par l'exercice du devoir de charité envers les plus démunis. Apparaît alors une autre société où ceux qui rendent le plus de services à la collectivité trouvent le rang le plus élevé. Ceux qui troublent un tel ordre – les criminels, – ceux qui se refusent à participer à la collectivité⁸⁹, – les vagabonds, les oisifs – doivent être punis de manière exemplaire, retranchés du corps collectif. Cette perspective en soi n'est pas originale et découle d'une conception organiciste de l'État. Ce qui fait la force du *Droit Public* de Domat, c'est qu'il exprime cette vision de l'État non pas en penseur politique ou philosophe, mais en juriste et qu'il s'attache, plus ou moins habilement, à tirer chaque conséquence juridique concrète de sa vision globale. S'il perd alors en cohérence et si son schéma manque de force géométrique, il pose les soubassements d'un État et d'un droit public ayant pour limites celles de la collectivité.

Il fonde donc un État monarchique renforcé, s'appuyant sur une fonction publique essentielle, restant statutairement liée en partie aux offices mais qui ne s'appuie pas sur la magistrature parlementaire. Il incorpore utilement dans son *Droit Public* les corps et communautés ainsi que le droit professionnel à sa

⁸⁷ Ce qui constitue l'originalité et la portée constructive de l'ouvrage de Domat, c'est la conception étendue qu'il a du droit public, auquel il incorpore les fonctions et les devoirs des diverses professions et des divers ordres qui composent un État. Ce n'est plus la seule police qui organise la vision « administrative » de l'État. Le droit public n'est autre chose que le système des règles qui regardent l'ordre général du gouvernement et de la police d'un État, le corps de la société devant être composé d'une infinité de différentes conditions et professions nécessaires pour le bien commun. Il est alors nécessaire qu'il y ait subordination générale de toutes les conditions et professions sous une puissance qui en maintienne l'ordre et pousse chaque individu à la collectivité.

⁸⁸ J. DOMAT, *Le Droit Public, op. cit.*, L.I, T.XVIII, préambule, p. 132.

⁸⁹ Le membre qui se retranche de la société, par le refus d'occuper sa place dans l'ordre voulu par Dieu, doit être puni. C'est le reflet de la loi de l'amour du prochain, mais aussi l'expression de la loi du travail : « (...) ceux qui pouvant travailler vivent dans la société sans aucun emploi, et qui non seulement n'y font rien qui se rapporte au public, mais qui ne s'occupent pas même, ou à leurs affaires domestiques, ou à quelque travail honnête et licite, sont par cet état de fainéantise, qui est la source de tous les vices, comme des membres pourris et méritent que la police corrige et châtie leur dérèglement » ; *Ibid.*, L.I, T. IX, S.II, préambule, p. 69. Cette volonté répressive à l'égard des vagabonds et de ceux qui ne travaillent point au sein de la communauté des hommes est une constante dans les esprits de l'Ancien Régime. Sur ce point voir notamment B. SCHNAPPER, « La répression du vagabondage et sa signification historique du XIV^e au XVIII^e siècle », *Voies nouvelles en histoire du droit, la justice, la famille, la répression pénale, (XV^e-XX^e siècle)*, Paris, PUF, pp. 34-54.

fonction publique, donnant à sa vision de l'État un caractère très vaste. La lecture qui sera faite au XIX^e siècle de la définition, du fonctionnement et des implications des communautés vues par Domat dans le cadre « administratif » de l'Ancien Régime semble largement justifiée⁹⁰. Sa réflexion pénètre et domine donc le caractère descriptif de son propos ; le droit public se constitue sous sa plume en une discipline juridique, autonome et se distinguant plus nettement de la politique et de l'économie⁹¹.

Si le *Droit Public* n'est pas une œuvre aussi novatrice que *Les Lois Civiles*, il pose pourtant les jalons qui permettront à Gérando, Macarel, Hauriou, Bouchené-Lefer ou Duguit de se revendiquer peu ou prou de sa pensée⁹². Lisant que pour Domat, l'administration de la justice « *consiste à réprimer et punir ceux qui troublent l'ordre public (...) par des entreprises, des délits et des crimes, et à régler les différends qui divisent les personnes, et troublent le repos des familles. C'est pour ces usages qu'on a été obligé d'établir des juges pour être les protecteurs des lois, pour en imposer le joug à ceux qui ne s'y soumettent pas volontairement, et pour maintenir par l'observation de ce qu'elles ordonnent l'ordre et le repos public (...)* »⁹³, certains auteurs du XIX^e y virent l'expression d'un État réduit à ses

⁹⁰ Au XIX^e siècle, on verra en lui l'auteur de l'ancien droit « qui a le mieux défini le rôle des communautés comme personnes civiles, elles tiennent lieu de personnes tant à cause de leurs fonctions propres que parce qu'elles ont leurs biens, leurs affaires, leurs droits, leurs charges et leurs privilèges, comme les particuliers. On comprenait à la fois, sous la même dénomination de corps et communautés, tous les établissements que l'on divise aujourd'hui en établissements publics et en établissements d'utilité publique » ; E. de BIRAN, « Étude sur les établissements d'utilité publique », *Revue de la société des études historiques*, mars-avril 1883, p. 113-115.

⁹¹ « Derrière chaque institution, se découvre un jeu de règle qui en fonde l'ordre objectif. Le droit public achève de se constituer en science séparée de la politique et de l'économie pour rentrer dans le giron du droit » ; G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français », *op. cit.*, p. 64.

⁹² Voir notamment GERANDO, *Institutes du droit administratif français*, 2^e éd., 5 vol., Paris, éd. Nève, 1842 ; MACAREL, *Des Tribunaux Administratifs*, Paris, J.-P. Roret, 1828, p. 40. Pour Duguit, les juristes de l'ancien droit, au premier rang desquels Domat, ont posé les bases du droit public. Cette affirmation ne doit pas étonner au vu des nombreuses correspondances entre le droit public de Domat et celui de Duguit. Selon ce dernier, dans la recherche de l'unité du droit public, tout « est résumée par Domat en une phrase d'une énergique concision : « la première place où réside la force de l'autorité d'un souverain dans son État et d'où elle doit se répandre dans tout le corps est sa personne même » ; L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913 ; Hauriou, lui, voit dans la pensée de Domat la « définition objective de l'ordre juridique » mais ne trouve pas de nouveauté particulière à la réflexion du jurisconsulte : « Pour lui et pour la masse des jurisconsultes dont il représente les croyances générales, il existait un ordre des choses et le droit était la conformité à l'ordre » ; M. HAURIUO, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence*, Paris, Sirey, 1916, pp. 1-2. Cette utilisation de la réflexion du XVIII^e siècle par les publicistes du XIX^e siècle est d'ailleurs classique et « le sentiment d'une continuité du droit administratif que la lecture des publicistes du XIX^e provoque chez chaque lecteur repose » fortement, selon Benoit Plessix, « sur une continuité de la doctrine » ; B. PLESSIX, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, n° 38, 2003, pp. 114-133.

⁹³ Si elles prennent des formes différentes, visent des moyens autres que ceux de la justice proprement dite, la police et la juridiction volontaire découlent donc de la fonction de justice, car elles visent le bien-être de la société « l'ordre et le repos public qui est l'unique fin de la police temporelle » ; J. DOMAT, *Le Droit Public*, *op. cit.*, L.II, préambule, p. 146.

fonctions régaliennes et firent de Domat l'un des ancêtres de l'État gendarme⁹⁴. Or, pour Domat, une telle définition n'était pas envisagée comme le critère restrictif d'une action publique identifiée à l'État gendarme mais bien plutôt construite comme un critère global intégrant chaque action d'un membre de la collectivité à l'action publique. C'est alors à juste titre que Bouchené-Lefer, regrettant le recul de la doctrine de son temps, se fait l'écho de ce droit public de Domat, de cette science administrative envisagée comme une véritable science de la société :

« Le morcellement, le rapetissement de la science, sa dénomination même, ont dû, selon nous, nuire à la propagation et détourner de son étude beaucoup d'esprits qui auraient été frappés d'une exposition plus haute. On consent à ignorer le droit administratif; on ne voudrait pas passer pour ignorer le droit public de son pays et de son temps »⁹⁵.

David GILLES
Docteur, Université Paul Cézanne
Aix-Marseille III

⁹⁴ Voir P. LEGENDRE, « Domat, théoricien de l'État-gendarme », *Etudes à la mémoire d'Emile Giraud*, Lille, Faculté de Droit, 1966, p. 247-258 et MASPETIOL R., « Jean Domat : Une doctrine de la loi et du droit public », *Estudios Juridico-Sociales, Homenaje al Profesor Luis Legaz Y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, pp. 707-714.

⁹⁵ BOUCHENÉ-LEFER, « Le droit administratif par Domat », *op. cit.*, p. 362.