

LE DROIT PUBLIC DANS LA DOCTRINE FRANÇAISE DU XVI^e ET DU DÉBUT DU XVII^e SIÈCLE

En France, il faut attendre l'extrême fin du XVII^e siècle et le début du XVIII^e pour voir naître, sous la plume de Domat, de D'Aguesseau, de l'abbé Fleury, les premiers ouvrages dont le titre se réfère expressément au droit public, et plus longtemps encore pour que ce même droit public commence à faire l'objet d'un enseignement universitaire dispensé par les professeurs de droit français ou, plus rarement, par les titulaires de chaires spécifiques¹. Prétendre traiter de cette notion au cours de la période antérieure, le XVI^e et la première moitié du XVII^e siècle, n'est-ce pas poursuivre un fantôme, prendre pour sujet un concept vague et insaisissable ? Certes, très tôt, on a eu conscience que les normes juridiques touchant à l'organisation et aux intérêts de la puissance publique étaient autres que celles qui régissaient les particuliers. L'expression « droit public » est fort ancienne puisqu'on la rencontre déjà à Rome dès la fin de la République, chez Cicéron, mais avec un sens différent, et plus tard, à l'époque impériale, dans une acception plus proche de la nôtre, chez Ulpien, qui opposait le *jus publicum, quod ad statum rei Romanae spectat*, au *jus privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet*². Reproduit dans le *Digeste* (I, I, 1, 2) et résumé dans les *Institutes* de Justinien (I, 1, 3-4), le fragment des *Institutes* d'Ulpien a été maintes fois commenté par les romanistes et les canonistes à partir du XII^e siècle, et la doctrine savante médiévale s'est efforcée de mieux dégager les critères permettant de distinguer le droit public du

¹ J. Portemer, « Recherches sur l'enseignement du droit public au XVIII^e siècle », *Revue historique de Droit français et étranger*, 1959, p. 341-397 ; Ch. Chêne, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit*, Genève, 1982, p. 211 s. Cf. dans un cadre plus large, H. Mohnhaupt, « Europa und *jus publicum* im 17. und 18. Jahrhundert », *Jus Commune, Festsgabe Helmut Coing*, 1992, p. 207-232.

² J.-P. Coriat, *Le Prince législateur*, Rome, 1997, p. 396 s.

droit privé³. Parallèlement à ces analyses doctrinales, la renaissance de l'État dans les derniers siècles du Moyen Âge, sous l'impulsion des souverains, des administrateurs et des juges qui œuvraient auprès d'eux, a donné à ce concept, que la féodalité avait privé d'une partie de sa substance et rendu quelque peu abstrait, une signification plus concrète et une plus grande portée pratique : la distinction de plus en plus nette établie entre la personne physique des gouvernants et la fonction qu'ils exerçaient, l'émergence de la notion de Couronne considérée comme une personne morale, la formation d'un droit spécifique régissant tant la fonction royale que les agents qui étaient à son service et le patrimoine qui lui était attaché, ont contribué à dégager l'idée d'un statut propre à l'État, à ses prérogatives, à ses biens, prêt à se couler dans ce cadre préétabli, mais jusque-là encore presque vide, du droit public⁴.

Au siècle de la Renaissance, toutes les conditions semblent réunies pour que la distinction entre droit public et droit privé s'impose comme un principe fondamental du droit et pour qu'écluse une science du droit public pleinement autonome. L'État poursuit sa croissance, hâtée plus que freinée sur le long terme par la crise des guerres de religion : le concept de souveraineté s'étoffe et s'affine, avant même que Jean Bodin n'en fasse la synthèse ; l'administration se développe et le nombre des agents royaux continue de croître avec les créations d'offices consécutives à la vénalité ; l'inaliénabilité du domaine de la Couronne, après une longue période de flottement, se cristallise en tant que loi fondamentale. En même temps la pensée juridique se renouvelle sous l'influence de l'humanisme, mais sans perdre pour autant les acquis de la période précédente : héritiers ingrats, les juristes humanistes ont souvent dénigré leurs prédécesseurs ; ils n'en ont pas moins repris beaucoup de leurs idées mais leur attitude critique leur a permis de les approfondir et parfois de les dépasser. Parmi d'autres, ils ont bénéficié du travail de réflexion et de conceptualisation qu'avait accompli la doctrine médiévale sur les notions de droit privé et de droit public.

³ Fr. Calasso, « *Jus publicum e jus privatum nel diritto comune classico* », *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, Milan, 1943, p. 53-85, réimp. dans *Annali di storia del diritto*, IX, 1965, p. 57-87, et *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 2^e éd., Milan, 1965, p. 278 s. ; 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*, nouv. série, 1, 1952, p. 5-77, et « Les critères de la distinction du droit privé et du droit public dans la pensée savante médiévale », *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, t. II, Paris, 1965, p. 841-859

⁴ A. Rigaudière, « Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e et XV^e siècles », *Archives de Philosophie du Droit*, XLI, 1997, p. 83-114.

Quel parti en ont-ils tiré ? La notion de droit public est-elle restée au XVI^e siècle, comme dans la doctrine juridique médiévale, un concept connu et analysé mais néanmoins peu utilisé et somme toute marginal ? À bien des égards, la question appelle une réponse affirmative qui débouche sur un constat de carence (I). Cependant, le bilan n'est pas entièrement négatif et, chez de rares auteurs, dans quelques courants de pensée tardifs, commencent à se manifester des évolutions annonciatrices de l'éclosion que connaîtra le droit public un siècle plus tard (II).

Le droit public : un concept fugitif

La lecture de la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle appelle une remarque qui tient à première vue du paradoxe : incontestablement, l'existence du droit public et sa distinction d'avec le droit privé sont connues, et aucun juriste ne les ignore ; pourtant, on rencontre rarement l'expression droit public dans les ouvrages, et sa définition, du fait même du peu d'attention qui lui est accordée, demeure imprécise.

Une expression rarement utilisée

Ni la notion de droit public, ni celle de droit privé, son antonyme, ne pouvaient être étrangères à nos anciens juristes : dès leur entrée à l'université, ils suivaient un cours d'*Institutes* qui s'ouvrait sur le commentaire du livre I^{er} où elles figuraient en bonne place ; à un stade plus avancé de leurs études, ils les retrouvaient en abordant les enseignements plus approfondis fondés sur le commentaire du *Digeste*. Pour eux, ces textes avaient sans aucun doute valeur initiatique, mais quel souvenir en ont-ils gardé, et leur esprit en a-t-il été durablement marqué ?

À la lecture des écrits qu'ils ont laissés, la réponse ne peut être que nuancée, et au total plutôt négative. La distinction entre droit public et droit privé est bien présente chez les romanistes, mais comment ne l'aurait-elle pas été chez ceux qui faisaient profession de commenter les lois romaines et qui, inévitablement, se trouvaient confrontés aux textes précités des *Institutes* et du *Digeste* ? De fait, la plupart ne manquaient pas de relever l'antithèse formulée par Ulpien et de lui consacrer des développements plus ou moins étendus comme l'ont fait, pour ne citer que les plus grands, Jacques Cujas⁵, François

⁵ *Ad diversos titulos Pandectarum recitationes...*, Jacobi Cujacii opera omnia, Paris, 1658, t. IV, pars prior, col. 12-13.

Connan⁶, François Baudouin⁷, François Hotman⁸, Hugues Doneau⁹. Cette quasi-unanimité ne doit pourtant pas faire illusion car ces mêmes auteurs n'ont guère utilisé la notion de droit public en dehors des commentaires des textes romains qui y faisaient directement référence : ils relevaient l'expression, la définissaient lorsqu'ils la rencontraient dans le *Corpus juris civilis*, mais, à de rares exceptions près, n'éprouvaient pas le besoin de l'évoquer en d'autres occasions, ce qui tend à montrer qu'ils ne lui accordaient qu'un intérêt limité.

Les juristes coutumiers, à la différence des romanistes, n'étaient pas astreints à commenter les *Institutes* ou le *Digeste*. Aussi les mentions du droit public que l'on trouve dans leurs ouvrages n'en ont-elles que plus de prix car elles apparaissent plus spontanées, dictées bien davantage par la conviction de l'utilité et de l'importance de la notion que par l'obligation de faire l'exégèse des lois romaines. Cette conviction, pourtant, ne semble pas avoir été très répandue, tant les mentions du droit public restent rares et peu explicites dans leurs oeuvres. Elles sont quasiment absentes chez les auteurs du premier XVI^e siècle, comme Chasseneuz ou Tiraqueau, et guère plus fréquentes chez leurs successeurs plus tardifs, Grimaudet, Choppin ou Coquille, qui, eux aussi, négligent l'expression même lorsqu'ils traitent de sujets qui, selon nos critères modernes, entrent bien dans le domaine du droit public¹⁰. Étienne Pasquier, partisan résolu du droit français mais qui a composé à la fin de sa vie, pour l'éducation de ses petits-enfants, une *Interprétation des Institutes de l'empereur Justinian* où il se proposait de comparer les règles du droit national à celles du droit romain, fait montre de la même indifférence, sinon pour la matière, du moins pour l'expression : les réflexions que lui inspire la distinction posée par Ulpien demeurent étonnamment superficielles¹¹, et, dans ses autres écrits, y compris dans ses *Recherches de la France* où il a pourtant entrepris de retracer l'histoire de nombreuses institutions publiques françaises, il semble n'avoir jamais utilisé les termes droit public.

⁶ *Commentariorum juris civilis libri X*, Paris, 1558, p° 131.

⁷ *Commentariis in libros quatuor Institutionum Juris Civilis*, Paris, 1554, p. 18.

⁸ *In Pandectas... comment. seu epitomat...*, Lib. I, tit. I, n° 8, *Francisci Hotmani Operum*, Lyon, 1599, col. 3-4.

⁹ *Commentaria de jure civili*, Liv. II, chap. V, *Donelli opera omnia*, Rome, 1828, t. 1, col. 207s.

¹⁰ Ainsi Choppin paraît-il admettre la distinction droit privé-droit public mais de manière implicite, sans la formuler clairement ni employer ces expressions, lorsqu'il affirme dans ses *Commentaires sur la coutume d'Anjou, Œuvres de René Choppin*, Paris, 1662, liv. 1, tit. 1, t. 1, p. 65-66, que le roi n'est pas assujéti à la coutume pour ses droits souverains : « Car les marques suprêmes de la puissance royale semblables aux choses sacrées, n'entrent point au commerce vulgaire des hommes, et on ne peut traiter ny agir touchant leur diminution ou affoiblissement, qu'en pleine assemblée des Estats du Royaume ou en la Cour du Parlement de Paris, laquelle représente les Estats... »

¹¹ *L'Interprétation des Institutes de l'Empereur Justinian*, Paris, 1847 (réimp. Genève, 1970), p. 17-18.

Il existe tout de même de rares exceptions, des auteurs qui, non seulement se sont référés un peu plus souvent au droit public, mais lui ont aussi accordé une plus grande importance : Charles Du Moulin et Louis Charondas Le Caron. Ce dernier, du fait de l'intérêt spécifique que présentent ses développements sur la question et de leur inscription dans un courant de pensée différent, sera examiné ultérieurement. Quant à Du Moulin, c'est dans son commentaire de la coutume de Paris qu'il a consacré au droit public ses remarques les plus notables¹² : s'interrogeant sur la validité de la clause qui, dans une vente à réméré, fait défense à l'acquéreur d'une tenure de solliciter l'investiture seigneuriale pour éviter d'avoir à payer deux fois les droits de mutation en cas de rachat, il a résolu à son habitude la question en exposant une série d'arguments *pro et contra* et invoqué, parmi ces derniers, une loi du *Code* de Justinien (IV, 47, 2) ; mais il ne l'a citée que pour l'écarter, au motif qu'édictee dans l'intérêt du fisc, elle concernait le seul droit public, alors que la question posée relevait du droit privé. Car, concluait-il, on ne saurait confondre le public et le privé ; il faut au contraire les séparer et reconnaître dans cette distinction la *summa divisio juris*, avec cette conséquence que, dans le mode de raisonnement qui était le sien, fondé sur l'analogie, sur la recherche de la *ratio legis* qui permettait d'étendre à d'autres cas la portée d'une règle formulée dans une situation déterminée, on ne pouvait tirer argument d'une norme de droit public en matière de droit privé, et vice-versa, la « raison » qui inspirait la loi étant nécessairement différente : les redevances dues au seigneur, de nature privée, n'entretenaient aucun lien avec les redevances fiscales dues au souverain, de sorte qu'on ne devait pas appliquer aux unes les solutions posées pour les autres. Si nettes que soient ces conclusions, il convient toutefois de les nuancer en relevant qu'elles n'ont été formulées qu'à titre d'arguments dans le cadre d'une controverse, et que Du Moulin lui-même n'a guère mis en oeuvre cette *summa divisio* dans la plupart de ses écrits, où droit public et droit privé sont restés étroitement mêlés.

S'il est une catégorie d'auteurs chez qui l'on s'attend au contraire à trouver de fréquentes mentions du droit public, ce sont ceux que l'on qualifierait précisément, à titre rétrospectif, de « publicistes » en raison de l'orientation de leurs

¹² *In consuetudinum Parisiensis commentaria*, II, art. 78, gl. 1, n° 50, *Caroli Molinaei opera omnia*, Paris, 1658, t. I, col. 1443 : *Non obstat tit C. sine censu vel reliq. quia dico primo quod non loquitur de isto patrimoniali privatorum etiam dominicali censu, sed de fiscali censu, de tributo publico imperii vel coronae, (...) et sic non debent extendi ad hos privatorum census, quia publica privatis non debent confundi, sed secerni. Titulus ille (...) spectat ad jus publicum, titulus autem consuetudinis nostrae spectat ad jus privatum, inter quae maxima est distantia et longissimum discrimen, cum ea sit prima et summa divisio juris (...)*. Cf, ma thèse, *Charles Du Moulin (1500-1566)*, Genève, 1980, p. 237 s.

écrits vers les questions politiques, les pouvoirs du roi, les lois fondamentales, le domaine de la Couronne, les relations entre l'Église et l'État. L'avènement d'une doctrine publiciste, au sens moderne, était déjà un fait ancien, que Jacques Krynen fait remonter au conflit entre Philippe le Bel et Boniface VIII¹³, mais son développement s'est poursuivi et accentué au cours du XVI^e siècle. Parmi les « publicistes » de ce temps, Jean Bacquet a incontestablement sa place pour ses traités sur la justice et le domaine : or, non seulement il n'a jamais revendiqué cette qualité, mais on parcourt des pages entières de ses ouvrages sans rencontrer une seule fois l'expression droit public. François Hotman aussi, bien qu'il fût également romaniste, en fait partie : il a bien préconisé, dans son *Antitribonian*, la rédaction d'« un ou deux beaux volumes en langage vulgaire et intelligible, tant du droit public, qui concerne les affaires d'Etat et de la Couronne, que de toutes les parties du droit des particuliers »¹⁴, mais à cela se limite l'emploi qu'il a fait de l'expression droit public, curieusement absente de l'ouvrage qu'il a pourtant consacré tout entier à cette matière, la *Franco-Gallia*. Quant au plus grand, Jean Bodin, il n'ignorait pas plus que les autres la distinction entre droit privé et droit public, qu'il avait présentée dans un écrit de jeunesse, la *Juris universi distributio*, comme commune à la plupart des peuples¹⁵ ; pourtant, dans ses *Six livres de la République*, il ne s'est référé qu'une seule fois au droit public, dans la préface, pour déplorer qu'il suscitât moins d'intérêt que le droit privé¹⁶. Et il ne semble pas que l'expression ait connu une diffusion plus grande au début du XVII^e siècle. L'époque a eu aussi son grand publiciste en la personne de Charles Loyseau, mais, si l'on relève dix références au droit public dans l'épître dédicatoire de son *Traité des Offices*, on n'en trouve que trois dans l'ouvrage lui-même, une seule dans le *Traité des Ordres* et aucune dans le *Traité des Seigneuries*¹⁷. Un peu plus tard, sous le règne de Louis XIII, Cardin Le Bret, pour son *Traité de la Souveraineté du Roy*, mérite d'être compté également parmi les publicistes. Il n'en a pas pour autant fait grand usage de la notion de droit public : il utilise souvent le terme « public », comme substantif ou comme adjectif, mais quasiment jamais pour désigner une branche spécifique du droit¹⁸.

¹³ *L'Empire du roi. Idées et croyances politiques en France*, Paris, 1993, p. 85 s.

¹⁴ *Antitribonian ou Discours d'un grand et renommé Jurisconsulte de nostre temps sur l'estude des Loix* (1567), Paris, 1603, réimp. Saint-Étienne, 1980, p. 154-155.

¹⁵ *Exposé du droit universel*, éd. S. Goyard-Fabre et R.-M. Rampelberg, Paris, 1986, p. 18 : *Habent autem omnes populi, aut certe quidam populorum bona pars, jus publicum, jus privatum, leges principum, edicta magistratuum, jura majestatis, consuetudines quasdam et instituta, et ubi lex desit, aut ipsa consuetudo, aequitatem (...)*

¹⁶ *Les Six livres de la République*, rééd. Paris, 1986, t. I, p. 11 : « Car ceux qui depuis en ont écrit à veuë de pays, et discours des affaires du monde sans aucune cognoissance des loix, et mesmement du *droit public*, qui demeure en arrière pour le profit qu'on tire du particulier ».

¹⁷ B. Basdevant-Gaudemet, *Aux origines de l'Etat moderne. Charles Loyseau (1564-1627), théoricien de la puissance publique*, Paris, 1977, p. 89 s.

¹⁸ *Traité de la Souveraineté du Roy de France*, dans *Ceuvres de C. Le Bret*, nouv. éd., t. I, Paris, 1689.

Ainsi, toute une partie de la doctrine a pu se spécialiser dans ce que nous appelons le droit public sans éprouver le besoin de s'y référer couramment, voire en négligeant presque totalement l'expression. Il serait excessif d'affirmer que les « publicistes » de l'époque ont fait du droit public sans le savoir, mais du moins il en ont fait sans le dire et jamais ils ne l'ont mis en avant comme une bannière sous laquelle ils auraient pu se rassembler : au total, ils se sont à peine plus servis de ces termes que les autres, c'est-à-dire très peu, et s'il est un mérite dont on ne saurait créditer la doctrine française du XVI^e siècle et du premier XVII^e, c'est bien celui d'avoir vulgarisé l'expression et le concept de droit public.

Un concept mal défini

A-t-elle au moins contribué à en approfondir et à en clarifier le sens ? Tout en séparant droit public et droit privé, les Romains n'avaient pas donné de ces termes une définition précisée, ni fourni des critères très sûrs pour les distinguer. Cicéron s'était attaché aux sources : pour lui, le droit public était formé par les règles de portée générale posées par une loi ou une coutume, indépendamment de leur objet ; le droit privé, par les règles issues de conventions entre particuliers et qui ne produisaient effet qu'entre eux. C'est au contraire sur l'objet que se fondait Ulpien, ou ses interpolateurs puisque certains romanistes jugent suspect le texte transmis par le *Digeste* : le *jus publicum* était le droit de la *res Romana*, de la chose publique opposée à l'utilité privée, le droit des choses sacrées, des fonctions religieuses et des magistratures¹⁹. L'imprécision restait trop grande pour ne pas embarrasser les commentateurs médiévaux ni susciter de leur part des hésitations et des interprétations divergentes que Francesco Calasso et Georges Chevrier ont retracées avec précision. Influencés par la méthode énumérative d'Ulpien, les premiers glossateurs adoptaient un critère objectif : le droit public était le droit des choses publiques ; le droit privé, le droit des choses privées. À partir du XIII^e siècle, les derniers glossateurs, Azon, Accurse, puis les juristes orléanais ont fait prévaloir un critère plus général, fondé non plus exclusivement sur l'objet, avec les risques d'émiettement du droit qui en résultaient, mais sur les fins que poursuivait la règle de droit : en systématisant la notion d'*utilitas*, déjà présente chez Ulpien, la doctrine savante a rattaché au droit public les règles principalement inspirées par l'utilité publique, et au droit privé celles qui n'avaient en vue que l'utilité privée. Dans le dernier état de la pensée médiévale, chez les bartolistes, le critère finaliste s'est imposé mais en se combinant toutefois avec le critère tiré de l'objet pour donner à la notion de droit public des contours plus précis, sans lever pour autant toutes les incertitudes.

¹⁹ Sur l'évolution de la notion de *respublica*, parallèle à celle de *jus publicum* : W. Mager, « République », *Archives de Philosophie du Droit*, 1990, p. 257-273, et « *Res publica* chez les juristes, théologiens et philosophes à la fin du Moyen Âge : sur l'élaboration d'une notion-clé de la théorie politique moderne », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, Rome, 1991, p. 229-239.

La doctrine du XVI^e siècle n'a ni bouleversé ces cadres de pensée, ni éliminé toutes les ambiguïtés qu'ils comportaient. Elle a conservé à l'expression droit public sa polysémie, ses significations multiples et contradictoires, sans même réussir à s'accorder sur le nombre de celles-ci. Alciat et Zasius en distinguaient quatre ; Cujas, trois²⁰. Du Moulin, tout en mettant en avant le sens qu'Ulpien donnait à ces termes, les utilisait aussi pour désigner un droit commun applicable à tous, comme l'avait fait Cicéron, par opposition à des règles spéciales posées par une coutume particulière ou une convention : ainsi mentionnait-il en certaines circonstances « le droit public de la coutume », alors que les usages qui n'avaient pas la qualité de coutume générale ne formaient qu'un *jus particulare et privatum*²¹. La terminologie se révèle tout aussi flottante chez Loyseau, qui attribue lui aussi à l'expression trois sens différents et se réfère au droit public tantôt pour l'opposer aux privilèges, tantôt pour désigner un droit édicté en vue de l'utilité publique, tantôt pour singulariser l'ensemble du droit qui a trait à l'État²². Souvent, droit public est également pris comme synonyme de ce que l'on nomme aujourd'hui l'ordre public : un ensemble de règles imposées en considération de l'utilité commune, y compris dans des matières de droit privé, et auxquelles les volontés particulières ne peuvent déroger, sens qui se perpétuera bien au-delà de la période²³.

Les critères du droit public, en s'en tenant au seul sens que lui donnaient le *Digeste* et les *Institutes* de Justinien à la suite d'Ulpien, n'ont pas non plus subi de transformations profondes. Dans la doctrine du XVI^e et du début du XVII^e siècle, l'*utilitas publica* est restée le critère essentiel du droit public, et l'*utilitas privata* celui du droit privé. À la seule exception notable de Doneau, dont la doctrine mérite d'être examinée à part, les romanistes français, dont certains ont été récemment étudiés par Italo Birocchi²⁴, ont prolongé les réflexions des bartolistes sans rien apporter de très neuf à leurs commentaires du *Corpus juris civilis*. Les débats, les critiques, n'ont porté que sur des points secondaires. Ainsi sur le bien-fondé du rattachement, que semblait induire le texte d'Ulpien, du droit public au seul droit positif, alors que le droit privé se voyait assigner une triple origine, dans le droit naturel, le droit des gens et le droit positif, affirmation que Connan et Cujas ont approuvée mais que d'autres, comme Pasquier, ont critiquée. Ou encore l'inclusion des *sacra* et des

²⁰ *Ad diversos titulos Pandectarum recitationes...*, éd. cit., t. IV, col. 12.

²¹ J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin*, p. 237, n. 161.

²² B. Basdevant-Gaudemet, *op. cit.*, p. 92 s.

²³ V. par ex. G. Louet et J. Brodeau, *Recueil de plusieurs notables arrêts du Parlement de Paris...*, nouv. éd., Paris, 1700, t. I, p. 385.

²⁴ « La distinzione *jus publicum/jus privatum* nella dottrina della scuola culta (François Connan, Hugues Doneau, Louis Charondas Le Caron) », *Jus Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, XXIII, 1996, p. 139-176.

sacerdotes parmi les objets du droit public, au côté des magistratures civiles, qu'a contestée une partie de la doctrine, et notamment Doneau. Mais au total, en ce domaine, la révolution humaniste a peu produit d'effet, et la plus grande attention portée, à la suite de Budé, aux institutions publiques romaines et spécialement aux institutions républicaines, mais d'un point de vue plus érudit que proprement juridique, n'a pas suffi à renouveler la vision du droit public ni à conférer à celui-ci une importance plus grande. Même chez ceux qui ont le plus fortement subi son influence et sont allés jusqu'à envisager de reconstruire toute la matière suivant un ordre plus original et plus systématique, un François Connan ou un Pierre Grégoire de Toulouse, le droit public est resté à l'arrière-plan sans que sa spécificité soit pleinement reconnue, ne serait-ce que par le fait que ces auteurs, comme leurs devanciers, nourrissaient leur doctrine des textes du *Digeste*, qui concernaient presque tous le droit privé²⁵. Et même chez les juristes qui lui faisaient une plus grande place, il s'en faut de beaucoup que le droit public ait été considéré comme une discipline autonome. Dans l'étude qu'il a récemment consacrée à Guillaume Benoît, un canoniste du début du XVI^e siècle, Patrick Arabeyre a montré comment celui-ci a pu construire une doctrine « publiciste » et consacrer d'amples développements aux prérogatives royales, aux règles de succession à la Couronne, au domaine et aux relations avec l'Église, en partant du commentaire de la décrétale *Raynutius* relative à une affaire de testament et de substitution fidéicommissaire, c'est-à-dire d'une disposition de pur droit privé. Il en a conclu à juste titre que, chez Benoît comme dans la pensée savante médiévale, la distinction entre droit privé et droit public se limitait pour une large part à un débat d'école dont la portée restait théorique, la frontière entre eux se révélant toujours imprécise et perméable²⁶. La conclusion vaut aussi pour beaucoup de ses successeurs.

Peut-on attendre davantage des praticiens du droit, *a priori* plus attentifs aux évolutions politiques de leur temps et dont certains ont composé des ouvrages plus directement orientés vers les institutions publiques ? En fait, il n'y a pas lieu de les opposer aux romanistes en ce qui concerne les définitions respectives du droit public et du droit privé, bien que l'*utilitas publica* ait joué

²⁵ Les développements de Pierre Grégoire de Toulouse dans son *Syntagma juris civilis*, Lyon, 1582, p. 108 s., se révèlent de ce point de vue particulièrement décevants. Bien qu'il ait pris le parti de construire un plan qui se voulait novateur, il ne distingue pas plus nettement que les autres le droit privé et le droit public : il se borne, dans sa première partie relative aux choses, à distinguer les choses publiques des choses privées, sans parvenir à s'élever à une distinction plus générale des droits qui s'appliquaient à elles.

²⁶ *Les idées politiques à Toulouse à la veille de la Réforme. Recherches autour de l'œuvre de Guillaume Benoît (1455-1516)*, Toulouse, 2003, Études d'histoire du droit et des idées politiques, n° 7, p. 212.

chez eux un rôle plus grand que chez les théoriciens universitaires. À défaut de s'être souvent référés au droit public, les avocats et les magistrats qui ont fait oeuvre doctrinale ont témoigné d'une conscience aiguë de la distinction, on pourrait même dire de l'opposition, entre intérêts publics et intérêts privés, et ils ont fait de la notion d'utilité publique un usage intensif. Conscients des progrès de l'État, au moins à partir de la seconde moitié du XVI^e siècle (le terme s'est vulgarisé en France sous Charles IX et Henri III), les juristes praticiens ont plus ou moins consciemment rattaché à celui-ci tout ce qui concernait l'utilité publique, et par extension le droit public. Chez Jean Bodin, relève de ce dernier, suivant des critères qui, sans abandonner totalement la perspective finaliste, tendent à revenir à une répartition selon l'objet, tout ce qui touche aux prérogatives souveraines : la protection des choses sacrées, l'édition des lois, la nomination des magistrats, le conseil politique, le droit de faire la guerre ou la paix, la justice pénale et la procédure, alors que ce qui concerne les différents corps, les villes, les familles ou les particuliers, appartient au droit privé²⁷. Chez Le Caron, qui juge trop générale la référence à « l'utilité commune des hommes » pour définir le droit public, celui-ci « regarde l'utilité publique de toute la Cité et République, et consiste aux Magistrats, entre lesquels le Souverain tient le premier lieu, en la cognoissance de leurs puissances et auctoritez, différence d'icelles, ordre et règlement des Jurisdictions, et plusieurs autres choses semblables sans lesquelles l'Etat public ne peut subsister et durer »²⁸. Mais nos auteurs ont utilisé ce critère d'un point de vue bien plus pragmatique que théorique, en cherchant moins à dégager des principes généraux qu'à classer les institutions à l'intérieur de l'une ou l'autre de ces catégories et à clarifier les situations les plus incertaines.

Ainsi pour les droits féodaux ou seigneuriaux : dans le contexte politique du Moyen Âge, la séparation entre droit public et droit privé demeurait brouillée par les restes de la féodalité qui faisaient de prérogatives de puissance publique, comme la justice, des objets d'appropriation privée. Ces vestiges n'ont pas tous disparu au cours du XVI^e siècle mais ils ont continué de s'affaiblir et surtout la doctrine s'est évertuée à en donner une interprétation compatible avec une distinction plus rigoureuse entre utilité publique et utilité privée. Même si elle n'a pas été toujours clairement exprimée, la tendance que l'on peut discerner dans les

²⁷ *Exposé du droit universel*, éd. cit., p. 18-20 : *Antecedens rursum in publicum et privatum distribuitur. Publicum est, quod publicum utilitatem consecratur, cujusmodi sunt, Sacra tueri, Leges jubere, Magistratus creare, Consilium de Repub. capere, Bellum indicere ac finire, Poenas ac proemia irrogare, Legis actiones exequi. Privatum est quod a publico divisas habere rationes : ideque pertinet ad Municipia, Collegia et Familias, viri puta et uxoris, parentum ac liberorum, dominorum ac servorum, et singulos.*

²⁸ *Pandectes du Droict François*, Liv. I, chap. VI, *Œuvres de Loys Le Caron*, Paris, 1637, t. II, p. 25.

interprétations des juristes du temps, est de rattacher au droit privé les relations féodo-vassaliques, et même parfois, comme le fait Le Caron, les droits seigneuriaux, dans lesquels d'autres préfèrent voir au contraire des prérogatives de puissance publique tenues du roi. Les analyses de Du Moulin se révèlent de ce point de vue évocatrices : en se référant parfois au *jus publicum*, mais le plus souvent à la seule *utilitas publica*, il a contribué à délimiter plus nettement les domaines respectifs du droit privé et du droit public en faisant des relations entre seigneurs et vassaux, ou plus exactement entre fiefs, car chez lui l'élément réel tend à éclipser l'élément personnel, des rapports de pur droit privé, et au contraire en présentant les prérogatives seigneuriales en matière de justice et de police comme des droits de puissance publique qui ne peuvent être exercés que par concession du roi²⁹. De même en matière d'offices : en un temps où le développement de la vénalité entraînait une nouvelle forme de privatisation, la doctrine française a souligné *a contrario* le caractère fondamentalement public de l'office, considéré comme délégation de l'exercice d'une part de la puissance souveraine, à l'opposé des doctrines médiévales encore marquées par l'idée de propriété de l'officier sur sa charge, ou qui faisaient de l'office une sorte de fief incorporel. Autant de contributions qui, sans toujours l'avouer explicitement, ont permis de donner au droit public un contenu un peu plus consistant.

Il ne faut pourtant pas surestimer la portée de cette évolution. Elle n'a pas conduit dans l'immédiat, faute d'avoir fait l'objet d'une élaboration théorique plus poussée, à élever une démarcation plus nette entre droit public et droit privé, et encore moins à concevoir ceux-ci comme deux branches radicalement distinctes du droit. Les concepts de droit privé et de droit public sont restés, et pour longtemps encore, ignorés des auteurs de glossaires et de dictionnaires, comme Ragueau, et la distinction n'a eu aucune influence sur le plan du célèbre *Code Henri III* de Barnabé Brisson, qui tentait de regrouper et de codifier les lois royales³⁰. Dans leur grande majorité, comme l'ont montré Georges Chevrier et Italo Birocchi, les juristes du XVI^e siècle et même leurs successeurs immédiats ont continué de concevoir le droit comme une discipline unitaire, dans ses sources comme dans ses méthodes. Plus que comme un domaine propre qui aurait fait pendant au droit privé, le droit public apparaissait tout au plus comme un simple appendice, et les liens un peu trop voyants qu'il entretenait avec le fisc n'étaient pas faits pour rehausser son prestige, comme l'illustrent les remarques acerbes de Du Moulin sur la législation royale³¹.

²⁹ V. ma thèse, p., 235 s.

³⁰ M. Suel, « Le Président Brisson et la codification », *Droits*, XXIV, 1996, p. 31-44.

³¹ *In consuet. Paris. commentaria*, I, *Épitome*, n° 106, *Caroli Molinaei opera*, Paris, 1658, t. I, col. 44, où Du Moulin refuse aux ordonnances royales la qualité de droit commun au motif que *non sunt enim aliud quam placita particularia, pro majore parte temporaria et momentanea, et saepius quaestuarialia*.

L'étude du droit public dans la doctrine du XVI^e siècle laisse donc un goût d'inachevé. Les notions de droit privé et de droit public sont bien connues des juristes, les critères qui permettent de les distinguer s'affinent en même temps que s'approfondit la distinction entre intérêts publics et intérêts privés. Pourtant, les synthèses attendues ne viennent pas et les mêmes juristes qui exaltent le plus l'*utilitas publica* se montrent réticents à franchir le pas et à concevoir le droit public comme un domaine cohérent et autonome. Sans être négligeables, les progrès effectués n'ont pas permis de l'amener au premier plan et de lui donner beaucoup plus d'unité et de consistance. Toutefois, ce constat négatif doit être tempéré par quelques évolutions qui, dans une partie de la doctrine de ce temps, annoncent les changements futurs en favorisant l'accession progressive du droit public à l'autonomie.

Les progrès de l'autonomie du droit public

Les obstacles à l'émergence d'un droit public autonome au cours du XVI^e et du premier XVII^e siècle, que Georges Chevrier croyait trouver dans des facteurs d'ordre politique ou social au demeurant bien vagues, semblent plutôt avoir été propres aux juristes eux-mêmes, avoir résulté d'un blocage intellectuel dont les causes doivent être recherchées dans leurs méthodes, dans leurs modes de pensée, dans leurs conceptions du droit. Aussi est-ce sur ces points qu'il convient de repérer la présence d'éventuelles évolutions favorables, et en particulier dans les deux principales mutations qui commencent à affecter la science du droit à partir de la seconde moitié du XVI^e siècle : l'émergence du droit français et les progrès de l'idée de droit subjectif.

L'émergence du droit français et le droit public

Parmi les causes du maintien du droit public dans une position subalterne, il faut évoquer l'influence quasi exclusive longtemps exercée par le droit romain, qui, en un temps où faiblissait l'intérêt pour le droit canonique et où le droit français ne faisait pas encore l'objet d'un enseignement universitaire, contribuait presque seul à la formation des juristes et imprégnait leur esprit. Certes, cette influence se révélait ambivalente puisque c'est aussi au droit romain que l'on devait d'avoir posé la distinction entre droit privé et droit public. Néanmoins, s'il les avait séparés, jamais il ne les avait mis sur le même plan et n'avait élevé le second au rang du premier : la notion de droit public au sens actuel était apparue trop tard à Rome, chez le dernier des grands jurisconsultes classiques et juste avant que la doctrine ne subisse une longue phase

de déclin, pour acquérir une importance égale à celle du droit privé et bénéficier du même effort de réflexion et d'élaboration théorique. La doctrine romaine, telle que l'avaient transmise le *Digeste* et les *Institutes*, était essentiellement une doctrine privatiste et seul le *Code* avait fait une place plus importante au droit public, sans pour autant le séparer nettement du droit privé. Traits qu'avait reproduits et même accentués la romanistique médiévale en s'intéressant davantage au *Digeste* qu'au *Code*. Chez ses représentants et même encore chez beaucoup de juristes du XVI^e siècle qui, comme Guillaume Benoît, Chasseneuz, Tiraqueau, voire Du Moulin, restaient marqués par les traditions de la pensée médiévale, les sources et les méthodes du droit étaient celles du droit privé et, avec Italo Birocchi, on peut voir dans l'attachement à la conceptualisation du *jus civile* l'un des principaux obstacles à l'affirmation d'un droit public autonome.

Aussi les progrès du droit français, dans la seconde moitié du XVI^e siècle, pourraient-ils bien avoir constitué un premier facteur favorable à son émancipation. D'abord parce qu'ils remettaient en cause le dogme de la suprématie intellectuelle du droit romain, qui cessait d'apparaître, aux yeux des juristes gallicans, comme un modèle incontestable et insurpassable, comme la référence absolue en matière juridique, et conduisait jusqu'à un certain point à prendre ses distances avec lui : pour ses partisans, le droit français avait son esprit, ses valeurs, son histoire, ses traditions, qui n'étaient pas ceux du droit des Romains, considéré comme étranger à la France³². Mais surtout parce qu'en droit français, les rapports entre droit privé et droit public ne pouvaient être identiques à ce qu'ils étaient en droit romain : le droit public présentait des caractères singuliers qui l'opposaient bien plus nettement au droit privé et devaient hâter la prise de conscience de sa spécificité.

En droit romain, le droit public reposait sur les mêmes sources législatives ou doctrinales et sur les mêmes procédés d'interprétation que le droit privé : c'est du *Digeste* que provenaient en particulier la *Lex Regia* et les principes qui avaient servi à construire la notion de souveraineté : *Princeps legibus solutus est* ou *Quod principi placuit legis habet vigorem...* À l'opposé, le droit public français relevait de sources bien différentes de celles du droit privé, et par conséquent de méthodes tout autres que celles qu'utilisaient les « privatistes ». Le droit privé français tenait dans les coutumes rédigées, dans des solutions empruntées aux lois romaines, dans les arrêts des cours souveraines, accessoirement dans quelques lois royales, donc dans des normes écrites qui faisaient l'objet d'une approche exégétique, de commentaires littéraux qui en dévelop-

³² V. mon article « Le comparatisme et la naissance du droit français », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 10-11, 1990, p. 153-191.

paient le sens et se retranchaient derrière leur autorité, de sorte qu'on a pu lui appliquer les mêmes procédés d'interprétation qu'aux lois romaines. En droit public au contraire, les normes écrites restaient rares et souvent d'intérêt mineur : ni le contenu des lois fondamentales, ni le régime du domaine avant l'édit de Moulins, ni les prérogatives royales, les rapports avec l'Église, les attributions des parlements ou des États généraux, n'étaient exposés dans un corps cohérent de règles écrites ; il s'agissait de matières coutumières au sens propre du terme, c'est-à-dire régies pour l'essentiel par des normes orales qui tiraient leurs origines de précédents, de faits, d'usages, auxquels on accordait d'autant plus de poids et de valeur qu'ils se révélaient anciens. Pour cette raison, et pas seulement à cause de l'influence humaniste, même si elle ne fut pas négligeable, les « publicistes » français du XVI^e siècle se sont comportés en historiens, à tel point qu'il se révèle souvent impossible, dans les productions de l'époque, de faire le départ entre ouvrages de droit public et ouvrages d'histoire, bien que, pour les juristes celle-ci ait constitué un moyen plus qu'un but. Leur travail ne consistait pas à donner un commentaire intemporel de lois écrites, mais à chercher dans le passé, dans de vieilles chartes, dans des capitulaires carolingiens, dans les annales et les chroniques médiévales, la trace de faits, d'événements, censés avoir donné naissance à la coutume. Ainsi ont procédé les auteurs de la plupart des traités de droit public de l'époque : Du Moulin dans son *Traité de l'origine, progrès et excellence du royaume et monarchie des François et Couronne de France*, François Hotman dans sa *Franco-Gallia*, Jean Bodin dans ses *Six livres de la République*, autant d'ouvrages où la recherche historique a joué un rôle capital. Certes, il y eut aussi, et souvent chez les mêmes juristes, un intérêt incontestable pour l'histoire du droit privé : cependant leurs recherches, bien qu'elles vinssent étayer les prétentions à l'indépendance du droit français, ne concernaient que marginalement les solutions et le raisonnement juridiques, et l'intérêt pour le passé des institutions privées est assez vite retombé³³, tandis que les liens entre droit public et histoire sont demeurés très étroits jusqu'au XVIII^e siècle³⁴.

Le contraste est particulièrement net lorsqu'un même auteur traite alternativement du droit privé et du droit public : il subit alors un véritable dédoublement de personnalité, et même s'il ne pose pas clairement la distinction entre eux, il l'admet implicitement en appliquant des méthodes très différentes. Ce n'est pas le même Du Moulin qui commente, en bartoliste, le droit privé romain ou coutumier et qui aborde, en historien, le droit public français ;

³³ V. mon article « Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondateurs du droit français », *Droits*, XXXVIII, 2003, p. 37-51.

³⁴ Cf. J. Portemer, « L'enseignement du droit public au XVIII^e siècle », art. cit., p. 357.

et l'on ne trouverait guère plus de ressemblance entre le François Hotman romaniste et l'auteur de la *Franco-Gallia*.

Là encore il faut se garder de brûler les étapes et de croire que ces contrastes, pour profond qu'ils fussent, ont suffi dans l'immédiat à ériger le droit public en une discipline pleinement indépendante. Du moins ils ont contribué à accentuer son originalité et ils sont certainement à l'origine de ses progrès, limités mais bien réels, chez les juristes du droit français.

Ces progrès sont surtout perceptibles chez Louis Charondas Le Caron, auteur de l'un des tout premiers ouvrages consacrés entièrement au droit français, les *Pandectes du droit français*, publié partiellement en 1596³⁵. Comme Du Moulin, Le Caron présente la distinction droit privé-droit public comme la *summa divisio* du droit, mais il le fait bien plus systématiquement puisque, au lieu d'aborder incidemment cette division et de l'utiliser seulement à titre d'argument dans le débat, il la présente d'entrée et fonde sur elle le plan général de son ouvrage, qui, malgré son titre, ne doit rien au *Digeste* et pas davantage aux *Institutes* ou au *Code* de Justinien. Le premier livre, annonce-t-il, traitera « du droict civil qui est le public... », et, de fait, ce livre I, intitulé « De l'Estat de la France », est consacré exclusivement à l'exposé des droits de la puissance souveraine, notamment en matière de justice et d'administration, aux États du royaume et aux pairs de France, matières qui forment le premier volet de ce droit public ; suivent les finances et le domaine, « qui est la seconde espèce ou partie du droict public François », et enfin les magistrats et les officiers, « qui sont la troisième espèce ou partie du droict public ». Ce n'est qu'à partir du deuxième livre (l'ouvrage, dans ses éditions complètes, en comptera quatre) que Le Caron s'intéresse au droit privé, auquel est également consacré le livre III, le quatrième et dernier traitant des actions et de l'ordre judiciaire. Le Caron, qui semble avoir été le premier à employer dans ses écrits l'expression « droit français », apparaît donc bien aussi comme le premier juriste à avoir construit le plan de son traité sur la distinction entre droit public et droit privé.

Des tendances similaires, bien que moins nettement affirmées, existent dans d'autres ouvrages qui, à la fin du XVI^e et au début du XVII^e siècle, ont entrepris d'exposer de manière à la fois succincte mais exhaustive et cohérente le droit français en empruntant souvent le titre et le plan des *Institutes* de Justinien. Si cet ordre, fondé sur la trilogie personnes-choses-actions, se révélait en soi peu favorable à la mise en œuvre de la séparation entre droit privé et droit public, celle-ci n'en est pourtant pas absente dans la mesure où ces

³⁵ *Pandectes du droit François*, liv, I, chap. VI, *Œuvres de Louis Le Caron*, Paris, 1637, t. II, p. 25s.

ouvrages commencent tous par exposer, sous le titre « Des personnes » et en référence à la personne du roi, quelques principes du droit public. Dans son *Institution au droit des Français*, Guy Coquille traite en premier « Du droit de Royauté », c'est-à-dire des prérogatives royales, qu'il appelle aussi les « droits de la Majesté », la souveraineté, la législation, la justice, la guerre, le domaine de la Couronne, la désignation des évêques, la garde des églises, l'émission des monnaies, les droits de grâce et de dispense, les droits d'amortissement et de franc-fief, l'établissement et la perception des impôts, sans toutefois les réunir sous l'appellation droit public. Viennent ensuite des développements sur les pairs de France, les ducs, comtes, barons, seigneurs châtelains, puis sur les « Droits de justice en commun », qui font transition avec les parties suivantes consacrées au droit privé³⁶. Antoine Loisel ne procède pas autrement dans ses *Institutes coutumières* : les cinq premières maximes, bien qu'elles ouvrent le titre « Des personnes », relèvent du droit public, et on y trouve les formules célèbres : « Qui veut le Roi, si veut la Loi » (I) ; « le Roi ne tient que de Dieu et de l'épée » (II) ; « le Roi ne meurt jamais » (III) ; « Tous les hommes de son Royaume lui sont sujets » (IV) ; « Au Roi seul appartient de prendre tribut sur les personnes » (V). C'est seulement à partir de la sixième maxime que Loisel aborde la condition des personnes privées³⁷.

Plus développées mais d'esprit identique, les *Maximes générales du Droit français* du juriste saumurois Pierre de L'Hommeau, publiées en 1610, commencent également par l'exposé des droits royaux, sous la forme de vingt-deux maximes inspirées de Bodin : « La France est une monarchie, et le Roy de France Monarque Souverain » (I) ; « Entre les Monarchies, la Royale est la meilleure, et la plus assurée, en laquelle un seul Prince commande souverainement » (II) ; « Le Roy de France tient la Justice de Dieu, et les Seigneurs et magistrats la tiennent du Roy » (III) ; « Les Roys de France sont censés et réputés majeurs à quatorze ans » (IV) ; « La volonté du Roy vaut Loy » (V) ; « Le plus proche mâle du sang royal succède au Royaume de France » (VI) ; « Le Royaume de France ne tombe en quenouille, ni en partage » (VII) ; « Le domaine de la Couronne de France est inaliénable et imprescriptible » (VIII), etc.

³⁶ *Institution au droit des François*, dans *Ceuvres de Guy Coquille*, Paris, 1665, t. II, 2^e partie, p. 2-10.

³⁷ A. Loisel, *Institutes coutumières*, éd.. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, t. I, p. 26-38. Les éditeurs ont jugé utile d'ajouter au texte de Loisel un livre préliminaire intitulé « Droit public », en résumant le début de l'*Institution* de Guy Coquille, et dont il n'y a évidemment pas lieu de tenir compte.

Après ces maximes consacrées à la souveraineté royale et aux lois fondamentales, d'autres énumèrent les pouvoirs du roi et les marques de souveraineté : droit de grâce et de rémission (IX), collation des bénéfices majeurs (X), droit d'imposer (XI), d'émettre des monnaies d'or et d'argent (XII), droit de faire la guerre et la paix (XIII), droit de représailles (XIV), sauvegarde (XV), érection des collèges et universités (XVI), droit d'aubaine (XVII), propriété des trésors d'or et d'argent (XVIII), exercice du retrait féodal sur les immeubles mouvant directement de la Couronne (XIX), droit d'amortissement (XX), règle que le roi ne doit l'hommage à personne pour les fiefs qui lui étoient (XXI), principe que tous les fiefs de France sont tenus de lui (XXII). La principale différence avec les Institutes de Loisel vient du fait que ces maximes de droit public, même si cette dernière expression n'est pas plus présente chez de L'Hommeau que chez Coquille ou chez Loisel, sont mieux séparées des autres car elles remplissent à elles seules un livre entier, intitulé « Des Droicts Royaux », qui précède un livre II traitant des droits seigneuriaux et un livre III consacré aux « Droicts des particuliers »³⁸.

On peut voir dans cet ordonnancement une étape dans l'émancipation du droit public, ou à l'inverse y trouver la preuve du caractère inabouti de la distinction puisque les principes du droit public sont toujours exposés dans des ouvrages qui traitent aussi du droit privé, et avec un déséquilibre persistant au profit de ce dernier. Mais au total, par comparaison avec les écrits de la plupart des romanistes contemporains, les ouvrages de droit français marquent tout de même un progrès non négligeable dans une évolution encore loin d'être achevée.

L'émergence de la notion de droit subjectif et le droit public

Parallèlement à l'essor du droit français, et de manière sans doute plus décisive à long terme, une autre transformation des conceptions juridiques a favorisé l'émancipation du droit public : l'émergence de la notion de droit subjectif.

Si les romanistes du XVI^e siècle, qui ont su, en d'autres occasions, faire preuve d'originalité et d'indépendance, n'ont pas cherché à s'affranchir du modèle romain et des traditions de la doctrine médiévale pour séparer plus nettement le droit public du droit privé et l'envisager comme une catégorie juridique distincte, c'est aussi parce que leur propre conception du droit demeurait sur ce point identique à celle de leurs devanciers et ne leur en faisait pas éprouver le besoin. La vision purement objective du droit qui a longtemps

³⁸ *Maximes générales du droit François*, divisées en trois livres, nouv. éd. par Paul Chaline, Paris, 1665, p. 1-47.

prévalu et est restée dominante au XVI^e siècle, ne rendait-elle pas superflue une séparation aussi radicale ? Dans une telle conception, le droit dans son ensemble se déterminait en fonction des objets sur lesquels il portait et dont il reflétait la diversité des situations : il se composait de statuts, correspondant chacun à une matière précise, qui se suffisaient à eux-mêmes sans que l'on éprouvât le besoin de les regrouper dans des catégories juridiques plus vastes, mais aussi plus vagues. Le statut de la Couronne, celui des droits royaux, celui du domaine, celui des officiers, pouvaient être envisagés et étudiés distinctement puisqu'ils portaient sur des objets spécifiques. Bacquet ou Choppin dissertaient sur le droit domanial sans avoir besoin d'en faire une composante du droit public et sans y trouver le moindre intérêt, de même que l'on pouvait traiter des multiples statuts objectifs qui régissaient les personnes, clercs, nobles, roturiers ou serfs, les biens, fiefs, censives ou alleux, ou les différents types de contrats, sans les rassembler nécessairement dans la catégorie du droit privé.

Les perspectives ont radicalement changé quand les juristes se sont mis à penser en termes de droits subjectifs, donc à envisager le droit non plus en fonction des choses sur lesquels il portait, et des qualités que celles-ci présentaient, mais en fonction des personnes qui exerçaient des droits sur elles. Les modes de raisonnement, mais aussi les catégories juridiques et leurs classifications s'en sont trouvés profondément modifiés et, dans cette optique nouvelle, la distinction entre les droits appartenant à des personnes privées et ceux qui, par nature, ne pouvaient avoir pour titulaires que des personnes publiques, spécialement l'État, donc entre droit privé et droit public, était appelée à prendre un tout autre relief, d'autant plus que cette évolution s'est accompagnée d'un fort mouvement de systématisation du droit.

Il n'y a pas lieu de retracer ici l'histoire de la notion de droit subjectif, dont les origines philosophiques remontent aux derniers siècles du Moyen Âge mais qui ne s'est introduite dans la pensée juridique qu'à la fin du XVI^e siècle, en liaison étroite avec les progrès de l'individualisme néo-stoïcien. Mais il convient de souligner ses conséquences favorables à l'approfondissement de la distinction entre droit privé et droit public, et à l'essor du second, en évoquant la doctrine de celui qui fut le premier, chez les juristes, à lui faire une place importante, Hugues Doneau.

Doneau ne saurait passer pour publiciste : comme la plupart des romainistes de son temps, il s'est principalement attaché à commenter le *Digeste* et, de ce fait, il a consacré bien plus de développements au droit privé qu'au droit public. Néanmoins, il a accordé à ce dernier davantage d'attention que ne le faisaient ses contemporains et, dans ses *Commentarii de jure civili*, il s'est

étendu assez longuement sur sa définition et sur les critères qui permettent de le distinguer, toujours en se fondant sur les textes romains, notamment sur le fragment d'Ulpien, mais pour en proposer une interprétation nouvelle³⁹. L'originalité de Doneau est d'avoir voulu mettre les lois romaines en système en partant de l'idée que chacun est titulaire de droits qui lui sont propres et lui confèrent des facultés, des pouvoirs considérés comme l'émanation et le prolongement de sa personne, en même temps qu'ils constituent, pour les autres, tenus de les respecter, des obligations, des devoirs dans la vie sociale, et il a consacré toute la préface de son ouvrage à l'énonciation de ce postulat, formulé pour les individus, les personnes privées. Mais, en abordant le commentaire du texte d'Ulpien sur la distinction entre droit privé et droit public, il n'a pas hésité à l'étendre aux personnes morales que forment la cité ou l'État⁴⁰. De même que les individus jouissent de droits inhérents à leur nature humaine, au point d'apparaître inséparables de leur personne et comme des éléments constitutifs de leur être, de même les personnes publiques ont, elles aussi, des droits propres, liés à leur constitution, qui conditionnent leur existence et leur survie. Aux *jura sua in persona* des personnes physiques, le droit à la vie qui implique la faculté d'assurer sa propre défense et de repousser les attaques injustes, le droit à l'intégrité du corps, le droit à la liberté et à l'honneur, et aux droits sur les choses extérieures qu'exercent ces mêmes personnes sur les biens, comme la propriété et les attributs qui en découlent, ou sur d'autres personnes, comme les droits nés de créances, font pendant les *jura sua in persona* et les *jura in rebus externis* de l'État et des collectivités publiques. Parmi les premiers, ceux qui sont inhérents à la personne publique et en garantissent la pérennité, Doneau cite la faculté de contrôler les mariages et la procréation des enfants, car il ne saurait y avoir de cité sans citoyens, la police des lieux publics indispensables à la vie en société, places, rues, voies de communication, la protection et la défense de la république contre ses ennemis extérieurs, qui fonde le pouvoir de lever des armées et de faire la guerre, mais aussi contre les dangers intérieurs qui pourraient naître des dissensions entre citoyens, ce qui implique le pouvoir de rendre la justice, celui d'atténuer les inégalités les plus fortes, génératrices de troubles, d'organiser l'assistance aux pauvres et aux orphelins dans le but d'assurer le maintien de la paix sociale. Parmi les seconds, les droits qui s'exercent sur les choses ou résultent

³⁹ *Commentaria de jure civili*, Liv. II, chap. V, *Hugonis Donelli opera omnia*, Rome, 1828, t. I, col. 207-223.

⁴⁰ Sur les conceptions juridiques de Doneau, V. les contributions de B. Schmidlin et B. Winiger dans *Personnes, Société, Nature. La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, Fribourg, 1996, P. Stein, « Donellus and the origins of modern Civil Law », *Mélanges Félix Wubbe*, Fribourg, 1993, p. 439-452, et mon article « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », *Droits*, XXVII, 1997, p. 81-100.

des créances de la république, et qui procurent à celle-ci ses moyens d'action, il mentionne les magistratures, le domaine, le fisc, les contributions des citoyens. Au même titre que les individus, les collectivités publiques ont donc bien leurs propres droits subjectifs, certes différents car adaptés à leur nature et à leurs besoins spécifiques, mais tout aussi indispensables à leur existence et inséparables de leur personne. Dès lors, la dichotomie droit privé-droit public ne fait que recouper la distinction qui oppose les titulaires de ces droits subjectifs, et c'est principalement en fonction de ce critère que prétend l'envisager Doneau : dans le droit privé entrent les droits propres par nature aux seules personnes physiques, aux individus, alors que le droit public rassemble tous les droits propres aux personnes publiques. La finalité, l'*utilitas*, bien qu'elle ne soit pas absente dans l'analyse de Doneau, compte moins que cette distinction, fondamentale, en fonction de la nature des personnes auxquelles se rattachent ces droits subjectifs.

Chez Doneau s'est donc bien opéré ce déplacement de l'objet vers le sujet qui caractérise la pensée juridique moderne : ce n'est pas la nature des choses, ni même directement l'utilité qu'elles présentent, qui déterminent leur classement dans la catégorie du droit public ou dans celle du droit privé, mais la nature propre, privée ou publique, des titulaires des facultés qui s'exercent sur elles. Aussi doit-il apporter des modifications à l'énumération des droits publics donnée par Ulpien pour en exclure tout ce qui touche aux choses sacrées et aux cultes, car il s'agit-là de devoirs qui ne sont dus ni aux individus ni à l'État, donc ni privés ni publics, mais à Dieu seul, de droits subjectifs divins en quelque sorte, inclassables selon les critères du droit humain. Il concède aussi que certaines questions peuvent dépendre tantôt du droit privé, tantôt du droit public, dans la mesure où elles mettent en jeu des droits dont certains appartiennent aux personnes physiques et d'autres à la puissance publique : ainsi le mariage, qui relève du droit privé lorsqu'il concerne la faculté qu'a tout être humain de convoler en justes noces, et du droit public lorsqu'il s'agit du pouvoir qu'a l'État de réglementer les unions matrimoniales. Mais l'aspect le plus original de la doctrine de Doneau ne réside pas dans le contenu, somme toute classique, qu'il assigne au droit public, mais dans la rigidité jusque-là inconnue que sa vision subjectiviste confère à la distinction droit privé-droit public et qui, pour de bon cette fois, fait de celle-ci la *summa divisio juris* : aux critères encore imprécis de ses prédécesseurs, à la délimitation très perméable qu'ils établissaient entre ces deux catégories et à leur propension à passer insensiblement de l'une à l'autre, se substitue une séparation que son fondement exclusif dans la nature radicalement opposée des titulaires respectifs de ces différents droits rend bien plus profonde. Est-ce un hasard si,

parmi les premiers ouvrages dont le titre fait ouvertement référence au droit public, et qui envisagent celui-ci comme une discipline autonome, deux au moins, ceux de Domat et de D'Aguesseau, ont eu pour auteurs de fervents partisans du droit subjectif, donc à ce titre de lointains disciples de Doneau ?

Jean-Louis THIREAU
Professeur à l'Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne
(Centre d'Histoire des Droits communs)