

1. Le droit public dans les droits nationaux. Tous les systèmes juridiques nationaux, aussi divers soient-ils, tiennent compte, d'une manière ou d'une autre, d'une distinction entre droit public et droit privé. Chaque pays possède une façon bien à lui de la concevoir et de la mettre en œuvre. La manière dont il s'y prend porte toujours le témoignage « des préjugés, des habitudes, des passions dominantes, de tout ce qui compose le caractère national » (1).

Parfois, les systèmes juridiques ne font presque pas de distinction ou la distinction qu'ils font est à peine perceptible ; on devine plus qu'on en constate la présence par l'effet de quelques règles spécifiques ou institutions particulières qu'on rencontre ça et là dans le droit commun, mais qui ne forment pas système en dehors de lui. C'est le cas de l'Angleterre ou des États-Unis qui ont bien dans leur panoplie juridique des institutions ou des règles de droit public [par exemple, en Angleterre, les actions en justice de droit public (public law remedies) dont le régime juridique diffère de celui applicable aux actions de droit privé (2), ou aux États-Unis, les droits publics (public rights) relatifs à l'exécution par les branches législative ou exécutive de leurs fonctions constitutionnelles(3)], mais sans que, dans un cas comme dans l'autre, ces règles et ces institutions soient regardées comme pouvant être soustraites à la connaissance des juges de droit commun.

Parfois, au contraire, la distinction entre droit privé et droit public est rayonnante. Loin de se limiter à ponctuer le droit ça et là, elle le structure et lui donne sa colonne vertébrale. C'est le cas de la France où le droit public est coupé du droit privé de manière radicale, par l'existence de juges distincts pour trancher les affaires de droit privé (Cour de cassation) et celles de droit public (Conseil d'État). À la division des juridictions correspond la division des formations; les facultés de droit en France possèdent de professeurs spécialisés, les uns en droit privé, les autres en droit public, et les étudiants, s'ils suivent un tronc commun au début de leurs études, sortent avec une formation de privatistes ou de publicistes.

Quelle que soit l'intensité avec laquelle le droit public se distingue du droit privé, un premier constat s'impose : le droit public est de tous les pays. Il n'y a pas des États avec, et des États sans droit public.

2. Le droit public, droit de la chose publique. Quel que soit le pays considéré, l'observation de la réalité juridique oblige à reconnaître que nulle part les lois ne règlent les relations civiles et commerciales sans tenir compte de la possibilité pour l'État de participer à ces relations, ou encore que nulle part les collectivités infra étatiques comme les communes, les régions, les comtés ou les provinces sont considérés comme de simples associations de citoyens, ou enfin que nulle part un créancier de l'État peut recouvrer sa dette au moyen d'une saisie-arrêt ordonnée par un juge sur les comptes du trésor public. Partout il existe des règles spéciales pour traiter ce genre de situations parce que, partout, on s'accorde pour admettre qu'il existe une chose publique, la res publica, à côté et bien souvent au-dessus de la multitude des choses privées. Chaque pays a des règles propres et spécifiques pour traiter des situations juridiques qui intéressent la chose publique; ces règles forment le droit public.

E. Zoller, Introduction au droit public, Dalloz, 2006, n° 1 et 2

(1) A. de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, I, I, II, in Œuvres II, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, p. 30.

(2) La distinction entre les deux types d'actions a été établie dans une affaire *O'Reilly v. Mackman*, [1983] 2 AC 237, 255. Selon les cas, les pouvoirs du juge ne sont pas les mêmes et les conclusions des parties ne peuvent pas être identiques, v. *infra*, n° 66.

(3) Sur les « public rights », v. les affaires *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Company*, 18 How (59 US) 272 (1855) et *Crowell v. Benson*, 285 US 22 (1932) Un autre exemple américain d'institutions de droit public est ce que A. Chayes a proposé d'appeler le contentieux de droit public (public law litigation) qui vise à obtenir des cours fédérales qu'elles mettent en œuvre leurs énergiques pouvoirs d'injonction pour faire exécuter par les administrations les lois et règlements; v. A. Chayes, « The Rôle of the Judge in Public Law Litigation », *Harvard Law Review*, vol. 89 (1976), p. 1281 s.; du même auteur, « Public Law Litigation and the Burger Court », *Harvard Law Review*, vol. 96 (1982), p. 4 s.