

*La notion du droit subjectif et le système du droit naturel*

On ne saurait apparemment traiter de la date d'origine du droit subjectif, sans avoir un peu réfléchi sur ce que signifie l'expression de « droit subjectif ». Avouons qu'il n'est pas si facile de la définir et qu'il y faut un effort de l'intelligence. Pour la plupart des juristes français d'aujourd'hui, ce genre de travail est indésirable : même lorsqu'une question relève à coup sûr de la philosophie, la plupart préfèrent la trancher sans recours à la philosophie. La notion de droit subjectif me paraît ainsi reconstruite aujourd'hui par plusieurs de ses théoriciens de façon assez arbitraire, pliée en tous sens aux systèmes personnels de chaque auteur, et proménée par eux sans scrupule loin de son sens originaire. Il ne doit pas nous étonner, dans ces conditions, qu'au grand public elle semble obscure, inutilement lourde et pédante.

Cependant, sans prendre la peine d'en donner la dénomination complète, nous parlons quotidiennement du droit subjectif. Rien qui nous soit plus habituel, ni d'usage plus ordinaire. Nous parlons de nos droits au travail, à la santé, à la culture, de nos droits de créance, de nos droits réels, et du droit de propriété du Code civil. Cette notion fondamentale de notre actuelle pensée juridique suscitait pourtant encore, il y a seulement un siècle, l'attention passionnée de la doctrine, qui s'efforçait d'en trouver des définitions. Rappelons simplement celle des Pandectistes – que le « droit subjectif » serait un « pouvoir de la volonté ». Cette formule de Savigny a reçu de nombreuses variantes et rencontré, à commencer par Ihering, des contradicteurs. Je pense que nous n'aurons de chances de tirer le concept au clair qu'en remontant à l'époque de sa fondation, au moment où il a surgi, avec le maximum de sens, du cerveau de ses inventeurs. (Chaque terme du droit a eu son temps, où il nous faut le remettre pour le comprendre.) Nous aurons l'occasion de faire cette enquête (par exemple dans l'œuvre de Leibniz qui use expressément du terme). Mais bornons-nous, pour le moment, à l'élémentaire. Ce qui me paraît caractéristique de l'expression droit subjectif, si nous l'entendons dans son sens authentique et originaire, est qu'elle applique le cachet, le contresing du juridique (la force normative du *droit*), à une faculté du sujet, à l'un de ses *pouvoirs*. Le droit subjectif de propriété c'est par exemple le *pouvoir* d'user, de jouir, de disposer de la chose, attribué au propriétaire, lui-même reconnu, garanti, sanctionné *juridiquement*. Cette notion complexe résulte de l'association de deux idées, celle de *droit* et celle de *pouvoir*. Je pense que cette analyse très simple peut se révéler éclairante, si maintenant nous abordons l'histoire de ses origines.

Car il suffit d'un regard rapide sur la philosophie classique du droit naturel, celle d'Aristote et de son école, que nous tenons pour avoir reçu quelque application dans l'histoire, pour comprendre qu'elle est exclusive de l'idée de droit subjectif telle que nous venons de la définir. Le propre de la doctrine d'Aristote et de saint Thomas, je l'ai maintes fois souligné, c'est de construire la science juridique non pas sur la « nature de l'homme » – comme ce sera le cas pour les modernes –, d'où peut s'inférer cet attribut de l'homme isolé, son pouvoir, son droit subjectif, mais sur la « nature cosmique » : le juriste découvre le droit par l'observation de l'ordre inclus dans le *corps social* naturel, d'où ne se peuvent tirer que des rapports, que des proportions, que des conclusions objectives.

Aussi bien l'office du juriste, selon cette philosophie, n'est point le service de l'individu, la satisfaction de ses désirs, la proclamation de ses puissances ; ces buts relèvent d'autres arts, et la poursuite de l'utile, ou du développement spirituel des individus ne ressortissent point à son domaine ; le juriste est « prêtre de la justice » (*sacerdotes justitiae*, dit Ulpien des jurisprudents). Il poursuit le juste, cette valeur alors strictement définie, qui est harmonie, équilibre, bonne proportion arithmétique ou géométrique entre les choses ou les personnes.

Qu'est-ce que le droit – *dikaion*, ou *jus* ? Pour saint Thomas (comme pour Ulpien, ou pour Aristote), c'est *cela* qui est juste (*id quod justum est*), le résultat auquel tend le travail du juriste : le juste rapport objectif, la juste proportion découverte *entre* les pouvoirs dévolus au roi, aux gardiens, aux autres classes de citoyens (dans la *République* de Platon), *entre* les patrimoines respectifs de deux propriétaires voisins, ou entre ceux qui sont en rapport d'affaires, comme la victime d'un dommage et le délinquant qui en est l'auteur, le créancier et son débiteur, etc. La consistance même du *partage* est l'*objet* de l'art juridique.

Dans une acception plus étroite, les textes feront mention du *jus* qui revient à tel individu. Le mot désigne alors la *part* qu'il reçoit selon la justice, puisque la justice a pour objet d'attribuer à chacun *son* droit : *suum jus cuique tribuere*. Spécialement : dans le type de partage qui s'effectue par fractionnement d'une chose « corporelle » entre les divers avantages qu'on en peut tirer, tel citoyen va recevoir l'usage de la chose (*jus utendi*) ou le passage (*jus eundi*)<sup>1</sup>, le puisage, l'habitation. Ou bien encore *jus* désigne globalement le *statut*, la condition particulière que reçoit un individu : on distingue alors « le droit » de l'homme libre, de l'esclave ou du citoyen (*jus*

1. On objectera que *jus utendi* ou *jus eundi* peuvent être traduits en français par « pouvoir » d'user de la chose ou de passer à travers un champ : mais à la condition d'entendre ici le terme de pouvoir comme un substantif, désignant une sorte de bien incorporel faisant partie de la somme de biens extérieurs qui sont partagés : comme on partage, dans un État, la masse des « pouvoirs publics », le législatif, le judiciaire ou l'exécutif – objectivés –, traités comme choses. Ce n'est pas le sens premier du mot.

*civitatis*). Ou bien enfin, toujours dans la même acception, *jus* désigne telle chose, immeuble, créance ou dette qui constitue la part de cet individu.

Bref, le propre du langage juridique classique est de viser un monde de *choses*, de biens extérieurs, parce que c'est seulement dans les choses et le partage fait dans les choses que se manifeste le rapport juridique *entre* les personnes. La science du droit a les yeux tournés vers les *choses* et c'est en quoi l'authentique langage juridique est essentiellement *objectif*.

Autre est le langage de l'individualisme. Au lieu de viser l'ordre du groupe, il est centré sur le *sujet* en particulier. Il tend à concevoir et à exprimer les « qualités » ou les « facultés » d'un sujet, les forces que son être irradie : des pouvoirs, mais au sens principal du mot, entendu comme capacité de la personne, inhérente au sujet : au sens *subjectif*. Conséquence : on conçoit ce pouvoir au départ comme *illimité*. Ce n'est qu'ensuite, en un second temps, lorsqu'il faudra tenir compte des pouvoirs concurrents des autres, qu'on en viendra à lui assigner des frontières. Initialement, il n'est pas une part définie.

Nous entreprendrons de mettre au clair (il en a besoin) ce contraste entre deux langages ; entre ces deux sens du mot *droit*, le sens *objectif* hérité de la jurisprudence romaine, et le sens *subjectif* moderne. Jetons d'abord un regard sur le droit romain.