

La place des droits subjectifs dans l'histoire de la philosophie du droit

Stéphanie Beauregard

Volume 24, numéro 4, décembre 1993

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1056821ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1056821ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Beauregard, S. (1993). La place des droits subjectifs dans l'histoire de la philosophie du droit. *Revue générale de droit*, 24(4), 593–603. <https://doi.org/10.7202/1056821ar>

Résumé de l'article

La prédominance des droits subjectifs dans les systèmes de droit occidentaux étant désormais consacrée, cet article propose une réflexion sur la place des droits dans le droit.

Plus précisément, il s'agit de savoir si la notion de droit subjectif est limitée à la philosophie du droit moderne ou si elle était déjà présente dans le droit antique. Pour répondre à cette question, l'étude du droit subjectif en tant que concept permettra de distinguer sa signification plus large, qui renvoie à ses manifestations empiriques, de sa signification restrictive d'élément de classification dogmatique à l'usage des juristes.

En considérant le droit subjectif uniquement en tant que construction rationnelle et artificielle, la doctrine juridique fait abstraction des paramètres historiques et sociologiques. C'est pourquoi elle peut affirmer que le droit (objectif) est le fondement des droits (subjectifs).

Une démarche héritée de Burke et de l'École historique du droit, privilégiant les multiples rapports composant le contexte social, permettra de soutenir la thèse selon laquelle les droits subjectifs ont plutôt été antérieurs à l'organisation juridique de l'État moderne.

Ainsi, même si, en tant que pouvoirs individuels, garantis par l'État et visant à être étendus à l'universalité des hommes, ils sont des créations spécifiquement modernes, les « vrais droits des hommes », efficaces, légitimes et authentiquement juridiques, existent dans toute société et débordent par là le cadre de la modernité.

La place des droits subjectifs dans l'histoire de la philosophie du droit*

STÉPHANIE BEAUREGARD

Avocate, Clark & Associés, Montréal

RÉSUMÉ

La prédominance des droits subjectifs dans les systèmes de droit occidentaux étant désormais consacrée, cet article propose une réflexion sur la place des droits dans le droit.

Plus précisément, il s'agit de savoir si la notion de droit subjectif est limitée à la philosophie du droit moderne ou si elle était déjà présente dans le droit antique. Pour répondre à cette question, l'étude du droit subjectif en tant que concept permettra de distinguer sa signification plus large, qui renvoie à ses manifestations empiriques, de sa signification restrictive d'élément de classification dogmatique à l'usage des juristes.

En considérant le droit subjectif uniquement en tant que construction rationnelle et artificielle, la doctrine juridique fait abstraction des paramètres historiques et sociologiques. C'est pourquoi elle peut affirmer que le droit (objectif) est le fondement des droits (subjectifs). Une démarche héritée de Burke et de l'École historique du droit, privilégiant les multiples rapports

ABSTRACT

Individual rights play a significant role in western legal systems. This article presents a reflection on the concept of subjective rights and asks the question whether they are strictly limited to modern legal philosophy or if they may not have already been present in Ancient law.

The study of rights as concepts will lead to a distinction between a broader interpretation, making place for their empirical manifestations, and a narrower one, restricting subjective rights to artificial creations of legal theorists.

The latter interpretation, foregoing historical as well as sociological considerations, leads the majority of authorities in the legal field to the conclusion that Law is the foundation on which rights are based and that therefore, Law precedes rights.

Contrary to this opinion, it will be submitted, based on writings from Burke and the Historical school of law, which yield great relevance to the countless connections of the social context, that individual rights existed

* Cette étude a été réalisée dans le cadre d'un DEA de philosophie du droit à l'Université de Paris II (Droit-Économie-Sciences sociales) et a été présentée à monsieur René Sève, professeur de philosophie du droit et de l'État, en mai 1992.

composant le contexte social, permettra de soutenir la thèse selon laquelle les droits subjectifs ont plutôt été antérieurs à l'organisation juridique de l'État moderne.

Ainsi, même si, en tant que pouvoirs individuels, garantis par l'État et visant à être étendus à l'universalité des hommes, ils sont des créations spécifiquement modernes, les « vrais droits des hommes », efficaces, légitimes et authentiquement juridiques, existent dans toute société et débordent par là le cadre de la modernité.

before the surge of the legally organized modern State.

Thus, even if, as individual powers, guaranteed by State authority and prone to be extended to all men, subjective rights are strictly modern creations, the influence of the « real rights of men », efficient and valid, morally as well as legally, could be sensed long before Modern Times.

SOMMAIRE

Introduction	594
I. La question de la primauté du droit subjectif	595
A. La querelle du droit subjectif	595
B. La démarche historique et les rapports sociaux	596
II. Le droit subjectif, en tant que réalité empirique, est irréductible à la modernité	597
A. Les droits subjectifs « réels »	598
B. La remise en cause de la légitimité des droits subjectifs	599
III. Les traits spécifiquement modernes de la notion de droit subjectif	601
A. La recherche de la paix : l'État souverain	601
B. L'extension du statut de sujet à l'universalité des hommes	602
Conclusion	603

INTRODUCTION

La notion de droit subjectif est l'un des mythes principaux du droit occidental. Si elle n'a pas connu de véritable élaboration doctrinale avant d'être consacrée par la philosophie juridique moderne, elle a néanmoins été présente, fût-ce de façon secondaire, dans le droit antique.

Afin de connaître la nature et la portée de cette présence, nous tenterons de déterminer dans quelle mesure, d'une part, les droits subjectifs excèdent les frontières de la philosophie moderne et, d'autre part, quels sont leurs attributs spécifiquement modernes.

Nous étudierons tout d'abord les droits subjectifs tels qu'ils se manifestent dans la réalité empirique. Ils se présentent comme le résultat de la répartition

des charges et des biens que la société procure à ses membres. Sous cet angle, ils débordent le cadre idéologique de la modernité.

En tant que création doctrinale, par ailleurs, le droit subjectif est spécifiquement moderne, en ce qu'il est conçu sous la forme d'un pouvoir attribué à l'individu, abstraction faite de tout lien social particulier le rattachant à un groupe.

Ce droit de l'individu, construction purement artificielle, traduit une nouvelle conception de l'État souverain et du sujet. Nous verrons qu'en effet, les droits conférés aux individus seraient inefficaces sans que la puissance étatique ne vienne appuyer leur mise en œuvre en les déclarant dans des lois positives, assorties de sanctions. De plus, l'extension du droit subjectif à la totalité des individus ne peut être pensée qu'en privilégiant la dimension universelle de l'homme.

I. LA QUESTION DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT SUBJECTIF

Les droits résultent-ils du Droit ou bien le précèdent-ils?

Il faut, pour répondre à cette question, distinguer deux aspects du droit subjectif : sa nature et son utilité. Ontologiquement, le droit subjectif est un *concept* et, en tant que tel, il représente deux facettes de la réalité : celle du monde empirique et celle du monde rationnel.

Le terme « droit subjectif » peut aussi être employé *restrictivement*, suivant le sens qu'il a acquis après avoir été formulé explicitement par la doctrine juridique, au XIX^e siècle. On l'oppose alors au terme de « droit objectif ». Son utilité est celle d'un élément de classification dogmatique. Le « droit subjectif » ainsi entendu signifie le droit qui est inhérent au sujet : il a sa *source* première dans le sujet lui-même. Le « droit objectif », dans ce contexte moderne, viserait au contraire ce qui est « surajouté au sujet »¹; « c'est la loi, c'est l'État », nous dit Simone Goyard-Fabre².

A. LA QUERELLE DU DROIT SUBJECTIF

Michel Villey a formulé, à rebours, la genèse de la notion de droit subjectif, au sens restreint. L'opposition « droit objectif–droit subjectif » est une construction doctrinale du Pandectisme allemand du XIX^e siècle, dont la tendance à systématiser le droit s'inscrit dans la postérité de l'École moderne du droit naturel. Wolff, Leibniz, Locke, Spinoza et Hobbes ont tous contribué à préparer l'édification conceptuelle de la notion de droit subjectif.

Ils avaient eux-mêmes puisé les fondements théologiques de leur pensée juridique et politique dans la philosophie de la Seconde scolastique espagnole du XVI^e siècle, qui avait une nouvelle façon d'envisager la connaissabilité de la Loi naturelle. En bout de ligne se trouve le « berceau du droit subjectif »³, une philosophie individualiste : le nominalisme.

1. M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », in *Le droit subjectif en question, Archives de philosophie du droit*, Tome IX, Paris, Sirey, 1964, p. 100.

2. S. GOYARD-FABRE, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris, Librairie Klincksieck, 1972, p. 218. Sur la question « du Droit » et « des droits », elle conclut cependant que les droits subjectifs s'ajoutent au droit objectif mais ne s'opposent pas à lui (p. 220).

3. M. VILLEY, *loc. cit.*, note 1, pp. 97-101. La pensée franciscaine tient son individualisme du monachisme : il n'y a pas de communauté franciscaine mais *des* franciscains.

La distinction entre l'aspect ontologique et l'aspect utilitaire de la notion de droit subjectif nous permet de comprendre pourquoi la position de la doctrine juridique, qui emploie l'opposition « droit subjectif–droit objectif » dans son travail de rationalisation de l'expérience juridique, « est celle de la primauté du droit objectif, fondement et assise de tous droits subjectifs. C'est, entre les juristes, une vue dominante et presque naturelle »⁴.

La doctrine ne tient pas compte, quand elle adopte cette position, de la réalité empirique à laquelle le concept de droit subjectif renvoie. Elle ne considère le droit subjectif qu'en tant que construction rationnelle et artificielle, opposable à un autre concept abstrait, le droit objectif.

B. LA DÉMARCHE HISTORIQUE ET LES RAPPORTS SOCIAUX

Cette opposition (droit objectif–droit subjectif), si elle a une valeur dogmatique pour les juristes, marque un contraste trop vif entre les deux notions et ne tient pas compte de leur inévitable interaction, du fait du « caractère constituant » de l'individu par rapport à la société :

Si d'une part il est vrai qu'un système donné de règles conditionne certains rapports entre les hommes, d'autre part un réseau donné de rapports humains conditionne le maintien d'un système de règles.⁵

Une perspective plus large de la notion de droit subjectif permet de rendre compte à la fois de la réalité empirique à laquelle elle renvoie et de ses traits dominants en tant que création de la pensée juridique. Il est alors possible de soutenir que *les droits subjectifs précèdent le droit*. Dernburg, de l'École romaniste allemande, soutient la position suivante :

Historiquement pris, les droits subjectifs ont été antérieurs à l'organisation juridique et celle-ci ne s'est formée que par une génération successive de la multitude des droits subjectifs.⁶

Ernst Bloch cite encore ce passage de Dernburg, qui montre bien l'importance accordée, dans la démarche héritée de l'École historique du droit, aux multiples rapports composant le contexte social et l'impossibilité (historique) de faire précéder les droits subjectifs par le droit objectif :

Des droits, au sens subjectif, ont existé longtemps, à l'échelle historique, avant que ne se constitue un ordre étatique conscient de soi. [...] C'est uniquement par abstraction que l'on dut dégager peu à peu de la considération des droits subjectifs donnés le concept de l'ordre juridique. La conception selon laquelle les droits, au sens subjectif, ne seraient rien d'autre que des émanations du droit au sens objectif est donc anhistorique et inexacte.⁷

4. F. LONGCHAMPS, « Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine », *Archives de philosophie du droit*, *op. cit.*, note 1, p. 58.

5. *Ibid.* Voir aussi H.A. SCHWARZ et L. VON WAHLENDORF, *Fondements et principes d'un ordre juridique naissant, essai de philosophie empirique du droit*, Paris, Mouton, 1971, p. 73 : « La société peut se mettre à la place de l'individu *cuius res agitur*. Puis, par la répercussion de la situation de l'individu, c'est la situation de l'individu qui est en cause ».

6. H. DERNBURG, *Sytem der Römischen Rechts*, (8^e éd. des *Pandecten*), Halle, 1911, 1^{re} partie, p. 65, cité par F. LONGCHAMPS, *loc. cit.*, note 4, p. 58.

7. H. DERNBURG, *Pandectes*, 1884, n^o 39, cité par E. BLOCH, *Droit naturel et dignité humaine*, Paris, Payot, 1977, p. 217.

S'il est vrai qu'il n'y a de droit que dans la société, dans toute société, il y a des droits. Ces droits subjectifs « réels » existent dans un cadre non abstrait et « ne s'inscrivent pas nécessairement dans une conception individualiste du droit »⁸.

Cette précision est capitale et nous permet d'inclure le droit subjectif dans la philosophie du droit naturel classique. Lorsque Michel Villey déclare qu'« il est facile de comprendre que [la philosophie d'Aristote] ait été nécessairement exclusive du droit subjectif »⁹, il ne vise que le droit subjectif élaboré par la doctrine juridique moderne. Ainsi entendu, le droit subjectif est un *pouvoir* individuel de l'homme pris isolément, qui prend sa *source* dans la nature *humaine* et est opposable au pouvoir politique.

Comme il existe un « droit naturel classique » et un « droit naturel moderne », il y a *une certaine forme* de droit subjectif dans la conception jusnaturaliste classique (le fait que sa présence soit plutôt implicite qu'explicite n'enlève rien à son existence), et une *autre*, plus radicale et individualiste, dans la pensée juridique moderne.

II. LE DROIT SUBJECTIF, EN TANT QUE RÉALITÉ EMPIRIQUE, EST IRRÉDUCTIBLE À LA MODERNITÉ

La présence du droit subjectif hors des limites de la modernité n'apparaît que si l'on observe la situation d'un individu par rapport aux autres individus. Selon la conception naturaliste qui prévalait dans l'Antiquité, les hommes ne peuvent être considérés autrement qu'en société. Dans cet état, où l'emprise du pouvoir civil demeure faible, les hommes sont néanmoins sujets de droits.

Ces droits subjectifs *sociaux* (« naturels », au sens classique; « historiques », pour les auteurs de l'École historique du droit), sont des prérogatives qui s'attachent à la personnalité des individus¹⁰. Ces *privileges* résultent de la répartition des charges et des biens¹¹ qui s'effectue au sein du groupe auquel les individus appartiennent, avant même l'établissement d'une puissance étatique organisée.

Dès qu'ils sont en contact les uns avec les autres, les hommes forment des communautés et suivent certaines conventions, comme la langue ou les règles de droit. Ces dernières conditionnent le partage des richesses et des rôles sociaux. Elles reflètent les valeurs, ou encore les propriétés, qui se trouvent dans l'ordre de la nature. Cet ordre est perçu en fonction de ce qui valorise la nature (le déroulement normal des phénomènes naturels, qui deviendra la règle générale) ou de ce qui lui nuit (les exceptions). Les règles de droit ne sont pas élaborées à partir d'idées abstraites et absolues. Pour être *justes*, elles doivent avoir pour référence l'harmonie naturelle, la proportion, le juste milieu. Les règles de la communauté, qui visent essentiellement le bien du groupe, chercheront à établir l'équilibre en son sein.

8. S. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, note 2, p. 221.

9. M. VILLEY, *loc. cit.*, note 1, p. 103.

10. H. DERNBURG, *Pandectes*, *op. cit.*, note 7 : « Les droits, au sens subjectif, [...] ont pour fondement la personnalité de l'individu, et la considération qu'elle a su conquérir et imposer pour sa personne et ses biens ».

11. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V/II, Paris, GF-Flammarion, 1965, (traduction Voilquin), p. 128 : « En ce qui concerne la justice partielle et le droit qui en découle, elle a un premier aspect, distributif, qui consiste dans la répartition des honneurs, ou des richesses, ou de tous les autres avantages qui peuvent échoir aux membres de la cité ».

Même si le *lot* de chacun reste alors problématique, en l'absence d'autorité susceptible d'édicter clairement ces règles, on ne peut nier que les individus aient des droits : ce sont les droits subjectifs de nature (sociaux), que nous étudierons dans cette partie.

A. LES DROITS SUBJECTIFS « RÉELS »

Edmund Burke, précurseur de l'École historique du droit allemande, a dénoncé les droits subjectifs abstraits, mais s'est montré favorable aux « véritables droits des hommes » (« *the real rights of men* »¹²), qui sont les « droits sociaux réels des hommes », « des droits privés particuliers supposant un rapport social »¹³ :

En repoussant les faux droits des hommes qui sont mis en avant, je ne songe pas à porter atteinte aux vrais [...]. Si la société civile est faite pour l'avantage de l'homme, *chaque homme a droit* à tous les avantages pour laquelle elle est faite.¹⁴

Ce droit est circonscrit un peu plus loin, de la manière la plus classique : « [Un homme] a droit à *sa juste part* de tous les avantages que procurent le savoir et l'effort du corps social »¹⁵.

Les droits subjectifs ainsi définis présentent une certaine supériorité par rapport aux droits accordés par l'État. L'individu, membre d'un groupe, bénéficie de sa part des avantages que lui procurent les usages de la vie sociale, sans que la reconnaissance et l'*efficacité* de ses droits ne dépendent totalement de la puissance civile.

Dans le chapitre qu'ils ont consacré à Hannah Arendt, Alain Renaut et Lukas Sosoe font la remarque suivante, concernant la revalorisation des droits nationaux :

C'est uniquement en tant que membre d'une communauté politique [...] que les êtres humains voient leur dignité reconnue et préservée.¹⁶

Délesté de ses droits subjectifs de nature, privilèges jugés trop contestables, l'individu isolé est impuissant à faire respecter ses droits, posés par le Législateur souverain, sans le concours de l'appareil de répression étatique et sa vie même peut être menacée en cas de refus :

La désintégration de la société [...] fait surgir les individus qui, ainsi — au sens propre — désintégrés, peuvent être traités non comme des hommes, mais comme des bêtes.¹⁷

12. E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France* (1790), Londres, Penguin, 1986, p. 149.

13. M. GANZIN, *La pensée politique d'Edmund Burke*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, p. 241.

14. E. BURKE, *Réflexions sur la révolution de France*, Paris, Hachette, 1989, p. 74 (nos italiques).

15. *Id.*, p. 75 (nos italiques).

16. A. RENAUT et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 197.

17. *Id.*, p. 194.

Dans l'État politique moderne, l'abolition des pouvoirs intermédiaires opère la détérioration des structures sociales. L'individu, solitaire, est privé de la protection, modérée, mais certaine, que pourraient lui procurer des liens sociaux (les *privileges* : droits privés), tout arbitraires qu'ils puissent paraître.

Il serait inexact de conclure, pour autant, que le défaut de sanction étatique prive les droits subjectifs « naturels » ou « sociaux » de toute effectivité. Les droits sociaux sont *efficaces* parce que, faisant corps avec la réalité sociale, ils reposent sur la tradition des droits acquis. Voilà le sens de la mise en garde de Burke contre le risque qu'il y a à faire « table rase de tout "l'héritage héréditaire" du passé »¹⁸.

Burke invoque la Déclaration des droits de 1689 (le « Bill of Rights »), pièce maîtresse de la constitution anglaise, à l'appui de sa thèse de la transmission héréditaire des droits des hommes. La Déclaration anglaise réunit dans un seul texte l'énoncé des droits des sujets et l'ordre de succession de la Couronne, ce qui lui fait dire que :

[...] le peuple anglais regarde la transmission héréditaire de la couronne comme un de ses droits et non pas comme une injustice.¹⁹

et :

[...] ils n'entendaient pas fonder leurs droits sur des principes abstraits tels que les « droits de l'homme », mais bien sur des droits qu'ils possédaient de père en fils *en tant qu'Anglais*.²⁰

L'exaltation de la tradition propre à chaque peuple a pour but de montrer que l'individu jouit d'une meilleure protection en vertu des usages et des droits acquis au sein de sa nation qu'en se fiant aux énoncés ambitieux des droits subjectifs promulgués par l'État.

B. LA REMISE EN CAUSE DE LA LÉGITIMITÉ DES DROITS SUBJECTIFS

Leur efficacité étant établie, l'inconvénient majeur des droits subjectifs de nature (ou « privilèges ») réside plutôt dans la *contestation* continuelle dont ils sont l'objet²¹.

Sont-ils légitimes? (Sont-ils vraiment des droits?)

Comme nous l'avons déjà mentionné, la détermination de la part des richesses qui « revient à chacun » est problématique. Sans l'intervention d'une autorité souveraine, susceptible d'édicter les règles et de les imposer de façon univoque, le « mien » et le « tien » sont sources de discorde et les usages sociaux qui établissent l'ordre parviennent mal à dissimuler l'usurpation première qui a fondé le partage²².

18. *Id.*, p. 199, citant H. ARENDT. Voir H. ARENDT, *L'Impérialisme*, Paris, Fayard, 1982, p. 288.

19. E. BURKE, *op. cit.*, note 14, p. 33.

20. *Id.*, p. 21. Ces thèses burkiennes seront reprises par l'École historique du droit. Pour Savigny, comme pour Beseler, l'origine du droit, naturel, véritable, se trouvera dans les formes primitives de la vie sociale.

21. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V/III, *op. cit.*, note 11, p. 129 : « En ce qui concerne les partages, tout le monde est d'accord qu'ils doivent se faire selon le mérite de chacun [...], toutefois *on ne s'accorde pas communément sur la nature de ce mérite* ».

22. Voir PASCAL, *Pensées*, Fr.231[73] : « *Mien, tien*. — Ce chien est à moi, disaient ces pauvres enfants; c'est là ma place au soleil. — Voilà le commencement et l'image de l'usurpation de toute la terre ».

La recherche de la Justice (de la juste répartition des privilèges ou droits subjectifs) alimente, bien souvent, les conflits. Ceci n'enlève rien, cependant, à la « juridicité » des droits subjectifs.

Leur caractère proprement *juridique* est incontestable : ils ne sont ni purement « moraux », ni purement « amoraux ».

Les droits subjectifs « naturels » ne sont pas d'ordre purement moral, auquel cas ils ne viseraient à ordonner que les motivations intérieures des individus. Au contraire, non seulement la répartition sociale porte-t-elle sur des charges et des *bien réels* (c'est-à-dire « sur des choses »), mais encore est-elle établie selon des critères extérieurs (visibles, reconnus, établis), à défaut d'être toujours rationnels ou équitables...

De plus, l'étude des procédures archaïques du droit romain (les actions de la loi et les formules), dont on dit que leurs origines se perdent « dans la nuit des mœurs ancestrales »²³, ou des *writs* de la common law du Moyen âge, atteste du caractère *juridique* des « droits subjectifs anciens » :

Autant de formules types admises par l'usage judiciaire, autant de droits sanctionnés en justice. Dans la liste des formules tient celle des prétentions reconnues par le droit.²⁴

Les relations du droit processuel et du droit subjectif « naturel » dans les systèmes juridiques les plus primitifs démontrent que les droits ne sont apparus qu'à travers l'action judiciaire. C'est dans celle-ci que s'éprouve l'efficacité des droits²⁵, ce qui est une autre marque du caractère juridique des droits subjectifs réels, avant même l'institution d'un État au sens moderne.

Mais, alors, s'ils ne sont pas d'ordre purement moral, les droits subjectifs « réels » seraient-ils « immoraux » ?

Premièrement, on ne saurait soutenir avec succès que la répartition des richesses résulte d'une simple application de la *loi du plus fort*. S'il est vrai que la détermination de ce qui revient à chacun suscite la discussion, la répartition ne peut être le seul fait de la violence, puisque la force, elle, ne prête jamais à controverse²⁶.

Deuxièmement, s'il importe d'insister sur le caractère juridique des droits subjectifs « naturels », c'est pour les distinguer du seul « droit subjectif » auquel Michel Villey ait concédé (avec Hobbes) une « existence de tout temps » : *l'égoïsme naturel*. Selon lui, cette « déviation de langage » n'autorise pas les « sages de la cité », ceux qui « pensent le droit pour les autres et impartialement », à accorder droit de cité à cette « défaillance morale »²⁷.

23. M. VILLEY, *Le droit romain*, 8^e édition, Paris, P.U.F., Coll. « Que sais-je ? », n° 195, p. 12.

24. *Ibid.* (On retrouve ici la définition des droits subjectifs « naturels » : « ce qui revient à chacun », ce sont les prétentions individuelles, reconnues par le droit. Ces termes rappellent la formule bien connue de Jhering, suivant laquelle le droit subjectif est « un intérêt juridiquement protégé » et celle du juriste français Barthélémy : « le droit subjectif est celui dont la réalisation juridique peut être obtenue par un moyen juridique à la disposition d'un sujet. Ce moyen juridique, c'est l'action en justice ».)

25. J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », in *Le sujet de droit*, *Archives de philosophie du droit*, Tome 34, Paris, Sirey, 1989, p. 198.

26. V. PASCAL, *Pensées*, (Fr. 298) : « La justice est sujette à dispute. La force est très reconnaissable et sans dispute ».

27. M. VILLEY, *loc. cit.*, note 1, p. 97.

Le droit subjectif ne serait donc pas « légitime » ?

L'égoïsme (qui fait que « chacun pense toute chose en fonction de son moi, et capte au service de son moi ce qui devrait être conçu en fonction de l'intérêt commun »²⁸) est aussi une pulsion *positive* : c'est l'instinct nécessaire à la vie.

Comme le nationalisme est justifiable, en ce qu'il apporte une protection aux individus et la garantie minimale de leur sécurité²⁹, et ne correspond pas nécessairement à une volonté d'hégémonie, le droit subjectif de nature peut (s'il n'est pas utilisé pour léser autrui³⁰), revendiquer un fondement légitime.

Ce « renversement » positif de l'égoïsme (et des passions en général) sera le principe de base du paradigme économique libéral.³¹

III. LES TRAITS SPÉCIFIQUEMENT MODERNES DE LA NOTION DE DROIT SUBJECTIF

Nous avons vu que les droits subjectifs étaient présents, dans la réalité sociale, du seul fait de l'existence d'une communauté. L'effectivité et le caractère proprement juridique de ces droits subjectifs naturels (en tant que part attribuée à un sujet), ont été démontrés. Cependant, la notion de droit subjectif n'était qu'implicite dans la conception jusnaturaliste classique. Le sens artificiel qu'elle a acquis (d'attribut tiré *du* sujet lui-même, pris isolément, dans son aspect universel), dans la théorie de l'État souverain, est spécifiquement moderne.

Ce n'est donc pas tant l'absence de droit subjectif qui pousse les hommes, qui vivent en société, à se mettre en commun *sous une contrainte*, mais la recherche de la paix.

Le sens de la philosophie du droit moderne, sera d'apporter une réponse au conflit perpétuel, à la discussion sur la teneur exacte de la part qui revient à chacun et d'étendre ce « chacun » à l'universalité des hommes.

A. LA RECHERCHE DE LA PAIX : L'ÉTAT SOUVERAIN

La solution du conflit portant sur la teneur exacte de la part qui revient à chacun se trouve dans la recherche de la sécurité des rapports entre les hommes, cette recherche est le seul point sur lequel les hommes puissent tous se mettre d'accord.

D'une part, l'intervention de l'État visant à déclarer le contenu exact des droits subjectifs ne pourra mettre fin aux disputes sur ce qui constitue la part de chacun que si elle est le fait d'une autorité *souveraine*.

28. *Ibid.*

29. V. H. ARENDT, *L'Impérialisme*, *op. cit.*, note 18, p. 288 : « Les peuples s'accrochent d'autant plus désespérément à leur nationalité dès qu'ils ont perdu les droits et la protection *que cette nationalité leur avait conférés* ».

30. V. E. BURKE, *op. cit.*, note 14, p. 75 : « Tout ce qu'un homme peut entreprendre par lui-même *sans léser autrui*, il est en droit de le faire ». Ce « sans léser autrui » pose évidemment le problème de la liberté; (v. *infra*, sur Locke et le droit de propriété).

31. Pascal avait déjà formulé le germe de cet égoïsme « bien compris et altruiste », qui sera repris par Bernard Mandeville. L'État accomplirait « le miracle de faire coïncider l'intérêt individuel et l'intérêt commun », en retournant, « sans modifier leur nature, les forces de dissociation au service du bien commun ». cf. *Pensées* (Fr. 210) : « On s'est servi comme on a pu de la concupiscence pour la faire servir au bien public ». et G. FERREYROLLES, *Pascal et la raison du politique*, Paris, P.U.F., « Épiméthée », 1984, pp. 133 et 141.

D'autre part, cependant, l'État, dont le but premier est de faire régner la paix, doit nécessairement éliminer les « droits subjectifs sociaux », c'est-à-dire les *prérogatives*, les *privilèges*, toutes prétentions dont la légitimité est contestable.

La prétention la plus tendanciellement belligène des hommes est celle de *juger par eux-mêmes* (de la teneur exacte de la part qui leur revient). C'est donc cette faculté de juger (de leur propre cause, « de ce qui leur importe le plus ») que les hommes doivent, en premier lieu, abdiquer, pour obtenir la paix :

Chaque membre de la société renonce au premier droit de l'homme naturel [*uncovenanted*], celui de juger par lui-même et de défendre son propre droit [...]. Pour obtenir justice, l'individu renonce au droit de la déterminer dans ce qui lui importe le plus.³²

Avant l'Époque moderne, le droit subjectif n'était pas délimité par la loi. Désormais, il n'y aura qu'un seul type de jugement et ce jugement sera souverain : la loi de l'État sera le dernier mot³³.

En retour, l'État accorde au sujet-citoyen, privé du droit de se défendre lui-même, ainsi que du soutien de son environnement, des *pouvoirs* individuels, qui peuvent même, dans certains cas être opposés à Sa puissance (par exemple, l'*habeas corpus*).

L'État reste néanmoins souverain parce que c'est lui qui déclare et sanctionne, dans le droit positif, l'exercice de tous les pouvoirs individuels.

La question de la légitimité des privilèges sociaux, quant à elle, est, en principe, résolue, puisque la *légalité* des droits subjectifs est désormais établie sans équivoque par le Souverain.

B. L'EXTENSION DU STATUT DE SUJET À L'UNIVERSALITÉ DES HOMMES

Cette question est le second trait constitutif de la modernité que nous étudierons. Il s'agit d'un autre moyen que la philosophie juridique moderne a trouvé, à travers la notion de droit subjectif, pour apporter une solution aux conflits engendrés par la remise en cause de la légitimité des privilèges sociaux ou droits subjectifs naturels.

L'extension du statut de sujet est une évolution sensible dans la philosophie du droit moderne, devant mener, dans l'absolu, à l'attribution du statut de sujet de droit, ou de la personnalité juridique, à l'universalité des hommes.

Mais l'humanité (ou le statut d'homme) est elle-même toujours *posée* : « Les critères par lesquels on est admis ou on est tenu à distance de la catégorie d'homme se disent toujours en droit »³⁴.

Quels en seront les critères? La propriété?

Comment l'universalisation du sujet de droit est-elle possible, si le statut de sujet est défini par le droit de propriété?

Le droit de propriété et le droit subjectif sont indissociables. La propriété fonde le droit et le droit, à son tour, défend la propriété. À partir du moment où le « tien » et le « mien » existent, le droit subjectif existe et donc le droit de propriété.

32. E. BURKE, *op. cit.*, note 14, p. 75.

33. C'est là toute la valeur de *l'établissement* : « La justice est ce qui est établi », nous dit Pascal, *Pensées* (Fr.312).

34. L. SALA-MOLINS, *Les misères des Lumières*, Paris, Robert Laffont, 1992, p. 100.

Le statut du sujet de droit, et celui de citoyen, sont définis par la propriété, au sens ontologique comme au sens économique. C'est le sens de la doctrine de Locke sur la *property*, selon laquelle la propriété est un droit de nature.

Invoquer son droit de propriété, c'est à la fois revendiquer son droit à recevoir *sa part* de biens dans la distribution des richesses et, à l'époque moderne, la possibilité pour un individu d'exercer un pouvoir *tiré de sa propriété humaine*. Celle-ci est comprise au sens d'attribut de la nature humaine : la Raison universelle dans l'homme. La source du droit subjectif moderne est donc la Raison, par laquelle nous pouvons accéder à l'intelligence de la Loi naturelle.

En plus d'avoir subi cette influence du stoïcisme, (que l'on retrouvait notamment chez Grotius), Locke a été réceptif aux idées de la Seconde scolastique espagnole concernant la possibilité pour l'homme de connaître la Loi naturelle. La « propriété humaine », source du droit subjectif, sera alors entendue comme *le droit de propriété de l'homme sur lui-même* : le droit subjectif du sujet sur lui-même, c'est-à-dire la liberté de l'homme. De fait, l'*habeas corpus*, qui est la garantie des libertés civiles³⁵, est le reflet de la propriété de l'homme sur lui-même.

Le droit de propriété de l'homme sur lui-même est, à son tour, le reflet du *dominium* divin. Il s'agira donc d'un droit absolu, qui sera largement le modèle des droits de l'homme, au sens contemporain³⁶.

CONCLUSION

La notion de droit subjectif, ainsi calquée sur le droit absolu de propriété que Locke nous a légué, est nécessairement une acquisition moderne. Elle est même la caractéristique majeure de la philosophie du droit moderne et c'est pourquoi elle a occulté les visions plus traditionnelles du droit subjectif (naturel, historique ou social).

Pourtant, on ne peut prétendre que la notion de droit subjectif soit l'apanage exclusif de la philosophie du droit moderne, puisqu'elle était déjà présente dans le droit antique. La « querelle des droits subjectifs » constitue néanmoins un débat d'importance capitale pour ceux qui s'intéressent à la trajectoire des concepts juridiques dans l'histoire de la philosophie du droit et souhaitent mettre de l'ordre dans des notions fondamentales pour la pratique quotidienne de notre droit.

35. L'*habeas corpus* exige le contrôle de la légalité des détentions et l'annulation des actes policiers arbitraires. On voit que le droit subjectif moderne est un pouvoir que l'individu peut opposer au souverain, ce qu'il n'a jamais pu être avant l'époque moderne.

36. Voir S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 619 et p. 379 : « Nous sommes des créatures relevant de la propriété de Dieu ; cet usufruit sur soi, vis à vis de Dieu, peut être considéré comme une véritable propriété vis à vis des autres hommes ».