

LA NOTION DE DROIT SUBJECTIF CHEZ VILLEY ET HERVADA

THIERRY SOL

RÉSUMÉ: Quelle est la différence entre droit objectif et droit subjectif? La définition des caractéristiques du droit, pris dans un sens objectif, permet de mesurer en quoi et à quel moment logique la conception subjective s'en écarte et quelles en sont les conséquences. Les analyses de Michel Villey et Javier Hervada, largement convergentes autour d'une conception réaliste, sont ici conviées et comparées, afin de préciser la nature du droit: substance ou relation?

MOTS-CLEFS: réalisme juridique, droit subjectif, Villey, Hervada.

ABSTRACT: What's the difference between objective and subjective right? The study of the characteristics of the right, understood as "objective right" in Villey and Hervada, allows us to understand how and when the subjective conception of right logically deviates from this objective meaning and to point out juridical consequences. Moreover, the comparison between these authors allows to determine more precisely the nature of the right: substance or relation?

KEY-WORDS: juridical realism, subjective right, Villey, Hervada.

SOMMAIRE: 1. Le «droit subjectif» contre le «droit objectif». – 1.1. Généalogie et nature du droit au sens réaliste. – 1.2. Le «droit subjectif» comme confusion entre substance et relation. – 1.3. Le «droit subjectif» comme élément second du processus juridique. – 1.4. L'inversion du processus juridique et ses conséquences. – 2. La nature du droit selon Michel Villey: substance ou relation? – 2.1. Le droit comme relation. – 2.2. Relation ou chose due? – 2.3. Villey subjectiviste? – 2.4. Quel type de relation?

MÊME si le développement de la science juridique semble l'avoir déjà tranché, on peut encore penser que le débat sur la nature du droit, une des grandes questions permanentes de la discipline, reste ouvert, en raison même de ses enjeux. Quitte à reprendre des interprétations aujourd'hui rejetées dans la théorie et plus largement encore dans la pratique, on empruntera les pistes tracées par Michel Villey, puis suivies et systématisées par Javier Hervada, qui présentent, quoique dans des styles différents, l'exposition la plus connue et la plus complète de la conception réaliste du droit, prenant ses racines chez Aristote, dans le droit romain et chez saint Thomas d'Aquin.¹

¹ Cette conception a été synthétisée par J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987. Pour une approche générale de la philosophie juridique, on consultera aussi avec profit une thèse précisément effectuée sous la direction de Hervada: R. RABBI-

Par opposition, la conception subjective serait un sens second, dérivé, voire dévié du sens réaliste, premier et propre du droit.² Ce développement chronologique de l'apparition des conceptions ne revêt néanmoins aucune signification en termes de progrès ou d'évolution, car la conception subjective n'est ni l'amélioration, ni le dépassement de la conception classique. Il s'agit de deux conceptions différentes, concurrentes, même si la conception subjective semble aujourd'hui dominer la théorie juridique.³

Les analyses de Villey et Hervada sont-elles identiques? Villey fut le premier à restaurer la notion classique de «droit» et à ébranler certaines certitudes, alors même que le sens «subjectif» occupait depuis longtemps l'ensemble du champ sémantique du droit. Ses thèses furent marginalisées dans certains milieux, souvent au terme d'études succinctes qui n'en n'affrontaient pas le contenu, mais se contentaient de les repousser comme le fruit d'une vision réactionnaire de l'histoire des idées, transformant ainsi le débat en un méta-débat sur sa vision de l'histoire: puisque le droit était fondamentalement subjectif, le débat sur Villey ne pouvait être qu'un débat sur les causes de son révisionnisme. Le fond du problème s'est trouvé occulté par des considérations idéologiques, et le cas Villey fut en passe d'être résolu, du moins en France.⁴

BALDI CABANILLAS, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona, EUNSA, 1990. On trouvera dans cet ouvrage une intéressante discussion des objections formulées par Kalinowski sur le sens du terme *ius* à partir des articles (que nous ne pouvons ici que mentionner) de G. KALINOWSKI, *Lex et ius. A propos d'«Une définition du droit» de M. Michel Villey*, «Arch. Philos. Droit», 8 (1963), p. 285-291; *Sur l'emploi métonymique du terme ius par Thomas d'Aquin et sur la muabilité du droit naturel chez Aristote.*, «Arch. Philos. Droit», 18 (1973), p. 331-339; *Le fondement objectif du droit d'après la Somme théologique de saint Thomas d'Aquin*, «Arch. Philos. Droit», 18 (1973), p. 615-646.

² On laissera ici de côté le débat sur la naissance du droit subjectif et en particulier toute la controverse entre Villey et Tierney, ainsi que les critiques adressées à la conception de droit subjectif, lorsque celui-ci est identifié à la revendication de droits individuels, comme c'est le cas dans les articles de H. COING, *Signification de la notion de droit subjectif*, «Arch. Philos. Droit», 9 (1964), p. 1-16; J. DABIN, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, «Arch. Philos. Droit», 9 (1964), p. 17-35; G. KALINOWSKI, *Logique et philosophie du droit subjectif*, «Arch. Philos. Droit», 9 (1964), p. 37-43. Pour Tierney, on renverra seulement à *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta, Scholars Press, 1997. Pour une étude historique de la signification de «droit subjectif», cf. A. GUZMÁN, *Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo*, dans O. CONDORELLI, *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Roma, Il Cigno, 2004, p. 525-558.

³ Selon Hervada, parler du réalisme juridique classique, c'est parler d'un schéma toujours actuel que la science juridique moderne n'a pas dépassé: cf. *Introduzione critica al diritto naturale*, A. Giuffrè, Milano 1990, § 6. Hervada propose dans la présentation de l'édition italienne une justification de l'actualité pérenne du réalisme juridique classique. Nous recourrons plus bas à la traduction française de l'ouvrage. Pour une meilleure compréhension, il convient de se reporter à l'édition originale: *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1988⁵.

⁴ Cf. S. PIRON, *Congé à Villey*, «Atelier Cent. Rech. Hist.», 1 (2008) [<http://acrh.revues>].

Dans un tel contexte, on comprend aisément le caractère polémique des ouvrages de Villey. Ce qui fait la force de ses thèses, la vision synthétique de l'histoire du droit, les oppositions lumineuses qu'il y distingue, les généalogies audacieuses qu'il discerne, fait aussi quelquefois sa faiblesse: l'analyse perd en nuances, la force de l'expression ne peut éviter les ambiguïtés: Villey combat plus qu'il n'expose. Hervada offre au contraire une analyse en apparence moins stimulante pour la réflexion, mais plus technique et plus nuancée. Il s'agira ici de voir, si, derrière les différences de l'exposé, les deux auteurs se retrouvent sur les fondements de leur analyse.

1. LE « DROIT SUBJECTIF » CONTRE LE « DROIT OBJECTIF » ?

1. 1. Généalogie et nature du droit au sens réaliste

Pour résumer à très grand traits toute la tradition réaliste et définir ce qu'est le droit dans une conception objective, Hervada offre sans doute une version plus pacifique et plus achevée du réalisme juridique que Villey, dont il suit pourtant les traces: le droit est ce qui revient à chacun, par obligation et dans la juste mesure. Il est l'objet de la justice, suivant la définition du *Digeste* (1.1.10), si souvent rappelée et si souvent mise de côté: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*: la justice consiste à donner à chacun ce qui lui revient, c'est-à-dire son droit. Où se trouve et d'où procède le *ius suum* dans la réalité? Hervada en a proposé une généalogie: le phénomène juridique est un acte second, naissant d'une répartition préalable des choses.⁵ En d'autres termes, la justice suit le droit, car il ne peut y avoir d'acte de justice là où la chose n'est pas *due* en vertu d'un titre, c'est-à-dire là où elle n'est pas un *droit*. Par conséquent, la justice est la vertu qui consiste à accomplir et à respecter le droit, non à le créer.

La précision est capitale pour comprendre la nature du droit, en dépit de déformations conceptuelles solidement ancrées: la vertu de la justice n'est pas à l'origine du droit, qu'on le comprenne comme loi ou qu'on le conçoive comme la chose juste. L'acte premier qui institue le droit est un acte de *dominium*. Il peut certes être réglé par les vertus, et en particulier par la pru-

org/index314.html.], consulté le 16/4/2016. L'article est particulièrement emblématique d'une telle démarche.

⁵ *Introduction critique au droit naturel*, Éditions Bière, Bordeaux 1991, p. 23-24. La justice ne distribue pas les choses. Par conséquent, l'acte par lequel on donne à un sujet une chose qui ne lui appartenait pas précédemment n'est – en aucune façon – un acte de justice, car il ne s'agit pas de donner à un autre ce qui est sien, mais de faire devenir sienne une chose qui ne l'est pas encore. Ce pourra être un acte de bon gouvernement, un acte de libéralité ou de droite administration, mais non un acte de justice. Cf. THOMAS D' AQUIN, *Somme contre les gentils*, liv. II, chap. 28, 3.

dence, mais il n'est pas lui-même un acte de la vertu de justice.⁶ Le premier élément de la relation de droit est donc une relation sujet-objet, mais ce n'est pas la seule, car il faut encore ajouter des tiers, autre élément essentiel à la relation juridique.⁷ Hervada formule généralement cette idée en disant qu'il existe entre les hommes des relations qui font que les choses sont ou peuvent être à un moment donné sous le pouvoir d'un autre, qui pourra précisément donner, restituer ou respecter le *ius suum* d'autrui.⁸

Ainsi, dans la formule «*ius suum cuique tribuere*», «*tribuere*» a le sens générique «d'acte» et non de «norme» (contre l'opinion de Kelsen pour qui la justice est à la fois vertu et norme). Ce «devoir donner» ne se fonde pas premièrement dans la justice, disposition du sujet, mais dans la chose juste en tant que due. «*Cuique*» désigne toujours une personne particulière, non une abstraction, une institution ou un groupe indifférencié, sinon on se trouverait dans le domaine de l'art du politique. Enfin, «*ius suum*» désigne une chose: un bien ou un mal, une chose matérielle ou immatérielle, une personne, une activité humaine, un animal, bref tout ce que l'homme peut dire «mien» comme l'objet ou le contenu de relation interhumaines et qui font que l'on puisse parler de ces choses comme d'un droit.⁹ Voici donc constitués les éléments qui définissent le droit au sens propre: deux personnes, un objet comme terme unifiant et spécificateur de la relation entre les deux personnes.¹⁰

La notion de *res exteriores* est fondamentale pour comprendre la réalité juridique et différencier la relation de droit d'autres types de relations comme celle nées de l'exercice des vertus morales. Alors que la mesure de l'homme vertueux est intérieure à l'homme,¹¹ la relation juridique doit avoir une mesure extérieure à l'homme, située dans une chose: *iustitia habet medium rei*.¹² Autrement dit, la spécificité de la justice par rapport aux autres vertus consiste dans la mesure de son juste milieu, effectuée non *rationaliter quoad*

⁶ *Introduction critique au droit naturel*, op. cit., p. 25-26.

⁷ Cf. la remarque de Delos in THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique. La justice. IIA IIAE, questions 57-62*, J. T. DELOS (éd.), M. S. GILLET (trad.), «Revue des jeunes», Paris - Tournai, Société saint Jean l'évangéliste, 1932, p. 232.

⁸ *Introduction critique au droit naturel*, op. cit., p. 41.

⁹ *Ibid.*, p. 36-37.

¹⁰ Delos propose aussi une synthèse de ces éléments in THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique. IIA IIAE, questions 57-62*, op. cit., p. 232. Cf. aussi J.-P. SCHOUPE, *Le réalisme juridique*, op. cit., p. 180.

¹¹ Cf. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique. IIA IIAE, questions 57-62*, op. cit. q. 58 art. 10 Resp.

¹² Cf. le commentaire de Delos *Ibid.*, p. 231: «L'objet prend place entre les deux personnes humaines qui entrent en rapport par son intermédiaire. Avec l'une et avec l'autre, il a relation de façon très différente, mais *ce rapport dont l'objet est le terme spécifique* est constitutif du droit.» et, un peu plus loin (p. 234): «C'est la présence de l'objet intercalé entre les personnes qui est caractéristique de la relation juridique. Elle lui donne sa nature objective».

nos, mais in *medio rei*.¹³ Hervada souligne bien la nécessaire extériorité de l'objet lorsqu'il affirme: «Extériorité signifie qu'il s'agit de quelque chose qui, parce qu'elle est d'une manière ou d'une autre en dehors du sujet, est capable d'être l'objet de relations humaines» car «l'acte de la justice se fonde sur le fait que la titularité, la possession ou l'usage et la jouissance d'une chose peuvent s'entrecroiser ou sont au pouvoir d'une personne différente de celle à qui elle revient.»¹⁴ L'extériorité fait référence au fait que la chose soit perceptible par les sens sinon en elle-même, du moins dans ses manifestations (Hervada prend l'exemple de la liberté religieuse). Cette chose ne peut être le pur objet de la pensée d'un sujet.¹⁵

Une chose peut être le «*suum*» de personnes différentes, suivant diverses formes de titularité (propriété, location, usage, jouissance), et l'art du juriste consiste à déterminer le «*suum*» qui revient à chacun: «comme toujours, le *ius* ou droit au sens propre est une chose (non un pouvoir, ni une faculté).»¹⁶ Reconnaître qu'une chose est le «*ius suum*» de quelqu'un, c'est reconnaître qu'elle est sienne et donc établir le devoir de la lui attribuer ou rendre, sous peine de commettre une injustice. Différent serait le fait de reconnaître une «faculté» ou un «pouvoir» sur une chose: dans ce cas, il ne s'ensuit pas automatiquement un devoir de donner ou de rendre la chose juste en question. «La confusion du *ius* ou droit objet de la justice avec le droit subjectif a des conséquences importantes. Et spécialement dans la théorie des droits humains.»¹⁷

1. 2. *Le «droit subjectif» comme confusion entre substance et relation*

Saint Thomas soulignait déjà que le sens du droit avait été modifié: «Il est d'usage que les mots soient détournés de leur acception première en vue de signifier d'autres choses». Comme le terme «médecine», «le mot droit a été utilisé d'abord pour signifier la chose juste elle-même, puis il a désigné l'art de discerner le juste; ensuite le lieu même où se rend la justice, comme quand on dit de quelqu'un qu'il a comparu en justice; et enfin l'arrêt, fût-il inique, rendu par celui qui est chargé de faire justice.»¹⁸ Le droit comme chose juste, comme science, comme lieu, comme décision de justice: autant de significations analogiques d'un même mot, dont le sens originel et propre

¹³ Cf. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique. IIA IIAE, questions 57-62, op. cit.* p. 195 q. 58, *ad primum*.

¹⁴ *Introduction critique au droit naturel, op. cit.*, p. 37.

¹⁵ Cf. J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique, op. cit.*, p. 154-155. À propos du mot *res*, Schouppe remarque que «la chose ne peut appartenir au domaine juridique si elle est prise au sens de réalité purement mentale. De même qu'il implique une relation entre deux personnes (le créancier et le débiteur), le droit serait inexistant s'il n'avait d'autre entité que celle d'un être de raison, d'un pur produit de la pensée. Le droit, comme le réel, n'est pas le simple fait d'être pensé».

¹⁶ *Introduction critique au droit naturel, op. cit.*, p. 39.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Somme théologique. IIA IIAE, questions 57-62, op. cit.* q. 57, art. 1.

est cependant celui de «chose juste». «Droit subjectif» et «norme» sont ainsi des sens dérivés du droit.

Considérer le droit comme la «faculté morale» ou la «norme juridique», c'est confondre le nom de substance et le nom de relation. Hervada utilise ces notions pour expliquer l'erreur des subjectivistes et des normativistes: par le nom de substance, on entend seulement la chose, la norme et la faculté morale en tant que telles; par le nom de relation, on les envisage sous l'angle juridique:

La juridicité ne révèle pas une substance, mais une relation. Chaque fois que nous appelons quelque chose juridique, nous dénommons une relation. C'est pourquoi tout ce que nous appelons droit a deux noms: le nom de substance et le nom de relation. Ainsi le droit-norme (ou droit objectif) s'appelle *loi* et s'appelle *droit*. *Loi* est le nom de substance, *droit* celui de relation. La chose aura son propre nom de substance et sera appelée droit (au sens réaliste) comme nom de relation. La faculté morale s'appelle ainsi comme substance et droit subjectif comme relation.¹⁹

De quelles relations s'agit-il? Schouppe résume clairement la réponse d'Hervada: «Le droit (au sens réaliste) dénote la relation d'attribution d'une chose à son titulaire. La norme constitue une relation par rapport à la chose juste: elle est règle et mesure du juste. Enfin, la faculté morale constitue la relation de pouvoir sur la chose conférée par la norme au sujet de droit. En d'autres mots, il est justifié d'analyser la norme comme une des causes de la chose juste, et la faculté morale comme la conséquence du droit.» Le problème du subjectivisme – et du normativisme – est précisément de ne pas distinguer ces relations logiques: «Dans un cas comme dans l'autre, faire du droit une norme ou une faculté morale implique la confusion entre le droit et sa cause ou entre le droit et sa conséquence, et l'oubli de ce que dans la conception réaliste, le droit n'est proprement que la chose juste en tant qu'elle est attribuée et par conséquent due et exigible.»²⁰ Il nous faut ici encore citer Hervada:

Il ne s'agit pas de nier l'existence du droit subjectif ou la faculté morale sur la chose. Ce que nous voulons dire, c'est que le *ius* ou droit dont nous parlons n'est pas le droit subjectif. Et que l'art du juriste n'est pas l'art ou la science des droits subjectifs (...). La justice, en étant définie comme l'art de rendre à chacun son droit, ne peut être définie en premier comme la vertu de reconnaître à chacun son droit subjectif, parce que cela change substantiellement la définition de la justice, dans laquelle *son droit* est sa chose.²¹

¹⁹ *Introduction critique au droit naturel*, op. cit., p. 41.

²⁰ *Le réalisme juridique*, op. cit., p. 165.

²¹ *Introduction critique au droit naturel*, op. cit., p. 39.

Pour éclairer la différence entre «reconnaître un droit» et «reconnaître une faculté», Hervada propose l'exemple du «droit à se nourrir»²²: suivant la conception du droit subjectif (donner à chacun son droit subjectif), on vivra la justice dès lors que l'on reconnaîtra à tous ce droit, c'est-à-dire la faculté de faire l'acquisition d'aliments. On reconnaît la faculté, mais sans pour autant procurer les aliments! La conception réaliste, dans la mesure où le droit de chacun est une *chose*, affirme que tous ont un droit à se nourrir, au sens où à tous revient une part des aliments produits dans le monde: le problème de la faim n'est plus dès lors seulement un problème de répartition, mais une injustice.

1. 3. Le «droit subjectif» comme élément second du processus juridique

La faculté morale, si elle n'est pas le *ius*, n'est pas pour autant évacuée du raisonnement dans la conception réaliste. Elle y demeure comme sens dérivé du droit, ce qui nous amène à considérer la relation entre le droit-*res* et le droit subjectif. Cette relation se comprend aisément si l'on se demande en fonction de quoi une chose devient droit: elle le devient dès qu'elle est attribuée à son titulaire comme propre, c'est-à-dire lorsque celui-ci dispose d'un titre reconnaissant sa maîtrise sur la chose: «C'est précisément cette qualité de due qui transforme la chose en droit. À son nom de substance (voiture, salaire, service...) lui est joint un nom de relation: droit.»²³ Voilà donc le premier temps logique (non chronologique) de la relation de droit: une chose due, suivant une répartition préalable. Puis vient la faculté morale: «En tant que due par autrui, la chose devient exigible par son titulaire. [...] Le droit subjectif est donc le nom de la relation de la faculté morale qui provient de l'exigibilité de la chose, laquelle dérive de la dette.»²⁴ Notons ici au passage que la chose due doit être donnée, qu'elle ait été ou non préalablement réclamée par son titulaire. Hervada décrit plus précisément encore la genèse du droit et souligne en particulier le passage du plan ontologique au plan juridique:

La structure du *ius* ou droit dont nous parlons ici est la suivante. L'homme, en vertu de sa capacité de domination et d'appropriation fait siennes les choses. Avec ceci une relation s'établit entre l'homme et la chose qui, au début, n'est pas juridique, mais est une relation ontologique de domination. (...) Cette relation de domination une fois supposée, elle engendre à l'égard des autres hommes la dette ou le devoir de respect, de restitution, de don, etc. La première chose qui naît sur le plan juridique, c'est le devoir ou dette; c'est pourquoi la chose est *droit*, avant tout, en tant qu'elle est due. Et parce que les autres lui doivent, le titulaire du droit peut l'exiger.

²² *Ibid.*

²³ J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, op. cit., p. 166-167.

²⁴ *Ibid.*, p. 167.

La faculté d'exiger ou droit subjectif apparaît dans un deuxième temps par rapport à la dette.²⁵

Le second moment est d'ordre logique. La faculté d'exiger peut être alors ainsi déclinée: faculté de faire (*facultas agendi*), faculté de posséder (*facultas possidendi*) et la faculté d'exiger (*facultas exigendi*).²⁶ Il ne faut cependant pas perdre de vue que la faculté n'est rien en dehors de la chose juste, comme le souligne Schouppe: «Si la dette s'éteint, la faculté d'exiger cesse également. Il en résulte donc que la faculté est un sens dérivé du droit, si l'on veut, mais privé de toute autonomie par rapport à la chose juste. Pour coller de plus près à la réalité, il faudrait dire que la faculté d'exiger dont bénéficie le sujet n'est que la version subjective de l'exigibilité qui inhère dans la chose. Puisque c'est la chose elle-même qui est due et par conséquent exigible, le droit subjectif n'ajoute rien au droit-*res*.»²⁷

Sans doute faudrait-il trouver une autre formule que «droit subjectif», qui reflétait la dépendance fondamentale de la faculté d'exiger par rapport à la chose juste. On pourrait ainsi parler «d'exigibilité de la chose juste»: «Cette exigibilité étant une propriété de la chose, elle présente l'avantage d'être inséparable du droit.»²⁸ L'important est de comprendre qu'il n'existe pas de droit indépendamment de la chose juste elle-même. Une même chose juste peut donner lieu à différents droits subjectifs compris au sens réaliste; tous ces «droits» ou facultés ne sont que des manifestations du droit.²⁹

1. 4. *L'inversion du processus juridique et ses conséquences*

Faire de la faculté morale un droit, ou, davantage encore, «le» droit, c'est inverser le processus logique, comme le souligne Schouppe: «La chose serait exigible avant d'être due; elle serait due parce que le sujet serait en droit de l'exiger. Mais quel serait alors le fondement de cette exigibilité? Il ne peut être le pouvoir moral de l'individu de réclamer ce qu'il estime être ses droits – ce serait retourner au chaos d'une société qui ne connaît d'autres principes que *l'homo homini lupus* décrit par Hobbes; ces droits lui reviennent, au contraire, parce qu'ils correspondent à ce qui est juste (naturel et positif) et parce que les normes juridiques – formulation du juste – les lui reconnaissent et enjoignent à la société de les respecter.»³⁰

²⁵ *Introduction critique au droit naturel, op. cit.*, p. 40-41.

²⁶ J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 2008⁴, p. 238.

²⁷ J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique, op. cit.*, p. 168.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, p. 169. L'auteur précise: «ce ne sont pas autant de droits qui coïncideraient quant à leur objet, mais une série de facultés qui sont comprises dans le seul droit qu'est cette voiture» (que Schouppe prend comme exemple).

³⁰ *Ibid.*, p. 167.

Ceci-dit, si la question du fondement de l'exigibilité semble pertinente, l'alternative proposée par Schouppe n'est a priori pas des plus évidentes. L'altération de l'ordre social n'a pas été aussi immédiate et perceptible, alors même que le «droit subjectif» occupe quasiment tout l'espace juridique depuis des siècles et sert de fondement théorique aux «droits de l'homme». On pourrait en outre objecter que la société décrite par Hobbes n'est qu'une hypothèse théorique sans fondement historique et que l'on ne peut y «retourner», vu qu'elle n'a jamais réellement existé; le chaos social serait donc dans tous les cas une fiction. D'autre part, même si l'on peut penser que le «droit subjectif» n'est qu'un «faux droit» qui fonde des droits à leur tour illusoire et inefficaces, comme l'a souligné Villey de façon polémique,³¹ le pouvoir moral de l'individu de réclamer ce qu'il estime être ses droits ne s'est pas révélé dépourvu d'une certaine efficacité, du point de vue de l'ordre social. Tout se passerait donc encore pour le mieux dans le monde des «droits subjectifs».

La menace n'est-elle cependant qu'hypothétique? Les apparences peuvent être trompeuses. En effet, l'inversion du processus juridique est plus qu'un simple changement de paradigme juridique, ou que le remplacement d'une conception du droit par une autre. Elle est substitution du droit par quelque chose qui n'est plus tout à fait du droit: le remplacement du juridique par le moral. Là se trouve sans doute la raison du caractère indolore de la transition, de telle sorte que l'on ne voit plus aujourd'hui clairement la différence entre «exigible parce que juste» et «juste parce qu'exigible»: l'obligation et la justice semblent toujours subsister. Si la faculté morale s'est substituée si discrètement au droit pour définir ce qui est juste, c'est sans doute parce qu'elle est très longtemps restée un pouvoir «moral», conforme à la loi naturelle, qui ne revendiquait pas des choses injustes. En réalité, le problème s'est effectivement trouvé masqué par le fait que l'individu a pendant longtemps exigé une chose réellement juste, de telle sorte que la confusion de la chose juste et de la faculté morale n'a pas entraîné une injustice. Certes, on se trompe en confondant le droit (fondement de l'exigibilité) et la faculté morale de revendiquer ce droit, mais si la chose juste existe réellement, le renversement du processus juridique passe inaperçu dans le champs politique et social.³²

³¹ Voir sa thèse dans *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983.

³² Cf. J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, op. cit., p. 166. Schouppe signale cette situation intermédiaire d'acceptation de la notion de «droit subjectif», dont les effets restent limités sur le plan de la morale sociale: «les auteurs thomistes ou assimilés qui définissent le droit comme droit subjectif ne se plient pas pour autant au subjectivisme, dans la mesure où ils n'affranchissent pas la faculté morale des préceptes du droit naturel (...). Si, d'un point de vue moral, les conséquences du droit subjectif sont dans ces conditions négligeables, il en va tout autrement en ce qui concerne la science du droit.» Le danger consiste à «considérer le

Le problème pratique de la confusion entre droit au sens réaliste et droit subjectif ne se pose de façon visible que dans un second temps, qui n'est plus juridique, mais moral: lorsque la morale se trouve à son tour affectée par le subjectivisme, lorsque ce que les individus estiment être «leur droit» ne correspond à aucun objet juste, mais à une revendication arbitraire, autrement dit: lorsque la faculté morale de revendiquer crée elle-même son propre objet, lorsque l'objet n'est plus une chose juste, extérieure, mais provient d'une définition uniquement subjective, d'une sensation du sujet. Tout se passe comme si le subjectivisme, après avoir fait du droit un produit de la morale, pénétrait dans la morale elle-même, pour en subjectiviser l'objet. Il est alors illusoire de vouloir trouver dans le droit un antidote à une morale qui autoproclame son objet, puisque le droit est devenu lui-même un instrument de la «morale», quelle qu'elle soit. Nous sortons ici du domaine strictement juridique de la réflexion, mais les conséquences du développement du «droit subjectif» sur le terrain politique aident à saisir l'importance du renversement juridique initial. Dans *Le complément de sujet*, Vincent Descombes a analysé les conséquences de cette situation lorsqu'il aborde le thème de l'individu politique et de la version particulariste de l'autoposition du sujet:

L'individu veut que son «identité» soit reconnue. Mais à qui demande-t-il cette reconnaissance? (...) La demande est présentée au nom d'un droit de chacun à exercer sa liberté de définir son *identité publique* à partir de son *identité subjective*. «Je suis ce que j'éprouve être en tant que membre de telle minorité.» D'abord, chacun décide par lui-même d'une réponse à donner à l'impératif d'être soi. Ensuite, il réclame que sa réponse soit admise par tous au nom d'un principe de reconnaissance réciproque des subjectivités.³³

Descombes met alors en évidence le passage de la définition subjective de soi-même à la revendication d'un droit:

Mais qui décide des qualités «qui font le *moi*», comme dit Pascal? La politique de la reconnaissance suppose trop vite qu'on peut faire bénéficier de l'autorité de la pre-

droit subjectif comme la véritable notion du droit et comme isolable de la chose qui serait son objet. Cette optique peut donner lieu à la réduction du droit à une expression formelle et abstraite qui serait vide de tout contenu réel. C'est le risque du nominalisme occamien: les droits de l'individu seraient une simple reconnaissance formelle de certaines facultés du sujet et non pas la chose objet de ces facultés. Cela suppose que l'on puisse reconnaître à l'individu une série de droits et de libertés qui restent lettres mortes.» Schouppe souligne ici l'inefficacité, en termes de réalisation de la justice, d'une conception du droit qui le réduit à une faculté formelle. Nous préférons souligner le danger qui consiste non seulement à priver le droit d'un objet juste, mais à faire ensuite porter la faculté formelle sur n'importe quel objet.

³³ V. DESCOMBES, *Le complément de sujet. Enquête sur le fait d'agir de soi-même*, Paris, Gallimard, 2004, p. 388.

mière personne des énoncés du type: «Je m'éprouve de telle origine ethnique, de tel sexe, de telle minorité morale.» Elle prétend tirer un droit d'une tautologie psychologique: comment pourrait-on objecter à quelqu'un qui nous dit *ce qu'il ressent* qu'en réalité il ne le ressent pas?³⁴

Le fait de «ressentir», phénomène subjectif s'il en est, est donc posé comme la base ou le contenu indiscutable de la revendication d'un droit, conçu comme faculté formelle. Cette réflexion de Descombes aide à compléter le processus de la subjectivisation: celle-ci commence dans le domaine juridique avec le passage du droit-réel au droit-faculté, qui fait entrer dans le domaine de la morale. Puis la subjectivisation concerne l'objet de la faculté morale avec le passage d'un objet conforme au droit naturel (ou à des valeurs objectives antérieures à l'individu) à un objet subjectivement défini, éventuellement contre l'ordre objectif des choses. Pour finir, on retourne au droit pour protéger cette revendication, mais à un droit vidé de son contenu de «chose juste», privé de ses caractéristiques juridiques objectives et réduit à une faculté morale d'exiger. Le subjectivisme a instrumentalisé le droit. L'inversion du processus juridique est donc plus lourde de conséquences qu'il n'y paraît, pour le droit, la morale et la politique.

Comme on le voit, le «droit subjectif» n'est pas un paralogisme: certes, il renverse les termes (la chose serait due parce qu'elle serait d'abord exigible par le sujet), mais il les renverse parce qu'il renverse le fondement du phénomène juridique: le juste n'est plus la chose en tant que due (objectivement, c'est-à-dire en fonction de la nature ou d'une norme positive extérieure au sujet), mais ce que le sujet estime juste, ce qui revient à dire son pouvoir de la réclamer: pouvoir moral, situé dans le sujet et non extérieurement à lui. En fait, inverser le raisonnement et dire que «le droit est dû parce qu'il est exigible» ne va pas en soi contre la logique. Cela va plutôt contre une conception, et cela va en fait contre le droit au sens propre, tel que le décrit Hervada.

³⁴ *Ibid.*, p. 389. Descombes problématise ensuite la signification du verbe «sentir» pour montrer l'ambiguïté qui consiste à fonder une identité particulière sur la base d'une expérience intime: «Il reste à savoir si tous les adjectifs de la langue peuvent fournir des attributs expérientiels. Nous comprenons le sens qu'a le verbe «se sentir» dans «Je me sens fatigué.» Nous comprenons le sens qu'a l'adjectif «breton» dans: «Je suis breton du côté paternel.» Mais est-ce que nous comprenons: «Je me sens breton»? (...) Où trouver le critère *subjectif* qui permettrait de s'attribuer à soi-même une qualité que tout le monde peut déterminer à l'aide de critères *objectifs* tels que le fait d'avoir ou non des ancêtres bretons. L'affirmation d'une identité particulière ne relève pas d'une expérience intime irrécusable, mais du choix de *se construire* soi-même selon le modèle qu'est censé proposer cette appartenance collective».

2. LA NATURE DU DROIT SELON MICHEL VILLEY: SUBSTANCE OU RELATION?

Ces développements sur le droit subjectif s'inscrivent dans le sillage des intuitions de Villey, qui remarquait dès 1962 que «le terme de droit subjectif est un de ces vocables dont les juristes bien élevés ont l'élégance de s'abstenir, parce qu'il est aussi obscur qu'il dénote une prétention suspecte à la philosophie.»³⁵ Il notait toutefois l'existence d'un débat, en profondeur, autour de cette notion et citait deux grands ensembles de critiques: d'un côté celles de Duguit (sur les traces d'Auguste Comte) et de Kelsen³⁶, et de l'autre celles des «traditionalistes»: Jean Dabin,³⁷ Paul Roubier³⁸. Il concluait: «Bref, il y a aujourd'hui une querelle du droit subjectif qui, sans doute, ne fait guère de bruit et n'est pas encore parvenue à troubler le sommeil de nos juristes, mais est digne pourtant de notre attention.»³⁹ L'affirmation de Villey garde toute son actualité: il n'est pas sûr que les juristes se soient réveillés du sommeil positiviste et subjectiviste.

Villey et Hervada écrivent dans des contextes différents. L'exposé de Villey est de nature polémique, car il s'agit d'une position de défense au beau milieu d'un conflit. Hervada présente quant à lui une science du droit de façon pacifique. La polémique a certaines vertus: elle nourrit la réflexion en énonçant des formulations audacieuses, elle marque clairement les points de rupture et fait comprendre les évolutions. Elle perd cependant certaines nuances, s'expose à des contradictions internes, car les concepts ne se prêtent pas toujours aux affirmations tranchées. Sans doute les conceptions de Villey et Hervada se rejoignent-elles sur l'essentiel, ceci-dit, la conception villeyenne de la notion de «droit subjectif» correspond-elle au modèle jusqu'ici exposé? Villey a-t-il repéré la figure historique de la même notion que celle définie par Hervada? Comme Villey a dans une large mesure inspiré les travaux postérieurs du réalisme juridique, on pourrait trouver le problème superflu, mais la systématisation d'Hervada a impliqué des précisions et des distinctions que l'on ne trouve pas aussi nettement formulées chez Villey. C'est cette question qu'il convient d'éclaircir ici.

³⁵ *La formation de la pensée juridique moderne*, S. RIALS – É. DESMONS (éd.), Presses universitaires de France, Paris 2013², p. 240-241. Villey ajoutait: «Malheureusement, il pourrait être une des clefs de notre actuelle pensée juridique.»

³⁶ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard U. P., 1945.

³⁷ J. DABIN, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1946.

³⁸ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963.

³⁹ *La formation, op. cit.*, p. 241.

2. 1. *Le droit comme relation*

Qu'est-ce que le droit? Il serait surprenant de trouver chez Villey une réponse différente de celle d'Aristote ou de saint Thomas. Mais comment l'articule-t-il? Schouppe, dans un article consacré à comprendre les causes et les effets de la critique villeyenne des droits de l'homme, proposait de dégager quelle était sa «métaphysique du droit». ⁴⁰ Il soulignait que Villey se rendait compte de la nécessité de situer sa réponse sur un double terrain: celui du juriste (qui correspond en gros à la présentation d'Hervada), et celui du philosophe. Villey définissait le résultat auquel tend le travail du juriste comme «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 qui sont en rapport d'affaire...» ⁴¹ Ainsi, commente Schouppe, «la chose juste (...) constitue à ses yeux un *juste rapport objectif* une *juste proportion*, en définitive un *rapport d'égalité*», et il poursuit: «Plus proche peut-être du *dikaion* aristotélicien que de la *res ipsa iusta* thomiste, (...) Villey ne conçoit le droit dans son acception de chose juste qu'à un moment logique postérieur: lorsque le rapport d'égalité est déjà constitué, il peut être appliqué à l'individu.» ⁴²

Le rapport d'égalité, qui constituerait le droit dans son essence, viendrait se manifester dans la chose due. Le droit serait chez Villey «la *relation* d'égalité objective entre la voiture que le vendeur s'engage à livrer et le prix correspondant à la valeur de la marchandise que l'acquéreur s'engage à payer en contrepartie. Et, par suite, le droit n'est pas – si ce n'est par dérivation – respectivement le *prix* dû au vendeur ou la *voiture* qui est déjà la propriété de l'acheteur mais qui doit être encore livrée.» ⁴³ Schouppe souligne ainsi le point d'inflexion par rapport à la conception d'Hervada: «Nous voici arrivés à la croisée des chemins. Villey tire de manière cohérente la conclusion qui, de son point de vue, s'impose à lui: sur le plan de l'analyse métaphysique, le droit est *une relation*, non une substance.» D'autres passages confirment une telle lecture, lorsque Villey affirme que «le droit est *rapport* entre des hommes» ⁴⁴ ou encore: «Que vous en ayez ou non conscience, quand vous

⁴⁰ J.-P. SCHOUPPE, *Réflexions sur la conception du droit de M. Villey: une alternative à son rejet des droits de l'homme*, «Pers. Derecho», 25 (1991), p. 151-169. On peut également se reporter à l'analyse de la philosophie juridique de Villey chez R. RABBI-BALDI CABANILLAS, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, op. cit., chap. 5. Rabbi-Baldi détaille ainsi le contenu spécifique du droit chez Villey à travers les caractéristiques suivantes: le droit est une chose juste, une relation, une proportion, un juste milieu objectif (*in re*).

⁴¹ M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, «Arch. Philos. Droit», 9 (1964), p. 103.

⁴² J.-P. SCHOUPPE, *Réflexions sur la conception du droit de M. Villey*, op. cit., p. 154, note 7.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 154.

faites usage du mot «droit», il s'agit d'une relation». ⁴⁵ Ceci-dit, Villey semble encore plus clair dans un texte que Schouppe ne cite pourtant pas. Analysant le *dikaion* aristotélicien, Villey affirme :

L'objet de la justice (particulière) est le juste partage des biens et charges dans un groupe. Il ne s'agit pas d'une «substance» (le substantialisme nous paraît un vice de la pensée moderne), mais de cette autre espèce d'étant, une relation: le rapport le mieux ordonné, où l'on reconnaît la valeur de l'ordre dans lequel se trouvent disposées les choses réparties entre des personnes. Le concept du droit présuppose une pluralité de personnes entre lesquelles a lieu un partage de choses extérieures. ⁴⁶

La question pourrait être entendue grâce à ce rejet explicite du droit comme substance, mais on notera que Villey ne se décide ici que pour des raisons essentiellement négatives: sa méfiance envers le substantialisme et envers «l'Homme» des «droits de l'Homme». En fait, ce qui est en cause, c'est davantage le détournement de la notion de substance au profit d'abstractions («l'Homme») que la notion elle-même qui, chez saint Thomas, est au-dessus de tout soupçon. En somme, ce que nous dit Villey, c'est que le droit n'est pas une de ces substances modernes, car il n'est pas une abstraction, mais suppose au contraire l'existence d'individus réels.

En situant la nature métaphysique du droit du côté de la relation, Villey ne s'écarte pas des chemins déjà parcourus de l'analyse réaliste alors en vigueur. Bender par exemple, lors qu'il étudie dans sa *Philosophia iuris* le sens de «droit», ne mentionne pas la chose juste: il parle en revanche de relation, de faculté morale, de loi ou ensemble de lois, de science du droit. ⁴⁷ Pour donner une idée rapide de la fortune de ces différentes interprétations, il indique que les deux derniers sens sont évidemment dérivés, que beaucoup penchent pour le sens de «faculté morale», que certains, cependant, ne distinguent pas du sens de «relation». ⁴⁸ Ceci-dit, selon lui, le sens premier reste celui de relation, mais Bender ne fait toujours pas mention de la «chose due». ⁴⁹ Ce silence sur la chose due se manifeste enfin dans la tripartition que

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 48.

⁴⁷ L. BENDER, *Philosophia iuris*, Officium libri catholici, Roma 1947, p. 39: «1. Ius est *relatio* inter personam et rem, qua persona se habet ad rem tamquam ad aliquid suum. 2. Ius est *facultas moralis* faciendi, habendi, etc. aliquid tamquam suum. 3. Ius est *lex* vel complexus legum. 4. Ius est *scientia* (iuris)».

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, p. 40: «Hoc inducit ad praesumendum ius in sensu primario esse id, quod omnes scholastici dicunt esse relationem.» et, un peu plus loin, l'auteur attribue aussi cette interprétation aux auteurs scolastiques: «Alii autem, praecipue illi qui philosophiae scholasticae adhaerent, nomen ius obiectivum adhibent ad designandum id, quod antiqui iam vocant ius sive iustum, et quod agnoscunt esse relationem.» Lui-même fait sienne cette interprétation, p. 41: «Incipimus nunc inquirere definitionem iuris-relationis, quod est ius in sensu proprio et primario, sicut mox patebit».

Bender propose (*ius-relatio*, *ius-facultas*, *ius-lex*) pour éviter la confusion fréquente entre *ius obiectivum* et *ius subiectivum*.

Pour Bender, le droit est une relation, au sens métaphysique, c'est-à-dire un accident, qui vient perfectionner le sujet dans lequel il se trouve. Le droit n'existe donc pas en tant que tel, si ce n'est dans un étant: «Le droit est une certaine perfection, par laquelle une autre chose, subsistant en elle-même ou ayant sa propre perfection essentielle, possède en outre une perfection accidentelle», sans cesser d'être ce qu'elle est.⁵⁰ Parmi les perfections accidentelles, les relations ont ceci de particulier qu'elles affectent «intrinsèquement la substance non pas en elle-même mais par référence à d'autres étants». Les relations, afin qu'elles puissent exister, exigent non seulement un sujet, mais aussi un autre étant.⁵¹ «Je ne serais pas sujet de droit, dit Bender, ou je n'aurais aucun droit, si en dehors de moi ne se trouvait rien d'autre. Car il est nécessaire que j'aie un droit à quelque chose. Ceci démontre de façon évidente que le droit est une relation.»⁵²

Le droit est donc non seulement un *ius ad aliquid*, mais aussi un *ius erga aliquem*, comme l'enseigne la perception commune,⁵³ d'où la nécessité pour le droit de l'existence d'au moins deux personnes.⁵⁴ Quant à la *res*, Bender précise qu'elle est *operatio vel omissio alterius personae* – c'est là la précision qu'il apporte à la définition traditionnelle.⁵⁵ De quelle relation s'agit-il? Bender parle d'une relation entre une personne et une chose, relation en vertu de laquelle la personne est rapportée à la chose comme à quelque chose qui lui est dû.⁵⁶

La présentation du droit comme relation possède sa logique. Elle maintient les éléments fondamentaux du droit: l'objet ou la substance que vient perfectionner l'accident, accident qui est lui-même relation entre deux personnes; l'objectivité, l'altérité, la juridicité sont aussi présentes. C'est cette tradition réaliste que retrouve Villey dans un monde académique dont elle a

⁵⁰ *Ibid.*, p. 41. Nous traduisons ici librement.

⁵¹ Cf. J.-P. SCHOUPPE, *Réflexions sur la conception du droit de M. Villey*, *op. cit.*, p. 155. Les conclusions de Schouppe sont ici semblables à celles de Bender: *Philosophia iuris*, *op. cit.*, p. 41.

⁵² L. BENDER, *Philosophia iuris*, *op. cit.*, p. 42: «Non essem subiectum iuris seu non habere ullum ius, si extra me nihil aliud daretur. Nam necesse est ut habeam ius *ad aliquod*. Hoc iam evidenter demonstrat ius esse relationem.» Notons au passage l'intéressante formulation: Bender parle ici du «sujet de droit» mais le met en lien nécessaire avec une situation objective de relation avec un autre étant.

⁵³ *Ibid.*: «Accedit adhuc quod ius non solum concipitur ut *ad* aliquid, sed insuper patet ex eadem cognitione vulgari, quod ius est semper *erga* aliquem.» J.-P. SCHOUPPE, *Réflexions sur la conception du droit de M. Villey*, *op. cit.*, p. 155: «En rigueur, le mode de dépendance de l'accident relation par rapport à la substance est plutôt un *esse ad* qu'un *esse in*».

⁵⁴ L. BENDER, *Philosophia iuris*, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁶ *Ibid.* On pourrait néanmoins déceler dans cette formulation une possible dérive vers le subjectivisme. Sur ce point, Villey apportera plus de précisions.

pratiquement disparue: le livre de Bender, publié en 1947, en latin, à Rome, dans une université catholique, était sans doute condamné à une certaine confidentialité, d'autant plus que Bender parle de «philosophie du droit», conduit une analyse métaphysique, très loin des canons de l'analyse positiviste ou sociologique de ses confrères. Villey, en affirmant revenir à une analyse philosophique du droit, ne le fait pas par mépris de l'analyse juridique, au sens où peut l'entendre Hervada. Villey n'entend pas confondre les genres, mais il voit la nécessité de revenir à une analyse philosophique par opposition à analyse juridique entièrement dominée par le positivisme et devenue incapable de comprendre le sens authentique du droit.

2. 2. Relation ou chose due?

On pourrait néanmoins penser qu'il subsiste chez Villey une confusion d'un point de vue métaphysique: Villey confondrait la chose juste et la relation qui la rend juridique ou, en d'autres termes, le droit et la juridicité, qui est, quant à elle, relation.⁵⁷ Pour Villey le droit serait donc essentiellement un *rapport*, alors que pour Hervada il est la *chose due* en justice *selon un rapport d'égalité*.⁵⁸ Reprenons ici les mots d'Hervada, analysés plus haut, mais sous un autre aspect: «La chose devient juridique, se fait *ius*, ou droit, en vertu de sa qualité de *due*. Cette qualité de la chose, et, pour cela la chose même est droit ou *ius*.»⁵⁹ Chez Hervada, la qualification juridique rend la substance juridique et la transforme en droit: c'est la substance elle-même, terme de la relation, qui est droit. Chez Villey au contraire, le droit semble être la relation, non son terme.

La prudence s'impose néanmoins. En premier lieu, certaines expressions d'Hervada laissent penser que lui aussi ferait du droit une relation, lorsqu'il écrit par exemple que «le mot droit ou *ius* connote dans la chose la relation de dette et d'exigibilité»⁶⁰ ou bien encore que «la nature du droit est celle d'une relation. Le droit est une chose, mais ce qui constitue la chose comme droit est une relation.»⁶¹ On pourrait ici épiloguer sur les formules utilisées: le droit connote «une relation dans la chose» ou bien «la chose en tant que relation»? On voit ici que les glissements de sens sont assez faciles, même chez Hervada.

⁵⁷ Cf. J. HERVADA, *Introduction critique au droit naturel*, op. cit., p. 41; *Lecciones propedéuticas*, op. cit., p. 230-232. Quant à la notion de relation, on peut renvoyer à J.-P. SCHOUPPE, *Réflexions sur la conception du droit de M. Villey*, op. cit., p. 155, note 10. Schouppe renvoie quant à lui («bien qu'avec certaines différences de nuances») aux notes de Delos THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique. IIIa Iae, questions 57-62*, op. cit., p. 232-233.

⁵⁸ Cf. J.-P. SCHOUPPE, *Réflexions sur la conception du droit de M. Villey*, op. cit., p. 158-159.

⁵⁹ *Introduction critique au droit naturel*, op. cit., p. 41.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Lecciones propedéuticas*, op. cit., p. 231 (La traduction est nôtre).

En sens inverse, en dépit de son affirmation catégorique «le droit n'est pas une substance», le langage de Villey est lui-aussi loin d'être univoque, à tel point qu'il semble aventuré de donner une interprétation métaphysique de ses affirmations. Villey ne s'exprime pas toujours de façon volontairement métaphysique lorsqu'il définit la nature du droit en le différenciant de la notion de substance. Ainsi, lorsque Villey dit que le droit est relation, ce n'est pas tant pour l'opposer à la notion de substance, que pour dénoncer une conception qui oublierait que le droit a besoin d'une pluralité d'individus, qu'il n'existe que là où s'établit un rapport entre deux ou plusieurs sujets, et qu'on ne peut donc le définir à partir d'un terme unique («l'Homme»).

En outre chez Villey, le rapport qui existe entre des hommes désigne bien souvent une chose, matérielle ou immatérielle et non une catégorie métaphysique. Villey parle de «part» qui revient à l'individu dans un juste partage: «Appliqué à l'individu, le mot droit désignera la part qui lui revient dans ce juste partage, puisque la justice a pour objet d'attribuer à chacun son droit: *suum ius cuique tribuere*. Ce peut être globalement son statut, sa condition particulière (...). Ou telle chose, tel bien, telle valeur en tant qu'ils constituent sa part.»⁶² Or, le mot «part», précisément, est ambigu: il désigne non seulement le rapport, mais aussi la substance, la chose elle-même prise dans une juste mesure, la chose due dans la proportion juste: «telle chose, tel bien en tant qu'ils constituent sa part». C'est ce même sens et cette même ambivalence que Villey lit chez les Romains: «Le *ius* est le lot qui vous est attribué, c'est le résultat du partage», et ce résultat du partage est une chose, non la puissance du sujet sur une chose.⁶³ On pourrait de surcroît trouver une confirmation de tout cela dans *Philosophie du droit*, lorsque Villey affirme assez clairement: «Le droit (*to dikaion*) est objet: par exemple, ma part d'impôt sur le revenu, que je dois payer ou que j'ai payé, et ni excessive, ni insuffisante. Si donc le droit est un «milieu», c'est un juste milieu objectif, «dans les choses», *in re*.»⁶⁴

Les positions de Villey et Hervada semblent donc, en dépit du débat sur la nature métaphysique du droit, passablement converger. Il faut en outre toujours replacer le discours de Villey dans le cadre du double objectif qu'il poursuit: montrer l'importance de la relation entre des personnes dans le droit, contre la conception subjectiviste; montrer que le droit est une chose juste, contre la notion de droit comme faculté ou pouvoir. Le contexte polémique du débat dans lequel s'insère Villey, explique certains de ses choix en

⁶² M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, *op. cit.*, p. 103. Pour un développement similaire, *La formation*, *op. cit.*, p. 243-244: «Enfin, toujours, dans la même acception, *ius* désigne telle chose, immeuble, créance ou dette qui constitue la part de cet individu».

⁶³ Cf. *La formation*, *op. cit.*, p. 247.

⁶⁴ *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001⁴, p. 55.

matière d'interprétation et de qualification du droit: notre auteur se trouvait en face d'expressions déjà passées au vocabulaire subjectiviste.

En fait, tout se passe comme si Villey, lorsqu'il définit le *ius*, suivait de près les termes juridiques romains tout en les insérant dans son argumentation: le *ius* est une chose, par opposition à pouvoir.⁶⁵ Néanmoins, comme le type de choses peut varier (part de pouvoir, part de patrimoine, peine infligée au délinquant, fraction d'une chose corporelle, *ius utendi*, *ius eundi*, statut, *ius civitatis*), la désignation commune est celle de part, de partage selon la justice, qui correspond à une relation entre des personnes. L'objet de l'art juridique, comme le dit Villey est la «consistance même du *partage*».⁶⁶ Il parle donc de relation, mais de relation manifestée dans une part.

Enfin, un autre texte montre bien le flottement de l'expression: «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 dans 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*»⁶⁷ «Dans les choses» ou «dans le partage fait dans les choses»? Le rapport juridique «se manifeste»: est-ce à dire qu'il devient visible dans les choses? Il est en effet permis de penser que les choses, chez Villey, ne sont que le lieu de la manifestation du rapport juridique, non le droit lui-même. La chose reste cependant la «consistance» nécessaire de ce droit et Villey reste fidèle à la formulation romaine du *ius*, langage réifiant s'il en est.

2. 3. Villey subjectiviste?

De ces remarques surgissent deux questions. La première concerne le fait qu'Hervada définit l'erreur subjectiviste comme une confusion entre la

⁶⁵ Cf. *La formation*, op. cit., p. 247. Le passage suivant est particulièrement significatif de l'objectif de Villey: «Ce qui nous concerne seulement, c'est que ces sens s'accordent apparemment avec ce que nous avons appelé le «type idéal» de la philosophie classique du droit naturel; que dans les exemples susdits, le *ius* romain soit toujours une chose, et non la maîtrise sur une chose.» Il faudrait encore ici citer toute l'argumentation de Villey à propos de l'interprétation de *ius utendi*, *ius altius tollendi* ... *aut non extollendi*: «Que veut dire *ius* dans ces textes pris en exemples? Pas d'hésitation, il désigne une chose, Gaius a situé les *iura* dans sa *pars rerum*; il en fait une espèce de *res*: objets que le juge a pour office de distribuer entre des personnes (ou qui peut former la matière, la «cause du procès»). Jusqu'à l'usufruit ou la servitude sont traités comme *choses*, *substantivés*. Une pauvreté de la langue française est de ne pas disposer de la forme de l'infinitif substantivé. Mais en latin cette forme existe, et l'infinitif se décline (*utendi*, *non extollendi*, etc.), prenant la valeur d'un objet. Le *ius* des *Institutes* n'est pas attribut attendant au sujet, liberté d'agir (la liberté ne se partage pas), mais cette part de choses qui revient à chaque personne dans le groupe par rapport aux autres». Cf. aussi *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 77-78. On voit ici combien Villey suit de près la terminologie latine. De façon indubitable, le droit, pour Villey, a toutes les caractéristiques d'une chose.

⁶⁶ *La formation*, op. cit., p. 243.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 244.

substance et la relation: où se trouve alors la différence avec le point de vue de Villey? Villey ne tomberait-il pas lui-même dans un tel défaut? La seconde remarque concerne la portée de cette conception du droit comme relation (plus que comme substance), pour le sujet qui nous occupe.

En quoi consistait l'erreur du subjectivisme? Hervada répondait: dans la confusion entre le nom de substance et le nom de relation. Or chez Villey le droit est relation et non substance. Mais Villey n'écrit-il pas précisément contre le subjectivisme? Pour éviter de tomber dans une telle aporie, il faut veiller à ne pas confondre deux niveaux d'analyse: celui de l'analyse juridique et celui de la qualification métaphysique du droit. Pour Hervada, du point de vue juridique, la chose garde son nom propre en tant que substance et s'appelle droit en tant que relation d'attribution de la chose à son titulaire.⁶⁸ Cela dit, du point de vue de sa nature métaphysique, le droit n'est pas cette relation: il est la chose elle-même en vertu de la relation juridique, car c'est l'objet, acte ou chose, qui détermine la relation des deux personnes (ayant-droit et débiteur), la mesure, la limite, la rend extérieure et constitue le dû.

Afin d'affirmer que la substance de la chose n'est pas droit, mais que le droit est substance (le droit est la chose elle-même due en justice), Hervada opère une distinction, que Villey ne semble pas avoir faite, entre la substance de la chose et la substance du droit. Sans doute est-il utile de reproduire ici une réflexion conclusive d'Hervada à propos de la différence entre juridicité (relation) et droit (substance): «La nature du droit est celle d'une relation. Le droit est une chose, mais ce qui constitue la chose comme droit est une relation, la relation de dû, supposée la relation d'attribution. La juridicité ou nature du droit n'est pas une substance, mais une relation.»⁶⁹ Reconnaissons cependant qu'il aurait été plus clair de parler, à propos de la juridicité non de «nature du droit», mais de «caractéristique du droit».

Pour Villey, d'un point de vue juridique, le *ius* est bien la chose elle-même, la «part», en tant qu'elle manifeste un rapport, et non la relation de la faculté morale à l'objet qui proviendrait de l'exigibilité de la chose. Ceci-dit, le droit, du point de vue métaphysique est la relation d'égalité entre les personnes, car le partage, indépendamment de la nécessité de l'objet dans lequel il se manifeste, est fondamentalement relation.

En revanche, pour le subjectivisme, du point de vue juridique, le droit est la faculté morale comme relation de pouvoir sur la chose, conférée par

⁶⁸ Cf. *Introduction critique au droit naturel*, op. cit., p. 141; *Lecciones propedéuticas*, op. cit., p. 230.

⁶⁹ *Lecciones propedéuticas*, op. cit., p. 231: "la naturaleza del derecho es el de una relación. El derecho es una cosa, pero lo que constituye a la cosa como derecho es una relación, la relación de debida, supuesta la relación de atribución. La juridicidad o naturaleza de derecho no es una sustancia, sino una relación."

la norme au sujet de droit. Et, du point de vue métaphysique, selon la conception subjectiviste, le droit est la relation de pouvoir de la personne sur la chose. Or Villey parle bien d'une autre relation: de la relation entre des personnes, relation première qui constitue la chose comme due, et non relation dérivée comme celle que le subjectivisme confond avec le droit. Là se trouve la différence fondamentale entre le réalisme et le subjectivisme. Il faut la chercher dans l'analyse juridique et non dans la qualification métaphysique du droit, dont nous avons vu de surcroît les hésitations et les confusions.

2. 4. *Quel type de relation?*

Voilà qui nous permet de répondre à la seconde question: Villey et Hervada sont d'accord sur l'essentiel du point de vue de l'analyse juridique. Dans son *Introduction critique au droit naturel*, Hervada posait une question fort éclairante sur la relation, lorsqu'il disait que, suivant le sens réaliste, la chose a un nom propre en tant que substance et s'appelle droit en tant que relation, alors que la faculté morale conserve ce nom en tant que substance et s'appelle droit subjectif en tant que relation: «Mais en relation avec quoi?» Il s'agit là de la question essentielle au moment d'identifier le subjectivisme juridique. Citons Hervada:

Le droit au sens réaliste signifie la relation d'attribution de la chose en ce qui concerne le sujet d'attribution, en même temps qu'une relation bilatérale: la chose est – ou peut être – au pouvoir d'un autre sujet, qui n'est pas le sujet d'attribution; c'est pourquoi une chose est due et, en conséquence, exigible. (...) De son côté, la loi est droit en relation avec la chose juste: règle du droit; et la faculté morale est droit subjectif en tant qu'ensemble de manifestations du pouvoir ou de la domination sur la chose.⁷⁰

Le subjectivisme s'intéresse à la relation de pouvoir de la personne sur la chose, le réalisme vise lui la relation d'attribution qui fait que la chose est due à son titulaire. Dans ses *Lecciones propedeuticas*, Hervada est encore plus clair au moment d'identifier la relation génératrice du droit:

Nous nous trouvons en présence de deux relations: la relation de «être sien» entre la chose et son titulaire et la relation de dû entre la chose et son titulaire. C'est dans cette dernière relation que consiste formellement la juridicité. Dit d'une autre façon, c'est par cette relation que la chose est formellement droit. Non pas la première, parce que la répartition ou distribution ne constitue par formellement la chose en droit. La chose est seulement «droit» dans une relation d'altérité, quand il y a deux sujets, dont l'un est le titulaire ou créancier et l'autre est le débiteur. (...) Sans cette altérité, il n'y a pas «droit», ce qui met en relief que la relation «être sien»

⁷⁰ *Introduction critique au droit naturel*, op. cit., p. 41-42.

– qui peut exister sans altérité, comme par exemple pour Robinson Crusoe – n'est pas constitutive du droit, même si elle le fonde.⁷¹

Nous retrouvons là les moments logiques du processus juridique analysés plus haut. Le détour par l'interprétation de Villey a néanmoins été profitable, parce qu'il met en lumière l'enjeu de l'opposition entre réalisme et subjectivisme. Celui-ci ne semble pas affecté par la conception métaphysique du droit. En fin de compte, Villey se méfie du substantialisme moderne, mais retrouve le langage réifiant du droit romain. Il maintient la notion de relation jusque dans son analyse ultime de la nature du droit, mais accompagne Hervada sur toute la partie du chemin où s'opèrent les distinctions cruciales entre les types de relation. La différence entre réalisme et subjectivisme se trouve en amont d'une analyse métaphysique.

Le cœur de l'argumentation de Villey ne diffère pas de celui d'Hervada: tous deux soulignent que l'altérité est une caractéristique essentielle du droit et que la relation constitutive du droit n'est pas la relation juridique. Or le subjectivisme s'intéresse à la relation constitutive du droit, qui est une relation entre la chose et la personne: son fondement est l'attribution de la chose à son titulaire, la condition «d'être sien». Le réalisme s'intéresse au contraire à la relation juridique, relation entre deux ou plusieurs sujets, dont le fondement est le droit ou la chose juste. Dans ce cas, les termes de la relation sont deux personnes et le droit constitue le fondement de la relation.

Hervada, lorsqu'il dit que le droit indique une relation, fait une analyse juridique, dont il serait pour le moins aventureux de donner une traduction métaphysique. Il ne souligne pas la centralité de la substance pour différencier la chose, la norme et la faculté morale (au fond, personne ne confond le nom de ces substances) mais indique que les divergences se nouent au moment de dire quelles relations constituent le phénomène juridique: sont-ce les deux relations corrélatives (objet-ayant droit et objet-débiteur) dont l'objet est le terme unifiant et spécificateur? Est-ce la relation loi-objet, dont la loi est la cause? Est-ce la relation unilatérale de pouvoir sur de la personne sur la chose?

En fait, ce ne sont pas les substances que confondent les normativistes et les subjectivistes, mais les relations et leur priorité logique. La ligne de démarcation entre réalisme et subjectivisme ne se situe pas au niveau de la définition de la nature métaphysique du droit – comme relation ou substance –, mais bien dans le domaine juridique. La relation juridique est réaliste lorsqu'elle réunit les trois termes qui intègrent la notion de droit: deux personnes et un objet, terme unifiant de deux relations bilatérales qui le constituent comme un objet dû. La relation est normativiste lorsqu'elle place la loi

⁷¹ *Lecciones propedéuticas*, op. cit., p. 231. La traduction est nôtre.

au centre du processus; elle est subjectiviste lorsqu'elle dépend de la faculté du sujet. Villey et Hervada se prononcent sans aucune ambiguïté en faveur de la conception réaliste.