

L'émergence de la notion de droits subjectifs dans la seconde moitié du XVI^e siècle

La notion de droits subjectifs est l'une des plus controversées de la philosophie et de l'histoire du droit. La « querelle du droit subjectif » qu'elle a engendrée oppose deux interprétations de l'histoire du droit. La première, défendue par Georges de Lagarde, puis par Michel Villey, affirme que la notion de droits subjectifs a été forgée au XIV^e siècle par Occam, qui aurait opéré une « révolution copernicienne » en façonnant l'idée de droits individuels, en opposition à la doctrine classique du droit objectif. Elle établit de ce fait un lien direct entre ce tournant nominaliste et la genèse de l'idéologie propre aux démocraties modernes. La seconde interprétation, soutenue entre autres par Brian Tierney ou James Burns, affirme à l'inverse que la jonction entre le *ius naturale* et une sorte de pouvoir subjectif, ou faculté inhérente aux individus, a été opérée par les canonistes des XII^e et XIII^e siècles. L'idée de droits subjectifs aurait donc pris naissance au sein de sociétés holistes, et non dans le contexte culturelle de la société moderne individualiste.

Reste à savoir, comme le fait remarquer Thierry Sol, si la multiplication de la revendication de droits, aux XII^e - XIV^e siècles, « suffit à créer du droit subjectif ». L'explication du *ius* par la *facultas* et la *potestas* permet-elle d'affirmer que les auteurs médiévaux ont élaboré le concept de droit subjectif ? Rien ne semble moins évident, parce que la présence de la notion de droit subjectif, sa dénomination comme droit subjectif et sa mobilisation dans l'argumentaire juridique sont trois choses différentes. Et si l'association entre le droit et le pouvoir individuel apparaît bien dans la période médiévale, les historiens s'accordent à reconnaître qu'il faut attendre le XVIII^e siècle pour que la notion de droits subjectifs acquiert une dénomination juridique technique.

L'idée que je souhaierais vous soumettre est que, sans atteindre le degré de formalisation des déclarations de droits américaine et française, il revient aux juristes et théologiens du XVI^e siècle d'avoir progressivement dégagé le concept de droit subjectif et de l'avoir intégré dans le corps du droit. C'est ce que j'aimerais montrer en prêtant une attention particulière aux conditions de possibilité de la notion, c'est-à-dire aux outils conceptuels qu'il fallait forger pour élaborer l'idée de droits inhérents à la nature humaine et l'inscrire dans la procédure civile.

Si l'on prend en considération les présupposés théoriques de l'idée de droits subjectifs, on note en premier lieu qu'elle implique que le théoricien déplace son niveau d'analyse du général vers le particulier sans perdre l'exigence scientifique d'universalité. En opposition à la doctrine du droit objectif, il faut opérer une qualification à la fois du droit naturel et du genre humain. Concernant le droit naturel, il s'agit d'une opération assez peu intuitive, parce que la tradition n'en fait pas un objet, mais un sujet. Le droit n'est pas défini comme un attribut propre, mais comme ce qui instaure un juste équilibre entre deux choses. En d'autres termes, il n'est pas dans sa nature d'être objectivé parce qu'il établit une correspondance. C'est à l'inverse ce qu'implique l'idée du droit comme attribut du sujet. De

même, l'idée de droits subjectifs requiert que l'on ne considère plus le genre humain en tant qu'espèce, mais que l'on se réfère à ses membres particuliers. Il faut passer de l'universel – l'humanité en tant qu'espèce – au singulier – l'homme en lui-même –, soit donc prendre pour base la nature des parties de l'espèce.

Ensuite, la notion de droits subjectifs repose sur l'idée de droits inhérents à la nature humaine. Elle sous-entend que cette dernière peut être conçue comme support de droits. Cette thèse va également à l'encontre de la tradition philosophique, qui ne recourt pas au registre du droit lorsqu'elle s'interroge sur la nature humaine. L'homme est généralement défini comme un être de raison, avec des variantes dont le champ définitionnel ressortit toujours à d'autres données « psychiques » telles les passions, la volonté, le désir ou autres. L'énonciation du droit à la vie, à la liberté, à l'intégrité physique, à la propriété, relève d'un tout autre ordre de considérations, introduisant une juridicisation de la nature humaine.

Et troisièmement, la notion ne peut avoir valeur explicative avant d'être intégrée dans un système de pensée déterminé. Il faut en conséquence considérer le moment où l'idée de droits humains devient une composante du corps de droit et est mobilisée dans son sens technique, soit donc revenir sur l'élaboration d'un système juridique intégrant le droit subjectif.

Je tenterai de mettre en évidence ce triple mouvement par une comparaison entre les théories du droit de la première et de la deuxième générations des courants de l'humanisme juridique français et de l'humanisme rationaliste espagnol du XVI^e siècle, dans le cadre pour le premier d'une redéfinition de la catégorie romaine de l'*actio*, et pour le second d'une controverse sur la nature du *dominium*.

I.

La tradition de l'humanisme juridique

1. François Connan (1508-1551) : de la justice générale à la justice particulière

On reconnaît François Connan comme un des plus éminents représentants de l'humanisme juridique. Ses *Commentarii iuris civilis* (1566) constituent une œuvre pionnière inaugurant le courant de l'humanisme systématique développé ensuite par François Le Douaren, Jean de Coras et Hugues Doneau. Connan entreprend une réorganisation rationnelle des principes du droit dont il propose une exposition systématique. Après un premier livre sur la définition du droit et de la justice, il traite successivement des personnes, des choses, et des actions, conformément à la classification romaine du droit, mais il ne consacre qu'un livre aux deux premières, tandis qu'il consacre sept livres aux actions. Cette simple donnée formelle indique d'emblée qu'il compose en fait un traité de droit civil.

a. La définition du droit naturel

L'une de ses premières innovations est de rejeter la répartition du droit léguée par la tradition. Les théoriciens du XVI^e siècle héritent d'une définition du droit naturel qui ne distingue pas les hommes des autres vivants. Pour la tradition, le droit naturel s'applique à l'ensemble des créatures naturelles. Connan rejette cette thèse formulée par Ulpian en soutenant que, les animaux ne possédant ni le langage ni la raison, ils sont incapables de forger l'idée de droit. De quoi il conclut que le droit naturel est un ordre de droit propre aux hommes.

Dire que le droit naturel est propre au genre humain ne veut pas dire pour autant que les hommes possèdent des droits naturels. Connan conserve l'idée d'une extériorité de l'ordre du droit par rapport à ses objets. En d'autres termes, il ne considère pas que **les hommes ont des droits naturels, mais qu'ils participent du droit naturel**. Ses premiers principes sont inscrits en l'homme et dégagés par la droite raison de sorte à ce que l'ordre juste puisse s'établir. Comme son contemporain dominicain Francisco de Vitoria, Connan place au centre du droit l'opérateur central de la raison, qui permet à l'homme de dégager la normativité naturelle et de s'y conformer pour établir de justes rapports avec ses semblables. En d'autres termes, le droit naturel est compris en relation avec la justice générale, et non particulière. Il est commun à tous les hommes, et n'appartient à personne en propre. Connan appréhende le droit naturel dans une perspective générale ; il maintient sa représentation comme un droit non qualifié.

b. Les personnes

C'est logiquement dans la partie qu'il consacre aux personnes que l'on peut trouver des précisions sur la façon dont le droit naturel caractérise selon lui le genre humain. On s'attendrait à ce qu'il reprenne sa thèse d'un droit naturel propre aux hommes pour indiquer ce qu'ils gagnent ou perdent lorsqu'ils s'organisent en cités et instaurent un ordre de droit civil. C'est sur cette différence d'état que s'appuie les auteurs de l'humanisme rationaliste pour affirmer que les hommes sont libres par nature, et que les servitudes sont introduites par le droit humain. Or, Connan opère le mouvement inverse. **Cf texte 1** : Il avance que, si l'on y prête attention, l'idée de liberté émerge par la négative. C'est l'épreuve de la servitude qui fait naître et connaître l'idée de liberté, de sorte que s'il n'existe pas de servitude, comme sous le droit naturel ou encore entre Chrétiens, on ne peut pas lui opposer la liberté. Connan en déduit que la distinction entre liberté et servitude n'a pas de sens suivant le droit naturel ; « Personne ne peut être dit libre parce qu'il n'y a encore aucun serf ». On peut simplement parler, comme le fait le Florentin (Accurse), d'une faculté naturelle de faire ce que l'on veut dans les limites du droit, si l'on prend garde de préciser que, « si l'on y réfléchit bien, on l'appelle une faculté parce qu'il s'agit plus de ce qui est fait que de droit ».

Ces précisions liminaires une fois faites, Connan traite des personnes en reprenant les critères romains de distinction suivant leur condition, leur dignité et leur style de vie. La première division qu'il établit est celle entre les hommes serfs et les hommes libres, qu'il attribue à Gaius. La liberté n'est donc pas conçue comme un état naturel, mais comme un « statut » social, une condition, qui s'oppose à celle des hommes qui sont sous la maîtrise d'un autre. Connan se conforme à la tradition. Il n'opère pas de distinction entre l'essence humaine manifestée dans l'état de nature et dans l'état civil. Il ne considère pas la condition des hommes en tant qu'hommes, mais des distinctions induites par l'institution de la cité.

c. Les actions

La pensée de Connan est étrangère à l'idée de droits subjectifs parce qu'il privilégie, d'une part, la perspective de la justice générale, soit donc d'un droit naturel non qualifié, et d'autre part celle du genre humain, et non des particuliers qui le composent. On trouve par contre un renforcement de la protection juridique des particuliers dans sa théorisation des actions. Connan introduit à ce niveau deux innovations majeures par rapport au droit romain. D'une part, il élargit la catégorie des actions en y incluant tous les faits juridiques créés à partir de la volonté humaine. Il associe d'autre part la notion d'*actio* à celle d'*obligatio*. Il définit l'action comme l'engendrement d'une obligation mutuelle (*mutua obligatio*), signifiant par là que la forme contractuelle confère nécessairement aux parties à la fois des droits et des devoirs. Cf [texte 2](#)

C'est ce qu'il appelle « le droit que nous avons en propre sur toutes nos actions, [...] qu'Aristote appelle le contrat synallagmatique ». Toute la catégorie des actions engendre des obligations légalement déterminées, permettant au particulier de poursuivre en justice celui qui ne s'acquitte pas de ses devoirs. En s'appuyant sur Aristote, Connan élargit également la catégorie des actions dites synallagmatiques en y incluant les délits, parce que, dit-il, « nous en sommes également les acteurs ». [texte 3](#). Les particuliers peuvent donc saisir la justice pour tous les délits qui résultent d'un refus d'observer les obligations inhérentes aux contrats, comme le vol, la rapine, l'homicide, l'adultère etc.

Dans sa théorisation des actions, qui ressortit du droit civil, et non du droit naturel, Connan n'adopte plus la perspective de la justice générale, mais celle de la justice particulière, ou distributive. L'engagement contractuel institue les deux parties sujets de droit, de sorte que l'on est placé dans l'interface entre deux « sujets » juridiques. [Texte 4](#). Il ne va cependant pas jusqu'à penser l'action comme un concept général de l'acte juridiquement obligatoire. Connan reste dans la conception de l'action comme relation de droit engendrant des comportements légaux déterminés. C'est à Doneau que l'on doit la théorisation de l'action comme une partie du droit propre aux personnes.

2. La formalisation des droits subjectifs par Hugues Doneau (1527-1591)

Hugues Doneau, qui a été formé à Bourges par François Le Douaren, s'inscrit comme Connan dans le courant de l'humanisme systématique. Son œuvre majeure, les *Commentarii de iure civili* (Francfort sur le Main, 1596), propose une exposition purement rationnelle de l'ensemble du droit romain. Elle se distingue cependant de celle de ses contemporains par l'introduction d'une « idée encore neuve chez les juristes de l'époque, le concept de droit subjectif » (Jean-Louis Thireau). A la différence des sources généralement mobilisées par les historiographes dans les études sur la notion de droit subjectif, Doneau l'élabore en dehors des discussions sur la définition du *ius*, du *dominium* et de la *potestas*. Il dissocie l'idée de droits subjectifs de la référence au pouvoir exercé sur les choses en remodelant les catégories juridiques établies par le droit romain.

a. La théorisation des droits subjectifs

Doneau introduit deux nouveautés par rapport à ses prédécesseurs dans son interprétation du droit civil romain. La première est sa liaison de l'*actio* et de l'*obligatio* dans l'idée de « *ius nostrum* », qui forge à proprement parler l'idée de droit subjectif. La seconde est sa redéfinition de l'*actio* comme une partie de notre droit, et non comme une catégorie du droit, à côté des personnes et des choses.

Son traité est intégralement composé sur la base de ces deux innovations. Elles sont pointées dès la préface de l'ouvrage. Cf [texte I](#) Doneau la débute en remarquant que si rien n'était à personne en propre, ou bien si tous les hommes partageaient spontanément leurs biens avec les autres, ou encore si l'on pouvait prendre aux autres leurs biens sans leur faire injure ou sans porter atteinte à l'intérêt public, il serait inutile de s'interroger sur ce qui tient la société du genre humain, autrement dit sur l'art qui permet d'attribuer à chacun ce qui lui revient. On en est cependant loin, remarque-t-il, car comme l'enseigne l'expérience, aussi divers que soient les hommes, chacun possède toujours en propre de nombreuses choses. Personne en effet ne peut vivre sans avoir des biens privés, et à défaut, on peut tirer les choses nécessaires à la vie de la jouissance des biens publics ou communs, comme les mers, les fleuves ou les lieux publics.

« Et si toutes ces choses viennent à manquer, il n'est pourtant personne qui n'ait en propre quelque chose dans sa personne même. Dieu a en effet attribué à la personne propre de chacun certaines choses, que les hommes pourraient dire leur être plus propres encore que les choses extérieures. Ces biens propres sont la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, et d'autres choses du même genre. Et si ils sont à chacun, cela signifie qu'on les lui doit. »

Parmi les choses que chacun a à titre privé, Doneau introduit une distinction entre ce qui est propre à la personne de chacun, autrement dit les droits propres aux hommes, et ce qui

est nôtre dans les choses extérieures. Lorsqu'il analyse le premier type de droits, il opère une première subversion de la pensée juridique classique en supprimant la relation intersubjective impliquée par le précepte latin « suum cuique tribuere » (donner à chacun ce qui lui est dû), qu'il interprète comme devant viser « ius suum », c'est-à-dire le droit de chacun, ou « son droit ». Le principe suprême de la justice, dit-il, est qu'elle doit conférer à chacun son droit. Mais le droit ne s'instaure pas pour lui dans une relation équitable ; il le « subjectivise », ou le qualifie, en le considérant comme ce qui réside dans la personne considérée en elle-même. Il transforme ainsi la théorie du droit en une théorie des droits.

Ce qui nous appartient en propre, ou « ce qui nous est attribué par la nature », « sont la vie, l'intégrité corporelle, la liberté et la considération » cf texte 2. Ces attributs sont à ce point constitutifs de la nature humaine que même si toutes les autres choses extérieures faisaient défaut, il n'en resterait pas moins que l'homme les conserverait en lui. Doneau les définit donc à proprement parler comme des droits subjectifs. Ces droits commandent que nous protégions notre vie, que notre corps ne soit pas blessé ou maltraité, que nous puissions faire ce que nous voulons, et que notre dignité reste intègre, conformément aux lois et aux mœurs.

Doneau en rend compte en avançant la thèse selon laquelle l'homme est façonné par Dieu, et que ce dernier lui a donné des droits qui, définis comme des facultés, forment des attributs de la personne. Dieu a d'abord conféré à l'homme la vie, et dans la mesure où elle serait inutile et sans valeur s'il n'avait pas les moyens de la préserver, il lui a également donné le droit de protéger son corps, sa liberté, et sa dignité. C'est pourquoi il faut dire que ces droits appartiennent à l'homme de par Dieu, qui reste l'unique juge du droit de vie, tandis qu'il revient au droit des gens de protéger l'intégrité physique, la liberté et la dignité de chacun.

Ces quelques lignes suffisent à montrer à quel point Doneau s'est éloigné de la pensée juridique traditionnelle. Son argumentation permet d'identifier les multiples déplacements de sens qu'il opère. Le premier tient à la définition même du droit. Doneau déplace le lieu du droit. Il n'en donne plus une définition normative, générale, en le considérant comme un juste rapport qui doit être rétabli entre deux termes, mais comme un objet qualifié inhérent à la nature humaine. Il le détermine en lui conférant un contenu précis. Pour identifier ce dernier, il opère une sorte de réduction phénoménologique à la Descartes, en considérant ce que conserve l'homme abstraction faite de son rapport au monde. S'il n'y avait plus rien en dehors de nous, il n'en resterait pas moins que l'on conserverait sa vie, son corps, sa liberté et sa dignité. Ces biens constituent donc des droits subjectifs au sens où ils soutiennent l'homme. Dans ces quelques lignes, Doneau énonce le principe de la théorie des droits subjectifs, des droits qui « tiennent à la personne » au point d'être constitutifs de l'être humain. En d'autres termes, il judiciarise la nature humaine.

L'autre nouveauté qu'il introduit tient à sa définition des attributs humains. La tradition philosophique répond classiquement à la question ontologique de l'essence humaine en définissant l'homme comme un être de raison. Il en existe certes des variantes, mais le

champ définitionnel mobilisé ressortit toujours à d'autres données « psychiques » telles les passions, la volonté, le désir ou autres. Doneau ouvre un nouvel angle sur cette question. Il ne cherche pas à singulariser l'homme par rapport aux autres étants, mais à identifier ce sans quoi il ne peut être. Il propose pour la première fois une définition ontologique de l'homme en prenant en considération les conditions de possibilité de l'existence humaine. Doneau façonne la notion de droits subjectifs en dégagant les pré-requis intrinsèques à l'existence humaine en soi, indépendamment de toute considération empirique, telle l'épreuve du pouvoir.

Le troisième élément déterminant pour notre étude est que Doneau introduit la notion de droits subjectifs en tant que concept technique dans l'ordre juridique. Il a été souligné que l'idée de droits subjectifs tenait une place importante dans la jurisprudence médiévale, mais elle n'était pas intégrée dans un système juridique. C'est la dernière étape à laquelle parvient Doneau en plaçant le droit subjectif au centre de sa théorie du droit privé. Ce qu'il justifie en faisant remarquer que l'on ne peut détailler les moyens d'obtenir son droit si l'on ne sait en quoi il consiste. Le juriste doit donc accorder la première place à la connaissance de ce qui constitue notre droit. Après l'énonciation de ce qu'on peut appeler le « premier catalogue des droits humaines » (Heribert Waider), Doneau consacre en conséquence son traité à l'analyse de l'ensemble des procédures permettant de le faire reconnaître en justice.

b. La doctrine de la procédure

Doneau traite des actions après l'analyse des droits qui se rapportent aux personnes et aux choses. En cohérence avec sa doctrine des droits subjectifs, il transforme la catégorie romaine des actions en les définissant comme l'ensemble des procédures permettant aux hommes de faire reconnaître leur droit par voie judiciaire. En d'autres termes, il élabore une doctrine de la procédure civile.

Cf texte 3 Il débute ses analyses en rappelant que, suivant Gaius, l'ensemble du droit se répartit entre ce qui concerne les personnes, les choses ou les actions. Or, dit-il, ce qui est nôtre consiste dans la personne de chacun et dans les biens extérieurs dont elle dispose. Les actions doivent donc être comprises comme le moyen principal de maintenir notre droit, c'est-à-dire qu'elles recouvrent l'ensemble des poursuites judiciaires qui découlent de ce qui est nôtre. Doneau en conclut que l'action ne doit pas être comprise comme ce qui engendre des droits et des devoirs, comme l'interprète Connan, mais comme l'ensemble des actes juridiquement obligatoires. Il la définit comme une conséquence logique de **notre** droit, puisque ce qui nous est dû est ce qu'un autre est obligé de nous assurer, ou de nous garantir. Les actions sont les expédients, les « remèdes », qui nous permettent de faire valoir nos droits subjectifs contre ceux qui refusent de les reconnaître, En d'autres termes, elles assurent la protection légale des droits subjectifs et des droits privés. Ce qui justifie pour Doneau de les inclure dans la catégorie plus générale des choses qui nous sont propres, soit donc des droits subjectifs et des droits matériels. Il introduit ainsi la **thèse moderne d'une subordination de l'action au droit subjectif**.

II.

La tradition de l'humanisme rationaliste

On observe le même glissement de sens, dans le courant de l'humanisme rationaliste du XVI^e siècle, de l'idée d'un droit naturel conférant aux hommes en tant qu'espèce certains droits, à celle de l'homme comme support de droits subjectifs. Cette évolution ressort lorsque l'on compare les théorisations successives des rapports entre le *ius* (droit) et le *dominium* (domaine, maîtrise) de la première et de la deuxième générations de ses tenants, et plus spécifiquement Francisco de Vitoria et Domingo de Soto.

1. Francisco de Vitoria (1494-1560) et la doctrine du droit naturel subjectif propre au genre humain

Francisco de Vitoria est généralement présenté comme le fondateur du courant de la seconde scolastique. Il aborde la question des « droits subjectifs » dans un de ses cours réguliers consacré au commentaire de la somme théologique de Thomas d'Aquin. Il insère une discussion sur la définition du *dominium* dans son commentaire de la question 62 portant sur la restitution. Thomas d'Aquin avait distingué le *ius* et le *dominium* en signalant qu'ils ne relevaient pas, selon lui, du même domaine sémantique, et il les abordait indépendamment l'un de l'autre. Il définissait le droit comme ce qui instaure un juste rapport entre deux choses, tandis que le domaine désignait pour lui la maîtrise rationnelle que l'homme exerce sur lui-même et sur les autres.

La tradition nominaliste, à l'inverse, identifiait les deux notions en les associant au pouvoir de disposer librement de ses biens. Au XV^e siècle, Jean Gerson et Conrad Summenhart avaient synthétisé ces thèses en introduisant une compréhension subjective du droit. Ils l'avaient assimilé au *dominium*, qu'ils définissaient comme « le pouvoir, ou la faculté, d'user d'une chose à sa convenance, en conformité avec la loi ».

Puisqu'il n'y a restitution qu'au regard de la propriété, Vitoria doit déterminer si, comme on le déduit de la définition du *dominium* donnée par Gerson et Summenhart, l'homme possède par nature un *ius ad rem*, c'est-à-dire un droit subjectif découlant de sa qualité d'être humain. Il mentionne leur thèse selon laquelle le droit est le *dominium*, ou la faculté d'user d'une chose conformément à la loi, et il remarque que, « si l'on suit cette définition très large, alors en effet le droit correspondra au *dominium* ». Mais il refuse d'en faire un principe de droit parce qu'elle est trop imprécise. Il la dénonce comme abusive parce que la notion de pouvoir est plus extensive que celle de *dominium*. Les sujets ou la femme ont ainsi certains droits sur le prince ou le mari, mais on ne dit pas qu'ils ont sur eux un *dominium* - ce pour quoi les juristes la refusent.

De quoi il déduit que si l'on définit précisément le droit, il est incorrect de le lier à la notion de *dominium*. La réelle marque du *dominium* est la distinction qu'il instaure entre

l'homme et les autres créatures, à savoir la faculté d'être maître de soi, libre au sens d'un contrôle de ses affects. Au sens strict et précis, c'est-à-dire dans son vrai sens, le *dominium* désigne selon lui la maîtrise de soi, comme le définit Thomas. Elle permet d'élaborer le concept d'autonomie, c'est-à-dire la maîtrise des affects par l'usage de la droite raison. Conformément à sa tradition de pensée, Vitoria soutient que le *dominium* de l'homme désigne la maîtrise de soi par l'activité rationnelle, et non son pouvoir sur le monde extérieur.

Il est bien connu qu'une des critiques majeures de Villey contre Vitoria est d'avoir introduit une définition subjective du droit. En se basant sur la Leçon sur les Indiens, Villey affirme qu'en défendant le droit de propriété des Indiens sur leur territoire, Vitoria développe une doctrine des droits subjectifs. On s'aperçoit cependant que ce n'est pas en ces termes que raisonne Vitoria lorsque l'on recontextualise les citations sur lesquelles Villey se fonde pour l'affirmer. **Cf texte I**

Dans son commentaire de la question de la restitution, Vitoria reprend la thèse classique selon laquelle le *dominium* est à l'origine de droit divin. La première division a été faite par Adam, puis par Noé. Par la suite, Dieu a donné le royaume d'Israël à Saul, puis à David. Vitoria se demande ensuite si le *dominium* peut aussi être de droit naturel, et il y répond par l'affirmative en disant qu'à l'origine, la division des biens a été faite parce que les hommes ont plus d'inclination pour leurs biens propres que pour les biens communs. Elle permet d'assurer une cohabitation plus pacifique et plus avantageuse que la communauté de biens. Après cette division et appropriation des biens, on a deux moyens d'acquérir un *dominium* : le premier est que le maître antérieur nous le transfère volontairement, et le second découle de l'autorité du prince, c'est-à-dire de Dieu, ou de la république, qui a transféré toute son autorité au prince. De quoi il s'ensuit que

les Chrétiens ne peuvent pas occuper les terres des infidèles si ces derniers en sont les vrais propriétaires et qu'elles n'appartiennent pas aux chrétiens. (...) Car après que la division des biens a été faite, les infidèles attendaient ces terres, et ni eux ni leur prince n'ont voulu nous les donner. Ils en sont en conséquence les vrais propriétaires, et comme ils ne veulent pas nous les donner, il s'ensuit que nous ne pouvons pas les prendre et les conserver. Il est donc certain que personne ne peut prendre ces terres aux Indiens.

On ne peut donc pas dire que Vitoria confère des droits subjectifs aux Indiens lorsqu'il soutient qu'ils ont des droits sur leur territoire, parce que son argumentation est tout autre. Il reprend une des thèses de sa tradition de pensée, en expliquant la répartition à la surface de la terre en se référant d'abord au moment où tout était commun, puis à celui où les hommes se sont répartis les terres. Conformément à la tradition, il maintient qu'il est de droit naturel que les hommes se les partagent, et que le droit naturel confère le *dominium* au prince par la république. **Comme Connan, Vitoria ne dit pas que les peuples ont des droits naturels**

sur leur territoire, mais que, de par le droit naturel, les peuples possèdent un *dominium* sur leur territoire. En d'autres termes, il conserve la définition du droit naturel comme d'un droit non qualifié.

Certains autres commentateurs, comme Daniel Deckers, s'appuient sur certaines citations, telle « la liberté est dite être de droit naturel », pour soutenir qu'il défend le droit naturel de liberté. Or, de même que dans le cas précédent, cette sentence s'insère dans un paragraphe (cf texte 2) où il discute d'une possible révocation du droit naturel par la division des biens – ce qui est en soi impossible parce que le droit naturel est inviolable. Pour en rendre compte, il explique que la loi peut être prescriptive, permissive ou consultative, et qu'il faut comprendre la communauté des biens non comme une loi prescriptive, mais permissive, de sorte que la division des biens ne la révoque pas. Il clôt son paragraphe en remarquant que, de même, on peut dire que la liberté est de droit naturel, et qu'elle autorise pourtant la possibilité d'établir des servitudes.

La proposition selon laquelle « il est de droit naturel que l'homme se conserve » (cf texte 3) s'insère également dans un raisonnement qui ne corrobore pas la thèse selon laquelle l'homme possède le droit naturel de se protéger et de défendre sa vie. Vitoria la formule dans un paragraphe discutant de ce à quoi les peuples sont autorisés de par le droit divin et le droit naturel. Il soutient que les peuples peuvent utiliser leurs terres pour subvenir à leurs besoins parce que le droit naturel leur commande de préserver leur existence. Comme les hommes ne peuvent le faire sans se nourrir des animaux, ils ont le droit de les utiliser, car ils sont là pour leur conservation. Mais il ne s'agit pas d'un droit subjectif, c'est-à-dire d'un attribut propre qu'un homme peut opposer à un autre.

Dans ces textes délicats, Vitoria se rapproche le plus d'une individuation du *dominium* en le mettant en rapport avec les trois catégories des biens humains, mais il maintient que ce n'est pas parce qu'il y a eu violation d'un droit humain qu'une réparation s'impose, mais parce qu'il a été porté atteinte à la nature humaine en elle-même, manifestée dans ces trois types de biens. Comme le souligne Annabel Brett, « Il est *de iure naturali* que l'homme préserve sa vie ; mais on ne peut dire que l'homme a le 'droit naturel' de protéger sa vie. (...) Le *dominium* de Vitoria n'est pas 'un droit naturel subjectif', c'est le droit subjectif (non qualifié), ou mieux, le droit subjectif *simpliciter*. Il appartient à tout le monde, plutôt que de faire partie d'un ensemble de droits appartenant séparément à chaque individu. » Vitoria maintient la perspective d'un droit naturel non qualifié, de même qu'il conserve la notion indéterminée de genre humain.

2. La théorisation par Domingo de Soto (1494-1560) des biens propres de l'homme

Les choses sont différentes pour son ancien étudiant Domingo de Soto. Ce dernier s'inscrit comme lui dans la tradition thomiste, à laquelle il rajoute un intérêt marqué pour Aristote, qu'il a étudié, enseigné, et à qui il a consacré un ouvrage. Soto est formé dans un

contexte intellectuel différent de celui de Vitoria, marqué par les controverses avec les parisiens nominalistes Jacques Almain et Jean Mair. Sa génération a en partie intégré les apports du courant nominaliste, et Soto reprend directement leurs thèses sans se référer aux discussions qu'elles ont nourri par le passé.

Il publie en 1553-1554 une œuvre très remarquée, le *De justitia et jure libri decem*, qui introduit une nouvelle façon d'exposer le droit, reprise ensuite par les juristes ultérieurs. Son traité prend la forme d'une exposition rationnelle des différentes branches du droit, puis de ses objets. Il est organisé suivant les grandes divisions de la Somme théologique de Thomas d'Aquin, mais Soto en réorganise les matières conformément aux exigences de la raison. L'une de ses principales innovations est de ne pas inclure la question de la restitution parmi les objets de la justice. Soto passe directement de la question 61 sur les parties de la justice à la question 63 sur l'acceptation des personnes. Et il intercale à ce niveau un livre entier consacré à la notion de *dominium*. L'analyse des personnes doit donc selon lui être précédée par celle du *dominium*.

Il s'en explique en disant que la question du *dominium* sert de préambule à la question de la justice commutative, mais la suite de ses analyse montre qu'il n'entre pas dans la discussion de sa nature, ni de celle de la restitution. Il traite exclusivement de la question de savoir ce qui est en la possession de l'homme et de ses droits face aux autres et sur les choses. Il se centre en conséquence sur un genre particulier de la justice, la justice distributive – ou, pour reprendre le vocabulaire de la tradition civiliste, la justice particulière –, dont les objets sont le *dominium* et toutes les formes de contrats, conventions et pactes, soit donc l'ensemble des liens de droit privé. Comme Doneau, le cœur de son traité constitue donc un exposé de droit privé.

a. La question du *dominium*

On perçoit l'influence sur Soto de la tradition nominaliste dès l'introduction de son traité, où il expose sa définition du droit. Il n'hésite pas à en distinguer explicitement deux sens. Il explique qu'il peut être compris au sens de loi objective, comme lorsqu'on dit que les préceptes de Dieu sont le droit divin, et les commandements du prince le droit civil, et au sens de droit subjectif, où il désigne le pouvoir légitime exercé sur une personne ou une chose, comme lorsqu'on dit que le père a un droit sur son fils, le roi sur ses sujets, et les hommes sur leurs possessions. A la différence de Vitoria, il avance que l'on peut parler du droit dans un sens général (le droit naturel) et dans un sens particulier, qu'il définit explicitement en termes de droits subjectifs, et qui seront la matière de ses analyses.

Lorsqu'il débute son analyse du *dominium*, il reprend directement la définition qu'en donnent Gerson et Summenhart, sans mentionner celle de Thomas d'Aquin. Selon ces derniers, le *dominium* désigne le pouvoir, ou la faculté, d'user d'une chose selon son propre arbitre. Il englobe le droit de s'approprier un bien, de s'en réserver l'usage et d'en user selon son propre arbitre. Soto leur oppose une première critique en faisant remarquer que la référence au pouvoir est trop indéterminée pour pouvoir être équivalente à celle de

dominium. On n'appelle pas roi celui qui se dit maître des villes et des possessions des citoyens ; celui qui revendique sur eux un tel pouvoir, en les utilisant suivant sa propre utilité, est appelé tyran. Le tyran a le pouvoir d'abuser des biens de ses sujets, mais le *dominium jurisdictionis* auquel il peut prétendre le lui interdit. En d'autres termes, il n'a pas la faculté, c'est-à-dire la licence (*facilitas*), de l'exercer en dehors du droit.

Ce qui conduit Soto à introduire une deuxième nuance dans la définition nominaliste du *dominium*, qui associe *ius*, *potestas* et *facultas*. (cf texte 1) En revenant sur l'étymologie du terme « facultas », il avance qu'il ne dérive pas de *fas*, comme le dit Gerson, mais de *facilitas*. Le pouvoir d'un bandit de s'accaparer des biens qui ne sont pas à lui n'est en effet pas une faculté. A l'inverse, le *dominium* est une faculté qui s'exerce « facilement », c'est-à-dire sans conteste, autrement dit sans violation du droit. Pour éclairer son analyse, il renvoie à la thèse d'Aristote selon laquelle l'âme possède la capacité de commander et de maîtriser le corps ; l'âme, dit Aristote, est « l'entéléchie première d'un corps naturel ayant la vie en puissance, c'est-à-dire d'un corps organisé » (*De anima*, II, 1). Soto développe cette thèse en expliquant que la volonté propre de l'homme joue le rôle de cause motrice de toutes les puissances qui permettent la vie, et plus précisément la coordination des membres du corps. Il en déduit que la *facultas* désigne la capacité de faire venir à l'être ce qui n'est encore en l'homme qu'en puissance. De sorte que, si l'on parle conformément au droit, le *dominium* est « la faculté personnelle (propre) et le droit de faire usage d'une chose qui est nôtre à loisir, suivant notre avantage, dans les limites de la loi », et il précise qu'il s'agit d'une faculté propre, et non d'un simple droit d'usage ou d'un usufruit. Il associe en conséquence le droit propre, ou la faculté d'user de ses biens suivant ce qui nous est utile, et la réalisation des puissances constitutives de l'être humain.

L'apport déterminant de cette conception du *dominium* est qu'il n'est plus pensé en termes de pouvoir. Soto le conçoit sur le modèle de l'empire que l'âme exerce sur le corps, c'est-à-dire de la façon dont la volonté propre, en tant que force motrice, use des biens extérieurs comme de ses propres membres. Comme le dit Paolo Grossi, Soto théorise la *facultas* comme la manifestation de « la souveraineté du sujet et de sa vocation à la concrétiser » par son action. **Comme Doneau, Soto refuse d'associer les notions de droit et de pouvoir.** Les droits subjectifs ne sont pas conçus à partir de l'empirie, en relation avec la force matérielle dont le pouvoir donne l'expérience. Il appréhende l'homme en lui-même, en dehors de sa relation au monde. En d'autres termes, il dégage une faculté inhérente à l'homme, détachée de sa composante factuelle. On peut ne pas en avoir de manifestations, et pourtant le titre, ou le droit, existe en chaque homme, ce qui revient à dire qu'il n'a pas besoin de « preuves matérielles » pour être conçu. Il est de ce fait opposable aux faits, et plus précisément à l'arbitraire du pouvoir.

Soto achève son analyse du *dominium* avec la distinction entre hommes libres et hommes serviles. A la différence des juristes français, qui reprennent la distinction romaine sans la questionner, Soto remarque, comme Covarrubias, que les hommes ont été créés libres, ce qui implique de considérer la liberté comme un droit naturel. Les servitudes sont

introduites par le droit des gens et prolongées dans le droit civil, mais les juristes espagnols en questionnent le bien fondé en se demandant ce qui fondent et justifient les rapports de soumission et de domination. Ils sont ainsi conduits à défendre la thèse selon laquelle tout homme est libre par nature, et que tout rapport d'autorité doit se justifier en raison.

b. Les biens propres : vie, honneur et réputation, propriété

Soto s'attaque ensuite à la question de savoir si l'homme est maître de sa vie propre, c'est-à-dire s'il a des droits sur elle. (cf texte 2) Conformément à sa tradition de pensée, il répond par la négative, parce que si tel était le cas, les hommes pourraient la perdre et l'aliéner comme un autre bien, ce qui impliquerait que leurs potentialités ne pourraient pas s'actualiser. D'autre part, on ne peut pas posséder de droit naturel sur sa vie parce que le premier des instincts naturels pousse à se conserver. Le droit naturel ne permet donc en aucune façon à l'homme de se tuer, parce qu'il n'a pas la maîtrise de sa vie. Soto en conclut que l'homme n'acquiert pas la vie par lui-même (*per se*), mais qu'il en reçoit la faveur et les œuvres de Dieu, qui l'a créé.

Le droit de vie est en conséquence un bien humain inviolable parce que fondé sur le droit divin. Soto en déduit que l'homme a le devoir de la protéger, et donc le droit inconditionnel de la faire respecter. Il doit résister aux forces extérieures et se défendre contre ceux qui le menacent. Suivant le même argumentaire que Doneau et que celui qu'on retrouve chez Locke et les révolutionnaires américains du XVIII^e siècle (cf textes 4 et 5), Soto soutient que le droit de vie est inviolable parce qu'il a été conféré par Dieu à sa créature. Il précise qu'il ne s'agit pas d'un droit découlant du statut des personnes, ou du *ius ad rem*, mais d'un bien proprement humain.

Soto déduit du droit de vie (cf texte 3) que l'homme possède également les droits afférents lui donnant les moyens de l'assurer. Il possède en conséquence également en propre un droit sur tous ses biens (droit à la propriété privée), qui lui permet de pourvoir à ses besoins naturelles et de s'assurer une vie confortable. Entre ces deux droits, Soto insère celui au respect de la personne, c'est-à-dire la préservation de la réputation et de l'honneur.

Il prend cependant garde de préciser que ce dernier ne doit pas être posé en regard de la vie, comme le pensent certains, mais de l'utilisation des biens. Ce qui signifie que ce droit propre n'est pas relatif au statut de la personne, c'est-à-dire à la position sociale, mais au statut de propriétaire, c'est-à-dire avec façon dont on use du droit de propriété. En tant que maître de ses biens, l'homme peut en effet faire des choses injustes, comme de les négliger ou de les perdre par mauvaise gestion. On en reste cependant propriétaire, parce qu'aucune loi ne peut priver la personne de son droit de propriété. L'honneur et la réputation sont pour leur part également des biens humains propres, mais à la différence des biens matériels, aucune loi n'empêche de les partager. Ils sont à l'inverse augmentés et favorisés par le droit naturel si, comme l'indique la loi de charité, on fait profiter les autres de ses richesses et que l'on honore le devoir d'amour auquel on est tenu. Car, souligne Soto en reprenant Aristote, l'honneur est la première des vertus, une vertu qui nous permet d'accomplir notre œuvre

propre (charité, l'amour du prochain) avec le concours général de Dieu.

Le dégagement de ces trois biens inhérents à l'homme constitue le point de départ des quatre livres suivants sur l'homicide et les contrats. On retrouve donc chez Soto, de même que chez Doneau, le triple mouvement de détermination du droit naturel et du genre humain, de juridicisation de la nature humaine et d'introduction du droit subjectif dans la systématisation du droit.

Conclusion

Dans son ouvrage *Le complément de sujet*, Vincent Descombes introduit l'étude de la querelle des droits subjectifs par l'exposition des interprétations contemporaines de la notion de sujet de droit. Il mentionne la thèse d'Alain Renaut, qui soutient que « c'est lorsque l'homme en vient à se concevoir comme *moi pensant* que le droit est redéfini comme droit subjectif ». La notion aurait son origine dans la « valorisation de l'humanité comme capacité d'autonomie » introduite par l'humanisme.

L'homme de l'humanisme est celui qui n'entend plus recevoir ses normes et ses lois ni de la nature des choses (Aristote), ni de Dieu, mais qui les fonde lui-même à partir de sa raison et de sa volonté. Ainsi le droit naturel moderne sera-t-il un droit subjectif, posé et défini par la raison humaine (rationalisme juridique) ou par la volonté humaine (volontarisme juridique) (Renaut, *L'ère de l'individu*, p. 53).

Dans le même esprit, Descombes rappelle la position de Kelsen, qui appelle jusnaturalisme ce que Renaut nomme humanisme juridique, en le définissant comme une « liberté, soit la possibilité de se déterminer soi-même. L'homme est sujet de droit parce qu'il a cette possibilité, parce qu'il a une volonté ». Le fondement de la personnalité juridique tiendrait donc à la capacité de l'homme de se reconnaître comme auteur de ses actes.

Les résultats de notre étude nous conduisent à une conclusion différente. Comme nous l'avons vu, la genèse de l'idée de droit de subjectif s'est faite par des déplacements de sens progressifs au sein des doctrines de l'humanisme juridique et de l'humanisme rationaliste du XVI^e siècle. Elle implique l'abandon d'une représentation objective du droit et d'une approche universaliste de l'humanité. Mais elle ne s'ancre pas dans la capacité d'autonomie d'un sujet auto-législateur ; les théoriciens la dégagent par une détermination du genre humain qui les conduit à considérer en propre la nature humaine. Ils ne cherchent pas en outre à définir la singularité de l'être humain par rapport aux autres vivants, mais à dégager les conditions de possibilité de son existence. Ce qui les conduit à juridiciser la nature humaine, c'est-à-dire à mettre au premier plan le fait que l'existence humaine ne serait pas possible si l'on ne conférait aux hommes la possibilité de protéger leur vie, leur intégrité physique, leur honneur et leurs biens.

C'est encore sur cette base que les théoriciens du XVII^e siècle reformulent les problèmes classiques de la philosophie politique. Ainsi par exemple de Locke, qui avance que (cf texte 4)

la raison, qui est la loi [de la nature], enseigne à tous les hommes, s'ils veulent bien la consulter, qu'étant tous égaux et indépendants, nul ne doit nuire à un autre, par rapport à sa vie, à sa santé, à sa liberté, à son bien : car, les hommes étant tous l'ouvrage d'un ouvrier tout-puissant et infiniment sage, les serviteurs d'un souverain maître, placés dans le monde par lui et pour ses intérêts, ils lui appartiennent en propre (...).

De quoi Locke déduit que

L'Etat, selon mes idées, est une société d'hommes instituée dans la seule vue de l'établissement, de la conservation et de l'avancement de leurs intérêts civils. J'appelle intérêts civils, la vie, la liberté, la santé du corps ; la possession des biens extérieurs, tels que sont l'argent, les terres, les maisons, les meubles, et autres choses de même nature.

Le nouveau glissement de sens que l'on observe ne corrobore pas la thèse d'une émergence de l'idée d'un sujet auto-légiférant. Il opère le positionnement de l'homme au fondement de l'institution politique – en d'autres termes, la prédominance de l'individu sur le tout caractérisant la société moderne.