

semblent, elles aussi, parce que l'une et l'autre sont, au fond, des doctrines mixtes, mettant l'accent chacune sur l'un des éléments sans doute, ne retenant même dans la définition que cet élément, mais sans prétendre, pour autant, nier l'autre ou l'exclure. Ni Windscheid ne songe à contester que *Willensmacht* et *Willensherrschaft* ne soient là au service d'intérêts humains vivants, et non pour la satisfaction d'une volonté abstraite, toute philosophique, détachée de la vie ; ni Ihering ne conteste que l'intérêt juridiquement protégé ait besoin, pour le faire valoir, d'une volonté agissante et, dans les limites imparties par le droit objectif, douée d'autonomie. En sorte que, nonobstant les divergences de présentation ou de forme, les uns et les autres, non seulement les partisans des doctrines mixtes, mais les tenants des doctrines extrêmes tombent en fait d'accord pour admettre au nombre des facteurs composants du droit subjectif : l'intérêt et la volonté.

Mais si, comme on croit l'avoir montré, le droit subjectif n'est, considéré en lui-même, en tant que droit, ni intérêt (jouissance au sens de profit), ni volonté (exercice au sens d'action, de mise en œuvre), il ne saurait être davantage une combinaison des deux éléments. On aura beau modifier les perspectives et graduer les dosages, la voie mixte ne peut aboutir parce que deux négations ne composeront jamais une affirmation. C'est donc tout le problème qu'il faut reprendre par la base en recherchant ce qu'il y a, dans le droit subjectif, de spécifique, de distinct à la fois de l'intérêt, même servi par une volonté, et de la volonté, même mise au service d'un intérêt.

SECTION II. — Définition proposée : le droit, appartenance-maîtrise

Compte tenu des résultats de notre analyse critique, le droit subjectif nous paraît devoir se définir d'un mot, qui est un mot composé, dévolant les deux faces d'une même réalité : le droit subjectif est essentiellement appartenance-maîtrise, l'appartenance causant et déterminant la maîtrise.

§ 1er. — L'aspect d'appartenance

Au départ du concept de droit subjectif se place l'idée spécifique d'appartenance. Tout droit subjectif suppose un bien d'ailleurs consacré par le droit objectif, en sorte que cette per-

sonne puisse dire que ce bien ou valeur est sien. Le droit subjectif, c'est d'abord le sien : rendre à chacun son droit (*suum cuique tribuere*), c'est rendre à chacun le sien, ce qui est reconnu appartenir à chacun. Ainsi le droit subjectif se présente d'emblée comme une relation d'appartenance entre le sujet et une chose : d'une part, l'idée de droit ne naît qu'avec cette appartenance ; d'autre part, cette appartenance est au principe de tout ce qui constitue et caractérise le droit (1). Appartenance, et non simplement *convenance*, faute, en ce dernier cas, de l'identification de la chose au sujet, qui fait de la chose la propriété du sujet, créant le droit, le droit du sujet sur la chose.

En ce chapitre, consacré à la définition formelle du droit subjectif, on n'a d'ailleurs plus à expliquer pourquoi cette appartenance, cette propriété, ce droit mérite le respect. Ce dernier problème, qui est le problème du droit subjectif lui-même, envisagé en son fond, a été touché au chapitre précédent (2). Désormais, il s'agit uniquement de montrer pourquoi et en quoi le droit subjectif doit être défini comme l'appartenance d'une chose.

Ihering avait vu juste en mettant à la base de sa définition du droit non l'idée de volonté, mais celle d'intérêt : la chose sur laquelle porte le droit a en effet rapport avec le sujet (*id quod inter-est*), elle le touche, elle l'« intéresse ». Ihering s'est trompé en donnant à cet intérêt la signification unique, exclusive, d'un intérêt de *jouissance*, comme si le droit subjectif était jouissance d'un intérêt ou même au service de cette jouissance, comme si le sujet du droit — l'« intéressé » — était et ne pouvait être que le sujet de jouissance. L'intérêt, entendu de la sorte, ne donne pas la clef du droit subjectif. Le droit subjectif n'est pas jouissance, bien qu'il l'implique souvent ; le titulaire du droit n'est pas celui qui jouit ou profite, bien que souvent titre et jouissance coïncident. Avec le concept de jouissance, qui relève de la catégorie de l'économique ou du moral (selon la nature économique ou morale du bien), on se trouve tantôt en deçà du droit, tantôt, d'une certaine manière,

(1) Comp. M. Villeval, « Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains » dans Rev. historique de droit français et étranger, 1946-1947, p. 224 : « On s'est bien souvent étouffé de constater l'extrême pauvreté du vocabulaire romain maître de droit subjectif. Bien longtemps il n'a existé à Rome qu'un unique droit subjectif, exprimé par des périphrases vagues : *manu esse, habere* ; le même suivant qu'il porte sur des réalités très différentes : *filius, mulier, servi us, fundus, usufructus* ou *ius litieris*... *Meum esse* n'indique qu'un vague rapport d'appartenance, le même pour toutes ces situations. Les Romains s'intéressent si peu à l'idée du droit subjectif qu'ils n'ont même pas de terme générique pour le désigner. »

(2) V. ci-dessus, chap. I^{er}, p. 36 et s.

ou *deus*. *Fr. de. xi.* car il ne suffit pas de jouir pour avoir un droit : le possesseur, l'usufruitier, qui jouissent, sont pourtant sans droit, et c'est le motif pour lequel leur jouissance n'est pas protégée, du moins comme telle (1). *Fr. de. ii.* du droit, puisqu'il arrive que la jouissance, passant par dessus la tête du titulaire, se passe sur la tête d'un tiers : le propriétaire grevé d'affectation ou de charge conserve le droit, bien qu'il n'en ait pas le profit (2).

Pour accéder au plan spécifique du droit subjectif et pour s'y maintenir, il faut connaître autrement que Ihering le lien de l'intérêt qui unit la chose, objet du droit, à celui que l'on nomme l'intéressé : sous l'angle non plus d'un bien ou d'un intérêt de possession mais d'un bien ou d'un intérêt d'appartenance. Il y a droit subjectif là où il y a appartenance : l'intérêt ne devient droit que si l'on quitte le plan de la jouissance pour celui de l'appartenance (3). Le droit n'est pas un intérêt, même juridiquement protégé : il est l'appartenance d'un intérêt ou, plus exactement, d'une chose qui touche le sujet et l'intéressé, non en tant qu'il jouit ou est appelé à en jouir, mais en tant que cette chose lui appartient en propre (4).

On comprend, du même coup, que le droit subjectif, ainsi défini par l'appartenance, soit sans connexion nécessaire avec la volonté ou avec une manifestation quelconque de la volonté, et qui résoud l'objection, autrement irrefutable, élevée par

(1) On reviendra sur le cas de la protection possessoire : v. ci-après, p. 102.
(2) V. ci-après, p. 71.

(3) On se en va faire chercher le critère de la distinction entre droit et intérêt d'un droit, non d'un simple intérêt, dit-on. C'est exact. Mais quand a-t-on affaire à un droit, protégé à ce titre par l'article en dommages-intérêts ? Quand l'intérêt n'est que rapporté au sujet comme sien, déterminé par : « Quand l'intérêt subjectif, c'est-à-dire la loi et, à défaut de loi, la jurisprudence qui est l'œuvre du droit J. DAREAU, « Leçon d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », dans *Annales de droit et de sciences politiques* (Louvain, 1928, p. 7 et 8). La protection juridique, consistant dans le droit à réparation, n'est d'ailleurs que la conséquence et le signe de ce que l'intérêt est réellement, sans observation, ci-après, p. 69. *Add.* : ci-après, p. 97 et s.

(4) C'est pourquoi aussi l'on ne saurait définir le droit subjectif comme « le bien personnel ou abstrait, dont la justice impose à autrui le respect » (R. CLEVERY, sera le respect », d'ailleurs, p. 214 : le sujet de droit est la justice en impérieuse par GARZA-CARIL, op. cit., n° 16, dans *Jur.*, 1942, p. 217 : le droit subjectif est « la chose par le droit objectif par le sujet relatif à un bien donné, positif et abstrait en l'absence de droit subjectif. Cette définition mériterait critique juridique, car elle ne met pas en relief l'acte d'appartenance du bien au sujet et que, d'autre part, elle insiste trop sur l'acte d'arrangement.

Windtscheid à l'encontre de sa propre théorie de la volonté (1) : si la personne incapable de volonté et démunie de représentant peut avoir des droits, c'est parce qu'elle peut avoir des biens ou des intérêts qui lui appartiennent ; si l'on peut avoir des droits sans le savoir, c'est parce qu'on peut avoir des biens ou des intérêts dont on ignore l'existence.

Pour être un sujet de droit, écrit Leonhard, il n'est besoin ni d'une volonté (*furiosus*), ni d'une aptitude d'esprit, ni de l'aptitude à la jouissance, ni d'une capacité d'activité ou de sentiment, mais seulement de la capacité d'avoir des besoins qui peuvent être protégés par la loi » (2). Si, modifiant cette formule, on substitue à l'idée équivoque de *besoins*, car le besoin n'est pas de soi générateur de droit subjectif (encore qu'il puisse y mener : ainsi pour les obligations d'assistance ou alimentaires), l'idée de *biens propres*, la formule est exacte : l'avant droit n'est ni celui qui *veut*, ni celui qui *sait*, ni celui qui *jouit*, ni celui qui *agit*, ni non plus celui qui *souffre* ; c'est celui qui *a comme sien*. Le droit subjectif se traduit par un *avoir* (*habere*), avoir qui peut d'ailleurs porter, comme droit, sur l'être ou sur les *facultés d'agir* du titulaire lui-même.

Variés sont en effet les « choses » susceptibles d'appartenance, ainsi que les *modes* de cette appartenance.

D'une part, les biens ou valeurs que l'on peut « avoir comme sien » ne se limitent pas aux *choses extérieures*, telles les choses matérielles, meubles ou immeubles, qui existent indépendamment du sujet, et dont celui-ci aurait acquis le droit de tirer parti sous forme de propriété ou d'usage. Ils englobent aussi, et de manière plus proche, les biens ou valeurs *inhérents à la personne*, physique ou morale, du sujet (vie, intégrité du corps, libertés...) ; en outre, les choses, matérielles ou immatérielles, devenues extérieures au sujet, mais dont celui-ci serait l'auteur par droit d'auteur, ces choses appartenant à leur créateur ou producteur.

D'autre part, l'avoir constitutif du droit peut consister en des *prestations* — quelconques : positives ou négatives, pécu-

(1) V. ci-dessus, p. 59 et 60.

(2) LEONHARD, cité par DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris 1911, p. 329. — L'auteur ajoute, développant l'idée de besoins : « Le droit subjectif est un pur état, quelque chose de passif. L'expression « avoir un droit » n'est pas complètement exacte. On devrait dire plutôt « être dans un droit ». Il y a simplement des actes à faire pour l'exercice du droit, qui seront faits par le sujet lui-même ou par un représentant approprié ». La formule est vraie en tant que l'auteur prétend exclure du concept du droit subjectif l'agir, l'exercice du droit ; elle n'est plus vraie en tant qu'il prétendrait exclure l'avoir et réduire le droit à un pur *essentia*, avoir des besoins.

naires ou extra-pécuniaires — auxquelles une personne serait tenue vis-à-vis d'une autre. L'appartenance est alors *indirecte*, en ce sens que la prestation due au créancier ne lui parviendra que par l'intermédiaire de l'obligation du débiteur. Cette prestation, qui est l'acte d'autrui et qui relève par conséquent de la *personne* d'autrui, ne saurait « appartenir », dans la plénitude du terme, à celui qui y a droit, précisément parce qu'un homme ne saurait tirer prestation d'un autre homme, son égal en valeur humaine, comme il ferait d'une chose, d'un animal ou d'un esclave assimilé à une chose. Voilà pourquoi l'appartenance ne peut prendre, dans ces conditions, que la forme de la *dette exigible*, dont le titre d'exigibilité se trouvera soit dans une commutation quelconque, auquel cas la prestation due est la contre-valeur d'un *sumum* originaire (contrat d'échange, réparation de dommage causé...), soit dans une promesse gratuite, auquel cas la prestation due devient sième par donation, soit encore dans un statut de droit privé ou de droit public s'imposant au prestataire (devoir familial, devoir civique...)

De toute façon, les intéressés ont, sur ces biens ou valeurs, des droits subjectifs, non parce qu'ils sont appelés à en *jouir* (Ihering), ni d'avantage parce qu'ils seraient doués de la volonté tant que ces biens sont, d'une certaine manière, *leurs*, rattachés à eux par un lien d'appartenance ou de propriété (1).

Dans cette perspective de l'appartenance, rien n'empêche même de tenir pour objets possibles d'un avoir, et dès lors pour matières de droit subjectif, non seulement les bénéfices, pouvoirs dévolus aux organes d'une puissance paternelle ou les ou privé. Car si les offices et fonctions (d'autorité ou de gestion) ne sont point pour le profit de leurs titulaires, au moins principalement (2), il arrive que ceux-ci puissent revendiquer, comme leur appartenant ou leur revenant en propre, *compétence* à l'effet d'être investis de la fonction et de l'exercer de manière plus ou moins libre ; ainsi, les père et mère seuls ont

(1) Comp. A. VALENTIN, *Traité de droit naturel*, t. 1, Les PRINCIPES, Paris, 1922, p. 142 et 143. « Du point de vue objectif, le Droit se définit la puissance morale de posséder, de faire ou d'exiger une chose » ; — VERMERSCH, *Principes de morale sociale*, I Bruxelles-Louvain, 1921, t. 1, n° 16. — Mais posséder (les choses extérieures comme prestations dues par autrui), c'est toujours, d'une certaine manière, avoir la fonction, auxquels le titulaire a droit, comme créancier.

droit à la puissance paternelle, l'homme désigné par l'hérédité ou par l'élection a seul droit au titre et à la fonction de chef de l'État...

Sous réserve des modalités résultant de la diversité de leurs objets (1), il est donc vrai de poser que les droits subjectifs impliquent tous, d'une certaine manière, *propriété*, y compris le droit de créance, où le créancier est, d'une certaine manière, propriétaire des prestations auxquelles il a droit. Au lieu d'être immédiate et des ores réalisée, comme dans le cas du droit à la vie ou du droit de propriété au sens technique, l'appartenance de la prestation due par le débiteur n'est que *néaire*, et elle ne se trouvera pleinement réalisée qu'au moment de l'exécution par le débiteur, volontaire ou forcée. En attendant, la prestation revient au créancier de la même manière que le service de l'appartenance commun à tous les droits qui explique l'extension, sous le nom de *propriété incorporelle*, du concept technique de propriété à une foule de choses *immatérielles* comme le droit d'auteur (propriété artistique et littéraire), le brevet d'invention ou la marque (propriété industrielle), le fonds de commerce, l'entreprise, les offices et fonctions..., sans compter d'autres extensions du concept, plus discutables encore, telles la « propriété commerciale », la « propriété artisanale », la « propriété culturelle » (2)... Ne parle-t-on même pas de la « propriété » d'une rente viagère ou d'une créance ? C'est que ces choses sont envisagées comme des valeurs *propres* par quelque côté, impliquant rattachement à un sujet déterminé à l'exclusion de tout autre : *propriété* est devenu synonyme de *droit privatif*, de *droit tout court* (3).

Toujours le lien d'appartenance constitutif du droit subjectif est *fondé sur le droit objectif*, en l'espèce la règle juridique positive. C'est notre présupposé : le droit subjectif n'existe que par la décision du droit objectif. Cette décision n'a d'ailleurs pas besoin d'un texte qui l'énonce ; elle peut être dégagée par voie

(1) On reviendra plus loin et de manière plus systématique sur cette diversité, au Chapitre IV : v. ci-après, p. 168 et s.

(2) Comp. VITU, « Propriété commerciale et propriété culturelle », dans *Revue de droit civil*, 1946, p. 273 et s.

(3) Comp. BOISSTRI, *Cours de philosophie du droit*, t. 1, n° 85 ; ROEUR, *Précis de philosophie du droit*, t. 1, n° 450 et 451 (sur la notion de « titularité exclusive ») ; HAVENON, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., p. 637, texte et note 13 ; G. REYNAUD, *La Théorie de la propriété*, p. 331, note 1 ; G. RIPERT, *Aspects juridiques des conditions modernes de la propriété*, p. 88, p. 194 ; DE PACTE et DECKERT, *Traité de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, 1941, p. 536, note 4 (n° 553).

de raisonnement selon les procédés habituels de l'interprétation juridique. Ainsi, ce sont les tribunaux qui, dans l'application de la règle générale de l'art. 1382 du Code civil, ont à opérer la détermination, en fonction du principe de l'appartenance, des droits subjectifs dont la violation donnera lieu à réparation. Mais il convient de noter que tantôt l'appartenance spécifique du droit subjectif est l'œuvre de la nature, que la règle positive se borne à constater et à consacrer : ainsi dans le cas du droit à la vie, qui, naturellement, appartient au sujet ; tantôt l'appartenance est l'œuvre plus ou moins artificielle de la *volonté humaine*, créant de toutes pièces un lien d'appartenance non donné par la nature, ou convertissant en appartenance un lien qui n'était, tout au plus, que de convenance. Cette volonté créatrice sera tantôt la volonté des *particuliers* agissant dans le cadre d'une liberté de tractation contrôlée et garantie par la loi ; tantôt la volonté du *législateur* lui-même (loi ou jurisprudence), édictant cette appartenance artificielle ou semi-artificielle, au titre du motif qui explique et légitime toute législation, à savoir le bien général (1). D'où il résulte que les appartenances artificielles, par leur raison justificative — bien général, fidélité aux contrats, — ont en définitive la même force, la même respectabilité que les appartenances les plus naturelles, surtout si l'on observe que les appartenances les plus naturelles elles-mêmes ne sont consacrées par la règle positive que parce que le bien général le requiert et dans la mesure où il le requiert (2).

Est-il besoin d'ajouter que la liste des biens ou valeurs susceptibles d'appartenance soit naturelle, soit artificielle, est en constante évolution et qu'elle s'allonge sans cesse ? La cause de cette mobilité est triple. D'abord, les progrès de la civilisation matérielle ont fait apparaître de nouvelles espèces de biens, et, par conséquent, de nouvelles espèces de droits : ainsi en matière de radiophonie, de télégraphie sans fil, d'avion... Ensuite, une analyse plus pénétrante, une conscience plus fine ont fait découvrir des appartenances insoupçonnées ou non remarquées autrefois : on a ainsi « découvert » le droit moral de l'artiste, le droit de suite sur les œuvres passant en

(1) Ainsi, pour telles obligations d'assistance, décreées par la loi, et qui confèrent à l'auteur un droit strict qui ne lui revient pas selon la nature.

(2) Sur le bien général comme norme de l'élaboration du droit objectif, V. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, nos 131 et s. — Sur la force obligatoire en conscience des prescriptions positives, V. J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, nos 130 et s., p. 640 et s.

vente publique. Le droit du locataire commençant à la relocation sans indemnisation (ce qu'on nomme « propriété commerciale ») et ce que les Constitutions récentes appellent les « droits économiques et sociaux »... bref la justice progresse dans ses exigences. Enfin, la technique même de la règle juridique peut, elle aussi, progresser, en ce sens qu'un perfectionnement de l'instrumentation, dans le domaine de la définition des concepts, des moyens de preuve ou de contrainte, permettra de mieux saisir, de mieux mesurer certaines appartenances plus subtiles et plus délicates : de soi, en effet, l'appartenance implique détermination nette et, spécialement pour le juriste, détermination saisissable et mesurable (1).

Autre est d'ailleurs la question de savoir si les valeurs et appartenances effectivement consacrées par le droit positif sont toujours celles qui le méritent : il en est de fausses ou de périmées, comme il en est d'authentiques qui luttent pour leur reconnaissance. C'est le problème de la qualité morale et sociale toujours imparfaite, toujours perfectible, de la règle établie et des droits subjectifs qu'elle sanctionne.

§ 2. — L'aspect de maîtrise

Bien qu'elle nous introduise au cœur du droit subjectif l'idée d'appartenance ne nous en livre pourtant qu'un des aspects. L'autre aspect, est celui que Saleilles s'est efforcé de dégager : l'aspect de pouvoir ou, plus précisément, de *maîtrise* (2).

Parce que la chose appartient au sujet, il a pouvoir sur elle, il en est le maître. L'aspect *subjectif* succède à l'aspect *objectif*. L'appartenance était attribut de la chose, reliée au sujet par le lien d'appartenance ; la *maîtrise* est l'attribut du sujet relative-ment à la chose « appartenante » et, à ce titre, assujettie. Le droit subjectif, qui débute par l'appartenance, s'achève dans une maîtrise, d'ailleurs inséparable de l'appartenance : ainsi du moins selon l'ordre logique, car, chronologiquement, la maîtrise est contemporaine de l'appartenance.

C'est le défaut des formules qui s'bornent à définir le droit subjectif par l'idée de *faculté*, de *pouvoir* ou même de *maîtrise* sans autre détermination : bien qu'en général elles sous-entendent

(1) Sur l'outillage technique du droit, V. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, nos 166, et s.

(2) Sur l'idée de *dominium*, on droit romain, qui s'étend non seulement au droit de propriété, mais à l'usufruit, à la servitude, à l'hérédité (*dominium usui factus*), V. Villev, étude citée, dans *Rev. historique de droit français et étranger*, 1946-1947, p. 293 et 305 (dominium, au sens général de maîtrise).

l'appartenance comme principe de la maîtrise (1), elles ne pindiquent pas en première ligne, ce qui risque d'entraîner une dissociation des concepts, avec la double conséquence : 1^o d'une perversion de l'idée de maîtrise, sommairement confondue avec l'exercice du droit ; 2^o de l'appartition d'un *sujet de maîtrise* (ou de disposition, au sens d'exercice), distinct du *sujet d'appartenance*, celui-ci étant relégué au second plan. De fait, telle est la déviation que l'on a pu constater chez certains auteurs, spécialement Hölder et Binder (2) : séparée de l'appartenance, qui lui donne sa signification exacte, la maîtrise a été interprétée comme un pouvoir essentiellement *actif* (*Verfügung*), impliquant donc la volonté, de sorte qu'en l'absence de volonté dans la personne du sujet d'appartenance, il pouvait sembler nécessaire de faire reposer le droit, ainsi interprété comme pouvoir actif, sur la tête d'un autre sujet, son prétendu vrai sujet, à savoir la personne qualifiée pour agir, pour disposer. Et dès lors, le tuteur, investi du pouvoir de disposition ou d'exercice seul constitutif du droit, était intronisé sujet du droit aux lieu et place du mineur, simple sujet d'appartenance ou de jouissance non point même d'un droit, mais de l'*énonciement* d'un droit qui n'était pas le sien, qui était celui du tuteur (3).

Thèse manifestement choquante, contraire au sens commun. Qui songerait à dénier au mineur, pour le reconnaître au tuteur, le titre de propriétaire des biens qui lui appartiennent, sous le prétexte qu'il n'en a que la jouissance tandis que le tuteur en a l'exercice ? C'est que le droit et le sujet du droit ne sauraient être cherchés que du côté de l'*appartenance* et que, si le droit est maîtrise, cette maîtrise ne saurait se rencontrer là où manque l'appartenance. On n'est *maître* en effet que de son bien *propre*, non du bien d'autrui, eût-on de celui-ci la gestion et la responsabilité. Cette charge ne donne lieu qu'à une *compétence* et, en ce sens, à un droit de gestion pour compte

(1) V., par exemple, la définition de Suarez, *De legibus*, I, 2 : « Juxta strictam juris significationem, solum proprie jus vocari facultas quaedam moralis quam unusquisque habet vel circa rem suam, vel ad rem sibi debitam ».

(2) V. ci-avant, p. 61, texte et note 2 ; p. 74.

(3) Comp. GARBAVASARI, *op. cit.*, nos 14 et s., dans *Jus*, 1942, p. 226 et s., qui établit une distinction radicale entre le *droit subjectif* (position d'avantage par rapport à un bien) et le *pouvoir juridique*, comme position d'un sujet investi de la capacité de produire une modification juridique soit dans l'intérêt du sujet lui-même, soit dans l'intérêt d'un tiers (p. 285). *Adde* : n^o 18, p. 238 à 240. — V. aussi M. REGLARD, *La protection et les concepts juridiques*, p. 98 et s., opposant le *droit subjectif*, qui est de volonté agit dans son propre intérêt, à la *capacité* d'une part (quand le titulaire du pouvoir agit dans l'intérêt d'un autre sujet de droit) que lui-même : *fon, injans* ou *personne morale*.

d'autrui ; quant à la chose gérée, elle reste sous la maîtrise de celui auquel elle appartient : à se trouver et le droit et le sujet du droit. Dans le cas de la tutelle, par conséquent, c'est le mineur qui a non seulement le droit à l'émolument de la chose gérée, mais la maîtrise de la chose et donc le droit sur cette chose, précisément parce que cette chose lui appartient et que la maîtrise est la suite de l'appartenance (1). Le tuteur n'a que le droit, issu de sa fonction, d'exercer les droits du mineur au nom et pour le compte de celui-ci. En définitive, l'appartenance-maîtrise, donc le droit, est du côté du mineur ; seul l'exercice est du côté du tuteur, faisant d'ailleurs l'objet d'un droit parallèle d'exercice, inhérent à la *fonction de tuteur* (2).

La maîtrise étant ainsi détachée de l'exercice et ramenée dans le prolongement de l'appartenance, en quoi consiste-t-elle ? En un *pouvoir de libre disposition de la chose*, objet du droit. Mais cette réponse appelle commentaire. D'une part, le mot « libre disposition » est pris dans un sens qui n'est évidemment pas celui, que l'on vient d'exclure, de la *Verfügung*, c'est-à-dire de l'exercice ; d'autre part, l'élément décisif, dans la réponse, est peut-être moins l'idée de disposition que celle de pouvoir.

Disposer de la chose : dans l'acception où on l'entend ici, comme synonyme de maîtrise, la *disposition* s'oppose radicalement à l'exercice. Le tuteur *exerce* les droits du mineur, c'est-à-dire qu'il gère ses biens et qu'il en doit compte ; il n'en *dispose* pas. A la différence de la gestion, cantonnée dans les bornes d'une administration nécessairement respectueuse du bien de l'administré, la disposition va jusqu'à un pouvoir de *domination* ou d'*assujettissement* de la chose qui traduit l'aspect subjectif de l'appartenance. C'est la disposition, non l'exercice qui caractérise la maîtrise ; c'est parce que le tuteur, obligé de gérer en bon père de famille, n'a pas le droit de disposer du bien du mineur qu'il n'en est pas le maître.

Concrètement et en partant du cas le plus simple et le plus suggestif, qui est celui de la propriété des choses corporelles,

(1) V. dans le même sens SARRILLER, *op. cit.*, p. 517. — Rapp. A. VERMENSCH, *Principes de morale sociale*, 1921, n^o 16, p. 16, qui fait remarquer que la définition courante du droit (= faculté morale inviolable) ne donne pas « la notion première du droit, qui est bien une relation réelle de domination ou de souveraineté », et que le sujet de droit possède sur les « droits-fonction » : V. ci-après, p. 217 et s. — Pour Roccus, qui refuse la qualité de sujet de droit aux individus sans raison, le mineur n'est pas propriétaire de ses biens. Il y a seulement un devoir légal obligeant le tuteur à affecter ces biens à l'utilité de l'incapable (Roccus, *op. cit.*, t. II, n^o 689, p. 852, et 690. Rapp. n^o 664, p. 326 et 328). C'est de l'objectivisme pur. En attendant, les biens sont sans maître.

le droit de libre disposition emportée, pour le propriétaire, liberté de faire de la chose, en principe, ce qu'il veut, d'accomplir tous les actes matériels d'utilisation et d'exploitation dont elle est susceptible, d'en tirer parti pour lui-même ou pour d'autres. Il pourra également, s'il le désire, ne tirer de la chose aucun parti, la laisser intacte et inerte. Il pourra enfin agir sur sa substance matérielle, la modifier, la transformer, la détruire ou, encore, par voie de disposition juridique, aliéner son droit même sur la chose, en tout ou en partie, à titre onéreux ou à titre gratuit. Ainsi la maîtrise-disposition est à toutes fins utiles ou même, d'une certaine manière, indifférentes ou inutiles ; mais elle n'est point rivée au service de l'intérêt propre de son titulaire : rien n'empêche qu'elle soit mise au service d'autres individus particuliers ou du public en général, soit par le moyen d'une libre affectation, soit par le moyen de la fondation ou de la donation. On aurait donc tort de voir, dans le droit subjectif, une canomisation de l'égoïsme. Il lui est au contraire loisible de rayonner, de se dépenser généreusement au profit d'autrui.

Il reste, pourtant, que la disposition est libre, maîtresse de ses décisions et de ses choix ou, sinon, comment serait-elle maîtresse ? En ce sens, d'ailleurs dérivé, le droit subjectif se confond avec la liberté : il est l'autonomie du sujet dans la disposition de la chose qui lui appartient, et, par voie de corollaire, immunité et irresponsabilité : *Neminem laedit qui suo jure utitur*. A moins toutefois que le droit n'ait été donné qu'à la condition de ne pas léser ou, subsidiairement, de réparer la lésion, auquel cas la liberté du titulaire, et par conséquent le droit, en subiraient proportionnellement diminution (1).

Telle est l'étendue de la faculté de disposition caractéristique du droit, bien plus large, on le voit, que celle que peut exprimer la formule, souvent usitée, du droit-pouvoir ou faculté d'agir (2). Le droit subjectif n'est pas seulement faculté d'agir (2). La faculté d'agir en maître sur la chose qui fait l'objet du droit, naturellement sous réserve des limitations ou des charges résultant soit de la loi, soit de la volonté du titulaire s' « auto-limitant » en exécution de sa propre maîtrise. Mais cette limitation même laisse debout, pour le surplus, la libre disposition : le

(1) On réserve le cas de l'abus du droit, dont il sera traité au Chapitre V, section II.

(2) V., par exemple, la définition de Ch. BOITTEL, *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, n° 40, p. 70 et 72 ; n° 79, p. 152 ; n° 80, 1^o, p. 152 et 153, ainsi que les définitions analogues d'autres auteurs reproduites par BOITTEL. — *Adde* : BÉRENGER DE LA GASTAYE et LABONDE-LACORTÉ, *Introduction générale à l'étude du droit*, nos 351 et 355, n° 876, n° 453.

titulaire de la servitude la plus modeste, réduit à un usage étroitement déterminé, le nu-propriétaire, privé de la jouissance utile de son bien, l'héritier grevé de legs ou de charges sont maîtres, sinon, comme le propriétaire complet, de la chose même sur laquelle porte leur droit, du moins de l'usage qu'ils en ont selon leur droit : ce service, cette propriété nue ou grevée. Or, la libre disposition embrasse une somme de possibilités de beaucoup supérieure à une simple faculté d'agir puisqu'elle permet au sujet non seulement d'agir, mais de choisir : entre l'action et l'abstention pure, ainsi qu'entre les diverses formes de l'action, jusqu'à la disposition de la chose ou du droit inclusivement (1).

Ce qui est vrai aussi, c'est que les modalités de la faculté de libre disposition, comme l'appartenance elle-même et par identité de motifs, varient selon la nature de la chose assujettie, dont elles sont tenues d'épouser les particularités de sens et de structure. Tandis que les choses matérielles se prêtent à la disposition la plus totale, parce qu'elles sont à la fois extérieures au sujet et entièrement subordonnées à l'homme, les biens dans lesquels la personne humaine est engagée soit activement, soit passivement, ne sont susceptibles que d'une disponibilité relative. S'il s'agit des droits de la personne ayant pour objet des biens — vie, libertés... — qui font corps avec le sujet lui-même, dont ils constituent l'être avant de composer l'avoir, le sujet en a la libre disposition et la maîtrise certes, mais seulement dans une certaine mesure, qui consiste à en jouir, à les conserver, à les exercer, non pas toujours à les aliéner ou à les détruire (2). S'il s'agit de prestations dues par autrui, le sujet créancier est certes maître, soit d'en réclamer ou non l'accomplissement, soit d'y renoncer par remise de la dette (3), soit même de céder à autrui son droit en tant que valeur pécuniaire, — mais jamais de disposer de la personne du débiteur, car le respect de la personnalité de l'obligé n'autorise pas d'emprise plus substantielle que le droit à la prestation, avec la faculté de contrainte au cas d'inexécution. Quant aux droits-fonction, il y a lieu d'observer que si leur titulaire est lié par la loi de la

(1) Comp., sur le droit de disposer, dans le droit des choses, IRRING, *op. cit.*, t. IV, § 70, p. 337.

(2) Il y a des distinctions à faire. Le droit à la vie, par exemple, est, avant tout, le droit de conservation de la vie : il n'inclut pas le droit de se suicider (V. ci-dessus, p. 42). Mais, rien n'empêche l'individu de donner sa vie pour autrui, au contraire.

(3) Il est admis cependant que la remise de la dette n'a d'effet extinctif de l'obligation qu'autant qu'elle a été acceptée par le débiteur, qui ne saurait être délié malgré lui : V. P. RAYMAUD, « La reconnaissance à un droit », nos 6, 17 et 18, dans *Rev. Trim. de droit civil*, 1936, p. 768, 778 à 780.

fonction (ce qui lui interdit de *disposer* arbitrairement tant de la fonction que des intérêts dont il a la charge), il garde néanmoins, dans le cadre de cette loi, une certaine *liberté d'action* qui fait partie des prérogatives propres du fonctionnaire.

Mais il faut expliquer l'autre élément de la réponse, car il est capital. Le droit subjectif n'est pas disposition en acte, réalisé ou même réalisable ; il est *pouvoir de disposer*, c'est-à-dire que si, pour une raison quelconque, objective ou subjective, de fait ou de droit, la possibilité *matérielle* de disposer fait défaut, la maîtrise demeure avec la possibilité *morale* de disposer.

En d'autres termes, le pouvoir de maîtrise est indépendant de l'exercice actuel de la maîtrise (1). Ainsi, le sujet d'appartenance ne cesse pas d'être sujet de maîtrise, et de la manière la plus réelle et la plus complète, quand même, en fait, il se trouverait dans l'impossibilité matérielle d'exercer cette maîtrise (cas de l'*in/ans*) (2), quand même, en droit (par le jeu des incapacités dites d'exercice), l'exercice de cette maîtrise lui serait défendu (cas de l'interdit ou du mineur). Il est le maître, capable de disposer, parce que la chose est sienne, et d'ailleurs toujours apte à reprendre l'exercice de ce droit de libre disposition avec la disparition de la cause d'empêchement. C'est en ce sens qu'on peut parler, avec Saleilles, de maîtrise « virtuelle » : par rapport à l'exercice actuel du pouvoir de maîtrise, sinon par rapport à la maîtrise elle-même, qui est réelle quoique d'une réalité *morale*, à titre de conséquence logiquement nécessaire de l'appartenance. Il restera seulement, au cas d'incapacité physique, à pourvoir par des mesures appropriées — de tutelle ou autres — à l'exercice en fait de la maîtrise, de manière à procurer au titulaire l'emploi utile, le rendement efficace de son droit (3).

Nous voici dès lors en situation de marquer la place de la volonté dans le système du droit subjectif : la volonté n'est à vrai dire indispensable, soit comme condition, soit comme

(1) C'est ce que nous avons déjà observé dans notre critique de la doctrine de la volonté : V. ci-dessus, p. 62 et s.

(2) Comp., sur ce point, VERMEEREN, *Theologia moralis*, Bruges, 1924, t. II, p. 279, note I, qui fait remarquer qu'une distinction entre faculté et exercice est concevable quand il s'agit d'une faculté *physique*, mais non d'une faculté *morale*. D'où l'auteur conclut que le droit, n'impliquant pas nécessairement possibilité d'agir, ne saurait être défini une faculté morale.

(3) Il en est ainsi même pour les droits-fonction. D'ordinaire, il est vrai, le titulaire d'un droit-fonction perd titre lorsqu'il est dans l'incapacité physique d'exercer la fonction. Il arrive pourtant le contraire : ainsi dans le cas de la régence appelée à supplanter à la fois le roi.

moyen, ni pour l'appartenance, ni même pour la maîtrise qui, en l'absence de volonté, demeurera inexercée ou mal exercée, ni plus ou moins qu'au cas d'impossibilité matérielle objective d'exercice. Ainsi, Saleilles, initialement, a vu juste en réduisant le « pouvoir de volonté » de la doctrine classique à un « pouvoir » tout court ; et on ne peut lui adresser qu'un reproche, celui de s'être désisté de son idée primitive et d'avoir essayé, par des artifices dialectiques, de réintroduire la volonté au centre de la définition du droit (1).

Reconnaissons pourtant que l'erreur a son excuse, car la fonction du droit est d'être exercé, et normalement par son titulaire. Sauf pour les droits dont on peut jouir passivement, tel le droit à la vie, la plupart des droits subjectifs appellent une mise en œuvre de la puissance qu'ils recèlent, faute de quoi ils manquent leur but. Que signifient, pour la vie humaine, pour le genre humain, une propriété, des libertés, des droits de créance non exploités, ou exploités par un sujet incapable ? Ce sont des trésors ou stériles, ou gaspillés. Or, cette mise en œuvre des droits, par des actes matériels ou juridiques, a pour instrument nécessaire la volonté, celle du titulaire lui-même s'il est capable ou, sinon, la volonté d'un chargé de pouvoir. Celui-ci ne s'évertuera d'ailleurs pas, comme le suggère Saleilles pour des raisons de pure dogmatique, à reproduire dans son activité de gérant la volonté supposée de l'intéressé (2) : non seulement la tentative serait divinatoire, mais le devoir du gérant est de prendre pour modèle le type *objectif* du bon père de famille, s'efforçant d'administrer pour le mieux, dans les circonstances qui sont celles du cas particulier du mineur. Mais, quel que soit son organe d'expression, la volonté, incontestablement, est la cheville ouvrière, la force motrice du droit subjectif. Si elle n'en représente ni l'élément essentiel, ni la condition d'existence, elle lui insulte la vie ; elle est au principe de son dynamisme et, pratiquement, de son efficacité (3).

§ 3. — La condition d'« altérité » (inviolabilité et exigibilité)

Ce n'est pas tout. Après avoir envisagé l'appartenance-maîtrise, constitutive du droit, du point de vue interne, *face au sujet*, il importe de l'observer en outre du point de vue externe,

(1) V., concernant Saleilles, nos observations : ci-dessus p. 77 et s.

(2) V. ci-dessus, p. 78 et 79.

(3) Comp., sur la part active et efficace de la volonté au mouvement du droit, IERLING, *op. cit.*, t. IV, § 70, p. 338.

face à autrui. Prétérative de l'un, à savoir le sujet, le droit subjectif implique en même temps *altérité*, c'est-à-dire un ou plusieurs autres sujets, par conséquent inter-subjectivité (1). Il en est ainsi, en raison de sa structure même, dans le lien de droit *obligationnel*, où le droit de l'un a pour objet précisément l'obligation de l'autre, où, par définition, le créancier a pour vis-à-vis immédiat le débiteur, tenu de la prestation à lui due et, en ce sens, sienne indirectement, par l'intermédiaire de l'obligation (cas de l'appartenance indirecte). Mais il en va de même dans les droits dits *absolus*, où le droit frappe des choses directement siennes, en dehors de toute intervention d'un obligé (cas de l'appartenance directe) (2) : ces droits-là aussi, quoi qu'il paraisse, n'existent, à titre de droits, que par rapport à autrui ; si on ne le voit pas, c'est parce que autrui, en l'espèce, et à la différence de ce qui se passe dans l'obligation, n'est aucune personne déterminée, mais, de façon indistincte, tout le monde, hormis le sujet lui-même. Isolé dans son île, Robinson a des biens, mais pas de droits : que ferait-il de droits, puisqu'il n'a point d'adversaires à qui les opposer ? A la *relation d'appartenance*, directe ou indirecte (chose sienne, prestation due), de l'objet au *sujet*, déjà dégagée (3), s'ajoute donc une *seconde relation, du sujet à autrui* qui a pour base et en même temps pour matière, la relation d'appartenance, avec la maîtrise consécutive.

C'est le tort des définitions précédemment analysées — doctrines de la volonté, de l'intérêt ou mixtes — de ne pas souligner suffisamment cet aspect externe de la notion de droit subjectif. Sans doute, l'intérêt dont parle Ihering est posé dans la perspective d'autrui, puisqu'il est accompagné d'une protection juri-

(1) Rapp., sur ce point, TAVARELLI, *Essai sur le droit naturel*, no 345 ; A. VALENZUOLA, *Traité de droit naturel*, t. I, Paris, 1922, p. 147. — A tort dirait-on que le droit autrui naît seulement de *devoir de justice* de respecter l'appartenance, c'est-à-dire qu'en tant qu'elle est non seulement légitime, avec la maîtrise consécutive, n'est envisagée termes l'appartenance, qui est sans doute préalable, mais opposable à autrui. En d'autres termes, l'appartenance, qui est sans doute préalable, n'est envisagée que moyennant cette opposabilité qui implique autrui (V. ci-dessus, p. 39 et 40).

(2) Sur les deux sortes d'appartenance, V. ci-dessus, p. 83 et 84.

(3) Il ne faut donc pas, sous prétexte de mettre en relief la relation du sujet à autrui, définir le droit subjectif simplement comme une *prétérative* du sujet par rapport à tout autre. C'est négliger la relation préalable d'appartenance. Le droit n'est pas priorité ou prévalence, il est propriété et donc exclusivité. Or, ce qui est exclusivité, c'est l'exclusivité à une priorité (V., *conclusion*, 1948, 199 : la propriété dans les régimes actuels des baux, RIERRE, « La propriété des maisons d'habitation et la loi du 1er septembre 1948 », *Chronique de droit immobilier*, et voir tout ça). Néanmoins, même lorsque l'on a affaire à un fait le caractère propre et exclusif du droit à la *prétérative*.

dique qui n'a de sens que contre quelqu'un (1). Cependant, hormis le cas du droit obligationnel où la satisfaction de l'intérêt ne se produit que par l'acte d'autrui, le débiteur, la jouissance d'un intérêt directement sien est parfaitement indépendante de la présence ou de l'absence d'autres personnes. Robinson dans son île jouit de la vie, de la liberté, des biens que la nature met à sa disposition ou de ceux qu'il produit par son travail, autant et même mieux que s'il vivait en société : il n'a point à craindre de concurrent. Les conditions de l'intérêt sont réalisées ; celles du droit ne le sont pas, faute précisément de concurrence. Plus satisfaisante, à cet égard, est l'idée du pouvoir de volonté, expressément défini par Windscheid « le droit à un comportement, action ou omission, de la part de toute personne quelconque ou d'une personne déterminée, vis-à-vis du titulaire ». Dans ce système, la volonté se présente en effet non simplement comme force psychologique, mais comme puissance de commandement, tendant à régler la conduite d'autrui, — les tiers dans les droits dits absolus, le débiteur dans le droit de créance. Ces personnes, néanmoins, n'apparaissent dans la définition qu'en retrait, alors qu'elles devraient y figurer au premier plan, dans une position exactement coordonnée à celle du sujet, auquel elles donnent la réplique. Or, telle est la place que leur restitue d'emblée, sans autre commentaire, l'idée d'appartenance-maîtrise.

Qui dit appartenance, directe ou indirecte, qui dit maîtrise, dit assignation de parts (chose sienne, chose due) domaine réservé au titulaire, par conséquent distinction des personnes, servé au titulaire, par conséquent distinction des personnes, altérité. Par définition, appartenance et maîtrise sont exclusives d'autrui et, du même coup, lui sont opposables. Une chose n'est sienne, directement ou indirectement (par l'intermédiaire d'un débiteur), qu'en tant qu'elle n'est pas à autrui ; une maîtrise n'existe qu'autant qu'on est le seul maître : la référence à autrui est tangible, manifeste dans la formule même.

L'opposabilité à autrui de l'appartenance-maîtrise s'explique dans les concepts jumelés d'*inviolabilité* et d'*érigibilité*. L'*inviolabilité* d'abord : pas de droit subjectif sans l'obligation correspondante du respect de ce même droit. *Jus et obligatio sunt correlata*. Au cas d'appartenance directe, là où le bien appartient dès l'abord au titulaire, l'obligation du respect, qui

(1) Comp. IHERING, *De la faute en droit privé*, étude complémentaire de l'Esprit du droit romain, t. I, trad. de MEULIEN, p. 6 et 7 : « La gèle qui ravage mes champs ne lèse pas mon droit, elle ne frappe que l'objet de mon droit, un bien... Le moyen de défense juridique n'intervient qu'avec le tiers qui attaque mon droit... »

lie tout le monde, au titre du devoir général du respect du droit d'autrui, est d'abstention pure : ne pas porter atteinte, volontairement ou même involontairement, au droit du titulaire par empiètement sur ce qui lui appartient (usurpation, soustraction, endommagement...) ou par entrave à sa faculté de libre disposition (immixtion, contradiction...). L'inviolabilité, en ce cas, est, à la lettre, l'obligation essentiellement négative de ne pas violer la relation d'appartenance-maîtrise du sujet à l'objet qui est le sien. Au cas d'appartenance indirecte au contraire, quand la chose n'est sienne que par l'intermédiaire d'un débiteur, l'obligation d'inviolabilité prend, sinon à l'égard des tiers étrangers au rapport, qui restent soumis à un devoir général de non intervention dans le rapport, du moins à l'égard du débiteur, partie au rapport et sujet passif, une forme précise, nettement caractérisée. Pour lui, en effet, l'obligation de ne pas violer le droit de son créancier n'est autre que celle d'exécuter son obligation, de prêter la chose ou le service auquel le créancier a droit de sa part, faute de quoi, manquant à sa dette, il violerait le droit qui appartient au créancier sur sa personne ou, plus exactement, sur son acte.

De son côté, le titulaire du droit a toujours la faculté, dont il fera usage ou non en vertu de son droit de disposition même, de requérir le respect, la non-violation de son droit : c'est le concept d'*exigibilité*. Par hypothèse, la chose est sienne, directement ou indirectement, il en est le maître ; il doit avoir le droit de revendiquer ou de défendre ce qui lui appartient ou lui revient. Et le sujet agira, de la même manière et par la même raison, contre les tiers contempteurs de son droit et contre le débiteur qui, en refusant de s'exécuter, viole le droit et contre le tiers sur lui. Cependant l'*exigibilité* n'est qu'une conséquence du droit. Si le droit comporte nécessairement faculté d'exiger quelque chose de positif ou de négatif de la part d'une ou de plusieurs personnes, ce n'est pas le « pouvoir d'exiger » qui constitue et définit le droit (1). Celui-ci existe, comme appartenance-maîtrise d'une chose propre au sujet, antérieurement

(1) V., en ce sens, R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », dans *Rev. du droit public*, 1932, p. 706 et s. ; *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, Paris, 1934, nos 14 et s., p. 43 et s. ; *Précis de droit administratif*, Partie générale, Paris, 1935, Préface, p. V à VII. — Le « pouvoir d'exiger » dont parle M. BONNARD est d'ailleurs conditionné non seulement par l'existence d'une obligation juridique dans le chef du sujet passif, mais par l'existence d'un intérêt — d'un intérêt au titulaire du pouvoir d'exiger — dans le chef du sujet actif. Au préalable, M. BONNARD distingue au titulaire du pouvoir d'exercer sa propre activité matérielle ou juridique, et le droit « réel du pouvoir juridique », pris au sens de possibilité reconnue par le droit « réel du pouvoir juridique », que les tiers ne fassent pas obstacle à l'exer-

à l'exigibilité. Il en est ainsi même dans le droit de créance, où le pouvoir d'exiger, souvent confondu avec l'obligation, n'existe qu'en raison d'une dette préalable, d'une prestation due qui motive l'exigibilité.

Pas n'est besoin d'ailleurs, pour que la notion de droit appartienne, qu'il y ait eu violation effective ou exigence effective. Il suffit que cette inviolabilité puisse souffrir échec, que cette exigibilité puisse entrer en ligne ; et la possibilité en est offerte du seul fait de la présence, proche ou éloignée, ou de la seule existence d'autrui ; dès cet instant, le milieu social ou, plus exactement, l'élément d'altérité nécessaire à l'éclosion du concept de droit subjectif est donné ; le droit est susceptible de violation et par conséquent d'exigibilité.

Quant à la mise en œuvre de l'exigibilité, c'est-à-dire l'exercice actuel de la faculté d'exiger, elle dépend, comme la mise en œuvre ou exercice pacifique du droit, de la décision de la volonté qualifiée à cet effet, celle de l'intéressé ou celle d'un chargé de pouvoir : ne touchant qu'à la *Verfügung*, elle n'a rien de plus essentiel à l'exigibilité que l'exercice pacifique du droit au droit lui-même.

§ 4. — L'élément de protection juridique et le droit d'action

Un dernier élément fort important doit être signalé, que l'héring a eu raison d'indiquer dans sa définition du droit subjectif : celui de *protection juridique*.

Sans doute, sur le plan moral, il y a droit et droit complet avec l'appartenance-maîtrise, et l'exigibilité qui en découle. Par hypothèse, cette appartenance-maîtrise est consacrée par l'espèce de droit objectif qui régit le droit subjectif moral, à savoir la règle de la justice naturelle. Logiquement, aucun système de protection n'est requis à titre de complément obligé du droit. La protection pourra bien apporter au titulaire la sécurité ; elle ne fait pas le droit, qui existe inviolable et exigible en dehors de la sécurité, ainsi que des moyens de la procurer : le droit non protégé reste le droit pleinement, dès l'abord inviolable et doué d'exigibilité. Aussi bien, la protection, que l'on suppose sociale, publique, appelle un Etat qui en assume la charge, tandis que le droit subjectif peut exister à défaut d'organisation sociale ou publique, appelant seulement un « autrui » auquel l'appartenance-maîtrise soit opposable. En cas de méconnaissance, l'exigibilité sera alors assurée, tant bien que mal,

par le procédé de la contrainte privée du titulaire (légitime défense, rétention, réponse...).

Mais quand on envisage le problème sous l'angle du droit objectif juridique, qui est la règle en vigueur dans l'Etat, positivement formulée (1), la solution change et la protection juridique devient un élément indispensable, sans lequel ne saurait exister, sur ce plan nouveau, aucun droit subjectif. En effet, la mission de la règle positive et du groupement qui l'établit — l'Etat, dans la sphère nationale — ne se borne pas à la détermination des droits de chacun, en droit privé et en droit public. Elle est encore et essentiellement de garantir à chacun ce qui lui est ainsi reconnu comme son droit : la détermination des appartenances légitimes n'a même lieu, pratiquement, qu'à cette fin ultime de garantie (2).

Sur le plan du droit positif, on peut donc et on doit affirmer, avec Hering (3), que le droit subjectif complet est le droit assuré par la société. Tant que cette assurance n'est pas prévue et organisée, juridiquement le droit manque, quand même il existerait (et d'ailleurs continue d'exister) sur le plan moral (4). L'action ou la voie de droit qui réalise la garantie n'est toujours que la conséquence, la sanction du droit (5) ; mais, sur le plan juridique, qui veut la sécurité, c'en est la conséquence, la sanction nécessaire (6). Juridiquement sinon moralement, socialement sinon logiquement, c'est n'avoir pas de droit que de ne pouvoir recourir à l'Etat pour le faire trompher, d'autant plus qu'en régime d'Etat, l'interdiction de la contrainte privée rend en fait inopérante l'exigibilité même inhérente au droit ; il est urgent, dès lors, qu'à défaut de la contrainte privée, la contrainte publique intervienne. Vainement invoquerait-on le cas des « obligations naturelles » qui, juridiquement, demeurent sans action (7). L'obligation naturelle, catégorie d'ailleurs

(1) V., sur cette perspective spéciale, J. DAVIN, *Théorie générale du droit*, nos 6, 8 et s. — Rapp. J. DEROO, *Somme théologique*, La Justice, édition Rev. des Jeunes, Appendice II, p. 234 à 236.

(2) V., sur le rôle de l'Etat et du droit positif, J. DAVIN, *Doctrine générale de l'Etat*, no 42.

(3) V. les textes rapportés ci-avant, p. 65 et s.

(4) Comp., dans ce sens, E. PICARD, *Le droit pur*, § 48 (sur la « protection-contraite ») ; J. BARNÉZAKI, *Essai sur une théorie des droits subjectifs des administrés* ; WINDSCHEID, *op. cit.*, t. I, § 37, p. 137 et note 4 ; MICHOUD, *op. cit.*, t. I, no 50, p. 108 et 109.

(5) C'est l'argument, entre autres, de JONESCU, *op. cit.*, no 29, p. 63 et 64. — V. aussi RIGAUD, *Valeur sociale et concepts juridiques*, p. 4, 51, 82, 92, 106 et s. — et fait partie de la sanction est extérieure au droit pris en sa nature profonde de norme

(6) V. JONESCU lui-même, *op. cit.*, no 29, p. 65 et 66.

(7) V., en ce sens, MICHOUD, *op. cit.*, t. I, no 48, p. 103, note 1.

exceptionnelle, n'est qu'une obligation juridique imparfaite ; à vrai dire même, juridiquement elle n'oblige pas, puisque le débiteur a la liberté juridique de ne pas l'exécuter. Et peu importe que son exécution ne donne pas lieu à répétition et qu'elle ne soit pas tenue pour une libéralité ; elle n'en est pas moins dénuée de caractère obligatoire et dès lors n'engendre juridiquement aucun droit (1).

On a prétendu rattacher au droit objectif plutôt qu'au droit subjectif l'élément de protection juridique : en instituant des moyens de contrainte, c'est la discipline sociale incarnée dans la norme, c'est son ordre, c'est lui-même que l'Etat entendrait protéger, et non directement le droit subjectif. Mais, comme on l'a déjà remarqué à propos de Duguit (2), cette interprétation serait excessive et, au fond, inexacte. Car bien que la détermination des droits subjectifs soit faite, ou doive être faite, en considération du bien général, plutôt que du bien particulier (3), la loi ne les accorde et ne peut les accorder qu'en raison de leur valeur immédiate pour les individus eux-mêmes auxquels elle les destine. Quand donc, avec la permission et l'aide de la loi, le titulaire du droit subjectif défend le droit qui lui est reconnu, c'est pour son droit qu'il lutte et non pour la loi qui le lui a reconnu (4).

La preuve en est, que, normalement, la défense du droit subjectif incombe à l'intéressé ou à la personne chargée de ses intérêts, et non pas à l'organe de la société ou de la loi, le ministre public. L'instrument de protection est simplement mis à la disposition du sujet, qui est libre d'en user ou non, toujours en vertu du principe de maîtrise constitutif du droit : maître du droit lui-même et de son exigibilité, le titulaire doit rester, en

(1) V., quant aux obligations naturelles, J. DAVIN, *Théorie générale du droit*, no 31 et *Rev. critique de jurisprudence belge*, 1948, p. 87 à 90. — Même observation pour les droits publics subjectifs des administrés lorsqu'un Etat de droit n'est pas encore arrivé à la forme de l'Etat de justice et en est encore à la forme de l'Etat administratif, quoi qu'en pense BONNARD, « Les droits publics subjectifs de l'administré », dans *Rev. des droits public*, 1932, p. 716.

(2) V. ci-avant, p. 26 et 27.

(3) V., sur ce point, J. DAVIN, *Théorie générale du droit*, nos 146 et s. — Comp. JOSEPHSMANN, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2e éd., Paris, 1939, no 292 et 308.

(4) On exprime cette idée en parlant de « contentieux subjectif » (voeu à la défense des droits subjectifs), par opposition au « contentieux objectif » (voeu à la défense de la légalité ou droit objectif). Voulions pas cependant qu'il existe un droit subjectif à la légalité des actes accomplis par l'autorité : v. ci-avant, p. 24 et 22. — Il est évident, d'ailleurs, que l'opinion défendue au texte ne contredit nullement l'idée de lueing sur la « lutte pour le droit » : en luttant pour son droit, le plaideur sert le droit de tous.

principe, maître de l'utilisation de la protection. Il n'en sera autrement que quand le droit en cause touchera de plus près l'ordre social, auquel cas l'atteinte pourra donner lieu, indépendamment de la défense de droit privé, soit à une sanction pénale poursuivie d'office par le ministère public (1), soit à une action civile en redressement intentée par le même ministère public (2). Pourquoi cette maîtrise individuelle de la défense, sinon parce que la valeur consacrée par la norme objective est, avant tout, celle de l'individu, dont elle est la chose, la propriété ?

On sait en quoi consiste le mécanisme de la protection : des voies de recours sont aménagées auprès d'un tribunal qui « dira le droit » (juges publics ou arbitres) et dont la décision sera mise à exécution, éventuellement, par des organes nantis de la force de contrainte. Tantôt le recours s'exerce après violation consommée, et le tort sera effacé par rétablissement de la situation ou par voie de satisfaction (dommages-intérêts) ; tantôt le recours est préventif, tendant à la constatation ou à la préservation du droit en péril. Tantôt le recours procède de manière offensive, sous forme de demande contre l'auteur de la violation ou de la menace ; tantôt il opère de manière défensive, sous forme d'exception ou de reconvention, selon les exigences de la charge de la preuve ou la position des parties dans l'instance. Tantôt le recours est dit de pleine juridiction, le juge ayant tout pouvoir de juridiction (et c'est le cas habituel) ; tantôt le pouvoir du juge se limite à un droit d'annulation d'acte comme dans le cas du recours pour excès de pouvoir en droit administratif... (3).

Quoi qu'il en soit de ces modalités techniques, la protection du droit subjectif est toujours *directe*, en ce sens que le droit est toujours accompagné d'une ou de plusieurs actions protectrices appartenant, comme telles, à l'ayant-droit. Il ne s'agit donc pas de cette protection *indirecte* qui peut résulter du jeu de certains dispositifs établis en vue de promouvoir le respect des droits : ainsi, en matière de législation sociale, les nombreuses règles de police protectrice des personnes économique-

[1] V. *Code pénal belge de 1867*, liv. II, titre VII et s. : des crimes et délits contre l'ordre des familles, contre les personnes, contre les propriétés (autant de

[2] On fait allusion ici au droit d'action du ministère public sur pied, notamment de l'art. 46 de la loi d'organisation judiciaire du 20 avr. 1810 : ainsi le ministère public interviendra pour faire respecter les droits des incapables, des absents,

op. cit., 3^e partie, nos 465 et s. — Rapp. M. BÉLÉADY, *Valeur sociale et concepts juridiques*, p. 109 à 112.

ment faibles ou, en droit public, la séparation des pouvoirs, en tant que garantie des droits et libertés individuels contre les excès ou les abus du pouvoir politique. Appareils protecteurs fort efficaces, dont le fonctionnement pourra, de son côté, donner ouverture à des voies de droit, mais qui, pris en soi, ne traquent qu'une politique préventive favorable au droit subjectif sans en fournir une défense directe. Au contraire, l'action, nommée ou innommée, fait escorte au droit, elle l'enveloppe et le pénètre au point qu'on a pu l'identifier au droit lui-même « à l'état de *combativité* » (1).

Pourtant, cette dernière formule, à vouloir prouver trop, exagère. Quoique nécessairement armé de protection, le droit ne se confond pas avec l'action, précisément parce que celle-ci n'est que le moyen de protection du droit. La protection suit le droit ; mais elle engendre un *droit nouveau*, formellement distinct du droit protégé et qui est le *droit d'action*.

Le *sujet* de ce droit d'action est sans doute le sujet même du droit protégé et, en principe, lui seul : qui a le droit à le droit d'action, sauf, en cas d'incapacité, le transfert au chargé de pouvoir, non de l'action, mais de l'exercice de l'action (2). Pour le reste, les mêmes traits essentiels d'appartenance, de maîtrise, d'autonomie qui caractérisent le droit protégé comme droit subjectif, se retrouvent dans le droit d'action qui couvre le premier. Il n'est donc pas question, sous prétexte qu'elle émane de l'Etat et qu'elle est délivrée par lui, d'une protection abandonnée au jugement des pouvoirs de police, mais, au contraire, d'une protection dont l'initiative privée du titulaire du droit garde, d'un bout à l'autre de la procédure, la direction et le contrôle (3).

Mais l'*objet* des deux droits — droit protégé et droit d'action — est différent : il est toujours et uniquement, pour l'action, d'obtenir du tribunal compétent « soit la reconnaissance du droit contesté, soit une condamnation, soit des mesures d'exécution, soit seulement des mesures conservatoires ou provisoires (4) ». C'est pourquoi, d'une part, l'existence d'un droit

(1) V., par exemple, DEMOLOVAZ, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, n° 888, t. XII, nos 540 et 648 ; — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, t. VII, § 118 ; — GAROZZINI et CÉZANNE-BAU, *Traité de procédure civile*, t. I, n° 351 ; — ROQUIER, op. cit., t. III, n° 1188.

(2) V., sur cette distinction, ci-avant, p. 87 et 88.

(3) C'était la crainte de SALERAZZAS : V. op. cit., p. 542.

(4) GRASSON et TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire*, de compétence et de procédure civile, 3^e éd., Paris, 1925, t. I, n° 172. *Adde* : n° 176 et s. — Il ne faut pas confondre le droit d'action, qui est le droit de réclamer du juge

doit se doubler, pour l'action, d'un intérêt à agir. Sans intérêt, pas d'action : si la mesure postulée est sans utilité pour le demandeur, celui-ci sera déclaré non-recevable. C'est pourquoi, d'autre part, la renonciation à l'action, c'est-à-dire à la défense judiciaire du droit, n'entraîne, de soi, aucune renonciation au droit lui-même, qui conserve son caractère d'inviolabilité et d'exigibilité.

Impossible, en effet, de ranger le droit d'action et d'exécution parmi les modes d'exercice du droit protégé, le mode d'exercice *judiciaire*, par opposition à un mode d'exercice *extra-judiciaire* comprenant la faculté de poser les actes juridiques relatifs au droit. La défense ou la revendication du droit exprime une activité distincte de celle de l'exercice, par actes matériels ou par actes juridiques, du droit lui-même, d'autant plus que le droit d'action n'apparaît qu'à l'instant de la violation ou de la menace. Plus exactement, il *naît* de cette violation ou de cette menace (1) : tant que le droit est en fait respecté (c'est heureusement le cas normal), l'action, faute de litige, est sans raison d'être, sans objet; elle n'a d'existence que *virtuelle*.

Notons enfin que si tout droit véritable est muni d'action, le droit d'action, en revanche, ne postule pas toujours l'existence ou simplement la virtualité (2) d'un droit préalable qu'il viendrait garantir : ainsi, spécialement pour les actions possessoires (3). Quoique protégée pour des raisons supérieures d'ordre social, la possession, comme telle, ne s'analyse pas en un droit subjectif : la norme de droit ne connaît, au profit du possesseur, ni droit de possession ni droit à la possession ; la possession n'est qu'un fait ; quand elle est de mauvaise foi, le fait est même illicite. Néanmoins, le droit objectif a institué à l'avantage de la paix publique, qui prohibe toute voie de fait, et par conséquent, de manière indirecte et accidentelle, au profit du possesseur actuel, fut-il de mauvaise foi, un système séparé de protection possessoire qui, sans transformer la pos-

la protection du droit, avec le pouvoir d'exercer, qui est lui-même consécutif au droit d'avoir (l'avoir est *erigibile*). — Rapp. BONNARD, étude citée, dans *Rev. du droit public*, 1932, p. 715.

(1) Certains auteurs ont même soutenu que seule l'action était constitutive de l'existence du droit, et avant elle n'existerait que le droit *objectif*, dont la violation donne naissance au droit subjectif qu'est l'action : V. sur la théorie de THON, DUCOURT, *op. cit.*, t. I, § 28, p. 302 et 303 ; JONESCU, *op. cit.*, p. 60 à 63, v. ci-avant, p. 69, note 4, *in fine*.

(2) Par là se résout l'objection que DUCOURT (*op. cit.*, t. I, § 23, p. 296 et 297) prétendait tirer, contre la doctrine du droit subjectif, de l'existence des actions possessoires : toute voie de droit n'implique pas nécessairement un droit préalable.

session en droit (1), est générateur d'un droit authentique, mais distinct : d'un droit d'action possessoire (2). Confirmation nouvelle de la nécessité d'une distinction entre le droit et l'action, puisque celle-ci n'est même pas toujours le signe, la preuve de l'existence d'un droit (3).

CONCLUSION

En résumé, les idées dont la synthèse compose la définition du droit subjectif, au sens où l'entend le droit positif, se déroulent logiquement dans l'ordre suivant :

1) Au principe, commandant l'ensemble du système, un *lien d'appartenance*, consacré ou créé par le droit objectif, entre une personne et une chose, représentant pour cette personne un bien, une valeur, un intérêt qui, d'une manière directe ou indirecte, est sien : au commencement du droit subjectif est l'*avoir*. Cette chose sienne peut être ou bien l'un des éléments intégrants ou dépendants de la personnalité même (vie, puissance physique, intellectuelle, actes, œuvres...), ou bien une chose matérielle ou immatérielle, ou bien encore un acte à prêter par autrui sous forme de dette obligatoire. En ce dernier cas, l'appartenance est indirecte : elle atteint son objet par l'intermédiaire du débiteur.

2) Instantanément, l'appartenance engendre, à l'adresse du titulaire et normalement, à son profit, un *pouvoir de maîtrise* tant de la chose qui est l'objet de son avoir que du droit sur ou à

(1) On laisse de côté les actions en établissement d'une situation juridique nouvelle (divorce, déchéance de la puissance paternelle, mise sous conseil judiciaire...) ou encore les actions en nullité ou en résolution d'actes juridiques, où sans doute il y a un droit préexistant à la demande en justice elle-même, mais dont l'objet est précisément la mesure réclamée : droit au divorce, droit à la nullité... Comp. GRASSON et TRISTIEN, *op. cit.*, t. I, n° 183 *in fine*, p. 448 et 444.

(2) Comp., dans le même sens, RAPPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Plantin*, 3^e éd., t. I, nos 2760 et 2764. — C'est à tort que l'on parle de la possession comme d'une « propriété provisoire » (RIVAUD, *Le droit réel*, Toulouse, 1912, p. 321).

(3) Sur le rapport entre le droit et l'action, v. GARCERANDA, *Principi di diritto processuale*, 3^e éd., 1942, p. 29 et s. (les deux droits seraient coexistants et entièrement indépendants l'un de l'autre) et les observations de DUCOURT, *op. cit.*, t. I, § 28, p. 304 et s. ; — H. CAPRANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3^e éd., n° 94 ; — GRASSON et TRISTIEN, *Traité*, 3^e éd., t. I, n° 183 ; — MORIS, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., 1949, n° 25 ; — BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », dans *Rev. du droit public*, 1932, p. 714 à 716 ; — BARTHELEMY, GRASAVY et LAMONDE-LACOSTE, *op. cit.*, nos 469 et 470 ; — MORUSKY, *op. cit.*, nos 81 et s., p. 34 et s. ; — BÉAURET, « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir », spécialement, nos 9 et 10, dans *Rev. Rev. de droit civil*, 1947, p. 143 à 145 ; — VASERUN, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », nos 9 et s., dans *Rev. trim.*, 1950, p. 448 et s.

cette chose, c'est-à-dire une faculté de libre disposition. Le droit de libre disposition est d'ailleurs plus ou moins absolu selon que la chose soumise à appartenance est purement matérielle, ou qu'elle touche la personne humaine, du sujet lui-même ou, dans le cas de l'obligation, du débiteur.

3) Appartenance et maîtrise s'imposent d'emblée au respect de tout le monde : des tiers en général, tenus d'un devoir d'abstention, et, dans le cas de l'obligation, du débiteur, personnellement tenu de la prestation. De toute façon, elles sont *inviolables*, et le titulaire a toujours la faculté d'exiger qu'elles soient en fait respectées.

4) Pour garantir cette inviolabilité et rendre à la fois efficace et ordonnée cette exigibilité, la société met à la disposition du sujet, au cas de violation réalisée ou simplement latente, des *voies de droit* préventives ou répressives, qui font l'objet d'un droit nouveau, dépendant, à titre d'accessoire, du droit protégé, appartenant au même titulaire et pourvu des mêmes caractères. = *single provisions of the law of THINGS...*

Quant à la *volonté*, elle n'intervient à aucun degré dans la construction, et c'est pourquoi elle est passée sous silence. Ni l'appartenance, ni la maîtrise, ni l'exigibilité, ni le droit d'action n'impliquent, pour exister, un acte quelconque de volonté de la part du titulaire du droit. La capacité de droit, au sens de l'aptitude au droit (*Rechtsfähigkeit*) est aussi totale, à tous les degrés, chez le fou ou chez l'*infans* que chez l'homme doué de volonté et sain d'esprit : même appartenance, même maîtrise, même exigibilité, même droit d'action. La volonté ne joue son rôle qu'à un stade ultérieur, qui est celui de la mise en œuvre ou exercice du droit (*Handlungsfähigkeit*). Concrètement, ceci concerne, d'une part, la maîtrise, car l'appartenance, de soi, ne suppose aucun exercice ; d'autre part, le droit d'action, car, pour l'exigibilité, bien qu'elle soit inhérente au droit, elle se traduit, au cas de résistance, par le droit d'action. Si en effet la maîtrise, c'est-à-dire la faculté de libre disposition, peut subsister nonobstant le défaut ou l'impossibilité d'exercice, normalement elle appelle cet exercice. Or, l'exercice, qui consiste dans des actes matériels ou juridiques, d'administration ou de disposition, requiert d'ordinaire la volonté. La même volonté est requise dans l'exercice du droit d'action qui est l'acte juridique de défense du droit méconnu ou menacé. Faute de volonté dans la personne du titulaire, il y sera suppléé par la volonté d'une autre personne, chargée d'agir au mieux des inté-

rêts de l'incapable et, en ce sens, de le représenter. Ainsi la volonté n'est jamais que le *moyen d'exercice* du droit, qui, essentiellement, se définit par l'*avoir* et la maîtrise consécutive, non par l'*agir* (1).

A la lumière des explications qui précèdent, la définition du droit subjectif pourrait tenir dans la formule suivante : le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû. Naturellement, cette appartenance et cette maîtrise n'existent que dans les limites plus ou moins strictes, d'étendue ou même de finalité, que leur assigne le droit objectif. Mais, dans ces limites, le titulaire du droit subjectif a la pleine maîtrise de son bien.

(1) Rapp., sur le rôle purement technique de la volonté dans le processus de réalisation du droit, M. RÉGARDEZ, *op. cit.*, p. 98 et s.