

ssibilité de respon-
lutaire.

rnational de droit
du problème de la
st réunie au Palais
résidence de M. le
of. José Gascon y
adopté à l'unani-

ation de cette res-
la responsabilité
ative ;
e responsabilité, il
e, mais faciliter, à
nnel, pour telle ou
déjà admise dans
rentes, mérite une

qui distinguent la
ité personnelle de
rge de l'Etat de la
s réserve, dans ce
re ou de solidarité

l'Etat et sa liberté
it être prévue, en
une indemnité et
a restitution.

néral M. Matter, la
Congrès de 1930,
ales acceptées par
ensemble un véri-
les intérêts autant

, le 3 août 1932.

TROTABAS,
ulté de Droit de Nancy.

Les droits publics subjectifs des administrés.

Les Etats modernes sont généralement organisés en la forme d'*Etat de justice*. Cette forme d'Etat est caractérisée par ce fait que l'administré peut assurer sa protection contre l'administration au moyen de recours juridictionnels mis à sa disposition, c'est-à-dire au moyen de recours qu'il porte devant un juge. Mais l'Etat de justice suppose que l'Etat est un *Etat de droit*, soit un Etat soumis au droit : il suppose donc que les administrés ont et peuvent faire valoir des droits contre l'administration.

En effet le recours juridictionnel suppose essentiellement un droit mis en cause. Car ce recours tend à faire accomplir par le juge un acte juridictionnel. Or le propre de la fonction juridictionnelle est d'avoir pour objet de trancher une question juridique (1). Cette fonction suppose qu'une prétention a été émise, soutenant qu'il s'est produit quelque chose de contraire au droit, que notamment des droits sont indûment contestés ou ont été violés. Elle suppose en outre que cette prétention n'est pas admise et se heurte à une résistance. Elle intervient alors pour faire cesser cette résistance, pour faire triompher la prétention et pour la faire triompher définitivement grâce à l'autorité de la chose jugée de la décision juridictionnelle. C'est précisément à raison de ce caractère de la fonction juridictionnelle et de l'acte juridictionnel que la séparation des pouvoirs fait confier cette fonction à un

(1) DUGUIT, *Traité de dr. const.*, 3^e édit., I, p. 418 et s.

juge, c'est-à-dire à un organe indépendant agissant en dehors de toute action hiérarchique.

Ainsi le recours porté devant un juge, visant à réaliser un acte juridictionnel, est essentiellement un recours relatif à un droit contesté ou violé. Le recours juridictionnel de l'administré contre l'administration suppose donc que l'administré a un droit opposable à l'administration. Il exige que l'administré soit titulaire de ce qu'on appelle un *droit public subjectif* (1).

La question des droits publics subjectifs des administrés se présente donc comme une question essentielle dans le droit administratif des Etats modernes. On peut s'appliquer à son étude en recherchant le contenu du système des droits publics subjectifs reconnus aux administrés dans un droit administratif donné. Mais, avant cela, il se pose un problème plus général qu'il faut résoudre avant toute autre recherche. C'est le problème de la conception même du droit public subjectif : il s'agit de savoir quels sont les éléments essentiels constitutifs de cette conception.

L'intérêt de ce problème est considérable. Il consiste en ce que la possibilité logique d'admettre l'existence du droit public subjectif dépend de la conception qu'on se fait de ce droit. Certaines conceptions, en outre qu'elles peuvent être

(1) C'est surtout aux droits publics subjectifs des administrés que la doctrine du droit administratif s'intéresse, et cela pour la raison suivante. Dans un Etat de droit, il existe bien aussi des droits publics subjectifs au profit de l'administration, c'est-à-dire des droits que l'administration possède et peut opposer aux administrés. Mais, du point de vue du contentieux, les droits des administrés sont presque toujours seuls à devoir être pris en considération. Car, si les droits de l'administration sont susceptibles d'ouvrir à celle-ci la possibilité d'intenter des recours juridictionnels, en fait il n'intervient guère que des recours intentés par les administrés. Cela résulte du privilège du préalable dont bénéficie l'administration. Ce privilège consiste en ce que l'administration peut donner elle-même force exécutoire à ses décisions. Cela permet à l'administration d'imposer à l'administré le rôle de demandeur et de ne jouer le plus souvent que le rôle de défendeur. Le recours juridictionnel de l'administré devient la règle et celui de l'administration n'est que l'exception. Ainsi, dans le droit administratif, pour autant qu'il est mis en œuvre par l'action en justice, ce sont les droits publics subjectifs des administrés qui présentent particulièrement de l'intérêt.

insuffisan
jectif, sou
impossibl

Ainsi,
subjectif
droit, il f
ver déga
possible l
à cette r
Mais, éla
la concep
cette pré
qui rend
jectif de

En effe
droits su
vés subje
liers peu
que les
dans les
Or, du p
vent être
droits p
qu'une r
identiqu
qu'il soi
ments co

(1) Cett
a été cont
interven
droits sub
raison peu
provoquer
réduire la
pour ses
sujet se co
été histor
apparu qu
considérat

insuffisantes en elles-mêmes pour définir le droit public subjectif, soulèvent aussi cette difficulté de rendre logiquement impossible l'idée du droit public subjectif.

Ainsi, la possibilité logique d'admettre le droit public subjectif étant conditionnée par la conception même de ce droit, il faut avant tout s'attaquer à cette conception et arriver dégager la vraie conception, celle qui rend logiquement possible l'idée du droit public subjectif de l'administré. C'est à cette recherche que va être consacrée la présente étude. Mais, élargissant la question, elle se propose de rechercher la conception du droit subjectif en général, avec, il est vrai, cette préoccupation particulière de dégager une conception qui rende logiquement possible l'idée du droit public subjectif de l'administré.

En effet le droit public subjectif n'est qu'une catégorie des droits subjectifs. Ces droits comportent aussi des droits privés subjectifs. Ce sont ces droits subjectifs que les particuliers peuvent s'opposer dans leurs rapports juridiques, tandis que les droits publics subjectifs sont les droits opposables dans les rapports juridiques entre l'Etat et les particuliers. Or, du point de vue matériel, les droits privés subjectifs doivent être considérés comme ayant la même nature que les droits publics subjectifs. Il ne faut voir dans les deux cas qu'une même chose qui, sous des formes différentes, reste identique à elle-même dans son essence. Le droit subjectif, qu'il soit public ou privé, est à saisir dans les mêmes éléments constitutifs et sous la même conception (1).

(1) Cette idée de l'identité essentielle des deux formes du droit subjectif a été contestée. On a prétendu qu'à raison de la différence des personnes intervenantes, il y avait nécessairement des différences de nature entre les droits subjectifs suivant qu'ils étaient publics ou privés. En réalité, si cette raison peut entraîner quelques différences formelles, elle ne paraît pas devoir provoquer des différences matérielles. De ce point de vue, on peut arriver à réduire la conception du droit subjectif à des éléments qui soient valables pour ses deux formes. Au surplus les hésitations qui se sont produites à ce sujet se comprennent. Elles résultent de ce que le droit privé subjectif ayant été historiquement antérieur au droit public subjectif puisque celui-ci n'a apparu qu'avec l'Etat de droit, la conception du droit subjectif fut établie en considération du droit privé. Il arriva ainsi que cette conception ne conve-

Mais cette tâche de rechercher une conception du droit subjectif à portée générale, valable pour les deux catégories des droits subjectifs, présente de grosses difficultés d'abord en elle-même et aussi à raison des nombreuses doctrines variées et divergentes qui ont été professées à ce sujet. Car, dans la théorie du droit, notre question est une de celles qui ont été les plus discutées. On se trouve ainsi en présence d'une masse d'idées plus ou moins contradictoires entre lesquelles il n'est pas très aisé de faire un choix.

Mais, comme il arrive souvent après de longues et abondantes discussions, qui se trouvent avoir à peu près épuisé la question, de telle sorte qu'on ne peut plus guère rien y ajouter de vraiment utile et qu'il est ainsi inopportun de lancer de nouvelles idées puisque tout au moins l'essentiel a été dit, s'il est difficile de faire un choix, il reste cependant possible et profitable de dégager une synthèse des opinions émises. Cela peut paraître paradoxal lorsqu'on se trouve, comme c'est le cas ici, en présence de tant d'idées divergentes dont certaines se trouvent ainsi forcément erronées. Seulement il faut tenir compte de ce fait qu'une doctrine n'est jamais complètement fautive. Dans toute doctrine, quelque contestable qu'elle soit, il y a toujours quelque parcelle de vérité. Voilà pourquoi, quand une question a été abondamment discutée, on peut, à un certain moment, opérer une synthèse des opinions. Cela est d'autant mieux possible dans la question qui nous occupe que la plupart des doctrines soutenues au sujet du droit subjectif contiennent non seulement des parcelles, mais souvent d'importants fragments de vérités certaines. Il n'est donc pas téméraire de tenter une synthèse des doctrines sur le droit subjectif, d'essayer de les coordonner entre elles, après les avoir dégagées de ce qu'elles peuvent contenir d'inacceptable et de contradictoire. Une telle synthèse peut être utile et profitable. C'est cet essai de synthèse qui va être poursuivi ici, avec comme but dernier d'arriver à une conception convenable pour le droit public

nait pas au droit public subjectif. On fut poussé ainsi à dégager pour ce dernier une conception propre.

subjectif de
présenter dan
s'est produit
savoir sur qu

Les doctrin
toriquement

On trouve
d'abord s'opp
binées et fusi
autre doctrin
rent. Enfin, p
tendance nég
subjectif en t
d'idées, se ra
Ihering, de G

Les deux g
jectif qui rest
grande major
tagonistes res

Pour Wind
de volonté co
puissance de

Willensherrs
d'exécution d
règle de droit

Pour Iherin
ment protégé.

(1) Pour l'expo
consulter : DUEUR
blem der Staats
Staatslehre, Ber
lichen Rechte, B

(2) WINDSCHEID

(3) IHERING, *Es*
et s., p. 326.

subjectif de l'administré. Mais tout d'abord il convient de présenter dans ses grandes lignes le conflit de doctrines qui s'est produit autour de la conception du droit subjectif pour savoir sur quelles bases va s'opérer la synthèse.

I

Les doctrines sur le droit subjectif se sont développées historiquement de la façon suivante :

On trouve en premier lieu deux grandes doctrines qui d'abord s'opposent et se combattent, pour ensuite être combinées et fusionnées en une seule. Entre temps, surgit une autre doctrine procédant d'un point de vue tout à fait différent. Enfin, plus récemment, ont apparu deux doctrines de tendance négative qui visent à éliminer le concept de droit subjectif en tant que concept autonome. A ce mouvement d'idées, se rattachent les grands noms de Windscheid, de Ihering, de Georg Jellinek, de Kelsen et de Duguit (1).

Les deux grandes doctrines sur la conception du droit subjectif qui restèrent longtemps opposées et entre lesquelles la grande majorité des juristes se partageaient, ont eu pour protagonistes respectifs Windscheid et Ihering.

Pour Windscheid (2), le droit subjectif est une puissance de volonté conférée par l'ordonnancement juridique. Cette puissance de volonté est tantôt une *Willensmacht*, tantôt une *Willensherrschaft*, suivant que le droit subjectif est pouvoir d'exécution d'une règle de droit ou pouvoir de création d'une règle de droit nouvelle.

Pour Ihering (3), le droit subjectif est un intérêt juridique-ment protégé. Ainsi l'essence du droit subjectif est constitué

(1) Pour l'exposé critique des doctrines sur le droit subjectif, on pourra consulter : DUGUIT, *Dr. const.*, 3^e édit., I, p. 274 et s. ; KELSEN, *Hauptproblem der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1914, p. 567 et s. ; Id. *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1923, p. 55 et s. ; O. BUHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte*, Berlin, 1914, p. 40 et s.

(2) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^e édit., 1906, I, p. 456.

(3) IHERING, *Esprit du droit romain*, traduct. Meulenaere, IV, p. 315 et s., p. 326.

d'après la première conception par un élément formel et, d'après la seconde, par un élément matériel.

Ce sont les critiques adressées à chacune de ces deux conceptions qui ont amené l'élaboration de la doctrine qui les combine et les fusionne. Cela a été principalement l'œuvre de Georg Jellinek (1).

Le point de vue de Jellinek est qu'aucun de ces deux éléments, volonté et intérêt, ne suffit à lui seul pour définir convenablement le droit subjectif. Il estime cependant qu'il faut les conserver, mais en les associant.

Si on n'envisage que l'élément formel, la puissance de volonté, cela suppose qu'il peut y avoir un vouloir pur, c'est-à-dire un vouloir dégagé de l'objet auquel il s'applique. Or ce vouloir pur est inconcevable. On ne peut concevoir qu'un vouloir appliqué à un certain objet, ayant un certain contenu. Un vouloir dégagé de tout objet, vide de tout contenu, le vouloir dans sa pure forme est une entité qui ne peut pas être saisie par l'esprit. Le vouloir ne peut être conçu que sous la forme du vouloir quelque chose. Par conséquent, si on applique l'idée de volonté au droit subjectif, à cet élément formel il faut ajouter un élément matériel qui devra être l'objet du vouloir. Cet élément, objet du vouloir dans le droit subjectif, est précisément l'intérêt juridiquement protégé du titulaire de la volonté.

Mais, d'autre part, il serait insuffisant de ne prendre pour définir le droit subjectif que l'élément matériel qui est l'intérêt protégé. Car la conception du droit subjectif doit exprimer le rattachement de cet intérêt au titulaire du droit. Or ce rattachement s'opère grâce à l'idée de volonté, en faisant de l'intérêt l'objet de la volonté du titulaire du droit.

Ainsi l'élément formel et l'élément matériel, la volonté et l'intérêt, sont à combiner et à associer en fonction l'un de l'autre : l'intérêt pour donner un objet au vouloir, la volonté pour individualiser l'intérêt. Georg Jellinek aboutit ainsi à la définition suivante : « Le droit subjectif est la puissance

(1) GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 2^e édit., 1905, p. 42 et s.

de volonté hu
nancement ju

Une combi
rêt a été aussi
tion du droit
suivante : «
d'un groupe
la puissance
le défendre »

celui qui poss
n'est pas néce
la propre vol
volonté prote
ment attribué

Il résulte d
Michoud plac
tégé et y ajou
protection. L'

volonté ne v
Dans cette liai

qu'après l'inté

C'est en cel

blement de co

première du d

volonté. L'idé

vouloir pur ne

le vouloir ap

d'abord la pu

rêt comme obj

(1) GEORG JEL
der Rechtsordn
gerichtete mensc
recht, Berlin, 2^e é
disant que le droi
in seinem eigene

(2) MICHOD, *Th*
p. 99 et s.

(3) MICHOD, *op*

de volonté humaine qui, protégée et reconnue par l'ordonnement juridique, a pour objet un bien ou un intérêt » (1).

Une combinaison analogue des idées de volonté et d'intérêt a été aussi adoptée par Michoud pour établir la conception du droit subjectif (2). Michoud donne ainsi la définition suivante : « Le droit subjectif est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'homme juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter ou de le défendre ». Michoud ajoute que le titulaire du droit est celui qui possède cet intérêt garanti. Quant à la volonté, il n'est pas nécessaire que la volonté qui protège l'intérêt soit la propre volonté du titulaire du droit : il suffit que cette volonté protectrice puisse lui être socialement ou pratiquement attribuée (3).

Il résulte de cette définition et de son commentaire que Michoud place l'essence du droit subjectif dans l'intérêt protégé et y ajoute la puissance de volonté à titre de moyen de protection. L'idée d'intérêt est au premier plan et l'idée de volonté ne vient qu'accessoirement comme conséquence. Dans cette liaison d'idées, la puissance de volonté n'est posée qu'après l'intérêt à protéger.

C'est en cela que la conception de Michoud diffère sensiblement de celle de Georg Jellinek. Pour Jellinek, l'essence première du droit subjectif est constituée par la puissance de volonté. L'idée d'intérêt y est ensuite ajoutée parce que le vouloir pur ne se conçoit pas et qu'on ne peut imaginer que le vouloir appliqué à quelque chose. Jellinek envisage d'abord la puissance de volonté et ensuite seulement l'intérêt comme objet de cette volonté. Il opère la liaison des deux

(1) GEORG JELLINEK, *op. cit.*, p. 44 : « Das subjektive Recht ist die von der Rechtsordnung anerkannte und geschulze auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht ». — WALTER JELLINEK (*Verwaltungsrecht*, Berlin, 2^e édit., 1929, p. 190) exprime sensiblement la même idée en disant que le droit subjectif est « eine Willensmacht die dem Willensträger in seinem eigenen Interesse verliehen ist ».

(2) MICHOD, *Théorie de la personnalité morale*, 2 vol., Paris, 1906, I, p. 99 et s.

(3) MICHOD, *op. cit.*, I, p. 105.

idées à l'inverse de la manière de Michoud. En somme Jellinek est parti de la conception de Windscheid pour y ajouter celle de Ihering. Ayant constaté que le concept de puissance de volonté est insuffisant à lui seul, il le complète avec le concept d'intérêt pour donner un objet à cette volonté qui ne peut se concevoir à l'état de forme pure. Au contraire, Michoud part de la conception de Ihering pour y ajouter celle de Windscheid. Il part de l'idée que le concept d'intérêt. Mais, considérant que ce seul concept n'est pas suffisant, il estime nécessaire d'introduire le concept de volonté pour pouvoir rattacher l'intérêt au titulaire du droit; et il introduit ainsi la volonté à titre de moyen de protection de l'intérêt. Or, du fait que la volonté est ainsi conçue comme moyen, la conception de Michoud constitue un progrès certain sur celle de Georg Jellinek. Comme on le verra plus loin, on est plus près de la vraie conception lorsqu'on envisage la volonté comme un moyen, plutôt que lorsqu'on y voit, comme Jellinek, l'essence première du droit subjectif.

En même temps que se produisait cette lutte entre ces deux grandes doctrines et pendant qu'on travaillait à leur combinaison et conciliation, il s'est fait jour une autre doctrine qui, en présence des objections faites aux idées de volonté et d'intérêt, écarte complètement ces idées de la conception du droit subjectif. Cette doctrine envisage en effet uniquement l'action en justice qui accompagne ordinairement le droit subjectif. Sur cette base, elle déclare que le droit subjectif est essentiellement constitué par le pouvoir de mettre en mouvement l'action en justice. Quand on a un droit subjectif, on a une action en justice : donc le droit subjectif est le pouvoir de mettre en mouvement cette action. Cette doctrine, parce qu'elle laissait de côté les idées de volonté et d'intérêt pour se placer sur un terrain complètement différent, est toujours restée distincte des doctrines de la volonté et de l'intérêt et n'a jamais eu tendance à fusionner avec elles (1).

(1) THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878 ; Voir aussi sur cette doctrine : JOSEPH BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, Thèse Paris, 1899.

Enfin, plus n
droit subjectif
conceptions ad
nier la validit
rejeter ce con
science du dro

Le point de
comme étant
fragment du d
parce que le s
de ce prétenc
volonté mêm
qu'il formule

Dans la « t
c'est-à-dire d
d'éléments pu
métajuridiqu
l'être physiqu
et seule cons
que est un él
juridique pe
purement ju
personne cor
par l'imputa
vent la conce
les droits s
conservent, r
du droit obje
tifs, on ne pe
à la person
grâce à une
physique qu
volonté de l
il ne peut p
exclue des d

(1) KELSEN,
notam. p. 65.

Enfin, plus récemment, dans cette lutte d'idées autour du droit subjectif, Kelsen et Duguit sont venus bouleverser les conceptions admises jusque-là, pour en arriver en somme à nier la validité logique du concept de droit subjectif, pour rejeter ce concept et pour ne conserver finalement dans la science du droit que le concept de droit objectif.

Le point de vue de Kelsen est que ce qu'on considère comme étant un droit subjectif n'est pas autre chose qu'un fragment du droit objectif imputé à une personne juridique, parce que le seul élément volontaire qu'on trouve à l'occasion de ce prétendu droit subjectif n'est et ne peut être que la volonté même incluse dans le droit objectif, soit le *Sollen* qu'il formule (1).

Dans la « théorie pure » du droit, comme la veut Kelsen, c'est-à-dire dans une théorie qui ne doit tenir compte que d'éléments purement juridiques et qui écarte tout élément métajuridique, la personne juridique doit être distinguée de l'être physique, individuel ou collectif, auquel on la rattache, et seule conservée pour la théorie du droit car l'être physique est un élément métajuridique, tandis que la personne juridique peut être conçue de façon à constituer un élément purement juridique. Il en sera ainsi si on considère cette personne comme formée et instituée dans le monde du droit par l'imputation des fragments du droit objectif qui peuvent la concerner. Ce sont ces fragments qui sont dits être les droits subjectifs de cette personne. Or ces fragments conservent, même après imputation, le caractère d'éléments du droit objectif. En effet, pour ces prétendus droits subjectifs, on ne pourrait parler d'une puissance de volonté propre à la personne et les distinguer ainsi du droit objectif que grâce à une confusion de la personne juridique et de l'être physique qui amènerait à prêter à la personne juridique la volonté de l'être physique dans sa réalité psychologique. Or il ne peut pas en être ainsi puisque la théorie pure du droit exclue des données des problèmes juridiques l'être physique

(1) KELSEN, *Hauptproblem*, p. 663; *Allg. Staatslehre*, p. 62 et s. et notam. p. 65.

En somme Jelli-
pour y ajouter
ot de puissance
mplète avec le
volonté qui ne
Au contraire,
pour y ajouter
concept d'inté-
st pas suffisant,
e volonté pour
it; et il intro-
tection de l'in-
conçue comme
in progrès cer-
verra plus loin,
qu'on envisage
rsqu'on y voit,
bjectif.

lutte entre ces
vaillait à leur
ne autre doc-
aux idées de
dées de la con-
isage en effet
gne ordinaire-
éclare que le
le pouvoir de
and on a un
le droit sub-
cette action.
les idées de
rain complète-
s doctrines de
ance à fusion-

voir aussi sur cette
droits subjectifs

et sa volonté comme étant des éléments métajuridiques. Il y a cependant une volonté dans la personne juridique à l'occasion des imputations qui lui sont faites. Mais cette volonté n'est pas autre que la volonté qui est incluse dans l'élément qui forme la personne juridique : cette volonté est ainsi la volonté contenue dans le droit objectif ; elle est le *Sollen* formulée par lui. Le prétendu droit subjectif se ramène donc au droit objectif. Il n'est que le droit objectif lui-même imputé pour partie à une personne juridique. Il est et ne peut être que cela parce que la volonté qui le met en œuvre ne peut pas, dans une théorie pure du droit, être considérée comme étant la volonté de l'être physique transmise à la personne juridique. Cette volonté ne saurait être que la volonté de ce qui constitue juridiquement la personne, savoir la volonté du droit objectif. Finalement Kelsen aboutit bien à la négation du droit subjectif en tant que concept autonome distinct du concept de droit objectif. Pour lui, le droit subjectif n'est pas autre chose que le droit objectif lui-même imputé à une personne juridique et ne changeant pas de caractère du fait de cette imputation.

C'est à un résultat négatif sensiblement analogue à celui de Kelsen que Duguit aboutit ; mais il y aboutit par des voies et pour des raisons différentes (1).

Sa critique des doctrines sur le droit subjectif l'amène à cette conclusion qu'on ne peut concevoir le droit subjectif que comme constitué essentiellement par une puissance de volonté (2). Il fait particulièrement état de ce que Georg Jellinek et Michoud considèrent comme insuffisante l'idée d'intérêt et se voient obligés d'y adjoindre l'idée de puissance de volonté. Cette dernière idée est donc bien inhérente au droit subjectif puisqu'on ne peut pas s'en passer. Or, dit-il, cette idée de puissance de volonté est une pure idée métaphysique qui du point de vue d'une vraie science positive, ne peut pas être retenue. Donc le concept de droit subjectif s'écroule en tant que concept autonome et il ne subsiste que le con-

(1) DUGUIT, *Dr. const.*, I, p. 213 et s.

(2) DUGUIT, *op. cit.*, I, p. 295.

cept de règle de chose, ce n'est pas ne saurait être c'est en vertu donnée accept

Cette négation apparaît clairement déclare qu'il qui est soumis mes, il n'y a les sujets par qu'à l'égard de Duguit les ex Or comme ce titulaires de pensée de Duguit cale du droit tout sujet par la preuve qu'il par Duguit.

Tout le monde Duguit, en ce des individus ne peut pas la volonté, déc par les obligations par lui à ceu sujets de droit supprimer le le concept de le monde du malgré de g personne juu ments du dr tat de la so méthodes so

(1) DUGUIT, *op.*

cept de règle de droit. Si l'individu peut ou doit quelque chose, ce n'est pas en vertu d'un prétendu droit subjectif qui ne saurait exister du point de vue de la science positive ; c'est en vertu de la règle de droit qui, elle, constitue une donnée acceptable pour la science positive.

Cette négation de Duguit concernant le droit subjectif apparaît clairement lorsqu'il traite du sujet de droit (1). Il déclare qu'il ne peut y avoir de sujet de droit que dans l'être qui est soumis aux règles du droit objectif. En d'autres termes, il n'y aurait comme sujets de droits que ce qu'on appelle les sujets passifs et, d'autre part, cette passivité n'existerait qu'à l'égard de la règle de droit. Quant aux sujets dits actifs, Duguit les exclut puisqu'il n'admet que ces sujets passifs. Or comme ces sujets actifs sont précisément ceux qui seraient titulaires de droits subjectifs, leur exclusion montre que la pensée de Duguit est bien dans le sens d'une négation radicale du droit subjectif. Comme, par ailleurs, la passivité de tout sujet passif se rattache au seul droit objectif, c'est aussi la preuve que seul le concept de droit objectif est maintenu par Duguit.

Tout le mécanisme juridique fonctionne donc bien, selon Duguit, en dehors de toute idée de droit subjectif. On voit des individus qui ne sont pas des sujets de droit, puisqu'on ne peut pas admettre qu'ils mettent en jeu une puissance de volonté, déclancher du fait d'une certaine activité de leur part les obligations prévues par le droit objectif et imposées par lui à ceux qui lui sont soumis et qui à ce titre sont des sujets de droit. Duguit arrive donc bien, comme Kelsen, à supprimer le concept de droit subjectif et à ne maintenir que le concept de droit objectif. Il ne voit, comme Kelsen, dans le monde du droit que l'action du droit objectif. Et il y a, malgré de grosses différences, une certaine parenté entre la personne juridique de Kelsen formée par imputation de fragments du droit objectif et le sujet de droit de Duguit, résultat de la soumission des êtres au droit objectif. Mais les méthodes sont évidemment très différentes. Kelsen reste et

(1) DUGUIT, *op. cit.*, p. 451 et s.

veut rester avec sa théorie pure du droit dans le domaine de la pure abstraction. Duguit au contraire prétend se placer sur le terrain des réalités observables comme seul objet possible d'une science positive. Il faut bien reconnaître que cette concordance des résultats obtenus par des méthodes si différentes est assez impressionnante et permet légitimement de se demander s'il ne convient pas d'attribuer une certaine valeur à ces résultats.

II

En présence d'une telle diversité de points de vue sur le droit subjectif et des raisons assez fortes que chacun d'eux invoque en sa faveur, on comprend un peu l'attitude sceptique de ceux qui prétendent qu'on ne peut pas arriver à une connaissance logique du droit subjectif et qu'il faut se contenter de sa connaissance empirique. Cependant il ne convient pas de s'en tenir à une telle attitude. Il faut s'efforcer d'atteindre une connaissance complète du droit subjectif. Sans doute, dans notre matière, il serait peut-être inopportun de vouloir dégager une conception entièrement nouvelle. Il a fallu tout le grand talent de Kelsen et de Duguit pour arriver à renouveler la question. Et encore ne sont-ils parvenus qu'à des résultats sur la valeur desquels il est permis de rester assez perplexe. Mais, ce qui est possible et aussi profitable, c'est, comme on l'a annoncé au début, d'essayer avec les opinions émises une synthèse qui prendrait dans chaque doctrine ce qui paraît pouvoir en être conservé à titre de donnée utilisable, qui grouperait et coordonnerait ces données de façon à constituer une conception du droit subjectif qui tienne compte et profite de ce que chaque doctrine a pu formuler d'exact. C'est cet effort de synthèse que je voudrais tenter ici. Les directives suivantes seront adoptées pour cela.

D'abord aucune des idées présentées comme étant de l'essence du droit subjectif — puissance de volonté, intérêt, pouvoir d'agir en justice — ne sont à rejeter comme absolument inexactes. Seulement il convient de leur faire jouer dans la conception du droit subjectif un rôle autre que ce

rôle d'essence qu'il faut les Mais alors il constitue l'ess doctrines ne cette essence.

Par ailleurs rigoureusement placer par un le rôle d'essen de Kelsen et d'jectif qui d'a certain secon remplacer l'ic C'est sur e vante :

Le droit s vertu d'une ro a intérêt, sou de la chose ex objectif, soit

Ainsi à l'e concept de d du concept qu'à la base droit objecti sions « avol mon sens ur du droit. D' tice sont ma comme la co sa sanction, droit. Et al par le fait Enfin il est droit subje résulte uni

rôle d'essence qui leur est attribué. C'est à un autre titre qu'il faut les rattacher à la conception du droit subjectif. Mais alors il faudra établir en dehors de ces idées ce qui constitue l'essence du droit subjectif, car aucune des grandes doctrines ne paraît avoir dégagé ce qui constitue vraiment cette essence.

Par ailleurs, si l'idée de puissance de volonté n'est pas rigoureusement inacceptable, il semble préférable de la remplacer par une autre idée, même si on ne lui fait plus jouer le rôle d'essence du droit subjectif. A cet égard, les doctrines de Kelsen et de Duguit, malgré leur négation du droit subjectif qui d'ailleurs ne sera pas retenue, peuvent être d'un certain secours : on peut y puiser les données permettant de remplacer l'idée de puissance de volonté.

C'est sur ces bases que je proposerais la définition suivante :

Le droit subjectif est le pouvoir d'exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, quelque chose à laquelle on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice ; le contenu de la chose exigible étant fixé immédiatement soit par le droit objectif, soit par un acte juridique individuel.

Ainsi à l'encontre de Kelsen et de Duguit, on maintient le concept de droit subjectif comme concept autonome distinct du concept de droit objectif. Mais on tire de leur doctrine qu'à la base du droit subjectif et lui donnant force, il y a le droit objectif et non une puissance de volonté. Les conclusions « avolontaristes » de Kelsen et de Duguit constituent à mon sens une des plus précieuses acquisitions de la science du droit. D'autre part, les idées d'intérêt et d'action en justice sont maintenues. Seulement l'intérêt n'est plus pris que comme la condition du droit et l'action en justice que comme sa sanction, au lieu d'être saisis comme étant de l'essence du droit. Et alors cette essence du droit subjectif est constituée par le fait de pouvoir exiger quelque chose de quelqu'un. Enfin il est fait une différence entre ce qui donne force au droit subjectif et ce qui détermine son contenu. La force résulte uniquement du droit objectif, mais le contenu peut

être déterminé non seulement par le droit objectif, mais aussi par des actes juridiques individuels (1).

Mais tout cela demande quelques explications.

1° *Le pouvoir d'exiger*. — Le droit subjectif est constitué par le pouvoir qu'a son titulaire d'exiger quelque chose d'un autre. C'est là ce qui forme son essence.

Ainsi le droit subjectif ne consiste pas essentiellement dans le pouvoir pris en lui-même qu'a son titulaire d'agir ou de s'abstenir. Il ne s'attache pas à l'individu pris isolément du point de vue de son activité propre. De ce point de vue, il y a liberté et non pas droit. Le droit se pose bien à l'occasion de l'activité de son titulaire, mais seulement à l'égard des autres. Il est, pour son titulaire et en considération de ses activités et de ses libertés, le pouvoir d'exiger quelque chose des autres. Le pur fait pour un individu de pouvoir agir ou s'abstenir ne constitue pas son droit, mais sa liberté. Ce qui cons-

(1) Dans son livre : *Die subjektiven öffentlichen Rechte*, O. Bühler exprime aussi l'idée que le droit subjectif est le pouvoir d'exiger quelque chose (*etwas verlangen können*). Il écarte la définition de Ihering. Quant à celle de Windscheid, il dit vouloir en conserver une partie. Il considère que dans l'expression « puissance de volonté », il convient d'éliminer l'idée de volonté, mais de conserver l'idée de puissance et alors d'envisager cette puissance comme étant le pouvoir d'exiger quelque chose. Il aboutit ainsi à cette formule : « Ein subjektives Recht ist ein solches Verhältniss zwischen zwei Personen, bei dem die eine von der andern etwas verlangen kann ». Poursuivant son analyse de la conception du droit subjectif, il tient compte de la double source du droit : les actes juridiques et le droit objectif. Il tient compte aussi de l'intérêt, mais en tant que condition du droit. Pour ce que le titulaire du droit peut exiger, il distingue les actions et les abstentions. Mais en ce qui concerne ces dernières, il fait apparaître le droit sous la forme de la conséquence de l'abstention, c'est-à-dire en tant que constitué par la possibilité pour son titulaire de faire quelque chose. Cela rompt un peu l'homogénéité de sa conception du droit subjectif. Finalement il aboutit pour le droit public subjectif de l'administré à la définition suivante : « Subjektives öffentliches Recht ist diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf der Grund eines Rechtsgeschäftes oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf ». Ainsi cette définition procède de la même tendance éclectique et synthétique que celle que je propose.

titue son dr
à cette occa
cisément de
dits droits
peut pas s
nature. L'ho
droits. Le d
l'état social
qu'à l'égard
liberté, com
sont choses

Cette idée
jectif fourni
distinctions

D'abord le
que le pouv
l'Etat et les
fournir mati
particulier p
et de l'Etat e
ment lorsque
relative à un
peut compor
suivant que
ou vers l'Etat
à sa liberté.

Les droits
peut être exig
une abstentio
juridique ou
pour objet d
procurer un a
D'autre part,
accomplis, qu
compétente, q
et procédures
Enfin on peut
certain objet

titue son droit, c'est que, pouvant agir ou s'abstenir il peut, à cette occasion, exiger quelque chose de quelqu'un. C'est précisément de ce point de vue qu'on tire objection contre les dits droits naturels individuels lorsqu'on dit qu'un droit ne peut pas se concevoir pour l'homme isolé dans l'état de nature. L'homme isolé peut avoir des libertés, mais non des droits. Le droit ne se conçoit que pour l'homme engagé dans l'état social, parce que l'idée d'un droit ne peut se poser qu'à l'égard des autres individus. Le droit est corrélatif à la liberté, comme on le verra plus loin ; mais droit et liberté sont choses différentes.

Cette idée de pouvoir d'exiger étant l'essence du droit subjectif fournit la base sur laquelle s'appuient les différentes distinctions à faire entre les droits subjectifs.

D'abord le droit subjectif peut être privé ou public suivant que le pouvoir d'exiger s'exerce entre particuliers ou entre l'Etat et les particuliers. Il en résulte qu'une même chose peut fournir matière à l'un ou à l'autre droit subjectif. Ainsi un particulier peut être à même d'exiger la même chose à la fois et de l'Etat et des autres particuliers. Il en est ainsi notamment lorsque ce qui peut être exigé est une abstention corrélatif à une liberté. Par exemple, la liberté de conscience peut comporter tantôt un droit privé et tantôt un droit public, suivant que l'individu se tourne vers les autres particuliers ou vers l'Etat pour exiger qu'on s'abstienne de porter atteinte à sa liberté.

Les droits subjectifs se distinguent encore d'après ce qui peut être exigé. L'objet de l'exigence peut être une action ou une abstention de la part des tiers. L'action peut être un acte juridique ou un acte matériel et l'acte juridique peut avoir pour objet d'imposer une charge ou obligation ou bien de procurer un avantage, de donner satisfaction à un besoin. D'autre part, au sujet des actes, on peut exiger qu'ils soient accomplis, qu'ils soient accomplis par la personne capable ou compétente, qu'ils soient accomplis suivant certaines formes et procédures, qu'ils soient accomplis dans un certain but. Enfin on peut exiger que l'acte ait un certain contenu et un certain objet : s'il s'agit d'un acte juridique, qu'il produise

un certain effet de droit; s'il s'agit d'acte matériel, qu'il réalise un certain effet matériel. Il peut y avoir ainsi le droit subjectif à l'activité d'un tiers ou à une certaine activité de sa part, le droit à la compétence, le droit aux formes et procédures, le droit à un certain but.

L'exigence émise peut aussi avoir pour objet une abstention. Cette abstention se présente comme corrélatrice à une certaine activité du titulaire du droit pour lui permettre d'exercer librement cette activité. Ce qui suppose qu'il a la permission d'exercer cette activité, c'est-à-dire qu'il y a pour lui « liberté ». Mais, comme on l'a déjà vu, ce n'est pas la liberté, c'est-à-dire le pouvoir d'exercer librement une certaine activité qui constitue le droit subjectif. Ce droit est constitué par ce fait que, une liberté étant reconnue, celui qui en bénéficie peut exiger des autres que cette liberté soit respectée, c'est-à-dire qu'ils s'abstiennent de l'entraver. Le droit subjectif s'ajoute donc généralement à une liberté, car il n'y a effectivement liberté que si son bénéficiaire peut exiger des tiers certaines abstentions concernant son exercice. Mais ces deux idées de liberté et de droit subjectif, quoique pratiquement liées l'une à l'autre, sont distinctes et ne doivent pas être confondues. On ne doit pas dire que telle liberté *est* un droit : on doit dire qu'elle est assortie d'un droit pour devenir effective. Tous ces points de vue sont la conséquence de cette idée que le droit subjectif est essentiellement constitué par un pouvoir d'exiger (1).

Une autre distinction entre les droits subjectifs résulte de la source de ce pouvoir d'exiger, c'est-à-dire ce qui détermine le contenu et l'objet de ce pouvoir. Ce qui est exigible peut en effet être fixé soit directement par les règles de droit objectif formulé dans les lois et règlements, soit par des actes

(1) Lorsqu'une liberté de l'individu est opposable à l'Etat, on la qualifie ordinairement de « liberté publique ». Cette liberté publique comportera un droit public subjectif si et dans la mesure où il sera reconnu au particulier le pouvoir d'exiger certaines abstentions de la part de l'Etat à l'égard de cette liberté. Les droits publics subjectifs de cet ordre sont parfois appelés droits fondamentaux (*Grundrechte*).

juridiques in
nus par le dr

C'est ainsi c
tions juridiqu
diques indivi
et règlements

Mais ici un

actes juridiqu

duire des dro

diques indivi

cet effet et do

juridiques in

un individu

réglementaire

que, dans ce

les lois et règ

les intéressés.

pour qu'ils le

forment l'aut

On leur a de

qu'ils conditi

d'une certain

résulte de là

tel acte-cond

légales ou rég

viduelle (1).

Le fait que

directement p

(1) Cette disti
relativement réc
utilisée jusqu'ici
comme Jèze et m
un intérêt consid
ment à la base
recours de pleine
rentes distinction
d'excellentes exp
ratif juridique

juridiques individuels accomplis en vertu de pouvoirs reconnus par le droit objectif.

C'est ainsi que les droits subjectifs se distinguent en *situations juridiques légales ou réglementaires* et en *situations juridiques individuelles*, suivant que leur contenu résulte des lois et règlements ou des actes juridiques individuels.

Mais ici une remarque importante doit être faite. Tous les actes juridiques individuels ne réalisent pas cet effet de produire des droits subjectifs dans la forme de situations juridiques individuelles. En effet, à côté des actes qui produisent cet effet et dont le type est le contrat, il existe d'autres actes juridiques individuels qui n'ont pour effet que d'attribuer à un individu déterminé une situation juridique légale ou réglementaire déjà existante. Ces actes procèdent de ce fait que, dans certains cas, les situations juridiques prévues par les lois et règlements ne sont pas acquises de plein droit par les intéressés. Un acte individuel d'attribution est nécessaire pour qu'ils les possèdent. Ce sont des actes de ce genre qui forment l'autre catégorie des actes juridiques individuels. On leur a donné le nom d'*acte-condition*, exprimant par là qu'ils conditionnent pour un individu déterminé la possession d'une certaine situation juridique légale ou réglementaire. Il résulte de là que le droit subjectif qui apparaît à la suite d'un tel acte-condition, appartient à la catégorie des situations légales ou réglementaires et ne devient pas une situation individuelle (1).

Le fait que le contenu du droit subjectif est parfois fixé directement par la loi ou le règlement soulève dans la prati-

(1) Cette distinction des droits par leur source a été formulée à une date relativement récente. C'est Duguit qui en est l'auteur. Elle ne paraît être utilisée jusqu'ici que par les juristes français du droit public. Certains, comme Jèze et moi-même, la tiennent pour essentielle. Elle présente en effet un intérêt considérable pour le droit administratif français. Elle est notamment à la base de la distinction des recours devant le Conseil d'Etat en recours de pleine juridiction et recours pour excès de pouvoir. Sur ces différentes distinctions entre droit subjectif et situation juridique, on trouvera d'excellentes explications dans : RENÉ CAPITANT, *L'Illicite*, Tome I, *L'impératif juridique* (thèse, Paris, 1928), p. 499 et s.

que la grosse difficulté de savoir à quoi on reconnaît que la loi ou le règlement ont entendu établir un droit subjectif, c'est-à-dire établir le pouvoir d'exiger une certaine chose. La difficulté ne se rencontre pas pour les droits subjectifs fixés par des actes juridiques individuels. Car le fait même d'accomplir l'acte est l'indice certain qu'on a eu l'intention d'établir un droit subjectif. D'autre part, vu son caractère individuel et concret, le contenu de l'acte fait toujours suffisamment connaître ce qui peut être exigé, soit le contenu et l'objet du droit subjectif établi.

Mais il n'en n'est pas toujours ainsi quand le droit est fixé par la loi ou le règlement, et cela à raison du caractère général et impersonnel de ceux-ci. Il peut y avoir doute sur l'existence et le contenu du droit subjectif notamment lorsqu'il s'agit du fait même de l'action ou de l'abstention ou bien du contenu à donner à l'acte. Il est quelquefois assez difficile de savoir si la loi ou le règlement ont entendu donner droit à l'action ou à l'abstention, donner droit à une certaine action ayant un certain objet et un certain contenu. Parfois la loi ou le règlement s'expriment formellement sur l'exclusion ou la reconnaissance du droit. Mais plus souvent encore ils ne le font pas. Ils prévoient bien telle activité ; mais ils ne disent pas si cette activité peut être exigée, si elle donne matière à un droit subjectif.

Lorsque cette question de savoir si un acte, un certain acte, un acte ayant un certain objet et contenu, peut être exigé, se pose en ce qui concerne le droit public subjectif de l'administré, on se trouve en présence du problème du *pouvoir discrétionnaire* de l'administration. Il y a en effet pouvoir discrétionnaire de l'administration lorsque celle-ci est à l'égard de l'administré libre d'agir ou de s'abstenir, ou encore libre de donner à son acte tel ou tel objet et contenu ; et cela parce que la loi ou le règlement ne lui imposent aucune obligation à cet égard, la laissent libre d'apprécier s'il y a lieu d'agir et comment il convient d'agir, libre d'apprécier ce qu'il est opportun de faire, enfin la laissent juge de l'opportunité de son activité. L'administré ne peut alors rien exiger : il n'a pas de droit public subjectif. Il n'aura de droit

public subjectif de l'administration, un certain contenu de la loi ou le règlement qu'il est opportun de discrétionnaire de l'administration.

Or, dans la nistration, on voit et sur sa le critérium de la loi ou le règlement pour l'acte sur la question de savoir lié ou possible ou non pour une certaine activité donc dégager le critère de cette activité : de fait et de droit l'entraînent. Il s'agit d'une certaine activité que la loi a en fait déterminée et que l'administré ne peut exiger. On peut dire que l'acte et à un certain contenu formulé les modalités de l'activité en fait, il

Pour résoudre cette question quant à l'existence d'un droit public subjectif, il faut se demander si l'idée que ce qu'on peut exiger et le contenu de l'acte de cette activité : de fait et de droit l'entraînent. Il s'agit d'une certaine activité que la loi a en fait déterminée et que l'administré ne peut exiger. On peut dire que l'acte et à un certain contenu formulé les modalités de l'activité en fait, il

public subjectif, c'est-à-dire pouvoir d'exiger à l'égard de l'administration, que lorsque soit l'acte lui-même, soit encore un certain contenu d'acte sera imposé à l'administration par la loi ou le règlement qui dicte ainsi à l'administration ce qu'il est opportun de faire. Dans ce cas, il n'y a plus pouvoir discrétionnaire, mais *pouvoir lié*. L'administré peut exiger de l'administration ce qui est imposé à celle-ci quant à son activité.

Or, dans la théorie du pouvoir discrétionnaire de l'administration, on discute non seulement sur la nature de ce pouvoir et sur sa distinction avec le pouvoir lié, mais aussi sur le critérium qui permet de reconnaître son existence. Car la loi ou le règlement ne s'expriment pas toujours formellement pour l'admettre ou l'exclure. On peut alors hésiter sur la question de savoir s'il y a pour l'administration pouvoir lié ou pouvoir discrétionnaire et, par conséquent, s'il y a ou non pour l'administré pouvoir d'exiger une activité et une certaine activité de la part de l'administration. Il faut donc dégager dans la formule législative un indice qui permette de savoir si l'intention de la loi ou du règlement a été ou non d'établir un pouvoir lié et un droit subjectif pour l'administré. Et d'ailleurs, la même question se pose et dans les mêmes termes aussi bien pour le droit privé que pour le droit public.

Pour résoudre cette difficulté d'interprétation législative quant à l'existence du droit subjectif, il faut partir de cette idée que ce qui conditionne une activité positive ou négative et le contenu d'une activité positive, ce sont les motifs de cette activité : les motifs, c'est-à-dire les actes, les situations de fait et de droit qui précèdent l'activité, la déterminent et l'entraînent. Par conséquent, si les motifs d'une activité et d'une certaine activité sont formulés par la loi, cela implique que la loi a entendu imposer cette activité là, puisque ce qui détermine et entraîne une activité ce sont les motifs de cette activité. On pourra donc dire qu'il y a droit subjectif à un acte et à un certain acte lorsque la loi ou le règlement auront formulé les motifs de cet acte ; car alors, si ces motifs existent en fait, il y a obligation d'accomplir cet acte et cet acte

peut être exigé. La loi ou le règlement imposent donc un acte, confèrent pouvoir de l'exiger et attribuent ainsi un droit subjectif à l'égard de cet acte, lorsqu'ils en formulent expressément les motifs, parce que les motifs sont les éléments déterminateurs de l'acte et qu'en les formulant on dit par là ce que l'activité doit être, ce qu'on peut exiger d'elle, ce qui se pose à son égard en tant que droit subjectif.

Mais le principe qui vient d'être indiqué ne résout pas à lui seul notre difficulté d'interprétation législative. En effet la loi ou le règlement ne formulent pas toujours les motifs d'une façon précise. L'expression en est parfois assez vague. Alors on s'est demandé s'il y a droit subjectif dès lors que les motifs sont formulés, et cela, quel que soit leur degré d'imprécision; ou bien si les motifs doivent avoir une certaine précision pour qu'il y ait droit subjectif, et alors quel est le degré de précision qui est requis.

Pour résoudre cette question, il faut partir de l'idée qui est à la base du pouvoir qui s'exerce au cas d'absence de droit subjectif, à savoir que ce pouvoir implique la libre appréciation quant à la décision à prendre. Alors on peut dire que les motifs seront suffisants pour fonder le droit subjectif lorsqu'ils seront constitués par des faits tels qu'il n'y aura lieu en ce qui les concerne qu'à l'appréciation de leur existence matérielle. Au contraire, il n'y aura pas droit subjectif, malgré énonciation de motifs, lorsque les faits donnés comme motifs exigeront, pour que leur existence soit constatée, des appréciations de qualité et de valeur, car alors l'acte n'est plus effectivement conditionné par un motif.

Telles sont les principales questions qui pour le droit subjectif gravitent autour de l'idée du pouvoir d'exiger. Leur importance révèle que cette idée constitue bien l'essence du droit subjectif. Mais d'autres idées contribuent aussi à former la conception de ce droit. Ce sont ces idées qui vont maintenant être examinées. On va y retrouver des idées exprimées par les différentes doctrines sur le droit subjectif. Mais elles sont utilisées d'une façon différente.

2° *L'action en justice.* — L'idée de la mise en mouvement de l'action en justice doit être maintenue comme rentrant

dans la conception
comme on l'a fait
comme formant
que le droit subj
l'action en justice
pouvoir d'exiger
comme sanction
juridictionnel se
que, comme on l'a
tiellement un da
pas le droit sub
pouvoir d'exiger
tif. Le pouvoir d
d'exiger pour ass
subjectif lui-même
l'intervention de
la distinction en
en même temps,

Lorsque le titulaire
droit, il peut se
son exigence et q
il peut prétendre
irrégulière, que
elle s'exprime so
être modifiés ou s
à cette prétention
pression demandée
droit subjectif co
d'agir en justice p
est opposée; car c
liers qu'on ne peu
cela recourir à un

Il apparaît donc
en justice, quoiqu
tingue nettement.
férentes quoique
exigence, puis s'a

posent donc un
tribuent ainsi un
ils en formulent
fs sont les élé-
ormulant on dit
ut exiger d'elle,
subjectif.

ne résout pas à
slative. En effet
ours les motifs
is assez vague.
if dès lors que
soit leur degré
avoir une cer-
if, et alors quel

ir de l'idée qui
s d'absence de
plique la libre
Alors on peut
er le droit sub-
s tels qu'il n'y
ociation de leur
pas droit sub-
es faits donnés
ence soit cons-
leur, car alors
un motif.

ir le droit sub-
d'exiger. Leur
n l'essence du
aussi à former
i vont mainte-
lées exprimées
ctif. Mais elles

n mouvement
mme rentrant

dans la conception du droit subjectif. Mais il ne faut pas, comme on l'a fait dans une certaine doctrine, la considérer comme formant l'essence du droit. Ainsi il ne faut pas dire que le droit subjectif *est* le pouvoir de mettre en mouvement l'action en justice. Il faut dire que le droit subjectif, étant un pouvoir d'exiger, comporte ce pouvoir d'agir en justice comme sanction convenable pour sa réalisation. Le recours juridictionnel se rattache étroitement au droit subjectif, puisque, comme on l'a vu plus haut, ce recours suppose essentiellement un droit. Mais le pouvoir d'agir en justice n'est pas le droit subjectif lui-même, parce qu'il se distingue du pouvoir d'exiger qui, lui, constitue l'essence du droit subjectif. Le pouvoir d'agir en justice vient à la suite du pouvoir d'exiger pour assurer sa réalisation, donc à la suite du droit subjectif lui-même. Une simple analyse du mécanisme de l'intervention de l'action en justice fait clairement ressortir la distinction entre l'action en justice et le droit subjectif et, en même temps, la liaison qui existe entre les deux.

Lorsque le titulaire d'un droit exige ce qui fait l'objet du droit, il peut se faire qu'il ne soit pas donné satisfaction à son exigence et que ce qu'il exige soit pas réalisé. Alors il peut prétendre que cette attitude qui lui est opposée est irrégulière, que les actes positifs ou négatifs par lesquels elle s'exprime sont sans valeur et que, par suite, ils doivent être modifiés ou supprimés. Alors, si la partie adverse résiste à cette prétention, se refuse à la modification ou à la suppression demandée, il y a litige et il naît pour le titulaire du droit subjectif comme conséquence de ce droit le pouvoir d'agir en justice pour triompher de cette résistance qui lui est opposée ; car c'est un principe du moins pour les particuliers qu'on ne peut se faire justice soi-même et qu'il faut pour cela recourir à un juge.

Il apparaît donc d'après ce processus que le pouvoir d'agir en justice, quoique dépendant du droit subjectif, s'en distingue nettement. On trouve deux choses complètement différentes quoique liées l'une à l'autre : d'abord formuler une exigence, puis s'adresser au juge lorsqu'il s'est produit une

attitude non conforme à cette exigence. Ce sont deux pouvoirs distincts qui s'exercent successivement.

Il existe encore d'autres raisons qui empêchent de définir le droit subjectif par l'action en justice. D'abord l'action en justice n'intervient pas en fait à l'occasion de tout exercice de droit subjectif. Si l'exigence formulée reçoit satisfaction, le pouvoir d'agir en justice ne se manifeste pas. D'autre part, le pouvoir d'agir en justice n'est pas indissolublement lié au droit subjectif. S'il ne peut pas y avoir action en justice sans droit subjectif, celui-ci peut exister sans être assorti du pouvoir d'agir en justice. Il en est ainsi pour les droits publics subjectifs de l'administré 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; c'est-à-dire lorsque l'administré, ayant déjà des droits publics subjectifs, ne peut encore les faire valoir qu'au moyen de recours administratifs, soit au moyen de recours portés devant les administrateurs et n'ayant pas le caractère de recours juridictionnels parce qu'ils ne sont pas portés devant un juge et suivant une procédure juridictionnelle. Ainsi l'action en justice n'est même pas l'accompagnement rigoureusement nécessaire du droit subjectif. Elle ne peut donc pas en constituer l'essence. Mais, dans un certain état de l'organisation étatique, on peut la considérer comme élément de la conception du droit subjectif, à titre de sanction normale du droit.

3° *L'intérêt.* — Une position analogue à celle qui vient d'être prise pour l'action en justice doit être adoptée en ce qui concerne l'idée d'intérêt dans le droit subjectif. Cette idée n'est pas à exclure de sa conception. Mais elle ne doit pas y être introduite comme constituant l'essence du droit subjectif. On ne peut donc pas dire qu'un certain intérêt juridiquement protégé *est, forme* le droit subjectif. Mais on peut dire que tout droit subjectif comporte, doit même comporter un intérêt protégé. L'intérêt se présente pour le droit subjectif comme la condition même de son existence. Mais il faut préciser à quel titre l'intérêt est ainsi condition du droit.

Le pouvoir d'exiger qui forme le droit subjectif doit être considéré comme n'existant que lorsque son titulaire se

trouve avoir un
lorsqu'en outre
sénération et
n'existe que lo
tuée en vue de
d'autres terme
exigée et il y a
la réalisation d
reconnu, et si,
donner satisfac
subjectif à l'ég
ou bien lorsqu
n'est pas reco
existe en vue d
qui est invoque
fait dans une c

L'idée d'intér
ception du dr
l'essence du dr
tence. Il est le
tion et justifica

C'est pourqu
comme on le f
d'un droit à ...
tée la question
deux idées qui
clue pas l'idée
le pouvoir d'ex
tain intérêt à s
que le pouvoir e

Toutefois un
droit et intérêt
c'est-à-dire pou
pour devoir être
arrive que certa
tant pas cette p
d'un pouvoir d
Ainsi un indiv

trouve avoir un intérêt personnel à obtenir ce qu'il exige et lorsqu'en outre cet intérêt paraît mériter d'être pris en considération et protégé. Par ailleurs, le pouvoir d'exiger n'existe que lorsque l'activité qu'il prétend imposer est instituée en vue de donner satisfaction à l'intérêt invoqué. En d'autres termes, une activité positive ou négative peut être exigée et il y a droit subjectif à cette activité si on a intérêt à la réalisation de cette activité, cet intérêt étant par ailleurs reconnu, et si, d'autre part, cette activité existe en vue de donner satisfaction à cet intérêt. De sorte qu'il n'y a pas droit subjectif à l'égard d'une activité à laquelle on n'a pas intérêt ou bien lorsque, ayant intérêt à cette activité, cet intérêt n'est pas reconnu ou bien enfin lorsque l'activité exigée existe en vue de la satisfaction d'un intérêt autre que celui qui est invoqué, quoique cependant cette activité donne en fait dans une certaine mesure satisfaction à l'intérêt invoqué.

L'idée d'intérêt joue donc un rôle important dans la conception du droit subjectif. Mais l'intérêt ne constitue pas l'essence du droit, il n'est seulement que sa condition d'existence. Il est le motif qui le légitime. Il est à la fois condition et justification du droit subjectif.

C'est pourquoi il n'y a pas lieu d'opposer droit et intérêt, comme on le fait ordinairement, lorsqu'on dit qu'à défaut d'un droit à ..., on peut avoir un intérêt à ... Ainsi présentée la question est mal posée. Droit et intérêt ne sont pas deux idées qui s'opposent en antithèse. L'idée de droit n'exclue pas l'idée d'intérêt. Bien plus elle la suppose, puisque le pouvoir d'exiger inclu dans le droit a pour base un certain intérêt à satisfaire, puisque c'est à raison de cet intérêt que le pouvoir d'exiger est institué.

Toutefois une certaine opposition peut être établie entre droit et intérêt de la façon suivante. Il y a droit subjectif, c'est-à-dire pouvoir d'exiger lorsque l'intérêt paraît suffisant pour devoir être juridiquement reconnu et protégé. Or il arrive que certains intérêts sont considérés comme ne méritant pas cette protection et comme ne devant pas être assurés d'un pouvoir d'exiger destiné à assurer leur satisfaction. Ainsi un individu, ayant un certain intérêt à satisfaire,

aurait besoin qu'un certain acte soit accompli pour donner satisfaction à cet intérêt. Mais, soit parce que cet intérêt ne mérite pas en lui-même considération, soit parce qu'un autre intérêt plus pressant s'oppose à lui, il n'est pas accordé à cet individu le pouvoir d'exiger cet acte qui donnerait satisfaction à son intérêt. Il pourra solliciter l'acte, mais non l'exiger. Il se trouvera, si on est dans le domaine des droits publics subjectifs, en présence non d'un pouvoir lié, mais d'un pouvoir discrétionnaire. Ainsi, par exemple, en matière de permission de voirie, un individu peut bien avoir intérêt à ce qu'une telle permission lui soit accordée. Mais il n'a pas droit subjectif à cette permission; il ne peut pas l'exiger parce que l'intérêt qu'il invoque n'est pas juridiquement reconnu et protégé. Cet intérêt n'est pas reconnu parce qu'il est primé par un autre intérêt, l'intérêt de la voirie qui s'oppose à lui et auquel il doit être donné satisfaction en premier lieu.

S'il y a donc des intérêts qui comportent un droit subjectif, il est d'autres intérêts qui n'en comportent point. C'est ainsi qu'on peut opposer droit et intérêt. On peut dire que dans certains cas l'individu peut invoquer un droit, c'est-à-dire un pouvoir d'exiger quelque chose pour la satisfaction de son intérêt, tandis que dans d'autres cas, il ne peut mettre en avant que son intérêt sans pouvoir invoquer un droit à l'appui, ne pouvant rien exiger, ne pouvant que solliciter en faveur de cet intérêt. Mais au fond la véritable opposition est entre intérêt protégé et intérêt non protégé. C'est parce qu'il y a droit au cas d'intérêt protégé qu'on a pris l'habitude d'opposer l'intérêt au droit.

De même encore, dans le domaine des droits subjectifs des administrés, on trouve opposition entre droit et intérêt pour l'hypothèse suivante. L'activité de l'administration vise toujours à la satisfaction des intérêts généraux. Or, si souvent elle vise également à donner satisfaction à certains intérêts individuels, parfois elle ne se propose que la satisfaction d'intérêts généraux. Dans ce cas, l'activité administrative peut bien parfois profiter en fait à certains intérêts individuels : mais l'administration n'a pas cela en vue : elle ne se

préoccupe
thèse est la
de droit pub
rien exiger
en vue de s
ministration
raux, mais
intérêts part
un effet refl
ne constitue
encore ici op
ministre peu
quer un dro
4° La puis
de puissance
tif comme vi
tice et d'inté
de volonté l
cette idée co
faire jouer d
d'essence. On
pas une puis
sance à titre
jectif étant pa
que c'est au
laire du dro
volonté à se
d'une certain
c'est la puis
duira cet effe
l'homme : ce
naturel ; ou b
point de vue
il y aurait, as
droit subjectif
imposant à d
sance de vol
C'est de cette

préoccupe que des intérêts généraux. Le type de cette hypothèse est la protection douanière. Or dans ce cas il n'y a pas de droit public subjectif au profit de l'administré. Il ne peut rien exiger de l'administration parce que celle-ci n'agit pas en vue de son intérêt individuel. Lorsque l'activité de l'administration n'est liée ainsi qu'à l'égard des intérêts généraux, mais profite cependant dans une certaine mesure à des intérêts particuliers, on a dit qu'il y avait pour l'administré un effet reflet (*Reflexwirkung*) du droit objectif. Mais cela ne constitue pas un droit subjectif. Nous trouvons donc encore ici opposition entre le droit et l'intérêt, puisque l'administré peut mettre en avant un intérêt sans pouvoir invoquer un droit.

4° *La puissance de volonté.* — On pourrait traiter cette idée de puissance de volonté dans la conception du droit subjectif comme viennent d'être traitées les idées d'action en justice et d'intérêt; c'est-à-dire ne plus voir dans la puissance de volonté l'essence du droit subjectif, maintenir cependant cette idée comme élément de la conception du droit, mais lui faire jouer dans cette conception un rôle autre que le rôle d'essence. On pourrait dire ainsi que le droit subjectif n'est pas une puissance de volonté, mais qu'il comporte cette puissance à titre de moyen de réalisation. En effet, le droit subjectif étant par essence un pouvoir d'exiger, on pourrait dire que c'est au moyen de sa puissance de volonté que le titulaire du droit impose son exigence et oblige une autre volonté à se conformer à cette exigence. Il faut bien que d'une certaine façon l'exigence émise s'impose et se réalise: c'est la puissance de volonté du titulaire du droit qui produira cet effet. Cette puissance de volonté peut être innée à l'homme: ce qui est le point de vue des doctrines du droit naturel; ou bien conférée par le droit positif: ce qui est le point de vue du positivisme juridique. Mais, de toute façon, il y aurait, assortissant le pouvoir d'exiger qui constitue le droit subjectif, la puissance de volonté du titulaire du droit imposant à d'autres volontés l'exigence émise. Ainsi la puissance de volonté serait bien le moyen du droit subjectif. C'est de cette manière, comme on l'a vu plus haut, que

Michoud envisage la volonté. Dans sa définition du droit subjectif, il subordonne l'idée de volonté à l'idée d'intérêt protégé et il voit dans la volonté le moyen d'assurer la protection de l'intérêt. Sa conception réalise donc un certain progrès puisque la volonté y est saisie comme moyen et non plus comme essence.

Cependant je ne crois pas qu'il soit possible de s'en tenir là et de conserver dans la conception du droit subjectif l'idée de puissance de volonté, même si on ramène la volonté à n'être qu'un moyen du droit. Il ne paraît pas possible d'admettre que le pouvoir d'exiger, essence du droit subjectif, repose sur une puissance de volonté du titulaire du droit, d'admettre que ce soit en vertu de cette puissance qu'il peut être exigé et imposé quelque chose, d'admettre enfin qu'il y ait dans le droit subjectif ce phénomène psychologique d'une volonté s'imposant à d'autres volontés.

Plusieurs objections peuvent être élevées contre ce point de vue volontariste. Ainsi on peut dire que la volonté n'est susceptible d'agir que sur les mouvements corporels de la personne titulaire de cette volonté. Mais l'objection capitale, à mon sens, résulte du principe de l'égalité des volontés humaines. La volonté étant dans tous les êtres humains de nature identique et, par suite, de même force, on ne peut pas logiquement concevoir ce phénomène d'une volonté qui, soit à titre originaire, soit à titre dérivé, s'imposerait à d'autres volontés. Et on le comprend encore moins, comme le remarque justement Duguit, pour une puissance dérivée, c'est-à-dire conférée par la loi, que pour une puissance originaire, car la loi ne peut pas aller à l'encontre de la nature même.

Mais l'objection devient alors particulièrement insurmontable lorsque la volonté de l'individu se trouve en présence de la volonté de l'Etat, puisque, dans la conception traditionnelle, l'Etat étant souverain possède une volonté d'une nature et d'une force supérieure à la volonté de ses sujets. Il est absolument impossible de concevoir que la volonté inférieure du sujet puisse s'imposer à la volonté supérieure de l'Etat. Si le droit subjectif est à base de puissance de

volonté, le d
plus inconce
Mais, comme
conditions, p
sible même e
jectif ne sera
l'idée de sou
droit subject
volonté qu'il
cette idée de

C'est à cet
Et c'est pour
égard, mais
droit subject
ception « av
de supprimer

Duguit et
subjectif par
peut être c
Ainsi Dugui
de vue d'un
qui résultera
volonté, reje
droit subject
riste, ne peu
sible. Kelsen
manière. Pou
taine puissa
fois comme
comme, dan
doit être con
comme const
somme la vo
sonne : ainsi

Mais si, au
sance de volo
tuée par un c
tiques très pe

volonté, le droit public subjectif de l'administré est encore plus inconcevable que le droit privé subjectif des particuliers. Mais, comme ce dernier ne se conçoit pas non plus dans ces conditions, puisqu'un droit subjectif volontariste est impossible même entre volontés égales, le problème du droit subjectif ne serait pas résolu par l'exclusion de droit subjectif l'idée de souveraineté de l'Etat. C'est à la notion même de droit subjectif en tant que comportant une puissance de volonté qu'il faut s'attaquer. Il faut nécessairement éliminer cette idée de puissance de volonté.

C'est à cette tâche que se sont appliqués Duguit et Kelsen. Et c'est pourquoi il convient de s'inspirer de leurs idées à cet égard, mais sans aller comme eux jusqu'à la négation du droit subjectif. Il est possible d'ailleurs de constituer une conception « avolontariste » du droit subjectif sans être contraint de supprimer le droit subjectif.

Duguit et Kelsen aboutissent à la suppression du droit subjectif parce qu'ils considèrent que son essence est et ne peut être constituée que par la puissance de volonté. Ainsi Duguit, considérant comme inadmissible du point de vue d'une science positive le phénomène psychologique qui résulterait de la reconnaissance d'une puissance de volonté, rejette radicalement l'idée de droit subjectif. Le droit subjectif ne pouvant être que de nature volontariste, ne peut pas être, puisque ce volontarisme est impossible. Kelsen aboutit à la même négation, mais d'une autre manière. Pour lui, le droit suppose bien toujours une certaine puissance de volonté. Cette puissance apparaît parfois comme étant celle de la personne juridique. Mais comme, dans une théorie pure du droit, cette personne doit être considérée comme distincte de l'être physique et comme constituée par des fragments du droit objectif, c'est en somme la volonté du droit objectif qui existe dans la personne : ainsi le prétendu droit subjectif s'évanouit.

Mais si, au lieu de placer l'essence du droit dans la puissance de volonté, on considère que cette essence est constituée par un certain pouvoir d'exiger, on peut retenir les critiques très pertinentes et, à mon sens, décisives, chacune de

leur point de vue, que Duguit et Kelsen ont dirigé contre l'idée de puissance de volonté dans le droit. Car, en éliminant tout élément volontariste, on n'en détruit pas pour cela le droit subjectif. Il subsiste l'idée de pouvoir d'exiger, c'est-à-dire l'essence du droit subjectif. Mais alors, si on rejette la puissance de volonté du titulaire du droit comme moyen de réalisation de ce droit, il faut lui constituer un autre moyen de réalisation. Il faut dire ce en vertu de quoi, à défaut de la puissance de volonté, le titulaire du droit peut exiger quelque chose d'un autre. Le point de vue que je propose à ce sujet s'apparente un peu à celui de Kelsen qui voit dans les droits de la personne le droit objectif lui-même ; mais il ne va pas jusqu'à cette identification.

Le fondement du droit subjectif, la base du pouvoir d'exiger, me paraît pouvoir être placé dans le droit objectif, c'est-à-dire dans les règles de droit par voie générale et impersonnelle, les unes formulées par la législation positive, les autres restées à l'état de principes généraux non écrits comme bases premières de l'ordonnement juridique. Ce serait en vertu de ces règles du droit objectif que le titulaire du droit subjectif pourrait exiger une chose et que celui auquel s'adresse cette exigence serait tenu de s'y conformer. C'est en vertu du droit objectif, et non en vertu d'une puissance de volonté, que l'un peut exiger et que l'autre doit se soumettre à cette exigence. Il n'y a pas une volonté qui s'impose à une autre. Il y a le droit objectif qui intervient en vertu de son caractère impératif pour imposer une chose et permettre de l'exiger. Le titulaire du droit ayant émis une exigence, ce n'est pas sa puissance de volonté qui l'impose ; c'est le droit objectif qui, par sa force impérative, l'impose. Ce point de vue est ainsi assez voisin de celui de Kelsen qui voit dans la personne juridique la volonté, c'est-à-dire le *Sollen* du droit objectif lui-même.

Mais cette manière de concevoir le mécanisme du droit subjectif se heurte à une grave difficulté, à raison de la double source des droits subjectifs. Les droits subjectifs ont, en effet, leur source directe quant à leur contenu non seulement dans le droit objectif, mais aussi dans certains actes juridiques

LES
individuels
tenu détern
des actes ju
dictionnels
objectif se
issus direc
clairement
détermine
tenu peut é

Mais le fo
moins évid
diques ind
peut se dem
fonder le d

On pourr
s'appuie su
Dans cette t
est, lui aus
de règles de
de l'ordonn
viduelle et
supérieurs
règles n'en
qu'elles con
à-dire un S
tère impéra
conséquent
objectif tro
en même te
tifs issus de
contenu leu
les établies
le titulaire
comme c'est
droit issu
voient.

Mais cette
l'équivalenc

individuels. Parmi les droits subjectifs, les uns ont leur contenu déterminé par les lois ou les règlements ; les autres, par des actes juridiques individuels ou même par des actes juridictionnels. Or le fondement du droit subjectif par le droit objectif se comprend facilement pour les droits subjectifs issus directement du droit objectif. En effet il apparaît clairement que le droit objectif, en même temps qu'il détermine le contenu du droit, établit et impose que ce contenu peut être exigé.

Mais le fondement du droit subjectif par le droit objectif est moins évident pour les droits subjectifs issus des actes juridiques individuels ou résultant d'un acte juridictionnel. On peut se demander comment le droit objectif intervient ici pour fonder le droit subjectif.

On pourrait d'abord soutenir le point de vue suivant qui s'appuie sur la théorie de la formation du droit par degrés. Dans cette théorie, on considère que l'acte juridique individuel est, lui aussi, après les différents actes législatifs, producteur de règles de droit, concourant ainsi à la formation par degrés de l'ordonnement juridique. Quoiqu'étant par voie individuelle et spéciale, à la différence des règles des degrés supérieurs qui sont par voie générale et impersonnelle, ces règles n'en sont pas moins de vraies règles de droit parce qu'elles comportent la même substance que les autres, c'est-à-dire un *Sollen*. Elles ont donc exactement le même caractère impératif que les règles générales et impersonnelles. Par conséquent, de même que les droits subjectifs issus du droit objectif trouvent leur fondement dans les règles de ce droit en même temps que leur contenu, de même les droits subjectifs issus des actes juridiques individuels trouveront avec leur contenu leur fondement dans les règles de droit individuelles établies par ces actes. Ce sera en vertu de ces règles que le titulaire du droit pourra exiger ce qui fait l'objet du droit, comme c'est en vertu des règles générales que le titulaire du droit issu de ces règles peut exiger que ce qu'elles prévoient.

Mais cette explication ne vaut évidemment que si on admet l'équivalence des deux catégories de règles de droit propo-

sées. Or, dans une certaine opinion, on n'admet pas que les règles individuelles soient de vraies règles de droit : on considère que seules les règles générales sont des règles de droit, qu'il n'y a vraiment des règles de droit que dans le droit objectif. Il faut donc chercher une autre explication de l'intervention du droit objectif dans le droit subjectif issu des actes individuels. Les deux points de vue suivants peuvent alors être proposés.

On pourrait dire d'abord que le droit subjectif issu d'actes individuels se fonderait sur certains principes généraux du droit objectif. Ces principes seraient, pour les actes juridiques individuels, le principe de l'intangibilité des effets individuels des actes juridiques, et, pour les actes juridictionnels, le principe de l'autorité de la chose jugée. Ce serait en vertu de ces principes que le titulaire du droit subjectif pourrait exiger ce que formule l'acte et que celui à qui il s'adresse serait tenu de donner satisfaction à son exigence. Ainsi le créancier peut exiger ce qui est prévu dans le contrat et le débiteur est tenu de satisfaire à cette exigence parce que les effets du contrat sont définitifs et intangibles : il est conforme à cette intangibilité que le créancier émette son exigence et il y aurait violation de cette intangibilité si le débiteur ne se soumettait pas à l'exigence émise. Ainsi, sous la forme de ces principes de droit, c'est le droit objectif qui intervient pour fonder le droit objectif.

Mais on pourrait donner encore une autre explication tirée d'une certaine analyse du contenu de l'acte juridique individuel. Et c'est cette explication qui aurait nos préférences. On pourrait considérer que l'acte juridique individuel — non pas l'acte-condition mais celui qui établit une situation juridique individuelle — ne contient en somme que la règle même du droit objectif, mais sous une forme concrétisée. En effet il peut arriver que ce que prévoit le droit objectif sous la forme de règles par voie générale peut être exigé directement et immédiatement, sans qu'il soit besoin d'aucune autre précision. Mais il arrive aussi que le contenu du droit objectif n'est pas assez précis pour pouvoir être exigé tel quel. Il est nécessaire d'opérer une certaine concrétisation pour rendre

exigible
prévoit
pour qu
individu
cas parti
fixés : il
du Code
paiement
donnée,
ment l'a
d'un cas
règle gé
qui est p
théorie d
réalité d
elle-mêm
considér
individu
bien fon
cette con
Sollen, q
chose est
en vertu
concrétis
En rés
pas être
peut sout
tif. Cela e
objectif.
fre plusie
droit obje
l'idée de
acquis la
droit sub
occupatio

exigible ce qu'il prévoit. Ainsi l'article 1382 du Code civil prévoit la règle de la réparation du dommage causé. Mais, pour que cette règle puisse entrer en application, pour qu'un individu puisse exiger une réparation, il faut que, pour son cas particulier, la nature et le montant de la réparation soient fixés : il faut concrétiser, spécialiser, individualiser la règle du Code civil. De même, en matière de vente, la règle du paiement du prix a besoin, pour être applicable à une vente donnée, d'une concrétisation analogue. Or c'est précisément l'acte juridique individuel qui, accompli à l'occasion d'un cas particulier, vient opérer cette concrétisation de la règle générale. Il ne produit pas une règle de droit nouvelle qui est par voie individuelle, comme on le soutient dans la théorie de la formation du droit par degrés. On trouve en réalité dans l'acte juridique individuel que la règle générale elle-même exprimée dans une forme concrète. On peut donc considérer que le droit subjectif issu de cet acte juridique individuel, de cette concrétisation de la règle générale, est bien fondé sur le droit objectif lui-même, puisque, dans cette concrétisation, il n'y a en somme comme règle, comme *Sollen*, que la règle, le *Sollen* du droit objectif. Si quelque chose est exigé à la suite d'un acte juridique individuel, c'est en vertu de la règle du droit objectif qui persiste dans la concrétisation dont elle a été l'objet.

En résumé, le fondement du droit subjectif ne pouvant pas être dans la puissance de volonté de son titulaire, on peut soutenir que ce fondement se trouve dans le droit objectif. Cela est évident pour les droits subjectifs issus du droit objectif. Quant aux droits issus des actes juridiques, il s'offre plusieurs explications pour rattacher leur fondement au droit objectif, ou en tout cas pour le situer en dehors de l'idée de puissance de volonté. On peut donc tenir pour acquis la possibilité d'une conception « avolontariste » du droit subjectif correspondant aux justes et légitimes préoccupations et critiques de Duguit et de Kelsen.

III

Et maintenant nous arrivons à notre conclusion, objet final de cette recherche sur le droit subjectif : la possibilité logique de l'idée du droit public subjectif de l'administré. Il faut se demander si la conception du droit subjectif qui vient d'être dégagée peut convenir au droit public subjectif de l'administré. On a pu déjà pressentir qu'il en est ainsi. Mais il convient de rassembler et de préciser les résultats.

Les difficultés essentielles concernant le droit public subjectif de l'administré sont venues, d'une part, de l'idée de puissance de volonté introduite dans la conception du droit subjectif et, d'autre part, de l'idée de souveraineté de l'Etat entraînant pour l'Etat une volonté d'une nature supérieure à celle des particuliers. En effet, si le droit subjectif est une puissance de volonté ou même seulement comporte cette puissance comme moyen de réalisation, il est difficile de concevoir logiquement que le particulier puisse opposer un droit à l'Etat, qu'il puisse y avoir pour lui droit public subjectif. Car la puissance de volonté du particulier devra rester forcément inefficace, puisqu'elle va se heurter à une volonté qui lui est supérieure, la volonté de l'Etat souverain. Le problème du droit public subjectif est donc insoluble, si on conserve ces deux données fondamentales : la puissance de volonté et la souveraineté de l'Etat. Il est donc nécessaire de supprimer ou au moins de modifier l'une de ces données.

Le résultat visé ne serait pas obtenu si, maintenant l'idée de puissance de volonté, on se bornait à exclure l'idée de souveraineté de l'Etat, réduisant ainsi la volonté de l'Etat à une volonté de nature identique à celle des particuliers. Car, comme on l'a vu, le droit subjectif avec puissance de volonté est aussi logiquement impossible entre volontés égales qu'entre volontés inégales. C'est donc à l'autre donnée, à l'idée de puissance de volonté dans le droit subjectif, qu'il faut s'attaquer. Il faut éliminer cette idée non seulement en tant que constituant l'essence du droit subjectif, mais aussi au titre de moyen de réalisation du droit ; il faut fonder autrement

le pouvoir d'e
on trouve un
ble avec le p
sera résolu : i
subjectif en g
tré en particu

Or c'est pré
du droit sub
d'exiger com
puissance de
ment du droi
mettre dans l
principe de l'
tence logique
du fait de l'in

logiquement
d'un autre, m
puisque ce n
qu'il exige, m
force impérati

Mais si le p
droit privé sub
le droit publi
subjectif vaut
particuliers, p
impérative po
subjectif de l'
fondé sur le d
dination de l'E
ger quelque ch
que l'Etat sera
au problème d
de l'Etat par le
Ainsi malgré
même de l'Et
compatible av
de droit. De so
incompatibilit

le pouvoir d'exiger qui constitue le droit subjectif. Si alors on trouve un fondement du droit subjectif qui soit compatible avec le principe de l'égalité des volontés, le problème sera résolu : il y aura possibilité logique de concevoir le droit subjectif en général et le droit public subjectif de l'administré en particulier.

Or c'est précisément ce qui a été tenté dans la conception du droit subjectif que je propose. En donnant le pouvoir d'exiger comme essence au droit subjectif à la place de la puissance de volonté, et, d'autre part, en plaçant le fondement du droit subjectif dans le droit objectif au lieu de le mettre dans la puissance de volonté, on ne heurte plus au principe de l'égalité des volontés qui fait obstacle à l'existence logique du droit subjectif. Il n'y a même plus difficulté du fait de l'inégalité des volontés. On peut alors concevoir logiquement que quelqu'un puisse exiger quelque chose d'un autre, même d'un autre ayant une volonté supérieure, puisque ce n'est pas en vertu de sa puissance de volonté qu'il exige, mais en vertu du droit objectif, en vertu de la force impérative incluse dans la règle de droit objectif.

Mais si le problème est ainsi entièrement résolu pour le droit privé subjectif, il n'en est peut-être pas de même pour le droit public subjectif de l'administré. En effet, si le droit subjectif vaut par le droit objectif, pas de difficulté pour les particuliers, puisque le droit objectif a évidemment force impérative pour eux. Si au contraire il s'agit d'un droit public subjectif de l'administré cette conception du droit subjectif fondé sur le droit objectif se trouve mettre en cause la subordination de l'Etat au droit objectif. Si le particulier peut exiger quelque chose de l'Etat en vertu du droit objectif, c'est que l'Etat serait soumis au droit objectif. Ainsi on se heurte au problème des rapports de l'Etat et du droit, à la liaison de l'Etat par le droit, au principe même de l'Etat de droit. Ainsi malgré tout se trouve mise en cause la conception même de l'Etat souverain, à savoir si la souveraineté est compatible avec la liaison de l'Etat par le droit, avec l'Etat de droit. De sorte qu'en fin de compte, si on estime que cette incompatibilité existe, c'est à l'idée même de souveraineté de

l'Etat qu'il faudra renoncer si on veut admettre la possibilité logique des droits publics subjectifs de l'administré.

La doctrine allemande a cru résoudre le problème de l'Etat de droit au moyen de sa théorie bien connue de l'autolimitation. Mais certains ont trouvé l'explication insuffisante et persistent à penser qu'il y a incompatibilité entre un Etat souverain et un Etat lié par le droit. De là leur négation de la souveraineté de l'Etat et l'idée que dans l'Etat il n'y a que des volontés d'une nature identique à celle des particuliers, tout cela considéré comme condition nécessaire de la possibilité de liaison des organes de l'Etat par le droit.

On vient là de retracer en bref le processus d'idées sur le droit et l'Etat qui ont amené Duguit aux deux principes fondamentaux de sa doctrine : la négation du volontarisme dans le droit et de la souveraineté dans l'Etat.

Roger BONNARD,

Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.

SOMMAIRE : SECTION I. — Les principes généraux d'appréhension par l'Etat. C. — Guillaume-L. — SECTION II. — Les principes de la souveraineté permanente. — SECTION III. —

*Pouvoir
portant*

Cour de cassation
Guillaume-L.

Les tribunaux
pour la solution
français. La
seils MM. A.
Jèze, Renard
cade, E. Re
tant, Joseph-

Les circon
1931, le Go