

Le droit subjectif : nœud gordien de la distinction entre droit public et droit privé ?

Thierry Léonard et Jérémie Van Meerbeeck

Université Saint-Louis – Bruxelles

Il n'est pas sûr que les philosophes entendent les mots
« droits subjectifs » de la même manière que les juristes ;
il n'est même pas certain que les juristes de droit public
l'entendent comme les juristes de droit privé.

Paul Roubier

La polysémie de la notion de droit subjectif en rend l'appréhension malaisée : affirmation d'une valeur transcendante, procédé de technique juridique, ou « fait de psychologie sociale de portée sociologique »¹... Sa définition a souvent mené au même type d'impasse que la question de savoir ce que l'on entend par le terme « droit », sans doute parce que ses différentes acceptions tendent à refléter différentes positions épistémologiques, philosophiques², voire idéologiques³.

Ainsi, selon François Longchamps, rien ne serait « plus arbitraire que de regarder une telle notion comme indispensable à l'organisation des relations juridiques » alors que plusieurs « systèmes juridiques extérieurs au monde occidental ont été construits en dehors de toute référence à

¹ R. MASPETIOL, « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie », traduit par N. Poulantzas, *Le droit subjectif en question*, Arch. Phil. du droit, t. IX, Paris, Sirey, 1964, p. 80.

² G. SAMUEL, « “Le droit subjectif” and English Law », *The Cambridge Law Journal*, (1987), p. 264-265.

³ Fr. LONGCHAMPS, « Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine », in *Le droit subjectif en question*, op. cit., p. 64.

la notion de droits subjectifs »⁴. Selon Jean Dabin, en revanche, « dans la structure même du droit objectif et jusque dans l'idée de justice, la notion de droit subjectif est indispensable, quelle que soit d'ailleurs la philosophie – individualiste ou non – inspiratrice de l'ordonnement juridique », le droit subjectif présentant « une nécessité à la fois logique et ontologique [...] »⁵. Dans le même sens, Jean Carbonnier nous invitait à passer outre une « ethnologie première » selon laquelle le droit subjectif ne serait qu'une « excroissance conceptuelle » continentale et moderne alors que ce n'est « pas un pur artifice », et que, avec « la part inévitable de gaucherie, d'inadéquation de toute technique juridique, la notion traduit un phénomène psychosociologique élémentaire et, pour ainsi dire, viscéral : le droit est hors de l'individu, mais il est aussi dans l'individu »⁶.

L'angle d'analyse qui sera le nôtre est cependant particulier, dès lors qu'il tend à saisir l'articulation entre la notion de droit subjectif et la *summa divisio* entre droit public et droit privé. À cette fin, une première approche consiste à retracer en parallèle les grandes lignes de l'histoire du droit subjectif, d'une part, et de la *summa divisio*, d'autre part (1). Nous essaierons ensuite de faire le point sur la notion de droit subjectif en droit belge⁷. Elle se situe quelque part entre le droit civil et le droit constitutionnel, la Cour de cassation ayant imposé une définition unique afin de tenter de baliser les compétences respectives du Conseil d'État et des juridictions du pouvoir judiciaire (2). Nous tenterons, enfin, de mettre en avant certaines difficultés dues à cette définition unique et de proposer quelques pistes de réflexion (3).

⁴ R. MASPETIOL, « Ambiguïté du droit subjectif... », *op. cit.*, p. 72.

⁵ J. DABIN, « Droit subjectif et subjectivisme juridique », in *Le droit subjectif en question*, *op. cit.*, p. 29.

⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 195.

⁷ Nous ne pourrions, faute de place, étendre notre recherche au droit comparé ni à la place de la notion dans le droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, même si les jurisprudences des cours européennes contribuent à l'ambiguïté du concept.

1. Une brève histoire du droit subjectif

Il est courant de faire remonter la notion – à tout le moins moderne – de droit subjectif au 19^e siècle et, plus précisément, aux écrits de Savigny⁸. C'est également au 19^e siècle que la distinction entre droit public et droit privé accède au statut de *summa divisio*, à tout le moins en France⁹. Il est toutefois fructueux de remonter nettement plus en arrière dans le temps, jusqu'aux racines du droit occidental¹⁰.

1.1. Il était une fois, le *ius*¹¹...

C'est au 3^e siècle de notre ère qu'Ulpien aurait proposé la fameuse citation généralement considérée comme fondant la tradition de la séparation entre droit public et privé, reprise à la première page du

⁸ S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF, 1997, p. 269 ; J. DABIN, *op. cit.*, p. 20.

⁹ Pour un résumé de l'histoire de la distinction entre droit public et droit privé, voy. J. VAN MEERBEECK, « Droit public et droit privé : ni *summa*, ni *divisio* ? », in *La distinction entre droit privé et droit public*, sous la coordination de J. VAN MEERBEECK, P.-O. DE BROUX, Th. LÉONARD, B. LOMBAERT, Limal, Anthémis, 2019, p. 9-56. Afin de ne pas alourdir les notes, il sera fréquemment renvoyé aux références citées dans cet article.

¹⁰ Notons qu'une recherche purement « nominaliste », qui s'en tiendrait à chercher l'expression « droit subjectif » ou « *ius subjective* » ne remplirait pas notre objectif. En effet, les adjectifs « subjectif » et « objectif » avaient, dans le vocabulaire scolastique et jusqu'au 17^e siècle, une connotation fort différente, sinon opposée à celle que ces termes ont aujourd'hui. Le mot « objectif » renvoyait, en effet, à ce qui constituait une idée, une représentation et non une réalité existant indépendamment de l'esprit, alors que le terme opposé, « *subjectivus* », désignait ce qui appartient à quelque chose en tant que sujet d'attributs. Une chose était dite d'une autre *subjectivè* si on désignait la chose qui existait pour son propre compte et *objectivè* si on la considérait en tant que présente à l'esprit, à la conscience (A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F.-Quadrige, 2002, v^o « Objectif » et « Subjectif »). Il semble que les premières occurrences de « *ius subjective* » dans le sens d'un droit présentant une dimension subjective apparaissent dans les travaux de Joachim Georg Darjes dans son *Institutiones Jurisprudentiae Universalis* (1748) et dans le *Elementa iuris naturae* de Gottfried Achenwall, en 1750 (Th. MAUTNER, « How rights became 'subjective' », *Ratio Juris*, vol. 26, 1 (2013), p. 113). Au 18^e siècle, alors que la langue vernaculaire sera progressivement préférée au latin, le mot allemand de « *Recht* », qui comportait la même ambiguïté que le mot « *ius* », sera présenté soit dans un sens subjectif (« *im subjektiven Sinn(e)* »), soit dans un sens objectif (« *im objektiven Sinn(e)* »), pour finalement désigner les expressions « *subjektives Recht* » et « *objektives Recht* ». On retrouve le même problème et la même solution dans la plupart des langues européennes, à l'exception du grec moderne et de l'anglais, qui distingue entre *law* et *right* (*Ibid.*, p. 118-119).

¹¹ Loin de nous l'idée de méconnaître la contribution grecque aux réflexions sur le droit. Pour le sujet qui nous occupe, force est toutefois de constater que les inventeurs de la philosophie occidentale ne nous seront pas d'une grande aide : il paraît acquis que les

Digeste de Justinien, et qui divise l'étude du droit en deux parties, la publique et la privée : « Le droit public est ce qui concerne le statut de l'État romain, le droit privé les intérêts de chacun » (§ 2). Il s'agit toutefois d'une affirmation doctrinale, sans portée politique et cette distinction revêt une dimension presque ornementale : le plan du Code de Justinien n'y est du reste pas soumis et elle n'est pas autrement développée dans le reste du texte. La suite de la définition d'Ulpien confirme, par ailleurs, le fossé qui sépare les notions romaines des nôtres. Selon le juriste romain, en effet, le « droit public consiste dans les choses sacrées, les prêtres et les magistrats », alors que le droit privé se divise en trois parties, à savoir les « préceptes du droit naturel, du droit des gens et du droit civil ».

Qu'en est-il de la notion de droit subjectif ? La question est éminemment controversée. Le *Digeste* n'en offre aucune définition. Ulpien écrit que le mot droit (*ius*) dérive de celui de justice (*iustitia*), qu'il définit, à la suite de Cicéron, lui-même inspiré par les philosophes grecs, en ces termes : « *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* »¹². Si l'on peut être tenté de traduire cette définition par « la volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun son droit », il faut lui préférer la traduction selon laquelle il s'agit de la volonté d'attribuer à chacun « son dû »¹³. Selon Michel Villey, ce qui est dû à chacun, ce n'est pas un droit subjectif prédéfini, mais le « problème que le juriste devra résoudre, et qu'il devra traiter en tenant compte à chaque fois des circonstances et de tous les intérêts en cause afin d'instaurer ou de maintenir une juste distribution »¹⁴. Selon l'historien du droit, le *jus* romain n'est pas le pouvoir d'un individu, mais l'obligation elle-même, le *rapport* existant entre le créancier et le débiteur, de sorte que la notion de droit subjectif n'aurait pas existé en droit romain¹⁵.

Grecs n'avaient pas développé une doctrine des droits individuels (B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, Cambridge, William B. Eerdmans Publishing Company, 1997, p. 45).

¹² D. I.1.1., 10.

¹³ Il en va de même en anglais : « *justice is the set and constant purpose which allots to every man his due* » (Ch. DONAHUE Jr., « *Ius in the Subjective Sense in Roman Law: Reflections on Villey and Tierney* », in *A Ennio Cortese*, édité par D. Maffei e.a., Rome, Il Cigno Edizioni, 2001, p. 507).

¹⁴ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, p. 484.

¹⁵ *Ibid.*, p. 246. L. Siedentop arrive à la même conclusion, après avoir admis que la question était fort controversée (L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, London, Penguin Books, 2014, p. 151).

Jean Dabin a lui émis des doutes quant au fait que le droit romain n'aurait pas connu, sinon le vocable ou même le concept général du droit subjectif, à tout le moins le droit au sens subjectif de prérogative, de faculté, ou de pouvoir reconnu aux personnes par le droit objectif¹⁶. Quarante ans plus tard, un professeur de Harvard se livrait à la fastidieuse analyse du *Digeste* et confirmait le sentiment du juriste belge : au terme d'un article extrêmement fouillé et argumenté, Charles Donahue défendait la thèse selon laquelle la notion de droit subjectif occupait une place assez fondamentale en droit romain. Il dénombrait pas moins de 191 occurrences dans lesquelles le mot *ius* serait utilisé pour désigner l'idée que quelqu'un a un droit (*ius habere*), ce qui inclurait des droits (*iura*) en droit public et droit privé, en droit des personnes, en droit des biens et en droit des obligations. Il distinguait aussi 103 occurrences où un « *ius* » donné était considéré comme appartenant à quelqu'un (*ius esse alicui*), particulièrement dans le domaine du droit des servitudes¹⁷. L'auteur concède cependant à Villey que la définition précitée d'Ulprien de la justice ne renvoie pas à la notion de droit individuel (*right*) mais à ce qui est « dû » (« due » en anglais), ce qui peut désigner tant la récompense d'un mérite que l'infliction à un criminel de la punition qu'il mérite. Il reconnaît également que l'idée d'un droit naturel subjectif n'apparaîtra que dans les écrits des civilistes et canonistes des 12^e et 13^e siècles. Enfin, il admet que la dimension subjective de « jus » est assez rare en droit romain des obligations où l'accent est mis sur l'obligation, le devoir et l'action¹⁸.

À mi-chemin entre Villey et Donahue, de nombreux auteurs semblent admettre que le droit romain classique ne doit pas s'appréhender sous l'angle d'une structure de droits individuels¹⁹. Dans son ouvrage incontournable sur l'invention du droit en Occident, Aldo Schiavone n'évoque

¹⁶ J. DABIN, *op. cit.*, p. 20. Plus radical, O. Ionescu affirme, sans toutefois étayer cette prise de position, que les Romains ont « bâti tout leur système sur cette notion de droit subjectif », même s'il admet qu'ils ne l'ont pas étudiée « théoriquement » (O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 23).

¹⁷ Ch. DONAHUE JR., « Ius in the Subjective Sense in Roman Law... », *op. cit.*, p. 509.

¹⁸ *Ibid.*, p. 507, 513 et 526.

¹⁹ G. SAMUEL, *op. cit.*, p. 273 ; B. TIERNEY, *op. cit.*, p. 18 ; Th. MAUTNER, *op. cit.*, p. 111-112. Plus nuancé, le professeur P. Stein admet que si le mot « *ius* » renvoyait bien essentiellement à la notion de « position juridique » pour Gaius, on assiste par la suite à une insistance croissante sur la notion de « *jus* » comme renvoyant à la notion de « *right* » (P. STEIN, « The Fate of the Institutional System », in *Huldigungsbandel Paul van Warmelo*, Pretoria (Unisa), p. 220).

d'ailleurs quasiment pas le statut des droits individuels et admet que la pensée juridique romaine « n'élaborera jamais une théorie de la subjectivité capable de supporter la radicalité d'un virage individualiste », ni une « véritable doctrine des droits de l'homme »²⁰.

Sans prendre explicitement position sur la controverse, le philosophe du droit américain John Finnis cite un extrait des *Institutes* de Gaius (II, 14) qui recourt à la notion de « *ius* » tant pour la prérogative de surélever son immeuble (*altius tollendi*) que pour le devoir de ne pas le surélever de peur que la lumière du voisin ne soit obstruée (*non altius tollendi*), et relève qu'on peut difficilement remplacer le « *ius* » de ne pas élever son immeuble pour ne pas gêner son voisin par le mot « *right* ». Et de confirmer que, dans la pensée juridique romaine, la notion de « *jus* » renvoyait à l'idée d'attribution entre les parties en vertu du droit et de la justice, de sorte que la part de chacun pouvait s'analyser aussi bien en un bénéfice qu'en une charge²¹.

Niklas Luhmann insiste également sur cette « singularité de la pensée juridique de l'Europe ancienne » dans laquelle le concept du « *ius* » impliquait une *réciprocité*, renvoyant à des « relations de droit intérieurement équilibrées et qui se suffisaient à elles-mêmes »²². Selon lui, une relation est *réciproque* « dès le moment où apparaissent des deux côtés des droits et des devoirs qui se motivent et se justifient mutuellement », alors qu'elle est *complémentaire* quand un individu attend d'un autre une prestation sans que ce ne soit (nécessairement) le cas en sens inverse : une telle relation reste asymétrique et déséquilibrée²³. Dans les ordres de droit archaïque, la difficulté consistait à assurer la réciprocité en cas de déséquilibre provisoire entre les prestations, impliquant des systèmes de crédit qui seront formalisés par le droit romain. Le sociologue allemand pointe également l'absence d'un mot particulier pour exprimer le droit en tant qu'opposé du devoir et non

²⁰ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008, p. 437.

²¹ J. FINNIS, *Natural Law & Natural Rights*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2011, p. 209. Il souligne que l'insistance moderne sur les pouvoirs du titulaire d'un droit et la « bifurcation systématique » entre droit et devoir était étrangère aux juristes romains, tout comme du reste à d'autres civilisations non européennes qui utilisaient un seul mot pour désigner les termes de droit (*right*) et de devoir (*duty*).

²² N. LUHMANN, « De la fonction des "droits subjectifs" », traduit par O. Mannoni, *Trivium*, 3, 2009, disponible sur <http://journals.openedition.org/trivium/3265>, consulté le 8 septembre 2020, p. 3.

²³ *Ibid.*, p. 2-3.

simplement en tant qu'opposition au non-droit, précisant que « ni le *ius*, ni le *right*, ni le terme allemand *Recht* n'avaient ce sens » pour ces sociétés qui n'éprouvaient ni le besoin, ni la possibilité de formuler une pure complémentarité, le sentiment de justice se référant à l'équilibre des charges²⁴. Pour Luhmann, qui rejoint Finnis sur ce point, telle est la rupture considérable de la notion moderne de droit subjectif : la réciprocité n'est plus indispensable – même si elle n'est pas exclue, comme l'illustre la figure du contrat –, la complémentarité suffit et on « peut concevoir l'idée scandaleuse que la liberté est un droit »²⁵. Quand et comment est intervenu ce tournant entre les conceptions antique et moderne du droit individuel ? Il nous faut pour cela poursuivre notre investigation historique.

1.2. L'émergence des droits naturels individuels

Durant la période qui court de la chute de l'Empire romain d'Occident jusqu'au 12^e siècle, les questions qui nous occupent ne connaissent guère de développement, voire s'évaporent complètement. La redécouverte du *Corpus Iuris Civilis* de Justinien favorise le retour de la *summa divisio* dans les écrits des premiers glossateurs. La discussion se limitera cependant au plan théorique et ne pénétrera pas le droit positif avant plusieurs siècles. À la même époque, une tension permanente oppose les pouvoirs temporel et spirituel, illustrée par la célèbre querelle des Investitures. Si l'autonomisation du monde terrestre justifie la position médiatrice de l'Église, elle limite ses prétentions politiques et prépare le passage au premier plan des royaumes, entités plus limitées que les empires sur le plan territorial mais qui ambitionnent un pouvoir complet dans cette sphère limitée. Dès lors que la papauté admet la juridiction autonome des pouvoirs temporels, les rois cessent d'être les agents directs du gouvernement spirituel, annonçant la disparition du système féodal et la création des États modernes²⁶.

Coïncidence ? C'est également à cette époque qu'émerge la doctrine des droits naturels individuels. L'historien Brian Tierney a montré comment les canonistes des 12^e et 13^e siècles ont utilisé le langage de la raison et du libre arbitre à des fins juridiques, pour expliquer les différentes

²⁴ *Ibid.*, p. 3-4.

²⁵ *Ibid.*, p. 4 (il renvoie à cet égard aux écrits de M. Villey).

²⁶ Voy. les références dans J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 12-13.

occurrences des termes *ius naturale* qu'ils rencontraient dans le Décret de Gratien (1140). Dès le 12^e siècle, cette notion se trouve ainsi associée à une sorte de pouvoir subjectif ou faculté inhérente aux individus, qui facilitera l'apparition d'une nouvelle théorie des droits naturels (*natural rights*) à côté de l'ancienne théorie du droit naturel (*natural law*)²⁷.

Autour de la même période, apparaissent ainsi la notion de droit naturel individuel, mais également les germes de la fin de la période féodale, qui laisseront plusieurs siècles plus tard l'individu (et ses droits naturels) seul face à l'État moderne. S'il fallait associer une date à l'éclosion du nouveau paradigme du droit individuel, à savoir le passage de la réciprocité à la complémentarité, ce serait donc là, selon nous, que devrait être placé le curseur.

S'il ne faut pas minimiser cette circonstance, il ne faut pas non plus en exagérer la portée : tout comme pour la réémergence de la *summa divisio*, la notion des droits naturels individuels reste cantonnée dans des cénacles étroits d'intellectuels. Le phénomène est à ce point discret qu'il semble avoir échappé à Thomas d'Aquin, qui n'était pourtant pas connu pour faire les choses à moitié. Lorsqu'il énumère les différentes définitions du mot « *jus* », Thomas évoque tour à tour « la chose juste elle-même », « l'art de discerner le juste », « le lieu même où se rend la justice » et « enfin l'arrêt, fût-il inique, rendu par celui qui est chargé de faire justice »²⁸. La référence au *Digeste* est immanquable, même si elle combine les définitions de Celse, cité par Ulpien, et de Paul²⁹. Elle omet en tout cas toute référence à une sorte de pouvoir moral (*facultas*) inhérent à tout être humain.

La réflexion sur les droits individuels rentrera ensuite dans le débat public avec la controverse qui a enflammé le 14^e siècle entre le pape Jean XXII et les Franciscains sur le droit de propriété de ces derniers. Guillaume d'Occam y défendra l'idée selon laquelle il faut distinguer un droit naturel d'usage des choses nécessaires à la survie, qui est commun à tous et auquel on ne peut pas renoncer, du droit positif de propriété, établi par une loi ou par convention, auquel les Franciscains avaient

²⁷ B. TIERNEY, *op. cit.*, p. 8 et 42, qui évoque un texte écrit en 1160 par Rufin : « le droit naturel est une certaine force instillée par la nature en chaque créature humaine en vue de faire le bien ».

²⁸ Th. D' AQUIN, *Somme Théologique*, t. III, traduit par M. Drioux, Paris, Belin, 1852, IIa-IIae, Q ? 57, art. 1^{er}.

²⁹ D.1.1.1 et D.1.1.11.

valablement renoncé. Dans une société dont les besoins juridiques se sont considérablement accrus, le droit positif et le droit subjectif occupent, chez Occam, une place centrale³⁰. C'est à travers son œuvre que le langage des canonistes a perduré dans les écrits ultérieurs, mais également grâce aux écrits encyclopédiques des juristes médiévaux « tardifs » du 15^e siècle, comme Jean Gerson ou Conrad Summenhart³¹.

Au 16^e siècle, la question des droits individuels naturels (*natural rights*) sera reprise et développée par les scolastiques espagnols. Horrifiés par la façon dont sont traités les natifs américains, les membres de l'École de Salamanque (comme Vitoria ou Suarez) reprennent en effet à leur actif l'idée de droits naturels inhérents à l'âme humaine et présentent le droit comme un ensemble constitué de lois conférant des droits subjectifs³². Francisco de Vitoria, un des fondateurs de l'École de Salamanque, a ainsi prétendu, non sans une certaine imagination, dériver une doctrine des droits individuels à partir des textes de Thomas d'Aquin³³. Dans le même sens, Suarez croit pouvoir identifier chez l'Aquinat une notion de « *ius* » renvoyant à une « sorte de pouvoir moral (*facultas*) que tout homme a sur sa propriété ou ce qui lui est dû »³⁴.

En dehors du débat relatif aux droits naturels, le droit médiéval ne présente guère de développements relatifs à la notion de droit subjectif. Helmut Coing écrit que si l'on recherche une notion correspondante au droit subjectif dans le droit médiéval, on « se heurte à la conception du privilège » qui, alors que le premier se définit de façon abstraite et est en principe accessible à tous, vise une prérogative attribuée à une certaine personne (ou à un groupe social)³⁵.

³⁰ Michel Villey va jusqu'à associer la naissance du droit subjectif à la pensée de Guillaume d'Occam (M. VILLEY, *op. cit.*, p. 240-247).

³¹ B. TIERNEY, *op. cit.*, p. 93-94 et 121-122.

³² M. VILLEY, *op. cit.*, p. 330-364.

³³ Voy. B. TIERNEY, *op. cit.*, p. 259, qui cite le *De Justitia* de Vitoria : « Il (Aquin) dit donc que le droit est ce qui est licite conformément aux lois. Et nous utilisons ce mot lorsque nous parlons. Car nous disons : "Je n'ai pas le droit de faire cela", c'est-à-dire que ce n'est pas licite pour moi ; ou encore, "j'utilise mon droit", c'est-à-dire qu'il est licite. »

³⁴ F. SUAREZ, *De Legibus ac Deo Legislatore*, I, ii, 5, cité par J. FINNIS, *op. cit.*, p. 206-207, qui relève que quelque part entre ces auteurs se situe le moment charnière dans l'histoire du mot « right ».

³⁵ H. COING, « Signification de la notion de droit subjectif », traduit par N. Poulantzas, *Le droit subjectif en question*, *op. cit.*, p. 3.

En termes de *summa divisio*, à partir du 13^e siècle se développe encore timidement un corpus juridique dérogeant au droit privé pour les institutions de la couronne, puis de l'État, mais l'idée d'un droit public autonome fait encore largement défaut. Même au 16^e siècle, la distinction entre droit privé et droit public demeure rare dans les ouvrages. Des auteurs comme Jacques Cujas ou Hugues Doneau la citaient, dès lors qu'elle était reprise du *Corpus juris civilis*, mais ne la développaient guère dans leurs écrits. En réalité, la grande majorité des juristes de l'époque percevaient toujours le droit comme une discipline unitaire, dans ses sources comme dans ses méthodes³⁶. Il est toutefois intéressant de relever le lien que fait Doneau entre la notion de droit subjectif et la *summa divisio*. Il écrit, au début de son *Commentarii de iure civili*, que le droit civil consiste d'abord à savoir ce qui appartient à chaque personne et ensuite à déterminer les moyens procéduraux pour l'obtenir³⁷, partant de l'idée que chacun est titulaire de droits qui lui sont propres, non seulement les personnes privées, mais aussi les personnes morales comme l'État ou la Cité³⁸. Il distinguait ainsi les *jura sua in persona* des particuliers (droit à la vie, droit à la liberté et à l'honneur, droit de propriété), les *jura sua in persona* de l'État et des collectivités publiques (le pouvoir de faire la guerre mais aussi la faculté de contrôler les mariages et la procréation des enfants) et les *jura in rebus externis* (comme le fisc). Selon Jean-Louis Thireau, le progrès de l'idée de droit subjectif en droit public va favoriser l'accès de ce dernier à l'autonomie. Jusqu'alors, le droit se déterminait surtout en fonction des objets sur lesquels il portait et non en fonction des personnes qui exerçaient des droits sur les choses. Chez Doneau, c'est moins la finalité de la règle que la nature des personnes auxquelles se rattache le droit qui importe : droit public s'il s'agit du droit de l'État, droit privé s'il s'agit d'un droit du particulier. Ce déplacement de l'objet vers le sujet, propre à la pensée

³⁶ Voy. les références citées dans J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 13-15. On relèvera cependant que, dans ses *Pandectes du droit français*, publiés en 1596, Louis Charondas Le Caron fait de la distinction la *summa divisio* du droit le plan de son ouvrage : le premier livre est consacré aux droits de la puissance souveraine, le deuxième au droit privé.

³⁷ P. STEIN, *op. cit.*, p. 221.

³⁸ J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du 16^e et du début du 17^e siècle », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 25-26 (2005-2006), p. 84-85.

juridique moderne, confère une certaine rigidité à la distinction entre droit public et droit privé³⁹.

1.3. Vers le concept moderne de droit subjectif : le droit sans l'État

Au 17^e siècle, la révolution scientifique, qu'on associe principalement aux travaux de Galilée, Newton, Leibniz et Descartes, se fonde sur le rôle central de l'individu et de la raison, ainsi que sur une conception mécanique de la nature. Le jusnaturalisme moderne est entièrement construit sur la théorie du sujet et de ses droits naturels qui, comme l'écrit Yan Thomas, ne dérivent pas du droit objectif, mais « se conçoivent comme des prolongements de l'individu », défini comme « juridiquement autonome », « dans l'absolu et en dehors de toute détermination sociale »⁴⁰.

Considéré comme le père de l'école du droit naturel moderne, Grotius définit en effet, à la suite de Suarez, le mot « *jus* » comme signifiant notamment « une qualité morale attachée à la personne en vertu de qui on peut légitimement avoir ou faire certaines choses »⁴¹. Cette qualité morale peut être parfaite (faculté) ou imparfaite (aptitude). La faculté, qu'il appelle aussi droit proprement nommé ou « droit rigoureux », renvoie au pouvoir (qu'on a sur soi, à savoir la liberté, ou sur les autres), à la propriété et à la faculté d'exiger ce qui est dû par autrui.

Soulignons que si chacun des premiers principes du droit naturel énoncés par Grotius peut être présenté sous la forme d'un droit subjectif, ils n'en sont pas moins formulés sous la forme d'obligations (devoir de s'abstenir du bien d'autrui, obligation de tenir ses promesses, obligation de réparer le dommage causé par sa faute), témoignant de ce que, encore à l'époque, le droit subjectif reste étroitement associé à la notion d'obligation corrélative⁴². Le juriste hollandais évoque ensuite

³⁹ *Ibid.*, p. 86-92.

⁴⁰ Y. THOMAS, *Mommsen et L'Isolierung du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, Paris, De Boccard, 1984, p. 18.

⁴¹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, De Coup, 1724, t. I, p. 41.

⁴² À la fin du 17^e, des auteurs comme Lord Stair (en Écosse) ou Jean Domat (en France) structurent également leurs écrits en partant de la notion de droit individuel, mais insistent sur la notion d'obligation du point de vue du débiteur plutôt que du créancier (P. STEIN, *op. cit.*, p. 225). Il est clair que, pour Pufendorf, on ne peut penser la notion

la distinction entre droit privé et droit public, et ne cache pas la priorité qu'il accorde au second : « Le droit rigoureux est encore de deux sortes : l'un, que j'appelle Droit privé ou inférieur ; et l'autre, Droit éminent ou supérieur. Le premier est celui qui tend à l'utilité particulière de chacun. L'autre est celui qu'a tout le Corps sur ses membres, et sur ce qui leur appartient, autant que le demande le bien commun, et qui à cause de cela l'emporte sur le Droit privé »⁴³. On relèvera qu'il aborde cette distinction dans la partie de son examen des significations du mot « *jus* » dédiée à sa dimension subjective et non dans celle consacrée à ce qu'on qualifierait aujourd'hui de « droit objectif », et qu'il définit comme étant « synonyme du mot loi, pris dans le sens le plus étendu, et qui veut dire une règle des actions morales qui oblige à ce qui est bon et louable »⁴⁴.

Enfin, à une époque où les institutions religieuses et politiques connaissent une crise de légitimité, la figure du contrat social va s'imposer comme la meilleure justification d'une autorité politique choisie par des individus libres, rationnels et titulaires de droits naturels.

Chez Thomas Hobbes, l'état de nature est un état de guerre permanente dans lequel les hommes sont égaux en capacité – mais pas en droit – et chaque homme est titulaire d'un droit naturel (*Right of Nature*, *Jus Naturale*), qui consiste en la liberté qui lui permet d'utiliser son pouvoir comme il l'entend pour assurer sa propre préservation. Cependant, tant que ce droit perdure, il ne peut y avoir aucune sécurité pour personne. Aussi, tant les passions (peur de la mort, volonté d'une vie confortable) que les lois naturelles (*Laws of Nature*, *Lex Naturalis*) vont pousser les hommes à conclure le pacte social en renonçant à leur droit à toute chose et à mettre en place un Leviathan. Hobbes insiste, le droit (*right* ou *jus*) « consiste en la liberté de faire ou de s'abstenir », alors que la loi (*law* ou *lex*) « détermine et contraint à l'un des deux », de sorte que « la loi et le droit diffèrent autant que l'obligation et la liberté qui, pour

de droit sans parler d'obligation corrélatrice : « Tout pouvoir naturel de faire une chose n'est pas un droit proprement ainsi nommé, mais seulement celui qui emporte quelque effet moral par rapport à nos semblables. [...] Aussitôt que les hommes entrent dans l'obligation de ne pas empêcher qu'il fasse usage de son pouvoir, et ne point se servir de ces choses ou de ces animaux sans son contentement ; alors ce pouvoir acquiert force de droit. » (S. PUFENDORF, *Du droit de la nature et des gens*, traduit par J. Barbeyrac, de Bâle, 1732, vol. I, p. 359).

⁴³ H. GROTIUS, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 47.

une seule et même chose, sont incompatibles »⁴⁵. John Finnis souligne la radicalité hobbesienne, qui a comme conséquence paradoxale que la notion de droit se trouve pratiquement privée de toute signification normative : si, dans l'état de nature, chacun a un « droit sur toutes choses » et que personne n'a d'obligation corrélatrice, il en résulte une absence de tout droit (en termes d'effectivité, à tout le moins)⁴⁶. En assimilant « *jus* » et « liberté », Hobbes fait disparaître toute association entre les notions de droit et d'obligation, de sorte qu'un individu « peut avoir des droits sans que cela n'induisse d'obligation chez autrui », l'exigence de réciprocité étant reportée sur la notion de loi naturelle⁴⁷.

Pour John Locke, c'est également pour échapper à l'insécurité de l'état de nature que les hommes vont conclure le contrat social. Son état de nature n'est cependant pas un état de guerre permanente comme chez Hobbes, mais un état dans lequel l'homme jouit d'une liberté qui lui permet de faire ce qui lui plaît et de disposer comme il veut de ce qu'il possède pour autant qu'il respecte la loi naturelle, qui interdit à tout homme de se détruire lui-même ou de porter atteinte à la vie, la santé, la liberté ou la propriété d'autrui. L'État issu du contrat social n'a vocation qu'à protéger les vies, les libertés et les possessions des cocontractants originaires. Le pouvoir n'a été confié qu'à certaines fins, le peuple conserve le pouvoir suprême de révoquer ce dernier s'il faillit à sa mission⁴⁸.

On mesure le chemin parcouru depuis la conception des anciens : alors que la notion de droit individuel (*right*) ne pouvait se penser séparément des obligations incombant aux titulaires du droit et de la relation à autrui, il est désormais admis que les êtres humains sont dotés de droits naturels individuels indépendants, chez Hobbes, de toute obligation dans le chef d'autrui, voire même, serait-on tenté d'ajouter, de l'existence d'autrui.

⁴⁵ Th. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, p. 68-93 (traduction libre).

⁴⁶ J. FINNIS, *op. cit.*, p. 218.

⁴⁷ Y. Ch. ZARKA, *L'autre voie de la subjectivité*, Paris, Beauchesne, 2000, p. 12-13.

⁴⁸ J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Hackett Publishing, 1980. Locke est donc, sur ce point, moins radical que Hobbes, dès lors qu'il associe, déjà dans l'état de nature, la notion de droit naturel aux obligations qui y correspondent de respecter les droits d'autrui.

C'est alors à l'État, qui tire son mandat du contrat social, que revient la mission de défendre ces droits individuels⁴⁹.

La pensée de Locke aura une influence considérable sur la Déclaration américaine d'indépendance de 1776, qui influencera à son tour la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Celle-ci rappelle, en son article 2, que le « but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », que sont « la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». Dans les deux déclarations, on retrouve l'idée selon laquelle les gouvernements sont établis pour garantir les droits inaliénables des hommes⁵⁰. Ce changement de conception est tout sauf anodin. En effet, s'il était acquis, dans la France du 17^e siècle, que des règles spécifiques devaient s'appliquer à l'État, c'était moins en vertu des obligations qui lui étaient imposées à l'égard des individus qu'en raison des prérogatives reconnues au souverain dans la conception absolutiste de Bodin. À partir de la Révolution française, le discours change et il est désormais acquis que la justification première de l'État est de garantir les droits naturels de l'homme.

Kant défendra l'idée selon laquelle le droit privé renvoie au droit naturel qui, dans l'état social, doit être garanti par le droit public. Pour lui, le seul droit naturel inné ou originaire de l'homme est le droit d'exercer sa liberté en accord avec la liberté des autres suivant une loi universelle⁵¹. Avec Kant, les prémisses subjectivistes de la nouvelle notion de droit se présentent « en pleine lumière », le droit subjectif étant « déduit de

⁴⁹ R. Maspétiol souligne la « portée sociologique et politique » qui consiste à proclamer des droits naturels de liberté et de propriété imprescriptibles et opposables au pouvoir : « À l'heure où commence à s'affirmer avec plus de force et de cohésion l'impérialisme étatique sous ses diverses manifestations, les "droits" subjectifs des individus apparaissent essentiellement comme une réaction traditionnaliste et conservatrice dirigée contre d'éventuelles prétentions du pouvoir politique à établir des règles de droit positif innovatrices susceptibles de porter atteinte aux situations acquises » (R. MASPÉTIOL, *op. cit.*, p. 73).

⁵⁰ On ne peut, à nouveau, manquer la concordance entre cette consécration des droits individuels de l'individu et le renforcement de l'importance de la distinction entre droit public et droit privé auquel contribuera la Révolution française en « supprimant tous les corps intermédiaires » et en ne laissant « subsister que l'État chargé de l'intérêt général et des individus organisant la société au moyen de conventions » (L.-A. BARRIÈRE, « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé », in *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010, p. 18).

⁵¹ E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, traduit par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993, p. 161.

la conscience intime de l'homme, il émane de sa personne, isolément considérée, il est l'expression de sa liberté »⁵². Cela étant précisé, une fois l'État mis en place, il n'est plus question de remettre en question son autorité : « dans l'État, le souverain n'a que des droits envers les sujets et pas de devoirs (de contrainte) » et contre « le législateur suprême de l'État il n'y a donc point d'opposition légale du peuple [...] »⁵³. Kant induit de la sorte une conception du droit qui ne part plus uniquement de l'individu et de ses droits naturels mais privilégie l'institution étatique et les normes qu'elle adopte⁵⁴.

1.4. Le positivisme juridique : l'État avant le droit

Si l'État moderne se construisait depuis le 16^e siècle, c'est surtout au 19^e qu'il va prendre les traits qui le caractérisent, en se fondant sur le passage de l'individu – et de ses droits – au premier plan, sur la sécularisation du pouvoir et sa soumission au droit. Jacques Ellul relève ainsi la « mutation fantastique » qui s'opère et consacre une conception de l'État fondé sur le droit, lui-même « effectué » par l'État qui peut être abstrait du pouvoir qui l'incarne⁵⁵. Telle est, en substance, la forme de cette structure politique qui va se développer sous trois formes principales : le *Rechtsstaat* allemand, l'*État de droit* français et la *Rule of law* anglaise⁵⁶.

La « vraie » naissance de la notion moderne de droit subjectif est, cependant, comme on l'a dit, généralement associée aux théories de Savigny. Dans le 19^e siècle allemand, nourri de romantisme, l'École historique conçoit le droit comme le produit et l'expression de la conscience du peuple qui, à l'instar du langage, évolue à partir des coutumes et traditions populaires. Pour Savigny, le droit subjectif est le pouvoir

⁵² J. DABIN, *op. cit.*, p. 18.

⁵³ E. KANT, *op. cit.*, p. 277-278.

⁵⁴ Radical, Michel Villey écrit que, dans la doctrine kantienne du droit, « le Droit public oblitère les résultats du Droit privé », son itinéraire débouchant « dans le positivisme juridique » (M. VILLEY, « Préface », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. I, Doctrine du droit*, traduction par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 29).

⁵⁵ J. ELLUL, « Remarques sur les origines de l'État », *Droits*, n° 15 (1992), p. 14.

⁵⁶ La *Rule of law* est plus ancienne mais ne sera théorisée par Dicey qu'au 19^e siècle. H. Coing relève que la protection des droits subjectifs « est devenue un but de l'État » et que c'est « en cela que réside l'essence de l'"État de droit" » (H. COING, *op. cit.*, p. 2).

de l'individu dans les limites duquel règne sa volonté et cela « du consentement de tous »⁵⁷.

Selon Ihering, la théorie de Savigny perd de vue que le droit préexiste à la volonté, qui n'est pas le but final de tout droit : « les droits ne sont point l'étoffe, l'objet de la volonté, ils en sont la condition ; ils n'en sont point le but, mais ils lui servent de moyen »⁵⁸. Et de définir le droit subjectif par l'intérêt : « Acquérir le droit, en user et même le défendre, n'est, quand il s'agit d'une injustice purement objective [...] qu'une pure question d'intérêt ; – l'intérêt est le foyer pratique du droit dans le sens subjectif »⁵⁹. Le droit subjectif est donc un intérêt juridiquement protégé⁶⁰, ce qui implique deux éléments : un élément substantiel (intérêt, but pratique du droit) et formel (protection juridique, c'est-à-dire une action en justice). En ce qui concerne le rapport entre droit objectif et droit subjectif, il écrit encore, s'écartant des théories du contrat social : « le premier forme la condition du second ; il n'existe de droit concret que là où existent les conditions auxquelles la règle juridique abstraite attache l'existence de ce droit »⁶¹.

Depuis ces auteurs, la construction civiliste du droit subjectif se base sur une réflexion initiale centrée sur le caractère subjectif du droit au départ de son exercice par le titulaire et sa face *interne*, à savoir le rapport juridique à l'égard du bien (droits réels, droits de propriété intellectuelle...) ou de la personne concernée (droit de créance). La face interne du droit subjectif vise la prérogative qui lie le titulaire du droit à son objet. C'est le contenu du droit⁶².

⁵⁷ K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, traduit par Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1840, p. 7.

⁵⁸ R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., t. IV, traduit par O. de Meulenaere, Bologne, Forni Editori Bologna, 1969, p. 321.

⁵⁹ R. VON IHERING, *La lutte pour le droit*, traduit par O. De Meulenaere, Paris, Librairie Marescq Aîné, 1890, p. 45.

⁶⁰ R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, *op. cit.*, p. 328.

⁶¹ R. VON IHERING, *La lutte pour le droit*, *op. cit.*, p. 54.

⁶² Il se caractérise par son caractère exclusif qui fait écho, notamment, à l'appartenance-maîtrise, chère à Jean Dabin (sur lequel on reviendra). Ainsi, par exemple, le droit de propriété est un pouvoir exclusif reconnu au titulaire du droit sur le bien qui en forme l'objet. Le droit de créance est également un pouvoir exclusif reconnu au créancier à l'égard du débiteur, qui lui permet d'exiger l'exécution de l'obligation.

Dans les théories de Savigny et Ihering, l'opposabilité du droit à l'égard des tiers au lien juridique qu'il établit ne fait encore l'objet d'aucune attention. La *face externe* du droit vise la relation à autrui qui est directement induite de la face interne. C'est sa force de rayonnement à l'égard des tiers, tenus de ne pas porter atteinte à l'exercice du pouvoir exclusif qui caractérise le droit subjectif. Cette opposabilité joue de la même manière pour les droits subjectifs qui portent sur un bien (droit de propriété) que sur un lien de droit (droit de créance).

Les théories du droit subjectif qui ont suivi ces auteurs sont en réalité des théories « mixtes », qui reprennent et assemblent les apports initiaux en les faisant évoluer. La « volonté » y devient progressivement « pouvoir » ou « prérogative » : le pouvoir du titulaire est protégé afin qu'il satisfasse certains de ses intérêts propres, reconnus dignes d'être spécialement protégés par le droit objectif. Au fur et à mesure, l'approche civiliste du droit subjectif s'est lentement portée sur la face externe d'opposabilité du droit, les deux facettes ayant cependant souvent été confondues⁶³, comme en témoigne la conception actuelle de la Cour de cassation⁶⁴.

En ce qui concerne la distinction entre droit public et droit privé, on l'a vu, c'est au 19^e siècle qu'elle accède véritablement, en France, au statut de *summa divisio* : tant dans le droit positif que dans la doctrine française unanime, il existe dorénavant deux systèmes de règles indépendants et possédant chacun ses caractères propres, relatifs respectivement aux particuliers et à l'État, comme le consacre le fameux arrêt *Blanco* rendu le 8 février 1873 par le tribunal des conflits. Cette consécration de la *summa divisio* ira de pair avec le développement d'un droit administratif autonome, qui se développera dans un premier temps à l'abri des garanties juridictionnelles offertes par le pouvoir judiciaire. Au fil du 19^e siècle, cependant, et sous la pression notamment de l'opinion publique, les actes de l'administration ont été soumis à un contrôle

⁶³ Sur cette distinction, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 333 et s. (disponible sur <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:168645>). Même si cette distinction entre faces externe et interne est fortement ancrée dans la théorie civiliste du droit subjectif, force est de reconnaître que son application pose encore difficulté, notamment concernant les droits de créance. Les errements de la théorie de la tierce-complicité en droit civil belge en offre l'exemple parfait. Sur ce point, voy. Th. LÉONARD, « Pour un dépassement des impasses de la théorie de la tierce complicité », *R.G.D.C.*, (2010), p. 2 à 24.

⁶⁴ Voy. *infra*, section 2.2 *in fine*.

croissant⁶⁵. À partir de là, la distinction entre droit privé et droit public et, surtout, l'autonomie du second ne seront plus guère remises en cause par la doctrine française.

Il faut toutefois évoquer la thèse de Léon Duguit qui dénonçait, au début du 20^e siècle, la séparation absolue entre le droit public et le droit privé⁶⁶. Pour lui, le droit public et le droit privé « doivent être étudiés avec le même esprit et la même méthode », car leurs lois « reposent sur le même fondement » et leurs actes « sont formés des mêmes éléments et ont au fond le même caractère »⁶⁷. Cette critique allait de pair avec une remise en cause de la notion de droit subjectif, comprise comme « un pouvoir appartenant à une personne d'imposer à une autre sa propre personnalité », et qualifiée de « notion d'ordre métaphysique, qui ne doit pas avoir sa place dans l'organisation positive des sociétés modernes »⁶⁸. Suite à la critique de Duguit, beaucoup de juristes, s'ils ne renoncèrent pas à la notion de droit subjectif, « firent effort pour l'assombrir d'une teinte de service public, comme s'ils étaient gênés de lui laisser son air épanoui de jouissance »⁶⁹.

Enfin, Paul Roubier définira le droit subjectif comme représentant un « bien approprié par le sujet » et dont il peut « disposer soit au profit d'un tiers par voie de transfert, soit, dans le cas où il ne pourrait

⁶⁵ Pour un exposé plus détaillé, voy. J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 18-23.

⁶⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1927, p. 683-685.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 685 et 713.

⁶⁸ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Conférences faites à l'école des hautes études sociales, Paris, Félix Alcan, 1911, p. 4. On trouve un positionnement comparable chez Kelsen, qui avait dénoncé la dimension idéologique (et le caractère incompatible avec sa conception moniste du droit) tant de la distinction entre droit objectif et droit subjectif (notion jugée redondante par rapport à la notion d'obligation), que celle entre droit privé et droit public (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., traduit par Ch. Eisenmann, Paris, L.G.D.J., 1999, respectivement p. 132 et s. et p. 277 et s.).

⁶⁹ J. CARBONNIER, *op. cit.* p. 194. L. Jossierand estimait que « la conception des droits purement subjectifs, intégralement égoïstes, se suffisant à eux-mêmes et se donnant libre carrière, sans égard pour le but poursuivi et pour le dommage causé, cette conception artificielle et métaphysique » avait « fait son temps » et que, « à côté de l'élément subjectif [...], on a vu apparaître l'élément objectif, social, qui se développe rapidement et qui, dès maintenant, occupe la première place [...] ». (L. JOSSIERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, Paris, Dalloz, 1927, p. 299-301).

le transférer, par voie d'abandon »⁷⁰. Il convient donc de distinguer cette notion des « droits innés » (droits de la personnalité : au nom, à l'image, à l'intégrité physique, à la vie, à la santé...), des « droits individuels », qui « appartiennent aux membres d'un groupement au sein de ce groupement » et des « droits contractuels », qui dérivent des contrats⁷¹. Dans « nos conceptions modernes », écrit-il, « nous nous représentons les droits subjectifs comme des éléments essentiels de la sécurité juridique, abstraction faite de tout procès »⁷².

2. Le droit subjectif à la belge : une définition prétorienne « unique »

2.1. La voie du droit civil

Jean Dabin est assurément l'auteur fondateur de l'approche positiviste civiliste belge⁷³. Il considère que 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 »⁷⁴. Pour lui, toutes les prérogatives identifiées comme des droits subjectifs impliquent une propriété par le truchement du lien d'appartenance qui relie le sujet à une chose⁷⁵.

⁷⁰ P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question, op. cit.*, p. 85. Il relève que les auteurs français contemporains ont consenti à faire une place à ces termes (droit subjectif) « non sans quelque répugnance » (*Ibid.*, p. 83).

⁷¹ *Ibid.*, p. 85 et s. Les premiers ne sont même pas des droits à défaut d'être protégés par une action distincte, mais des intérêts à apprécier par le juge *in concreto*, les deuxièmes sont les droits que les citoyens peuvent revendiquer à l'égard de leurs gouvernants et qui sont inscrits en France dans la déclaration de 1789 (libertés publiques, qui sont inaliénables et imprescriptibles, et garanties politiques qui ne sont pas des droits mais des pouvoirs) et les troisièmes sont bien des droits subjectifs mais ne forment qu'une partie de cette catégorie (*Ibid.*, p. 86-88).

⁷² *Ibid.*, p. 90. Il opère une distinction entre le droit subjectif (qui existe « à l'état de situation juridique préconstituée ») et la situation objective (qui, au contraire, résulte de l'action en justice) : la situation objective est « la conséquence de la concession d'une action en justice », alors que l'action en justice est « la conséquence toute naturelle du droit subjectif » (*Ibid.*, p. 93).

⁷³ Pour un résumé de son approche, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, op. cit.*, p. 45 et s.

⁷⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 105.

⁷⁵ Dans l'esprit de Jean Dabin, cette assimilation se traduit par le fait que toutes les choses sur lesquelles porte le lien sont envisagées « comme des valeurs *propres* par

Dès lors, le titulaire en a la maîtrise, c'est-à-dire le pouvoir (il en est le maître). Les choses susceptibles d'appartenance et donc de propriété sont extrêmement variées dans la conception de Dabin. Peu importe la nature extrinsèque ou intrinsèque du bien ou le fait que celui-ci ne serait pas susceptible d'aliénation : il cite ainsi les choses extérieures (meubles, immeubles...), mais aussi les biens ou valeurs inhérents à la personne (vie, intégrité du corps, libertés...), tout comme des prestations quelconques (positives ou négatives, pécuniaires ou extra-pécuniaires...) auxquelles une personne est tenue vis-à-vis d'une autre⁷⁶.

Dabin est l'un des premiers à étudier en profondeur l'importance du rapport à autrui (au tiers) comme caractéristique du droit subjectif⁷⁷. L'appartenance et la maîtrise sont, par définition, exclusives d'autrui. Il exprime l'opposabilité des droits subjectifs aux tiers (face externe) par les concepts d'inviolabilité et d'exigibilité qui permettent d'en obtenir le strict respect par les tiers. Mais ces éléments d'altérité ne sont pas encore inclus dans les définitions proposées et la distinction entre l'opposabilité des droits de créance et des droits réels est confuse.

Les théories de Dabin sont bien évidemment précédées et suivies d'une pléthore de théories du droit subjectif toutes aussi particulières les unes que les autres⁷⁸, mais on peut dire qu'il est sans doute l'auteur qui a le plus marqué le droit positif belge. Cela apparaît notamment du fait que les conclusions des avocats généraux qui ont construit la théorie du droit subjectif comme base de la distinction des compétences du Conseil d'État et du pouvoir judiciaire ne se réfèrent, étrangement, qu'à lui, outre des auteurs allemands du 19^e siècle, lorsqu'il s'agit de caractériser la notion⁷⁹. Cette absence de références dans le débat central autour de

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* » (*Ibid.*, p. 85, nous soulignons). Cette assimilation nous paraît forcée. Ce n'est pas parce que l'on se trouve devant un pouvoir exclusif – par exemple le droit moral de l'auteur – qu'il s'agit d'une propriété. C'est l'exclusivité du pouvoir et non le lien d'appartenance qui peut en découler qui est la caractéristique principale du droit subjectif.

⁷⁶ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 83 et 84.

⁷⁷ Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op. cit., p. 51 et s., n° 20.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 56 à 103.

⁷⁹ Ainsi, par exemple, Av. gén. J. VELU, concl. préc. Cass. (ch. réunies), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 288 et s. (voy. le texte de l'arrêt seulement in *Pas.*, 1987, I, p. 950 et s.), qui est identifié comme celui qui a arrêté la définition consacrée par la Cour de cassation et qui ne cite, outre Dabin, que Windscheid, Ihering et Jellinek ; voy. Proc.

la notion est d'autant plus interpellant que la notion de droit subjectif retenue *in fine* par la Cour de cassation n'a finalement que peu à voir avec la définition proposée par Dabin.

Nombreuses ont été les critiques portées à la théorie de Jean Dabin⁸⁰, dont la plus importante est qu'elle ne permet de faire aucune distinction au sein des prérogatives juridiques protégées par le droit objectif (libertés, facultés, intérêt...), ce qu'une partie importante de la doctrine civiliste a depuis longtemps tenté d'opérer. Il n'est pas possible ici – et tel n'est pas le but de notre propos – de revenir sur les théories et conceptions civiles du droit subjectif qui ont fleuri durant tout le 20^e siècle. On peut toutefois proposer une classification en deux courants, en constatant que la notion de pouvoir (ou prérogative) s'est progressivement distinguée des notions traditionnelles de volonté et d'intérêt : les théories du pouvoir d'agir et les théories du pouvoir d'exiger⁸¹.

Les théories du pouvoir d'agir rassemblent des auteurs aussi divers et variés que Saleilles, Dabin, Roubier, Carbonnier, De Page, Ionescu, Marty et Raynaud, ou encore Rigaux et Van Gerven⁸². Elles mettent l'accent sur l'existence d'un pouvoir assez général reconnu par le droit objectif au titulaire tant sur l'objet du droit que sur la possibilité d'en obtenir la protection en justice. Ce pouvoir n'est pas dirigé directement vers autrui. L'opposabilité du droit qui y est fréquemment soulignée, voire particulièrement étudiée, ne fait cependant pas partie des définitions proposées, mais caractérise la notion au départ, la plupart du temps, du constat du caractère exclusif du pouvoir reconnu au titulaire. Elle traduit la reconnaissance de cette exclusivité en ce que le titulaire peut exiger le respect de sa prérogative par les tiers⁸³.

gén. E. KRINGS, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 25 octobre 1985, *A.C.*, 1985-1986, n° 125, p. 251, qui ne cite que Dabin ; Av. gén. G. VAN DER MEERSCH, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 451 et 452, qui cite principalement encore Ihering et, à son soutien, le seul Dabin.

⁸⁰ Pour un condensé de celles-ci, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes...*, *op. cit.*, p. 52 et s., n° 23 (voy. les auteurs cités et notamment Eisenmann, Roubier, Ghestin, Ost, Najjar, mais aussi Carette ou Van Apeldoorn...).

⁸¹ *Ibid.*, p. 72 à 103.

⁸² *Ibid.*, spéc. les références citées aux p. 72 à 75. On rappellera que Grotius écrivait déjà que la notion de « *jus* » dans sa dimension subjective, renvoyait, outre à la propriété, au pouvoir (qu'on a sur soi, à savoir la liberté, ou sur les autres) et à la faculté d'exiger ce qui est dû par autrui (ci-avant, section 1.3).

⁸³ *Ibid.*, p. 76.

Relevons enfin qu'une confusion sensible apparaît ici entre l'opposabilité du droit (face externe) et le pouvoir qui en forme le contenu ou l'objet (face interne), confusion aggravée par la distinction traditionnelle entre droits absolus – principalement les droits réels – et droits relatifs – principalement les droits de créance. En effet, *l'objet* du droit de créance est l'exigibilité de son pouvoir vis-à-vis de celui qui est directement obligé, le débiteur (face interne du droit). Elle se différencie de *l'opposabilité* de ce même droit aux tiers (face externe), qui est commune aux droits de créance et aux droits réels et qui renvoie au pouvoir d'obliger autrui au respect du droit. En opposant opposabilité relative des droits de créance et opposabilité absolue des droits réels, on met sur le même pied deux choses qui diffèrent par leur nature : l'objet du droit de créance et l'opposabilité du droit. Nous y reviendrons.

Les théories du pouvoir d'exiger retiendront davantage notre attention dès lors que, nous le verrons, on y range la définition adoptée par notre Cour de cassation.

Tenant d'affiner l'analyse en caractérisant le pouvoir reconnu au titulaire de tout droit subjectif, certains auteurs se sont, en effet, tournés vers les effets de ces pouvoirs à l'égard des tiers, souvent afin de distinguer le droit subjectif d'autres prérogatives reconnues à l'individu. Ce faisant, autrui entre⁸⁴ au cœur des définitions du droit subjectif.

Un auteur retient particulièrement l'attention, il s'agit de Roger Bonnard, en ce que sa théorie présente d'évidentes similitudes avec celle retenue par notre Cour de cassation⁸⁵. Soulignons d'emblée qu'il s'agit d'un « publiciste » français qui s'est intéressé à la problématique de la reconnaissance de droits subjectifs des administrés à l'égard de l'État⁸⁶. Reprenant les idées de Duguit et de Kelsen, Roger Bonnard constate que, pour nier la notion même de droit subjectif, ces derniers considéraient que son essence était, et ne pouvait être, constituée que par la puissance de volonté. Il admet avec eux le rejet de l'élément de volonté tout en ne niant pas l'existence du droit subjectif. En effet,

⁸⁴ Ou plutôt revient, si on se souvient de ce que la notion pouvait signifier dans l'antiquité (ci-avant, section 1.1).

⁸⁵ Nous n'avons toutefois pu retracer un lien direct entre cet auteur et ceux qui ont inspiré les avocats généraux qui ont à leur tour influencé la Cour de cassation.

⁸⁶ R. BONNARD, « Les droits subjectifs des administrés », *Rev. Dr. Pub. Sc. Pol.* (1932), p. 695 et s. Pour un résumé plus complet de sa théorie, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes...*, *op. cit.*, p. 81 et s.

sans la volonté, il reste le pouvoir d'exiger qui en constitue l'essence. La contribution principale de Bonnard au débat est donc de considérer que l'essence du droit subjectif est à trouver dans le *pouvoir d'exiger quelque chose de quelqu'un*. Si la volonté n'est pas le moyen de réalisation du droit, il faut trouver ce dernier dans le *droit objectif*. C'est en vertu du droit objectif qu'une personne reçoit le pouvoir d'exiger et qu'une autre doit s'y plier. Le titulaire du droit peut émettre l'exigence mais c'est le droit objectif qui l'impose, pas sa propre volonté⁸⁷. Enfin, dans la foulée de Ihering, Roger Bonnard considère que tout droit subjectif doit comporter un *intérêt juridiquement protégé*. Si celui-ci est étranger à l'essence du droit subjectif, il en constitue cependant la condition d'existence. L'intérêt devient donc, selon l'auteur, le motif qui légitime, à la fois condition et justification du droit subjectif⁸⁸. Et l'auteur de définir celui-ci comme 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 »⁸⁹.

Ibrahim Najjar, dans une thèse de doctorat consacrée au droit d'option⁹⁰, analyse le droit subjectif près de 35 ans après Roger Bonnard. Il est d'évidence séduit par ses thèses et les relit en les réactualisant, notamment à la lumière des écrits de Paul Roubier. Retenons ici qu'il part de la constatation que le droit subjectif suppose un rapport de droit conférant au sujet le « pouvoir d'exiger » quelque chose d'un tiers : action, abstention, activité matérielle ou juridique. Et que, corrélativement, tout tiers a à sa charge un devoir « qui consiste à donner satisfaction à l'exigence émise »⁹¹. Pour Ibrahim Najjar, l'idée même de droit subjectif « s'attache à un individu *pris* dans un rapport de droit avec un *autre* individu. Ce n'est pas l'idée de pouvoir juridique d'un individu exerçant sa *propre* activité qui constitue l'essence du droit subjectif, mais c'est l'individu exigeant d'un tiers une certaine prestation, action

⁸⁷ R. BONNARD, *op. cit.*, p. 721-722. On retrouve l'idée, déjà présente chez les juristes allemands du 19^e siècle, que le droit objectif est le fondement unique du droit subjectif.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 716-717.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 717.

⁹⁰ I. NAJJAR, *Le droit d'option : Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 72 à 100.

⁹¹ *Ibid.*, p. 93, n° 92.

ou abstention. »⁹² L'auteur rapproche la notion de « *pouvoir d'exiger* » de l'idée d'exigibilité. Il confère au titulaire du droit la possibilité de produire des « effets juridiques précis à l'égard du droit subjectif, et cela parce que la loi ou la règle de droit le lui permet »⁹³.

2.2. La voie constitutionnelle

La définition actuelle du droit subjectif par notre Cour de cassation, qui consacre les théories du pouvoir d'exiger, est l'aboutissement d'un débat nourri, alimenté et étudié en droit constitutionnel, administratif et judiciaire, mais assez éloigné des préoccupations du droit civil.

Avant de s'arrêter au contenu de cette définition, il convient de rappeler le contexte de son apparition : déterminer les limites de la compétence du ressort du pouvoir judiciaire, d'une part, et du Conseil d'État, d'autre part, par application et interprétation des articles 144 et 145 de la Constitution, qui disposent respectivement que les « contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux » et que celles qui ont « pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi ». Alors qu'il ne fait aucun doute actuellement que les droits civils et politiques renvoient à la notion plus large de « droit subjectif »⁹⁴, l'expression n'a pas été adoptée par le Constituant, ce qui confirme qu'elle n'était pas utilisée à l'époque⁹⁵. Il est cependant acquis aujourd'hui que la qualité de droit subjectif, qu'il soit civil ou, sauf exceptions légales, politique, constitue la condition du ressort exclusif ou non des juridictions du pouvoir

⁹² *Ibid.*, p. 93, n° 93 (nous soulignons).

⁹³ *Ibid.*, p. 97.

⁹⁴ Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes...*, op. cit., p. 39 et 84 (et les références citées) ; B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 202.

⁹⁵ Il est, par contre, intéressant de relever l'association qui a longtemps prévalu entre les « droits civils » et les droits naturels de l'homme : voy. le discours prononcé à l'Académie le 11 octobre 1852 par le procureur général Mathieu Leclercq (*Belg. jud.*, 1889, col. 1267), cité et approuvé par le procureur général Terlinden dans des conclusions du 29 avril 1920 (*Pas.*, 1920, I, p. 130) et, un an plus tard, par le procureur général Paul Leclercq (*Pas.*, 1921, I, p. 138-139). Dans son célèbre arrêt *La Flandria*, la Cour s'en tiendra à une conception plus positiviste, qualifiant de droits civils « tous les droits privés consacrés ou organisés par le Code civil et les lois qui le complètent » (Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, I, p. 193).

judiciaire⁹⁶. Toutefois, assimiler ainsi les droits civils et politiques aux droits subjectifs implique nécessairement que l'on définisse les droits subjectifs eux-mêmes.

Il convient de relever que l'expression de « droit subjectif » ne semble émerger dans la jurisprudence de la Cour de cassation que dans les années 1950⁹⁷. La même année que la publication de l'ouvrage précité de Jean Dabin, la Cour de cassation prononce son célèbre arrêt du 27 novembre 1952, dans lequel elle a consacré la théorie de l'objet véritable du recours⁹⁸, afin de déterminer les compétences respectives du pouvoir judiciaire et du Conseil d'État⁹⁹. Les termes de « droit subjectif » ne sont toutefois pas encore mobilisés. À notre connaissance, il faudra attendre un arrêt du 21 décembre 1956 et les conclusions du procureur général Ganshof van der Meersch pour que l'expression fasse son apparition : « Attendu que les contestations qui ont pour objets des droits subjectifs relèvent, non pas de l'administrative active, mais de la juridiction ; Que celles qui portent sur des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux »¹⁰⁰. Elle restera discrète par la suite¹⁰¹, jusqu'aux conclusions de l'avocat général Velu de 1987.

⁹⁶ On touche ici à un fondement du droit judiciaire privé : l'action introduite devant les juridictions du pouvoir judiciaire aurait pour objet la sauvegarde des droits subjectifs. Cet objet est-il principal ou exclusif ? L'espace qui nous est imparti ne nous permet cependant pas de développer cette belle question (voy. notamment H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961, p. 104 et s., qui distinguent la conception publiciste selon laquelle l'action en justice a pour finalité le respect de la règle de droit de la conception privatiste qui assigne à l'action en justice l'unique but de faire respecter un droit subjectif).

⁹⁷ Elle est également discrète dans la doctrine antérieure. Voy., toutefois, M. BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1912, p. 36.

⁹⁸ Sur laquelle on reviendra (dans cette section et la suivante).

⁹⁹ Cass., 27 novembre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 184.

¹⁰⁰ Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 444 et les conclusions le précédant. L'enseignement principal de cet arrêt est d'exclure l'existence d'une troisième catégorie de droits subjectifs, à côté des droits civils et politiques, à savoir les droits administratifs.

¹⁰¹ Un examen rapide des tables de la *Pasicrisie* postérieures à l'année 1957 témoigne de l'absence de toute référence à la notion de « droit subjectif », renvoyant uniquement à celle de « droits civils et politiques ». Fin des années 1970 – début des années 1980, on trouve l'expression de façon très ponctuelle dans certains arrêts de la Cour de cassation : Cass., 26 juin 1978, *Pas.*, I, p. 1221 ; Cass., 3 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 411 ; Cass., 19 mai 1980, *Pas.*, I, 1147, sans que les tables de 1978 ou de 1980 ne reprennent la notion dans les mots-clés.

La Cour énonce désormais le critère matériel suivant pour déterminer s'il s'agit d'un contentieux portant ou non sur un droit subjectif : « les cours et tribunaux connaissent de la demande introduite par une partie, fondée sur une obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met directement à charge d'un tiers et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre »¹⁰².

Ce critère est directement issu des conclusions de l'avocat général Velu, par ailleurs professeur de droit public, précédant un arrêt conforme du 10 avril 1987 de la Cour de cassation statuant toutes chambres réunies¹⁰³. D'emblée, il annonce la couleur : « L'essence du droit subjectif c'est tout d'abord le *pouvoir d'exiger quelque chose d'un tiers* »¹⁰⁴. Se ralliant aux conclusions du procureur général Krings, il déclare ensuite explicitement que c'est « l'opposabilité de l'intérêt aux tiers qui constitue le fondement du droit »¹⁰⁵. L'éminent magistrat s'inscrit ainsi dans la confusion déjà dénoncée entre faces interne et externe du droit¹⁰⁶, en distinguant les droits subjectifs relatifs qui ont pour objet d'imposer à une ou plusieurs personnes d'accomplir une prestation déterminée à l'égard du titulaire et les droits subjectifs absolus dont l'objet est d'imposer à tous de s'abstenir d'actes portant atteinte à

¹⁰² Les termes utilisés divergent parfois un peu, mais cette définition est devenue le standard repris par la Cour. Voy., par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 9 décembre 2016, RG n° C.16.0057.N (« une obligation juridique déterminée qu'une règle du droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie a un intérêt ») ; Cass. (1^{re} ch.), 13 juin 2014, *Pas.*, I, n° 1508 (« une obligation déterminée qu'une règle de droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie a un intérêt ») ; Cass. (1^{re} ch.), 15 novembre 2013, *Pas.*, I, n° 2230 ; Cass. (1^{re} ch.), 24 septembre 2010, *Pas.*, I, n° 2375 (« demandes qui sont fondées sur une obligation juridique précise imposant directement à un tiers une règle de droit objectif et qui sont introduites par une partie ayant un intérêt à son exécution ») ; Cass. (ch. réunies), 20 décembre 2007, *Pas.*, I, n° 2454 ; Cass. (1^{re} ch.), 22 décembre 2000, *Pas.*, I, n° 720 ; voy. aussi, Cass. (ch. réunies), 17 novembre 1994, *Pas.*, I, n° 496, p. 966 et s. et conclusions conformes de l'avocat général B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

¹⁰³ Av. gén. J. VELU, concl. préc. Cass. (ch. réunies), 10 avril 1987, *A.P.T.* (1987), p. 288 et s. (voy. le texte de l'arrêt seulement in *Pas.*, 1987, I, p. 950 et s.).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 306, n° 20 (nous soulignons).

¹⁰⁵ Proc. gén. E. KRINGS, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 25 octobre 1985, *Arr. cass.* (1985-1986), p. 251, n° 8 : « Het bestaan van een belang volstaat niet. Dat belang moet juridisch beschermd zijn. Op die bescherming van het belang moet men zich immers steeds tegen iemand anders kunnen beroepen. Het is de *tegenwerpbaarheid van het belang aan derden die de grondslag van het recht uitmaakt.* » (nous soulignons).

¹⁰⁶ Ci-avant, section 2.1.

l'intérêt du titulaire¹⁰⁷. Jacques Velu dégage ensuite deux conditions d'existence du droit subjectif. La *première condition* vise l'existence d'une obligation juridique déterminée à charge d'autres personnes, le ou les sujets passifs du droit, qui est prédéfinie par une norme de droit objectif. La *seconde condition* est celle d'un intérêt personnel dans le chef de celui qui se prétend titulaire du droit subjectif, l'intérêt général ne suffisant donc pas à créer le droit subjectif¹⁰⁸. Enfin, se référant encore à ses prédécesseurs, l'avocat général souligne que ce pouvoir d'exiger doit être garanti par l'existence d'un recours juridictionnel, qui permet de rendre ce respect obligatoire.

L'approbation de cette définition paraît manifeste dans les publications doctrinales de droit constitutionnel ou administratif qui suivirent la publication des conclusions de l'avocat général Velu¹⁰⁹. Elle trouve du reste un ancrage certain dans des études doctrinales belges antérieures¹¹⁰.

¹⁰⁷ Av. gén. J. VELU, concl. préc. Cass. (ch. réunies), 10 avril 1987, *A.P.T.* (1987), p. 306. Sur l'historique de la reconnaissance de l'opposabilité des droits réels et de créance en droit positif et le dépassement de la distinction classique entre droits absolus et droits relatifs sur la base de la confusion relevée ici, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes...*, *op. cit.*, p. 335 et s., spéc. n° 209. La confusion classique entre relativité du droit de créance et son opposabilité a été largement dénoncée dans la doctrine civiliste et notamment par Jean Dabin cité invariablement par le Ministère public comme (seule) référence (J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 186, p. 199 et 200).

¹⁰⁸ L'avocat général se réfère encore ici, sur ces deux conditions, aux conclusions précitées du procureur général KRINGS précédant Cass. (1^{re} ch.), 25 octobre 1985, *Arr. cass.* (1985-1986), p. 251, n° 8.

¹⁰⁹ Voy., par exemple, B. BLERO, *op. cit.*, p. 209 et s., où l'auteur constate, notamment, que l'accord de la doctrine existe sur le point de caractériser le droit subjectif par un pouvoir d'exiger ; A. MAST *et al.*, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 15^e éd., Mechelen, Kluwer, p. 699, n° 744, où les auteurs reprennent la définition de Jacques Velu ; J. SALMON, *Le Conseil d'État*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 248 : « Une personne est titulaire d'un droit subjectif lorsque le droit objectif lui confère le pouvoir d'exiger d'un tiers un comportement déterminé ».

¹¹⁰ Voy., par exemple, M. BOES, « Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing », *R.W.* (1987), col. 1251. Il est à noter que ce dernier auteur a publié son article au début de l'année 1987 et pourrait, dès lors, avoir influencé directement l'avocat général ; Ch. GOOSSENS, « Recherches sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs », *Ann. Dr. Lg.* (1960), p. 154, qui parle du droit subjectif comme « un pouvoir d'exiger une prestation, reconnu à un individu pour sa satisfaction personnelle » ; L. MOUREAU, « Remarques sur les articles 92 et 93 de la Constitution belge faites à partir de la loi italienne du 20 mars 1865 », in *Miscelleneae W.J. Ganshof van der Meersch*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1972, p. 606 et s., où l'auteur insiste à plusieurs reprises sur le pouvoir d'exiger comme caractère propre du droit subjectif et le contenu précis de l'obligation qui en est le corollaire ;

Si notre Cour de cassation a manifestement emboîté le pas aux théories du pouvoir d'exiger, elle l'a fait sans référence à l'évolution qui sous-tend cette approche du droit subjectif et aux débats qui l'ont portée. En réalité, on ne peut qu'être surpris de la pauvreté de la discussion sur la définition du droit subjectif finalement retenue. On constate ainsi que l'approche de Ihering est restée assez vivace dans la doctrine du droit constitutionnel et judiciaire¹¹¹ malgré l'abandon massif de celle-ci par les civilistes. La définition de Jean Dabin est, on l'a vu, souvent citée, mais elle est en réalité très éloignée de celle retenue par la Cour¹¹². Les passerelles visibles avec la doctrine de droit civil s'arrêtent pratiquement là¹¹³. Tout se passe comme si la notion de droit subjectif avait, ici, fait l'objet d'un domaine réservé à la doctrine constitutionnaliste et judiciaire.

Et pour cause : cette définition du droit subjectif s'est construite en lien avec une théorie spécifique d'identification des contestations qui portent ou non sur des droits subjectifs dans les rapports entre citoyens et administration : la théorie de l'objet véritable du recours¹¹⁴.

On sait que la compétence principale confiée au Conseil d'État porte sur le contentieux dit « de l'excès de pouvoir » et lui permet d'annuler les actes et règlements des autorités administratives entachés d'illégalité. On peut, dès lors, le qualifier de contentieux « objectif », en ce sens

P. WIGNY, *Droit administratif – Principes généraux*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 370, n° 462.

¹¹¹ Voy., par exemple, M. BOURQUIN, *op. cit.*, p. 36 ; C. CAMBIER, *L'annulation pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 1951, col. 27 ; R. ERGEC, *Introduction au droit public*, 2^e éd., t.I, Diegem, Kluwer, 1994, p. 207, n° 502, qui définit – nous sommes en 1994 – le droit subjectif comme « un intérêt juridiquement protégé par la loi par l'ouverture de recours juridictionnels » ; Av. gén. G. VAN DER MEERSCH, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 451, qui prend soin, cependant, de préciser que l'intérêt doit être protégé par une action de nature juridictionnelle ; A. MAST, « Droits civils, droits politiques et intérêts administratifs », *J.T.* (1947), p. 193 ; P. WIGNY, *op. cit.*, p. 337.

¹¹² Voy., par exemple, M. BOES, *op. cit.*, col. 1251 ; Av. gén. J. VELU, concl. préc. Cass. (ch. réunies), 10 avril 1987, *AP.T.* (1987), p. 305 et s., n° 20.

¹¹³ Voy., cependant, M. BOES, *op. cit.*, col. 1252 et 1253.

¹¹⁴ Pour un bon résumé du contexte d'émergence de cette théorie, voy. B. BLERO, « Compétence liée et droit subjectif, compétence discrétionnaire et droit objectif : les nuances d'une double équation », in *Actualité en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 46 et s. ; B. LOMBAERT, F. TULKENS, A. VAN DER HAEGEN, « Cohérences et incohérence de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Chartre, 2007, p. 20 et s., § 3 et s.

que l'objet du contrôle porte sur la seule légalité de l'acte contesté et non sur ses conséquences pour celui qui conteste l'acte. *A priori*, cette compétence ne paraît pas empiéter sur celle des cours et tribunaux. On n'y fait en principe pas valoir de droit subjectif alors que l'intérêt quant au contrôle demandé suffit pour ouvrir l'action. Cependant, dès lors que l'illégalité est susceptible de porter préjudice au demandeur en annulation, se pose nécessairement la question de savoir si l'action vise seulement à faire disparaître l'acte illégal ou à protéger le droit subjectif atteint et à faire reconnaître son droit subjectif à la réparation. Et, dès lors, la question de la compétence de la juridiction qui peut en connaître.

Le critère principal consiste, selon la Cour de cassation, à déterminer si, lorsque l'objet de la contestation est un acte individuel de l'administration, la compétence de celle-ci est intégralement liée ou si elle est, même en partie, discrétionnaire. Dans le premier cas, l'administration ne peut qu'accorder ce qui est exigé par le citoyen dès lors que les conditions objectives de reconnaissance sont remplies, il en découle alors un droit subjectif pour l'administré et la contestation relève du pouvoir judiciaire¹¹⁵. Si l'administration se voit reconnaître une compétence discrétionnaire quant à l'objet de la demande de l'administré, ce dernier ne pourrait faire valoir un droit subjectif à son égard ; la contestation relève dès lors du Conseil d'État¹¹⁶. Cette distinction – autre *summa divisio* – suscite de très nombreuses difficultés d'application pratique, au point d'être qualifiée par Bernard Blero de « *summa confusio* »¹¹⁷. Nous verrons qu'elle nourrit également de la confusion et de l'ambiguïté au regard de la notion de droit subjectif.

L'existence d'une compétence discrétionnaire (ou seulement partiellement liée) n'exclut cependant pas automatiquement le contrôle du pouvoir judiciaire. Comme la Cour de cassation l'a confirmé à diverses reprises : « Le pouvoir judiciaire est compétent pour prévenir ou réparer toute atteinte portée fautivement à un droit subjectif par l'autorité admi-

¹¹⁵ Il s'agit de se demander si l'acte de l'administration qui est attaqué peut être compris comme refusant d'exécuter l'obligation correspondant à un droit subjectif dont le requérant ou demandeur se prétend titulaire (Av. gén. Th. WERQUIN, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 15 avril 2016, *J.L.M.B.*, (2017), liv. 17, p. 810).

¹¹⁶ M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles Larcier, 2017, p. 123 et s.

¹¹⁷ B. BLERO, « La théorie de l'objet véritable du recours n'est-elle pas véritablement devenue sans objet ? », note sous Cass. (ch. réunies), 20 décembre 2007 (deux arrêts), *R.C.J.B.* (2009), p. 475 ; pour d'autres critiques en doctrine administrative, voy. B. LOMBAERT, F. TULKENS, A. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*, spéc. concl., p. 64 et s.

nistrative dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire »¹¹⁸. Là où le droit subjectif dérivé d'une compétence liée renvoie finalement à la face interne du droit (l'administration étant « débitrice » d'une obligation¹¹⁹), ce second volet évoque une atteinte à l'effet externe des droits subjectifs, dès lors que l'on sanctionne l'atteinte fautive de l'administration à la plupart des droits de l'homme et libertés fondamentales assimilés alors à des droits subjectifs civils qui, dans la jurisprudence classique de la Cour, peuvent donner lieu à réparation¹²⁰. Le problème rebondit alors souvent sur la détermination de l'*objectif* réel de la demande : le demandeur veut-il faire protéger sa liberté ou bien essaie-t-il, en réalité, d'obtenir indirectement un avantage qui fait l'objet d'une compétence discrétionnaire¹²¹ ?

¹¹⁸ Cass. (1^{re} ch.), 24 novembre 2005, *Pas.*, I, n° 2347 ; Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2009, *Pas.*, I, n° 799 ; Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2014, *Pas.*, I, n° 225 ; Cass. (1^{re} ch.), 26 décembre 2014, *Pas.*, I, n° 3037. Ces limites découlent par exemple du principe de séparation des pouvoirs et de l'interdiction pour le pouvoir judiciaire de priver l'administration de sa liberté d'action, de se substituer à celle-ci (Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 2004, *Pas.*, I, n° 374 ; Cass. (1^{re} ch.), 3 janvier 2008, *Pas.*, I, p. 10), d'apprécier l'opportunité de l'action de l'administration lorsque celle-ci exerce un tel pouvoir (Cass. (1^{re} ch.), 3 juin 2010, *Pas.*, I, p. 1714) ou encore de la priver de sa liberté politique (Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2014, *Pas.*, I, n° 236).

¹¹⁹ Sur ce point, voy. ci-après section 3.1.

¹²⁰ Il en va ainsi du droit de propriété (Cass. (1^{re} ch.), 25 avril 1996, *Pas.*, I, 1996, n° 137), au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2009, RG n° C.07.0583.G), à un traitement non discriminatoire déduit des articles 10 et 11 de la Constitution (Cass. (1^{re} ch.), 25 novembre 2005, RG n° C.04.0317.N), au respect de l'intégrité physique et de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants protégé par l'article 3 de la Convention (Cass. (1^{re} ch.), 15 avril 2016, RG n° C.13.0343.F) ou à un environnement sain (M. PAQUES, *op. cit.*, p. 126). Et ce, même si la qualification de compétence liée leur paraît difficilement applicable.

¹²¹ Voy., par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2014, *Pas.*, I, n° 225, où la Cour, constatant que les demandeurs postulaient devant la Cour d'appel la condamnation de l'autorité publique à leur délivrer un certificat provisoire d'inscription au registre des étrangers, en déduit que « la contestation entre les demandeurs et le défendeur n'a pas pour objet véritable et direct de prévenir le dommage résultant de l'atteinte fautive portée par le défendeur, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, au droit subjectif à l'éducation de leurs enfants prétendu par les demandeurs, mais de reconnaître à ceux-ci et à leurs enfants un droit au séjour sur le territoire belge en contraignant le défendeur à leur faire délivrer un certificat d'inscription au registre des étrangers, et, ainsi, de demander au juge de se substituer au défendeur qui, dans les limites de la loi, dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser à un étranger le droit au séjour sur le territoire ».

La Cour de cassation et son Ministère public relient leur concept de droit subjectif à la théorie générale du droit civil, tout en l'identifiant dans la relation avec l'administration au départ d'une analyse des compétences de celle-ci telles qu'elles résultent de la norme de droit objectif qui conditionne l'obtention de l'avantage exigé par le citoyen et ce, afin de déterminer les compétences respectives du pouvoir judiciaire et du Conseil d'État. Cette méthode pose question au regard du développement de la notion en droit civil en renforçant des ambiguïtés quant à la portée de la notion et en empêchant une définition plus fine de celle-ci. Elle ne paraît du reste pas à même de remplir efficacement le but qui lui est assigné, comme on le verra brièvement.

3. Certaines dérives de la conception « unique » du droit subjectif

3.1. La confusion entre la face interne du droit subjectif et sa face externe (opposabilité)¹²²

La définition du droit subjectif par la Cour de cassation et son utilisation dans la théorie de l'objet véritable semble bien raviver une nouvelle confusion entre les deux faces du droit subjectif. Lorsque l'avocat général Velu indique que l'essence du droit subjectif est le pouvoir d'exiger quelque chose d'un « tiers », il opte pour une évolution radicale des conceptions antérieures du droit subjectif en l'identifiant *in fine* avec sa face externe.

Si reconnaître que le lien à autrui est au cœur du droit subjectif est une chose, le réduire pratiquement à ce lien en est une autre. Le pouvoir d'exiger ne porte en réalité que sur le respect par le *débiteur* de la prérogative interne de tout droit subjectif. Le devoir strict de respect du droit d'autrui qui pèse sur les *tiers* (face externe) n'a pas le même contenu que la face interne des droits subjectifs. Il s'agit en réalité de deux aspects complémentaires mais nécessaires à l'existence d'un droit subjectif, présentant chacun leurs caractéristiques propres.

Semblant identifier le droit à la prestation promise par le débiteur et celui d'exiger le respect de tout droit par les tiers, la définition du droit subjectif par la Cour nourrit à son tour la confusion quant à la portée de l'opposabilité des droits de créance. Il est significatif, à ce propos, de

¹²² Sur la distinction entre faces interne et externe, voy. ci-avant, section 1.4.

relever que, dans les théories de Roger Bonnard et de Ibrahim Najjar, identifiés comme étant à la source de la théorie du pouvoir d'exiger à laquelle se rattache la définition de la Cour de cassation, le destinataire du pouvoir d'exiger est désigné par le vocable de tiers et la relation au débiteur d'une obligation contractuelle est pratiquement passée sous silence. Jacques Velu assimile lui aussi le droit subjectif au pouvoir d'exiger quelque chose d'un tiers, en admettant qu'il existe des différences de nature entre les droits subjectifs, selon qu'ils sont relatifs ou absolus. Or, cette distinction classique a été largement abandonnée en droit civil en raison de la confusion qu'elle opère entre faces interne et externe du droit¹²³. Du reste, la théorie de l'abus de droit a rendu caduque l'idée même de l'existence de droits absolus. Si l'on comprend aisément ce que Velu entendait distinguer (certains droits n'impliquent aucune obligation précise corrélative dans le chef de personnes déterminées), il assimile néanmoins le contenu de l'obligation interne d'un droit de créance avec celui du devoir qui pèse sur tout tiers de respecter strictement ce droit, qu'il porte sur un bien ou une prestation.

Bien entendu, il faut replacer cette approche dans le contexte propre du droit administratif et de la délimitation constitutionnelle du droit subjectif dans le cadre du conflit de compétences entre les juridictions en cause. On peut, en effet, se demander si cette confusion n'est pas inhérente au lien de droit spécifique entre le citoyen et l'administration.

Lorsqu'il conteste une décision administrative, le citoyen ne fait pratiquement jamais valoir, comme en matière civile, un pouvoir exclusif sur un bien ou un droit de créance issu d'un contrat à l'égard de l'administration qui en serait alors le créancier contractuel¹²⁴. L'atteinte au droit subjectif par une décision de l'administration résulte généralement du refus par celle-ci d'octroyer un bénéfice prévu par une règle de droit objectif et exigé par l'administré qui prétend se trouver dans les conditions d'octroi de cet avantage. Le lien de droit est celui qui naît de la règle de droit objectif mettant à charge de l'administration un devoir spécifique au bénéfice potentiel des citoyens qui seront en position de

¹²³ *Supra*, section 2.1.

¹²⁴ Sauf évidemment lorsqu'il a conclu un contrat avec l'administration. Pour un exemple où la Cour de cassation casse un arrêt du Conseil d'État qui s'estimait compétent pour connaître d'un litige portant sur une contestation quant à l'application du statut d'un fonctionnaire alors qu'une relation contractuelle de travail liait celui-ci à l'organisme en cause, la Caisse nationale de crédit professionnel, voy. Cass. (1^{re} ch.), 17 novembre 1994, *Pas.*, I, p. 9673 et s.

s'en prévaloir. S'il ne s'agit pas, dans ce cas, d'un lien juridique de type contractuel qui lie le citoyen à l'administration, la situation du citoyen n'en est pas moins comparable à celle d'un créancier réclamant son dû à son débiteur : le créancier du devoir légal – le citoyen – exige l'exécution du devoir par le débiteur du devoir légal, désigné en général de manière précise par la règle de droit objectif¹²⁵.

On retrouve fréquemment aussi ce vocabulaire sous la plume de son Ministère public. Ainsi, l'observation suivante du procureur général Krings qui emprunte au vocabulaire du droit contractuel la prémisse de sa description du droit par sa face externe : « Il y a un aspect du problème au sujet duquel l'unanimité existe, à savoir que le titulaire du droit tient son pouvoir de la norme objective. C'est la loi qui confère au *créancier* le pouvoir de faire valoir ce à quoi il prétend. »¹²⁶ On le retrouve tout autant chez l'avocat général Velu quand il énonce par exemple que « le Conseil d'État est incompétent lorsque l'acte dont l'annulation est demandée constitue ou implique un refus de son auteur *d'exécuter une obligation déterminée corrélative à un droit subjectif, refus s'expliquant généralement, mais non nécessairement, par la volonté de l'auteur de ne pas reconnaître cette obligation* »¹²⁷.

On ne peut qu'être frappé par l'emploi du vocabulaire issu des droits subjectifs contractuels, dont la créance et l'obligation corrélative du débiteur délimitent le contenu du droit subjectif de créance. Le contenu du droit subjectif – sa face interne – forme alors l'objet du contentieux qui provoque le doute sur la compétence des deux types de juridictions. Loin d'appeler un « tiers » au strict respect de l'obligation en cause (face externe), le but de l'action est d'apostropher l'administration qui est tenue par la loi d'octroyer l'avantage afin qu'elle exécute le

¹²⁵ Ainsi, par exemple, la Cour de cassation indique de manière très significative dans un arrêt du 19 février 2015 que, « [e]n vertu des articles 144 et 145 de la Constitution, le Conseil d'État doit se déclarer incompétent lorsque la requête tend à l'annulation d'un acte administratif par lequel une autorité administrative *refuse d'exécuter une obligation qui correspond à un droit subjectif du requérant* et que le moyen d'annulation invoqué est basé sur une règle de droit matériel créant l'obligation et déterminant le contenu de la contestation » (Cass. (1^{re} ch.), 19 février 2015, *Pas.*, I, n° 467 (nous soulignons)).

¹²⁶ Proc. gén. E. KRINGS, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 25 octobre 1985, *Arr. cass.* (1985-1986), p. 251, n° 8, traduction libre : « Er is echter een aspect van het vraagstuk waarover eensgezindheid bestaat, nl. dat de houder van het recht zijn bekwaamheid ontleent aan de objectieve norm. Het is de wet die aan de *schuldeiser* de bekwaamheid geeft om datgene waarop hij aanspraak maakt, te doen gelden. » (nous soulignons).

¹²⁷ Av. gén. J. VELU, concl. préc. Cass. (ch. réunies), 10 avril 1987, *A.P.T.* (1987), p. 308.

devoir légal ou de sanctionner son inexécution¹²⁸. On ne lui reproche pas d'avoir empêché l'exécution dudit devoir par le débiteur identifié, comme on le fait lorsqu'il s'agit « d'opposer » son droit de créance à un tiers au contrat. On perçoit la différence : là où le tiers au contrat n'est en principe pas identifié lors de sa conclusion, le « tiers » visé par la Cour de cassation est l'autorité publique qui est, d'emblée, visée par le texte légal comme débitrice de l'obligation.

Pourquoi alors se fonder sur une définition du droit subjectif qui met autant l'accent sur l'effet d'opposabilité (face externe) que l'on ne met pratiquement jamais en branle quand on se pose la question de l'existence d'un droit subjectif à faire valoir auprès de l'administration ? La théorie de l'objet véritable déplace, en effet, l'analyse sur le contenu de l'exigence qui est opposée à l'administration (face interne) : c'est ce contenu qui détermine la compétence liée ou non de l'administration dans la décision à prendre et, partant, le degré d'exigence dont peut se prévaloir le citoyen. En d'autres termes, le pouvoir d'exiger mobilisé n'est pas celui qui s'oppose au tiers (face externe) – et qui n'a d'ailleurs nullement besoin d'une description légale précise pour sortir ses effets –, mais celui qui est décrit dans la loi à l'égard de l'administration qui en est le destinataire identifié ou identifiable, révélant un lien personnel entre le citoyen et l'administration qui peut évoquer le droit de créance.

Il nous semble, dès lors, que le passage par la définition du droit subjectif tel qu'arrêté par la Cour de cassation dans le cadre de la théorie de l'objet véritable nourrit inutilement une confusion portant sur les composantes même du concept (civil) de droit subjectif, ce qui le rend encore plus nébuleux qu'il ne l'est réellement. Cette confusion est d'autant plus regrettable que le droit subjectif bénéficie d'un régime spécifique de protection, notamment des actions propres pour faire cesser sa violation indépendamment de toute faute (régime d'imposition), qui le distingue particulièrement des libertés civiles¹²⁹.

¹²⁸ Comme le rappelait Velu : « La compétence de la section d'administration du Conseil d'État s'exerce pour une bonne part dans le domaine de la fonction publique. Presque quotidiennement, le Conseil d'État statue sur des recours en annulation dirigés contre des décisions de nomination, de promotion, de mise en disponibilité ou des sanctions disciplinaires prises à l'égard de titulaires de la fonction se trouvant sous un régime statutaire. » (*Idem*).

¹²⁹ Voy. la définition du droit subjectif proposée par l'un des auteurs : « Le droit subjectif est le pouvoir spécifique et exclusif distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme son objet en

3.2. L'objectivation de la détermination du droit subjectif

Le pouvoir d'exiger d'un tiers est l'élément capital de la définition de la Cour, au point d'absorber les autres composantes du droit subjectif. Il s'en suit, nous semble-t-il, un phénomène d'objectivation du droit subjectif qui paraît quelque peu éloigner la notion de son essence. L'analyse du caractère lié ou non de la compétence amène à scruter le droit objectif matériel qui crée l'obligation corollaire du pouvoir d'exiger. L'existence du droit subjectif est en réalité déduite de la compétence entièrement liée de l'administration quant à l'objet de la demande du citoyen. Ce faisant, ce sont les caractéristiques du devoir du « débiteur » légal – l'administration – qui détermine tout entier le droit du « créancier » légal – le demandeur-citoyen. Et c'est l'analyse de la loi, règle de droit objectif, qui permet l'identification du droit « subjectif ».

On peut alors se demander ce qui constitue encore le caractère « subjectif » du droit dans cette approche d'analyse de la règle de droit objectif. Allons plus loin, pourquoi parler du droit subjectif alors qu'*in fine*, il semble ne s'agir que de déterminer si les conditions spécifiques d'application de la loi qui imposent à l'administration d'exécuter une prestation sont remplies ? Ne s'agit-il tout simplement d'en appeler au caractère obligatoire de la règle qui s'impose et d'en réclamer le bénéfice ? Mais alors, à quel besoin répond l'utilisation du terme « subjectif » ?

On doit donc se demander ce que recouvre l'élément « subjectif » du droit subjectif permettant de le distinguer d'autres situations juridiques, notamment d'une simple demande d'application de la loi dans son propre intérêt. Cette question, avouons-le, a largement été perdue de vue dans le long développement de la théorie générale des droits subjectifs. Présente au niveau des théories premières par le développement de la condition de « volonté » dans la théorie de Von Savigny, elle s'est lentement diluée dans la notion de pouvoir qui forme le contenu de tout droit subjectif. Il faut alors identifier une dimension « subjective »

vue de la satisfaction de ses intérêts. Le droit objectif octroie dans le même temps au titulaire du droit le pouvoir d'imposer son respect aux tiers qui y porteraient atteinte par un mode de résolution de conflit spécifique dénommé "imposition". Ce pouvoir est garanti par la reconnaissance d'une action en cessation de l'atteinte au droit ainsi que d'une action en responsabilité spécifique en cas d'atteinte consciente et volontaire au droit par le tiers. » (Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*..., op. cit., p. 673, n° 397).

propre au titulaire du droit qui forme le contenu du droit subjectif (au sens de sa face interne). Mais quelle réalité recouvre la subjectivité de ce pouvoir ?

Le caractère « subjectif » de tout droit subjectif se situe, selon nous, dans le processus de « subjectivisation » des pouvoirs juridiques reconnus aux titulaires de droits par le droit objectif. Il prend place dans l'acquisition et/ou l'exercice *in concreto* des pouvoirs d'agir et d'exiger qui constituent le contenu des droits subjectifs, tels que déterminés *in abstracto* par la règle de droit objectif. C'est l'acquisition et l'exercice du pouvoir dans son propre intérêt qui expriment la personnalisation dans le chef du titulaire de l'attribution d'un pouvoir – conditionné ou non – qui n'est prévu *a priori* que dans une règle générale et abstraite.

Cet élément subjectif s'exprime incontestablement et suffisamment dans la volonté du (futur) titulaire d'acquérir et ensuite, une fois devenu titulaire, d'exercer dans son intérêt le(s) pouvoir(s) qui forme(nt) le contenu du droit (exiger une prestation, un paiement, céder son bien...) sur ce qui en forme l'objet (un bien, une créance...). Ces pouvoirs sont reconnus par le droit objectif qui en règle les modalités d'exercice. Par sa volonté, le titulaire s'approprie en quelque sorte un pouvoir qui n'est prévu jusque-là que dans une règle générale et abstraite et l'exerce dans la poursuite de ses intérêts. Ces intérêts lui sont propres en ce que chaque titulaire décide en opportunité et selon ses envies quand et comment il les exercera.

Par exemple, le Code civil, dans son ancienne ou sa nouvelle mouture, consacre et organise le droit de propriété, mais il ne reconnaît personne, de par son seul prescrit, propriétaire d'un bien spécifique. Autrement dit, une personne doit « devenir » propriétaire et acquérir ainsi personnellement les pouvoirs qui y sont liés en se mettant volontairement en position de remplir les conditions de reconnaissance subjective du droit. Ainsi, une personne acquiert un véhicule par un contrat d'achat et devient le propriétaire de celui-ci, ce qui lui permet de revendiquer comme siens les pouvoirs prévus par le Code civil sur ce bien. Elle utilisera sa voiture comme elle l'entend, c'est-à-dire en poursuivant ses intérêts propres dans les limites du cadre légal. Il en est de même pour les droits de propriété intellectuelle, dès lors qu'une personne remplit les conditions strictes prévues par la loi pour se voir reconnaître les pouvoirs qui y sont attachés sur une création ou une invention. La

volonté d'acquérir les droits est certes différente pour les droits qui se créent par le simple processus de création (droit d'auteur par exemple) ou par l'accomplissement de formalités (droit de brevet par exemple), mais il n'empêche que l'acquisition du droit et son exercice dans son intérêt propre, jusqu'aux actes de défense de celui-ci, révèlent tous le processus subjectif du droit en cause. Un processus analogue se vérifie pour les droits de créances nés d'un contrat auquel le titulaire aura volontairement consenti et qui lui permet d'exiger l'exécution de prestations par son débiteur¹³⁰. Enfin, il va de soi aussi que la volonté de demander la protection de son droit – ou de sa liberté – devant les juridictions compétentes exprime également cet élément subjectif. Cependant, cet élément ne peut être à lui seul le signe d'un droit subjectif préexistant. Il doit se situer dans la suite logique de la « subjectivation » des pouvoirs du droit subjectif par son titulaire¹³¹.

Cet élément « subjectif » permet de distinguer les situations où le titulaire d'un droit subjectif demande sa protection d'autres situations souvent confondues, comme lorsqu'une personne n'exige que l'application de la loi à son profit. En effet, dans ce second cas, la loi ne reconnaît *a priori* aucun pouvoir subjectif qu'elle pourrait mettre en œuvre dans les conditions légalement définies. La personne a certes un intérêt personnel et propre à son application, mais elle ne revendique pas la reconnaissance d'un droit subjectif lui permettant de poursuivre ses intérêts propres sous le couvert du statut juridique spécifique reconnu par le droit objectif. On peut ainsi imaginer qu'un citoyen ait un intérêt à exiger d'une autorité publique une prestation qu'elle est tenue d'accomplir en raison de sa compétence liée, ce qui permettrait de rencontrer la définition retenue par la Cour de cassation, alors qu'il n'y aurait pas nécessairement lieu,

¹³⁰ On retrouve cet élément subjectif dans les libertés privées (liberté de contracter, liberté d'entreprendre mais aussi l'aspect privé de l'exercice de libertés publiques ou de droits de l'homme). Certains estiment qu'on ne peut cependant leur reconnaître la qualification de droit subjectif qui se caractérise par la reconnaissance d'un pouvoir exclusif sur un bien ou une prestation (droits réels, droits de créance...), alors que les libertés n'accordent que des pouvoirs non exclusifs d'agir, ce qui a des conséquences au niveau de leurs effets d'opposabilité aux tiers (sur ce point, voy. par exemple Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit, note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, (2013), p. 572 et s.).

¹³¹ Comme le relevait déjà Roubier (voy. ci-avant, note 72).

selon nous, d'y voir un droit subjectif¹³². Admettre un droit subjectif chaque fois qu'une personne a intérêt à demander le respect de la loi par autrui aurait pour effet d'enlever toute spécificité à la notion. C'est malheureusement dans cette voie que nous entraîne la théorie de l'objet véritable. Il nous paraît par conséquent difficile de suivre la Cour de cassation lorsque, dans un arrêt du 27 février 2017, elle a évoqué un « droit subjectif à la reconnaissance de l'application de la loi »¹³³.

Entre le droit volontairement acquis (comme le droit de propriété) et la simple demande d'application de la loi, il existe toutefois une zone grise propre à la controverse. Un exemple permettra de l'illustrer. Un demandeur d'asile est autorisé à s'établir en Belgique et est inscrit au registre de population de la Ville de Bruxelles. Suite à un déménagement, il demande une nouvelle inscription dans la commune de Schaerbeek, ce qui lui est refusé par décision du Bourgmestre. Le Conseil d'État s'estime compétent pour connaître de la demande de suspension formée par le requérant, au motif que « le refus d'inscrire au registre des étrangers un demandeur d'asile en possession d'une autorisation de séjour provisoire constitue un acte administratif susceptible d'un recours en annulation devant le Conseil d'État »¹³⁴. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation constate que l'objet de la requête du demandeur d'asile vise l'attitude de la commune en tant qu'autorité administrative quant à l'application de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, qui dispose en son article 17 que l'étranger autorisé à s'établir dans le Royaume est inscrit au registre de la population de la commune de sa résidence. Pour la Cour de cassation, le litige porte directement sur le droit subjectif du demandeur d'asile d'être inscrit sur le registre de la population de la commune, c'est-à-dire sur un droit de l'intéressé d'exiger de l'autorité pareille inscription lorsque les conditions légales sont réunies¹³⁵. Cette solution doit-elle être approuvée ? Non, si l'on relève qu'il n'y a pas ici de pouvoir exclusif volontairement acquis, qui forme l'enjeu de l'exigence d'application de la loi qui impose l'inscription. Oui, si l'on

¹³² Il en irait ainsi selon nous du citoyen qui demande à l'autorité qui est tenue de cette obligation de récolter les déchets des rues avoisinantes (et non les siens) par souci esthétique.

¹³³ RG n° S.15.0130.F.

¹³⁴ C.E., 11 janvier 1993, *Saldes Baldini c. Commune de Schaerbeek*, n° 41.530.

¹³⁵ Cass. (1^{re} ch.), 14 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, 41.

considère que, par la réunion *in concreto* des conditions légales, le bénéficiaire du droit jouit d'un pouvoir devenu exclusif, qui lui permet d'en obtenir la protection en justice à l'égard de l'administration (mais également à l'égard de tout tiers qui y porterait atteinte)¹³⁶.

On se souviendra que la définition de la Cour de cassation identifie, outre le pouvoir d'exiger d'un tiers déterminé par le droit objectif, la condition que le demandeur ait un intérêt à l'exécution de l'obligation contenue dans la règle. Le procureur général Velu s'est longuement expliqué sur cet élément qu'il tire de l'enseignement classique de Ihering. S'appuyant sur les travaux antérieurs du Ministère public, l'éminent juriste identifie une « nature » particulière de l'intérêt constitutif d'un droit subjectif : « Il faut que celui qui prétend avoir le pouvoir d'exiger d'un tiers l'exécution d'une obligation déterminée découlant d'une règle de droit objectif ait personnellement intérêt à obtenir cette exécution. »¹³⁷ Il ramène cette caractéristique au lien d'appartenance de Jean Dabin qui exprime différemment l'intérêt de jouissance mis en avant par Ihering. En réalité, pour Jaques Velu, à la suite du procureur général Krings, il s'agit surtout par cet élément d'intérêt personnel de se détacher de l'intérêt général qui ne suffit pas à créer le droit subjectif¹³⁸.

On admet être dubitatif quant à la portée d'une telle condition. Si le demandeur est titulaire d'un droit subjectif – ce qu'il convient bien entendu de vérifier – il a *ipso facto* intérêt à son exécution ou à son inexécution, ce qu'il convient de lui reconnaître sauf abus de droit. Le droit objectif a précisément octroyé la protection d'un intérêt par la reconnaissance d'un droit subjectif pour permettre à celui qui est identifié comme titulaire de poursuivre ses propres intérêts tout en bénéficiant d'une protection par le droit. Dans la définition de la Cour de cassation, on réduit l'élément subjectif du droit subjectif au seul intérêt propre à l'application de la loi à son profit¹³⁹.

¹³⁶ Les auteurs du présent texte n'auront pu, sur ce point, s'accorder. Les mêmes problèmes se posent par exemple lorsque l'administration refuse de prendre en considération certains services civils dans la fixation d'une pension de militaire ou d'octroyer des allocations d'études ou une prime à la construction.

¹³⁷ Av. gén. J. VELU, concl. préc. Cass. (Cch. réunies), 10 avril 1987, *A.P.T.* (1987), p. 306.

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ La particularité de l'intérêt inhérent à la définition du droit subjectif n'est, selon nous, pas une différence de nature avec les autres intérêts, mais une différence d'objet :

Dès lors que le raisonnement dans la théorie de l'objet véritable se ramène à l'analyse de la norme de droit objectif qui décrit les conditions d'intervention de l'administration pour en tirer un constat quant à la nature de la compétence de cette administration, on passe en grande partie à côté du processus de subjectivation des pouvoirs inhérents aux droits subjectifs. L'approche par la théorie de l'objet véritable ne tente nullement d'identifier un « pouvoir »¹⁴⁰ propre reconnu à l'individu par la norme de droit objectif. Elle déduit tout au plus ce pouvoir de la conjonction de l'existence de la norme de droit objectif qui reconnaît une compétence liée de l'administration quant à l'exécution de la norme et de l'intérêt qu'en retire le titulaire demandeur. Ce faisant, l'identification du droit subjectif devient beaucoup plus imprécise, puisqu'en réalité le droit est déduit quasi intégralement de l'obligation stricte de l'administration d'appliquer la loi sans aucun égard à ce qui rend exclusif le pouvoir d'exiger dans le chef du demandeur.

Finalement, la définition du droit subjectif ne semble contenter ni les publicistes, ni les privatistes.

En ce qui concerne les publicistes, ils sont plusieurs à avoir adressé des critiques étayées à l'encontre de la théorie de l'objet véritable, notamment en raison du critère ambivalent du droit subjectif¹⁴¹. Sans s'étendre sur le sujet, on relèvera qu'alors qu'il n'est pas contesté que l'invocation (sérieuse) d'un droit fondamental justifie la compétence du pouvoir judiciaire, il paraît difficile de soutenir, à l'exception peut-être des obligations négatives qui s'imposent aux États¹⁴², que le droit à la liberté d'expression impose une « obligation juridique déterminée » à un tiers, certainement si celui-ci n'est pas une autorité publique ou qu'il est question des obligations positives qui s'imposent à celle-ci, à tout le moins jusqu'à ce qu'elles acquièrent, le plus souvent par la

il représente le lien de jouissance du titulaire à l'égard de l'avantage contenu dans son droit, c'est-à-dire celui décrit dans le contenu et l'objet du droit (sa face interne).

¹⁴⁰ Voir une « prérogative » selon la conception plus large du droit subjectif retenue par un des auteurs.

¹⁴¹ Voy., par exemple, B. BLERO, « La théorie de l'objet véritable du recours n'est-elle pas véritablement devenue sans objet ? », note sous Cass. (ch. réunies), 20 décembre 2007 (deux arrêts), *R.C.J.B.*, (2009), p. 473 et s. ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, Larcier, 3^e éd., 2008, p. 730 ; B. LOMBAERT, F. TULKENS, A. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*

¹⁴² Et encore, dès lors que dans certains cas les États peuvent déroger à certains droits fondamentaux par l'adoption d'une loi poursuivant un objectif légitime et proportionnée à ce but. Or, la proportionnalité se marie mal à la notion d'obligation déterminée.

voie prétorienne, un caractère suffisamment précis. De même, est-il raisonnable de limiter la notion de droit subjectif à l'exigence d'une obligation juridique déterminée imposée à un tiers alors que, dans le même souffle, la Cour de cassation admet la compétence du pouvoir judiciaire pour prévenir ou réparer toute atteinte portée fautivement à un « droit subjectif » par l'autorité administrative dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ? Il en va d'autant plus ainsi que, alors qu'il ne fait plus de doute depuis l'arrêt *La Flandria* que la responsabilité extracontractuelle de l'administration à l'égard des particuliers relève du pouvoir judiciaire dès lors qu'elle met en jeu des « droits civils » au sens de l'article 144 de la Constitution¹⁴³, la faute de l'autorité administrative ne consiste pas uniquement en la violation d'une norme lui imposant de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée (critère qui évoque celui repris dans la définition du droit subjectif par la Cour de cassation), mais peut également s'analyser « en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions »¹⁴⁴. Mais si l'obligation de se comporter en autorité normalement prudente et diligente constitue une « obligation juridique déterminée », comment faire la différence avec les normes imposant d'agir de manière déterminée¹⁴⁵ ?

La définition précitée du droit subjectif n'est pas davantage de nature à convaincre les civilistes. En effet, telle que formulée, elle donne l'impression que la Cour de cassation fait l'impasse sur la distinction qui leur est chère entre faces interne et externe du droit, en paraissant l'identifier au seul pouvoir d'exiger son respect (opposabilité). Un droit subjectif naît alors toujours du pouvoir d'exiger quelque chose de l'administration pourvu qu'elle n'ait pas de marge de manœuvre dans l'application des conditions d'application de la loi, sans tenir compte des caractéristiques intrinsèques du contenu du droit. Le droit se voit ainsi uniquement défini négativement par l'obligation qui s'impose à un

¹⁴³ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, I, p. 196.

¹⁴⁴ Voy. notamment Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2007, *Pas.*, I, n° 661 et les références citées par Av. gén. Th. WERQUIN, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 30 avril 2015, *Pas.*, I, p. 1077.

¹⁴⁵ La question hante d'ailleurs tout le droit de la responsabilité civile. Sur ce point précis de l'interprétation de la condition d'imposition par la norme d'un comportement déterminé, voy. Th. LÉONARD, « Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, (2013), p. 961, spéc. n° 12.

– ou aux – tiers, sans référence à ce qui le constitue, de façon positive, en tant que droit¹⁴⁶.

Il est vrai qu'on pourrait considérer que le pouvoir d'exiger mis en avant par la théorie de l'objet véritable vise en réalité le contenu même des obligations légales mises à charges de l'administration. On retrouve alors notre parallèle avec une situation contractuelle, la loi prenant la place du contrat dans une situation traditionnelle entre un débiteur et un créancier contractuels. Une créance « légale » naît de l'effet de la loi entre un citoyen et une administration déterminable. Même envisagée de la sorte, l'insatisfaction demeure, dès lors, que la définition ainsi formulée limite la dimension subjective du droit au seul intérêt à demander l'application d'une règle imposant un comportement déterminé à l'autorité publique. Or, ce n'est pas un pouvoir d'exiger le respect des règles contenues dans le Code civil, qui serait abstraitement reconnu à tous, qui crée ledit droit.

Pour les tenants d'une conception large du droit subjectif civil, l'existence d'un intérêt à l'exécution de la loi est trop large et il faudrait lui préférer la notion plus précise d'intérêt juridiquement protégé au sens de Ihering ou le concept de « situation juridique préconstituée » proposée par Roubier, à savoir lorsqu'un individu remplit *in concreto* les conditions légales prévues *in abstracto* par le droit objectif pour qu'il bénéficie d'un pouvoir, d'un avantage ou d'une prérogative. La qualification s'applique donc autant au titulaire d'un droit de propriété qu'à celui qui invoque être dans les conditions pour être inscrit dans les registres dans la commune (lorsqu'il s'agit bien d'une compétence liée dans le chef de celle-ci). Elle ne s'étend toutefois pas au cas d'un individu qui a un simple intérêt à l'exercice par l'autorité administrative d'une compétence liée.

Les tenants d'une conception stricte du droit subjectif civil reprochent à la Cour de cassation de permettre l'inclusion dans sa définition de pouvoirs d'exiger « nus » non reliés à un pouvoir exclusif reconnu préalablement par le droit objectif et que le titulaire réclame comme sien ou dont il exige la pleine jouissance en se les appropriant. Dans cette conception, c'est, en effet, le pouvoir exclusif déterminé *a priori* par le droit objectif qui forme le contenu du droit. C'est parce que le

¹⁴⁶ Ce qui a amené Kelsen à conclure que la notion de droit subjectif est redondante par rapport à celle d'obligation.

Code civil prévoit que le droit de propriété est constitutif du pouvoir exclusif d'user du bien qui en forme l'objet que ce titulaire pourra exiger du tiers son respect sous peine de négation du pouvoir préconstitué par la loi. C'est parce qu'il est reconnu par la loi un pouvoir exclusif d'exploitation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur que ce dernier peut en exiger le respect. Le pouvoir d'exiger porte sur le respect d'une prérogative préexistante que s'est approprié le titulaire en remplissant les conditions légales de reconnaissance du droit. Il convient alors d'insister sur la différence entre la créance « légale », qui naît de l'effet de la loi entre un citoyen et une administration déterminable, et la créance contractuelle : il n'y a la plupart du temps aucun processus de subjectivisation préalable d'un pouvoir reconnu par la loi au citoyen. Celui-ci réclame en réalité l'application de la loi à son profit et ne façonne pas par le biais de sa volonté un droit de créance propre (ce « droit » est reconnu automatiquement à toute personne remplissant les conditions légales d'application).

Conclusion

Il est de ces rencontres, comme celle entre la notion de droit subjectif et la *summa divisio*, dont la répétition tend à exclure le caractère fortuit. En droit romain, émerge la célèbre distinction et une certaine conception subjective du droit. On est toutefois loin de la portée moderne de ces notions : la *summa divisio* n'en est, en réalité, pas une en droit romain et la conception romaine du droit subjectif, si elle existe, implique une dimension de réciprocité qui va progressivement disparaître à partir de l'an mil. À partir de ce moment, tant l'idée d'un droit propre à l'autorité publique (d'abord conçu comme un privilège) que celle d'un droit inhérent à l'individu (sous l'angle du droit naturel individuel) vont faire leur chemin pour aboutir à une distinction nette, donc sans corps intermédiaire, entre l'individu et l'État, rendue possible par les théories contractualistes et le tournant individualiste des 17^e et 18^e siècles¹⁴⁷. La formalisation juridique des individus (privé) et de l'État (public) sera achevée avec la consécration, aux 19^e et 20^e siècles, de la notion d'État

¹⁴⁷ À titre anecdotique, L. Siedentop relève que, si l'on cherche le mot « individu » dans les dictionnaires historiques des langues française et anglaise, il n'est apparu de façon courante qu'au 15^e siècle, en même temps que le mot « État », compris comme la stipulation d'une autorité souveraine (L. SIEDENTOP, *op. cit.*, p. 347).

de droit qui fait de l'État le garant de l'intérêt général et le responsable de la protection des droits individuels.

Sans surprise, donc, c'est au 19^e siècle que la distinction entre droit privé et droit public accède au statut de *summa divisio* et que la notion de droit subjectif est théorisée pour la première fois abstraction faite de son origine jusnaturaliste. Cette évolution marque également un tournant important : alors que les théories du droit naturel moderne, incarnées par les grandes déclarations américaine et française de la fin du 18^e, légitimaient l'État par sa fonction de protection de droits naturels lui préexistant (le « but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme »), assignant au droit positif objectif une place subséquente (temporellement) et subordonnée (sur le plan de la hiérarchie des normes), le courant du positivisme juridique va inverser ce schéma : il ne peut y avoir de droit subjectif que consacré par le droit objectif¹⁴⁸.

En droit belge, la notion de droit subjectif cristallise une véritable différence de conception entre publicistes et privatistes. Il est remarquable que les publicistes et civilistes qui se sont posé la question de la compatibilité de leurs approches respectives se condamnent l'un l'autre, ne paraissant pas se reconnaître dans l'acception de la notion de droit subjectif utilisée¹⁴⁹. D'où l'impression – et c'est plus aisé à prétendre – que c'est la notion de droit subjectif elle-même qui n'est pas claire, alors que ce manque de clarté provient davantage de l'inadéquation de la notion dans le rôle de répartiteur de compétences qu'on entend lui faire jouer : tel que taillé par la Cour de cassation, le costume paraît, en effet, trop étroit pour les publicistes, tout en étant trop grand pour les civilistes.

¹⁴⁸ Si la question est réglée pour les positivistes, elle reste complexe lorsqu'il s'agit d'aborder la question des droits fondamentaux, certains considérant qu'ils sont inhérents à la personne humaine et donc indépendants de toute consécration par le droit positif.

¹⁴⁹ Voy., par exemple, comme publiciste B. BLERO, « Compétence liée et droit subjectif, compétence discrétionnaire et droit objectif : les nuances d'une double équation », *op. cit.*, p. 100 et s., qui critique – à raison du point de vue publiciste – une interprétation de la notion de droit subjectif au sens des articles 144 et 145 de la Constitution guidée par la notion de droit civil (remettant en cause au passage l'approche de J. Dabin pourtant référencé par la Cour de cassation comme inspirant sa définition) en appelant à une interprétation autonome en droit constitutionnel. On rappellera que l'apparition de la terminologie « droit subjectif » dans la jurisprudence de la Cour de cassation est, toutes choses étant égales par ailleurs, assez récente.

On le voit, le droit subjectif qui s'identifie par l'application de la théorie de l'objet véritable est un « droit » propre à la relation citoyen/administration qui s'écarte de la conception civiliste. Entièrement dirigée vers une analyse des compétences reconnues à l'administration, la notion prend distance avec le droit subjectif civil, notamment en s'affranchissant de la distinction entre l'effet interne du droit et son opposabilité ou encore en limitant son caractère subjectif à l'intérêt propre du titulaire à obtenir sa reconnaissance ou son exécution.

Sans devoir nécessairement trancher la question de la paternité de l'expression « droit subjectif », on peut en tout cas conclure à l'inadéquation d'une conception unique de la notion compte tenu des finalités du droit privé (où la question se pose essentiellement au regard du régime de protection juridictionnelle) et du droit public (où elle joue d'abord un rôle de critère permettant de vérifier la compétence du Conseil d'État). Dès lors que, dans le cadre de la théorie de l'objet véritable, la répartition ne se fait qu'au départ de l'analyse du degré d'autonomie de l'administration quant à la décision à prendre quant à la demande, on peut toutefois se demander si le passage par la notion de droit subjectif s'impose : il n'est en tout cas pas commandé par le prescrit des articles 144 et 145 de la Constitution, qui ne visent que les droits civils et politiques.