

INSTITUT  
VILFELS  
LEYS

# DROIT & PHILOSOPHIE

Numéro 17

---

## **Métamorphoses du (sujet de) droit**





## **DIRECTEURS**

Denis Baranger (Université Paris-Panthéon-Assas)  
Olivier Beaud (Université Paris-Panthéon-Assas)  
Élodie Djordjevic (Université Paris-Panthéon-Assas)  
Olivier Jouanjan (Université Paris-Panthéon-Assas)

## **CONSEIL SCIENTIFIQUE**

Jean-Pierre Coriat (Université Paris-Panthéon-Assas), Quentin Épron (Université Paris-Panthéon-Assas), Jean-François Kervégan (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe de Lara (Université Paris-Panthéon-Assas), Charles Leben † (Université Paris-Panthéon-Assas), Pierre-Yves Muiviger (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe Raynaud (Université Paris-Panthéon-Assas), Marie-France Renoux-Zagamé (Université Panthéon-Sorbonne), François Saint-Bonnet (Université Paris-Panthéon-Assas), Philippe Théry (Université Paris-Panthéon-Assas), Mikhaïl Xifaras (Sciences Po)

## **COMITÉ DE RÉDACTION**

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Gregory Bligh (Sciences Po Lyon), Jérôme Couillerot (Université Lyon III), Thibault Desmoulins (Université Clermont Auvergne), Élodie Djordjevic (Université Paris-Panthéon-Assas), Charles Girard (Université Lyon III), Marc Goetzmann (Université Côte d'Azur), François Lecoutre (Université d'Orléans), Gilles Marmasse (Université de Poitiers), Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur), Tristan Pouthier (CY Cergy Paris Université), Themistoklis Raptopoulos (Université de Lille), Pierre-Marie Raynal (CY Cergy Paris Université), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Patrick Savidan (Université Paris-Panthéon-Assas), Sabina Tortorella (Université de Namur), Mathilde Unger (Université de Strasbourg)

## **SECRÉTAIRE DE RÉDACTION**

Jérémy Papic (Université Paris-Panthéon-Sorbonne)

## **SECRÉTAIRE D'ÉDITION**

Volia Crevot

## **ASSISTANT D'ÉDITION**

Aurélien de Travy (Université Paris-Panthéon-Assas)

## **ADRESSE DE LA REDACTION :**

Institut Michel Villey, Université Paris-Panthéon-Assas  
12, place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05  
[www.droitphilosophie.com](http://www.droitphilosophie.com)



# Métamorphoses du (sujet de) droit

*Numéro coordonné par*

*Élodie Djordjevic et Themistoklis Raptopoulos*



# *Droit & Philosophie*

Numéro 17 (avril 2026)

<b>I. MÉTAMORPHOSES DU (SUJET DE) DROIT .....</b>	<b>5</b>
Élodie DJORDJEVIC & Themistoklis RAPTOPOULOS : <i>Présentation du volume</i> .....	7
<b>1. Qu'est-ce que le sujet de droit ? .....</b>	<b>13</b>
Brian FAVRE : <i>La généalogie oubliée du sujet de droit. Par-delà la métamorphose subjective du subiectum iuris</i> .....	15
Olivier JOUANJAN : <i>Le sujet de l'école historique : Savigny, Puchta et le droit subjectif</i> .....	29
Lorenzo GIANNI : <i>Negri and the Concept of (Legal) Form: From Kant and Pašukanis to Processes of (De)subjectivation in Real Subsumption</i> .....	43
Géraldine AÏDAN : <i>Quelques éléments d'une théorie normativiste du sujet de droit. Contribution au débat sur la personnification juridique d'entités non humaines</i> .....	57
<b>2. Sujet de droit, revendication et protection des droits .....</b>	<b>77</b>
Elie LENGART : <i>De la personne à l'individu : une mutation du sujet de droit, une dilution du droit?</i> .....	79
Paul VERON, Cyril DESJEUX, Fabrice GZIL, Benoît EYRAUD : <i>Le sujet de droit à l'épreuve de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées</i> .....	95
Sylvie SCHMITT : <i>Les générations futures dans la Constitution italienne : une notion indéterminée</i> .....	115
Will KYMLICKA : <i>L'appartenance sociale : le droit des animaux au-delà de l'impasse propriété-personnalité</i> .....	133
<b>3. Le (sujet de) droit au-delà de la polarité entre sujet et objet ? .....</b>	<b>167</b>
Alexandre IAGODKINE : <i>Les animaux peuvent-ils être des sujets de droit ? De la technique juridique aux droits fondamentaux et relationnels</i> .....	169
Ibrahim Radjouloul-Salame MOUHAMADOU : <i>De la nature en personne : désanthropocentrer l'humain, déshumaniser l'anthropocentrisme juridique</i> .....	191

Diana M. MOCANU & Pierre WALCKIERS : <i>Des objets aux sujets de droit et au-delà. Querelles méthodologiques autour des approches graduelles et relationnelles du statut juridique de l'intelligence artificielle</i> .....	209
Marie-Angèle HERMITTE : <i>Sujets et objets de droit à l'épreuve de la possibilité de la vie</i> .....	233
<b>II. INÉDIT</b> .....	<b>257</b>
Joseph RAZ : <i>L'État de droit et sa vertu</i> .....	259
<b>III. PRIX SFPJ 2024</b> .....	<b>277</b>
Isiane LAPOUJE : <i>Repenser l'arbitraire en droit à travers l'étude du langage</i> .....	279
<b>IV. VARIA</b> .....	<b>297</b>
Pierre MOOR : <i>La justice et le Droit de l'État de droit</i> .....	299

## I. Métamorphoses du (sujet de) droit



## Présentation du volume

**R**ENE DEMOGUE publiait, en 1909, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, un article pionnier sur « La notion de sujet de droit » dans lequel il envisageait – et défendait – la possibilité de reconnaître des droits à « l’humanité future », ainsi qu’aux animaux<sup>1</sup>. N’ayant alors reçu que peu d’échos<sup>2</sup>, cette analyse est tombée dans un relatif oubli et ce n’est qu’à la fin du XX<sup>e</sup> siècle que juristes et philosophes reprennent à nouveaux frais la question des contours du sujet de droit et de son usage dans des domaines qui supportent mal l’opposition, encore dominante, entre personnes physiques et personnes morales. Ainsi, en 1989, paraissait, aux *Archives de philosophie du droit*, un numéro intitulé « Le sujet de droit<sup>3</sup> ». Des auteurs aussi prestigieux que, notamment, Bernard Bourgeois, Jean Carbonnier, Otfried Höffe ou François Terré se penchaient alors sur la figure du sujet de droit hégélien, les contours du « non-sujet de droit », la possibilité de penser une responsabilité mutuelle et une éthique fondamentale à partir du concept de sujet de droit ou encore sur les rapports entre sujet de droit et génétique.

Or, depuis les quelque trente-cinq années qui nous séparent de cette livraison, la définition comme les contours du sujet de droit paraissent avoir connu des transformations substantielles et des êtres nouveaux semblent avoir fait leur apparition dans le monde du droit. Des entités non humaines aux générations futures en passant par une – au moins – apparente reconfiguration juridique de la considération de la personne humaine, de nouvelles figures et de nouveaux protagonistes semblent avoir proliféré sur la scène juridique et cette prolifération paraît emporter une détermination nouvelle – ou modifiée – du droit comme de ses frontières. À prendre les choses dans l’autre sens, il pourrait encore sembler que certaines des modifications récentes du droit positif conduiraient aussi bien à faire advenir de nouvelles figures du sujet de droit ou, en tout cas, infléchiraient très sensiblement l’entente du sujet de droit telle qu’elle se constitue avec la construction du droit moderne, en liaison avec l’avènement de l’État moderne, puis des droits de l’homme, ceux-ci étant d’abord indissolublement liés aux droits du citoyen et, plus généralement, à une conception anthropocentrique de l’idée même de droit subjectif et, par extension, de sujet de droit.

Transformations du droit, transformations du sujet de droit : face à ces modifications au moins apparentes, un pas de côté permettant l’enquête et la clarification conceptuelles semble requis et, sans bien entendu prétendre à l’exhaustivité, telle est l’entreprise à laquelle souhaite participer cette livraison de *Droit & Philosophie*, en revenant thématiquement sur la détermination du sujet de droit, en étudiant la

---

<sup>1</sup> R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit : caractères et conséquences », *Revue trimestrielle de droit civil*, 3, 1909, p. 611-655 (réimpr. in R. DEMOGUE et J.-P. MARGUENAUD, *La notion de sujet de droit*, Paris, Dalloz, 2025).

<sup>2</sup> V. en ce sens J.-P. MARGUENAUD, « Commentaire », in R. DEMOGUE et J.-P. MARGUENAUD, *La notion de sujet de droit*, *op. cit.*, p. 1 *sq.*, en part. p. 4-6, ainsi que la bibliographie citée.

<sup>3</sup> « Le sujet de droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 34, 1989.

façon dont les modifications contemporaines du droit conduisent à interroger le nœud, à première vue solide, entre reconnaissance comme sujet de droit et possibilité de revendiquer des droits ou de se voir juridiquement protégé, en examinant, enfin, la manière dont ces transformations mettent à l'épreuve l'opposition structurante entre objets et sujets de droit, choses et personnes, et remanient profondément ces catégories juridiques fondamentales. Ces trois axes dessinent la structure du volume et sa partition.

Les contributions assemblées dans la *première partie*, « Qu'est-ce que le sujet de droit? », reviennent sur la détermination du sujet de droit en tant que concept structurant de la pensée juridique moderne. S'efforçant de (re)tracer la généalogie du sujet de droit, Brian Favre examine ainsi ce qu'il en est du *sujet* impliqué par le droit, en soulignant la transformation majeure que connaît cette notion avec la Modernité. En montrant que le sujet de droit n'a pas toujours été conçu et, dès lors, ne se conçoit pas nécessairement de manière subjective, il s'agit, dans cette contribution, de mettre au jour une autre conception possible du sujet de droit à même de sortir de la polarité entre chose et personne<sup>4</sup>. La contribution d'Olivier Jouanjan permet quant à elle la remise en question vigoureuse d'un lieu commun tenace, source d'incompréhensions persistantes dans les débats contemporains relatifs à la notion de sujet de droit : l'idée selon laquelle le sujet de droit, dans sa conception aujourd'hui dominante, notamment en France, serait à la fois le produit et la confirmation d'une opposition structurante entre droits subjectifs et droit objectif. Contre cette compréhension du sujet de droit, qui doit largement à Michel Villey, l'auteur montre, à partir d'un examen approfondi de la pensée de l'école historique du droit, que le sujet de droit ne constitue nullement la consécration juridique d'un individu conçu comme une monade isolée. Tout au contraire, chez Savigny comme chez Puchta, le sujet de droit et les droits subjectifs dont ce dernier est titulaire ne peuvent être compris qu'à partir de l'objectivité de la *relation de droit* et c'est ainsi à partir de cette relation que le sujet peut être saisi comme véritable *sujet de droit*<sup>5</sup>. Suivant les analyses du Negri d'*Alle origini del formalismo giuridico*, la contribution de Lorenzo Gianni propose pour sa part une perspective sur le sujet de droit qui, quoique moins connue des juristes, n'en demeure pas moins féconde, en ce qu'elle permet notamment de penser la plasticité du sujet de droit comme étant en réalité un trait essentiel de celui-ci. En effet, s'appuyant conjointement sur les concepts de forme et de structure transcendantale qu'élabore Kant dans la *Critique de la raison pure* et les analyses marxistes de la forme juridique que propose Pašukanis, il s'agit, pour Negri, de souligner les processus de subjectivation dont est redevable le sujet de droit, processus qui ne se rendent intelligibles que par le lien essentiel de la forme juridique à la matière historiquement constituée dans les rapports de production et, singulièrement, le rapport de domination spécifique à l'œuvre dans le mode de production capitaliste<sup>6</sup>. L'idéologie sous-tendant les conceptualisations prétendument objectives du sujet de droit n'aurait pas échappé à l'esprit critique de Hans Kelsen dont l'apport en la matière reste pourtant peu connu et exploré,

---

<sup>4</sup> B. FAVRE, « La généalogie oubliée du sujet de droit. Par-delà la métamorphose subjective du *subiectum iuris* ».

<sup>5</sup> O. JOUANJAN, « Le sujet de l'école historique : Savigny, Puchta et le droit subjectif ».

<sup>6</sup> L. GIANNI, « Negri and the Concept of (Legal) Form: From Kant and Pašukanis to Processes of (De)subjectivation in Real Subsumption ».

mais duquel la contribution de Géraldine Aïdan offre un éclairage inédit. En proposant une reformulation de l'analyse normativiste élaborée par Kelsen, dont elle identifie certaines incohérences ou apories, l'autrice insiste sur le caractère nécessairement anthropocentré du droit. Elle propose ainsi une lecture à contre-courant des évolutions du droit positif ou des interprétations dominantes qui en sont faites : la personnification juridique d'entités non humaines n'implique ni ne prouve une extension du concept de « sujet de droit » à celles-ci<sup>7</sup>.

C'est précisément le lien, d'abord perçu comme inextricable, entre la reconnaissance d'un être comme « sujet de droit » et sa capacité à revendiquer des droits et à bénéficier d'une protection juridique qu'interrogent les contributions réunies dans la *deuxième partie* du volume, « Sujet de droit, revendication et protection des droits ». Si Elie Lenglart s'inquiète d'une substitution progressive, dans la jurisprudence récente, de l'individu porteur de déterminations variées et de revendications multiples à la notion, juridique et abstraite, de personne et, partant, d'une forme de « subjectivation » du droit qui le menacerait de dissolution<sup>8</sup>, Paul Véron, Cyril Desjeux, Fabrice Gzil et Benoît Eyraud montrent, pour leur part, que l'exigence de prise en compte et de protection effective des droits des personnes vulnérables et handicapées conduit à une inflexion proprement juridique de la représentation traditionnelle du sujet de droit. Ainsi analysent-ils la façon dont la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées charrie une conception de la personnalité juridique qui n'est pas réductible à une technique d'imputation de droits et d'obligations, mais se présente aussi comme un droit fondamental de l'individu, susceptible de faire lui-même l'objet d'atteintes<sup>9</sup>. Que la protection juridique n'implique pas nécessairement la reconnaissance ou l'attribution de la qualité de sujet de droit, tel est l'un des enseignements qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne et de son usage de la notion de « générations futures ». En effet, par une étude attentive de cette jurisprudence, la contribution de Sylvie Schmitt établit, à rebours d'une partie de la littérature contemporaine prompte à voir dans les « générations futures » un nouveau sujet de droit, l'indétermination principielle dont souffre cette notion en droit italien. Or, si cette indétermination concerne aussi le statut juridique des générations futures et que le droit et la jurisprudence italiens ne leur reconnaissent pas la qualité de sujet de droit, c'est cependant bien en liaison avec une exigence de protection juridique que la Cour constitutionnelle a recours à cette notion<sup>10</sup>. Enfin, dans un article dont le lecteur trouvera ici une traduction française inédite<sup>11</sup>, Will Kymlicka cherche à dégager, pour sa part, une voie permettant de contourner les difficultés que soulève l'attribution de la personnalité juridique aux animaux sans pour autant renoncer à l'exigence de leur protection. Mettant en lumière la double impasse que constituent

---

<sup>7</sup> G. AÏDAN, « Quelques éléments d'une théorie normativiste du sujet de droit. Contribution au débat sur la personnification juridique d'entités non humaines ».

<sup>8</sup> E. LENGART, « De la personne à l'individu : une mutation du sujet de droit, une dilution du droit ? ».

<sup>9</sup> P. VERON, C. DESJEUX, F. GZIL, B. EYRAUD, « Le sujet de droit à l'épreuve de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ».

<sup>10</sup> S. SCHMITT, « Les générations futures dans la Constitution italienne : une notion indéterminée ».

<sup>11</sup> W. KYMLICKA, « L'appartenance sociale : le droit des animaux au-delà de l'impasse propriété-personnalité », traduction française inédite de P. Savidan.

leur statut de chose et leur reconnaissance comme personne, il montre que la reconnaissance sociale des animaux comme travailleurs ou membres de la famille permettrait, quant à elle, de conférer à ceux-ci un statut juridique et certains droits, sans avoir à leur attribuer la pleine personnalité juridique.

La troisième et dernière partie de ce volume, intitulée « Le (sujet de) droit au-delà de la polarité entre sujet et objet ? », réunit quatre contributions qui interrogent la manière dont certaines évolutions récentes du droit positif et les nouveaux enjeux auxquels il est confronté relativisent ses polarités structurantes, au premier rang desquelles figure la distinction entre objet et sujet de droit, ainsi que les pré-supposés théoriques qui les sous-tendent. S'agissant du droit des animaux, Alexandre Iagodkine propose de s'appuyer sur la théorie relationnelle des droits afin de défendre la possibilité d'un concept de personnalité animale qui dépasserait les écueils liés à une conception soit purement anthropomorphique, soit purement technique de celle-ci<sup>12</sup>. Ibrahim Radjouloul-Salame Mouhamadou montre pour sa part que l'extension de la fiction juridique de la personnalité morale à des entités autres qu'humaines conduit à une déstabilisation profonde de l'humanisme juridique sur lequel repose classiquement le droit moderne, et que l'indistinction croissante entre sujet et objet conduit à une transformation des anciennes dichotomies entre personnes humaines et choses naturelles, dans le sens d'un animisme juridique<sup>13</sup>. C'est un même brouillage ou une même déstabilisation de la distinction classique entre objet et sujet de droit que repèrent Diana M. Mocanu et Pierre Walckiers dans leur contribution, en étudiant les mutations conceptuelles que les systèmes d'intelligence artificielle imposent au cadre juridique. Sur le fondement, là aussi, d'une approche relationnelle des droits et par-delà l'opposition exclusive entre sujet et objet de droit, ils préconisent un modèle graduel d'attribution de statuts juridiques aux systèmes d'intelligence artificielle selon le triple critère des relations que nous sommes susceptibles de nouer avec eux, de leurs caractéristiques saillantes et de l'utilité sociale d'une telle attribution<sup>14</sup>. Enfin, la contribution Marie-Angèle Hermitte, qui clôt ce volume, souligne à quel point les enjeux climatiques et la mise en péril de la possibilité de la vie conduisent à un remaniement des catégories juridiques fondamentales d'objet et de sujet de droit, dessinant les contours d'une « nouvelle ontologie juridique ». Rappelant que sujet et objet sont, en droit aussi, des concepts corrélatifs, la transformation de l'un entraînant nécessairement celle de l'autre, elle montre, à l'appui de nombreux contentieux climatiques récents, la relance de la « forge juridique » qu'entraînent ces nouveaux venus sur la scène du droit, qui ouvre la voie à de nouvelles relations de voisinage entre humains et non-humains<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> A. IAGODKINE, « Les animaux peuvent-ils être des sujets de droit ? De la technique juridique aux droits fondamentaux et relationnels ».

<sup>13</sup> I. R.-S. MOUHAMADOU, « De la nature en personne : désanthropocentrer l'humain, déshumaniser l'anthropocentrisme juridique ».

<sup>14</sup> D. M. MOCANU et P. WALCKIERS, « Des objets aux sujets de droit et au-delà. Querelles méthodologiques autour des approches graduelles et relationnelles du statut juridique de l'intelligence artificielle ».

<sup>15</sup> M.-A. HERMITTE, « Sujets et objets de droit à l'épreuve de la possibilité de la vie ».

Cette brève présentation de l'itinéraire emprunté énoncée, qu'il nous soit permis, pour clore cette présentation, de remercier l'ensemble des auteurs de cette livraison, pour nous avoir fait l'honneur et le plaisir de contribuer à ce volume, ainsi que pour la qualité de leur article. Nous souhaitons également exprimer notre reconnaissance à Volia Crevot, Jérémiah Papić et Aurélien de Travy pour leur aide dans la préparation de ce numéro.

### **Élodie Djordjevic**

Maître de conférences en philosophie du droit à l'université Panthéon-Assas, membre de l'Institut Villey, et directrice de *Droit & Philosophie*. Ses recherches portent sur les rapports entre rationalité et normativité, et se situent au croisement de la philosophie pratique (en particulier la philosophie politique et du droit) et de l'histoire de la philosophie (en particulier Hegel et Kant). Elle a notamment dirigé ou co-dirigé les ouvrages *Marx et le droit* (Dalloz, 2019), *Les Équivoques de l'institution : normes, individu et pouvoir* (Classiques Garnier, 2021), *La pensée et les normes. Hommage à J.-F. Kervégan* (Éd. de la Sorbonne, 2021), *Hegel et le droit* (Éd. Panthéon-Assas, 2023). Elle termine un ouvrage intitulé *Le Jugement politique et les failles du monde. Essai sur la conception hégélienne de l'action et de la normativité*.

### **Themistoklis Raptopoulos**

Professeur de droit public à l'université de Lille où il co-dirige l'Équipe de recherche en droit public. Il est l'auteur d'une thèse sur *L'entrée en vigueur de la loi. Contribution à l'étude de la loi* (préf. O. Beaud, Dalloz, 2020) et de plusieurs articles en droit public et en théorie du droit. Ses recherches s'intéressent notamment aux concepts de normativité et de légitimité en droit.



1. Qu'est-ce que le sujet de droit ?



Brian Favre

## La généalogie oubliée du sujet de droit

### Par-delà la métamorphose subjective du *subiectum iuris* \*

LA SUBJECTIVITE JURIDIQUE a une genèse et celle-ci n'est pas immémoriale, car le sujet de droit n'a pas toujours été « subjectif », c'est-à-dire une personne. Tel est l'argument central de la présente contribution. L'histoire du sujet juridique indique en effet que, de l'Antiquité au Moyen Âge, le sujet de droit n'était ni une chose, ni une personne, mais *quelque chose d'autre*. De René Demogue<sup>1</sup> à Jean-Pierre Marguénaud<sup>2</sup> en passant par Gérard Farjat<sup>3</sup> – pour se limiter ici à la France – nombreuses ont été les tentatives doctrinales visant à renouer avec une approche que l'on peut dire non subjective du sujet de droit. Les définitions proposées ont alors pour point commun de ramener le sujet à un outil technique à disposition du droit positif. La qualité de sujet de droit appartiendrait ainsi « aux intérêts que les hommes vivants en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité<sup>4</sup> ». Ces propositions se heurtent toutefois à une difficulté : comment exprimer dans le vocabulaire de la subjectivité juridique quelque chose qui ne soit pas la « personne », cette entité métaphysique que, depuis Boèce<sup>5</sup>, l'on décrit comme une substance individuelle de nature rationnelle<sup>6</sup> ? En effet, même lorsque la personne semble n'être qu'un pur produit technique mobilisable au gré des besoins du droit<sup>7</sup>, elle demeure marquée

---

\* Le présent article est issu d'une thèse de doctorat en philosophie du droit présentée à l'École normale supérieure et à l'université de Lausanne (*Généalogie du sujet de droit. Perspectives en droit animalier*, à paraître en 2026 chez Helbing Lichtenhahn) sous la co-direction de Florence Burgat et Alain Papaux.

<sup>1</sup> R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences », *RTD civ.*, 1909, p. 27.

<sup>2</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, « Actualité et actualisation des propositions de René Demogue sur la personnalité juridique des animaux », *Revue juridique de l'environnement*, 1/40, 2015, p. 75-80.

<sup>3</sup> G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », *RTD civ.*, 2002, p. 222.

<sup>4</sup> R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences », art. cité, p. 20.

<sup>5</sup> « C'est pourquoi, si la personne est dans les seules substances, et dans celles qui sont rationnelles, et si toute substance est une nature établie non pas dans les universelles, mais dans les individuelles, on a trouvé la définition de la personne : « substance individuelle de nature rationnelle » (*naturae rationabilis individua substantia*) (BOECE, *Contra Eutychen et Nestorium*, III, 1, éd. et trad. A. Tisserand, *Traité théologiques*, Paris, Flammarion, 2000, p. 75).

<sup>6</sup> Distinguant la *persona* de la personne comme « *individual substance, of rational nature* », J. Finnis se rallie par exemple implicitement à la seconde en faisant de l'âme individuelle la garante de la pérennité du soi et la racine de la dignité humaine (J. FINNIS, « The Priority of Persons », in *Intention and Identity. Collected Essays*, II, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 29 et 33-35).

<sup>7</sup> En droit animalier, v. par exemple les catégories proposées par David Chauvet, lesquelles sont hiérarchisées en fonction de leur proximité avec la catégorie éminente et centrale des personnes

par la rémanence conceptuelle de son modèle<sup>8</sup>. Comme nous allons le voir, on retrouve en effet dans cette subjectivité prétendument technique les traits métaphysiques de la personne humaine hypostasiée.

Traditionnellement, philosophes, juristes et historiens se sont interrogés au XX<sup>e</sup> siècle sur la genèse du droit entendu comme qualité du sujet en abordant l'*origine* des droits subjectifs. Nul besoin de revenir ici sur la querelle, parfois jugée étouffante<sup>9</sup>, relative à la datation et à la nature des droits subjectifs<sup>10</sup>. En revanche, la philosophie du droit s'est peu intéressée au devenir subjectif du sujet, en particulier étudié par Alain de Libera dans son archéologie philosophique<sup>11</sup>. La raison en est sans doute que la subjectivité juridique appartient à ce que le philosophe finlandais du droit Kaius Tuori nomme la « *deep structure* » du droit<sup>12</sup>. Enfouie à un niveau plus fondamental encore que la culture juridique, la subjectivité juridique se dérobe ainsi à l'analyse tant elle constitue le sol conceptuel apparemment inamovible du droit occidental moderne. Le récent et bel ouvrage de Jean-François Kervégan<sup>13</sup> est à cet égard révélateur. Cherchant avant tout à problématiser « la conviction d'arrière-plan qui confère son évidence au langage des droits » et à discuter l'être de ceux-ci<sup>14</sup>, l'auteur, tout en évoquant la généalogie du sujet de droit<sup>15</sup>, ne remet pas en question le rabattement du sujet sur la personne humaine<sup>16</sup>. Or, il vaut la peine de se demander comment le sujet juridique, de sujet institué par le droit objectif et non limité aux êtres humains individuels, est devenu la personne individuelle (personne physique) ou collective (personne morale) détentrice de

---

physiques humaines (D. CHAUVET, « Quelle personnalité juridique est digne des animaux ? », *Droits*, 2/62, 2015, p. 227 sq. ; D. CHAUVET, *Les animaux face au droit naturel. L'égalité animale par-delà la morale*, Lausanne, L'Âge d'Homme, 2021, p. 627 sq.).

<sup>8</sup> « [T]he term person is not in fact a slot that fits anyone or anything but rather a slot essentially designed for human beings because they are thought to possess a certain moral status » (N. NAFFINE, « Who are Law's Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects », *The Modern Law Review*, 3/66, 2003, p. 356).

<sup>9</sup> A. BRETT, « Individual and Community in the 'Second Scholastic': Subjective Rights in Domingo de Soto and Francisco Suárez », in C. BLACKWELL, S. KUSUKAWA (dir.), *Philosophy in the Sixteenth and Seventeenth Centuries. Conversations with Aristotle*, Londres, Routledge, 1999, p. 151.

<sup>10</sup> Pour un résumé de la querelle entre Michel Villey et Brian Tierney, v. T. SOL, « La controverse Villey-Tierney sur la naissance du droit subjectif au XII<sup>e</sup> siècle : difficulté et valeur heuristique d'un anachronisme conceptuel », in N. LAURENT-BONNE et X. PREVOST (dir.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne*, Paris, LGDJ, 2016, p. 209 sq.

<sup>11</sup> Pour une première approche, v. A. DE LIBERA, *L'invention du sujet moderne. Cours au Collège de France 2013-2014*, Paris, Vrin, 2015 et A. DE LIBERA, « When Did the Modern Subject Emerge? », *American Catholic Philosophical Quarterly*, 2/82, 2008, p. 181 sq. ; É. BALIBAR, B. CASSIN et A. DE LIBERA, « Sujet », in B. CASSIN (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles*, Paris, Seuil, 2019, p. 1233 sq.

<sup>12</sup> K. TUORI, *Critical Legal Positivism*, New York, Routledge, 2016, p. 188-189.

<sup>13</sup> J.-F. KERVEGAN, *Puissance des droits. Théorie, histoire, critique*, Paris, PUF, 2025.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 20-21.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 49-50.

<sup>16</sup> V. par exemple *ibid.*, p. 265 : « L'idée de droit subjectif, celle de sujet de droit n'ont-elles pas [...] un caractère anthropocentré ? ». En revanche, la possibilité d'un sujet non subjectif semble directement découler de la proposition que développe l'auteur d'une ontologie institutionnelle des droits (v. *ibid.*, p. 153-162).

droits subjectifs. Comme le souligne en effet Vincent Descombes, « il est remarquable que les termes mêmes de “sujet de droit” et de “droit subjectif” ne se soient pas d’emblée imposés<sup>17</sup> ». C’est que, pourrait-on dire, rien ne prédestinait le sujet juridique à devenir une personne au sens moderne du terme. En témoignent encore au début du XX<sup>e</sup> siècle les positions de Léon DUGUIT et de Hans Kelsen, le premier voyant dans la réduction du droit en droits une négation de la nature sociale du droit objectif<sup>18</sup>, le second voyant dans la prééminence du sujet et de ses droits une négation du pouvoir instituant des normes<sup>19</sup>.

Dessiner, même brièvement, le parcours généalogique de la subjectivité juridique (I) permet alors d’attester de la modernité du paradigme subjectiviste en droit (II) et de conclure à l’actualité non pas du sujet des droits subjectifs, mais du sujet du droit objectif pour espérer intégrer le non-humain en droit (III).

## I. UNE TRES BREVE GENEALOGIE DE LA SUBJECTIVITE JURIDIQUE

Il n’est pas rare, particulièrement en Allemagne, de considérer que la subjectivité juridique puise ses racines dans l’Antiquité gréco-latine. Sans faire état d’un sens subjectif attaché au « *subiectum iuris* », le *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* évoque néanmoins l’existence en droit romain d’un droit au sens subjectif (*ius im subjektiven Sinn*), soit d’une autorisation (*Berechtigung*) ou d’une faculté (*Befugnis*) fondée sur le droit au sens objectif<sup>20</sup>. L’historien du droit Heinz Barta n’hésite pas à faire remonter le droit subjectif à Solon<sup>21</sup>.

En revanche, Yan Thomas, attentif aux particularités de l’anthropologie juridique romaine, souligne pour sa part que le sujet juridique à Rome ne pouvait s’entendre comme un sujet au sens subjectif :

Dans la scolastique, et jusque chez les juristes humanistes du XVI<sup>e</sup> siècle, *subiectum iuris* renvoie à la sphère objective de ce qui est soumis au débat, et signifie le plus souvent la controverse, voire la notion juridique<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> V. DESCOMBES, *Le complément de sujet. Enquête sur le fait d’agir de soi-même* [2004], Paris, Gallimard, 2018, p. 447.

<sup>18</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, I, I, § 2, Paris, E. de Boccard, 1927 (3<sup>e</sup> éd.), p. 18-19.

<sup>19</sup> Tel qu’elle a émergé dans la dogmatique allemande, l’opposition entre droit objectif et droit subjectif sous-entend, d’après Kelsen, que le droit subjectif est logiquement et chronologiquement premier par rapport au droit objectif, lequel ne viendrait « que plus tard sous la forme d’un ordre étatique reconnaissant, garantissant et protégeant les droits subjectifs qui ont pris naissance indépendamment de lui (H. KELSEN, *Théorie pure du droit* [1934], trad. H. Thévenaz, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953, p. 95). V. aussi H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l’État* [1945], trad. B. Laroche, Paris, Bruylant/LGDJ, 1997, p. 129-130.

<sup>20</sup> H. G. HEUMANN et E. SECKEL, entrée « *Ius* », in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1958 (10<sup>e</sup> éd.).

<sup>21</sup> H. BARTA, “*Graeca non leguntur*”? : *zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland*, 1, Wiesbaden, Harrassowitz, 2010, p. 115-116. « Solon avait déjà posé bien avant cela les fondements de la pensée politique et juridique grecque. Il est notamment considéré comme le créateur du sujet de droit “moderne”, mais aussi des droits subjectifs et d’une protection fonctionnelle de la personnalité » (*ibid.*, p. 17, nous traduisons).

<sup>22</sup> Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature », *Le Débat*, 3/100, 1998, p. 98. V. également J.-M. TRIGEAUD, « La personne juridique dans la philosophie européenne », in *Philosophie juridique européenne*, Bordeaux, Éditions Bière, 1990, p. 132-133 ; P. ZEPOS, « L’individu face au

Jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle, *subiectum iuris* se lisait en effet non comme un génitif d'objet où le droit est soumis à l'action du sujet, mais comme un génitif subjectif, le sujet étant l'objet du droit. Simple sujet-matière (*subject-matter*) répondant à la question « quoi ? » (qu'est-ce qui fait objet pour le droit ?) (A), il n'était pas encore ce sujet agent répondant à la question « qui ? » (qui est le sujet détenteur de droits ?) (B).

### A. Du sujet du droit...

Sur le plan social et politique, le sujet se présente dans l'Antiquité et en particulier à Rome comme le personnage que l'on interprète (*prósōpon* grec, *persona* latine<sup>23</sup>). Sujet dialogique fruit du rapport à la cité et à autrui, le sujet juridique entendu comme personnage se trouve ainsi pensé dans l'horizon du rôle qu'il a à tenir dans le drame de la vie<sup>24</sup>. Substrat porteur de fonctions politico-morales et rhétorico-juridiques, l'individu antique n'est alors pas, d'un point de vue juridique, un être séparé dont le centre de gravité serait au-dedans de lui-même, mais une entité extravertie dont le ressort se trouve dans les règles qui l'instituent<sup>25</sup>, il est un sujet *du* droit

Pour autant, il serait faux de penser que la *persona* n'est qu'un sujet asservi au règne hétéronome de la loi<sup>26</sup>. Bien qu'impersonnel car extérieur au sujet, le personnage, en tant qu'il est également fabriqué par celui qui l'endosse, implique en effet un « jeu » au double sens d'un écart et d'une interprétation<sup>27</sup>. L'orateur doit par exemple savoir manier les attendus sociaux liés aux *personae* afin de peindre un

---

pouvoir dans le monde gréco-romain », in Société Jean Bodin (dir.), *L'individu face au pouvoir. Première partie : Antiquité*, Bruxelles, De Boeck, 1989, p. 89-90.

<sup>23</sup> Pour une approche étymologique et lexicographique du *prósōpon* (ce qui est face au regard, le visage et, par extension, le masque, le personnage) et de la *persona* (le masque, le personnage ainsi figuré), v. les études classiques de S. Schlossmann et H. Rheinfelder (S. SCHLOSSMANN, *Persona und Prosopon im Recht und im christlichen Dogma*, Kiel/Leipzig, Lipsius & Tischer, 1906 ; H. RHEINFELDER, *Das Wort "Persona". Geschichte seiner Bedeutung mit besonderer Berücksichtigung des französischen und italienischen Mittelalters*, Beihefte zur Zeitschrift für romanische Philologie, Bd 77, Halle, Max Niemayer, 1928), ainsi que l'article de M. Nédoncelle (M. NÉDONCELLE, « *Prosopon* et *persona* dans l'antiquité classique. Essai de bilan linguistique », *Revue des Sciences Religieuses*, 3/22, 1948, p. 277 sq.).

<sup>24</sup> Sur l'enjeu de la métaphore théâtrale pour comprendre le sujet non subjectif qu'est la *persona*, v. G. NAVAUD, « Contre-sujet: *persona* de Cicéron à Hobbes », in C. DUMOULIE (dir.), *La fabrique du sujet. Histoire et poétique d'un concept*, Paris, Desjonquères, 2011, p. 53 sq. et G. NAVAUD, *Persona. Le théâtre comme métaphore théorique de Socrate à Shakespeare*, Genève, Droz, 2011.

<sup>25</sup> Y. THOMAS, « Acte, agent, société. Sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine », *APD*, 22, 1977, p. 74.

<sup>26</sup> En ce sens, la *persona* n'est pas un *subiectus*. Sur ce dernier terme, v. É. BALIBAR, « Annexe – *Subiectus/subjectum* », in *Citoyen sujet et autres essais d'anthropologie philosophique*, Paris, PUF, 2011 p. 67 sq.

<sup>27</sup> « [J]e ne suis pas l'acteur (*actor*) du personnage d'un autre, mais l'auteur du mien » (CICÉRON, *De oratore*, II, XLVII). Pour un exemple récent, voir M. XIFARAS, « Théorie des personnages juridiques », *RFDA*, 2/33, 2017, p. 281. À la différence de la topique des *personae* antiques cependant, la théorie des personnages juridiques (TPJ) proposée par l'auteur tend à assigner un seul personnage à chaque juriste envisagé et à donner à celui-ci une connotation existentielle (*ibid.*, p. 285).

portrait moral susceptible d’entraîner l’adhésion (éthopée). Il doit également savoir personnifier autrui dans son discours (prosopopée)<sup>28</sup>.

Du point de vue juridique, la *persona* n’a ni le sens personnel d’une identité juridique ni le sens technique général de « capacité juridique<sup>29</sup> ». Dans un droit ayant pour fonction essentielle un juste partage des choses (*suum cuique tribuere*<sup>30</sup>) et non une allocation de droits subjectifs, la personne comme sujet de droits apparaît structurellement absente<sup>31</sup>. Comme le souligne Jean-Marie Trigeaud, « la personne se manifeste indirectement, comme sujet de droit, au sens d’attributaire d’un bien objectif, réparti selon la mesure commutative ou distributive<sup>32</sup> ». Dans la Rome classique, c’est ainsi avant tout du rôle de citoyen que concède la cité qu’échoit une position juridique<sup>33</sup>. Bien que le terme s’applique avant tout aux êtres humains<sup>34</sup>, il n’a pas vocation, sauf dans un sens trivial, à désigner l’individu, comme l’atteste la possible multiplication des *personae* sur un même chef ou la *persona* momentanément « suspendue » à l’*hereditas* ou « endossée » par le fils lors de la succession du père<sup>35</sup>. L’instrument de la *persona* en droit romain est ainsi une prosopopée utile façonnée d’après le modèle du personnage, laquelle étend le droit au-delà des êtres humains individuels. Non seulement le droit naturel concerne tous les êtres animés (*omnia animalia*)<sup>36</sup>, mais il semblerait pour le moins incongru de tenir le droit romain pour « humaniste »<sup>37</sup>.

S’il est donc bien certain que le droit à Rome est d’origine humaine<sup>38</sup>, il semble discutable en revanche de soutenir qu’en droit romain classique et dans le monde

---

<sup>28</sup> « [J]e me charge de trois rôles différents (*tres personas unus sustineo*), et, avec la plus rigoureuse impartialité, je me mets successivement à la place du défenseur, de la partie adverse, et du juge » (CICÉRON, *De oratore*, éd. D. Nisard, trad. A. T. Gaillard, *Œuvres complètes*, T. 1, Firmin Didot, Paris, 1869, II, XXIV, p. 239).

<sup>29</sup> Cherchant à organiser la partie du *Digeste* consacrée aux personnes, Jean Domat au XVII<sup>e</sup> siècle l’avait déjà remarqué : « [O]n ne trouve dans ce titre, ni dans aucun autre, ce que c’est proprement que l’état des personnes » (J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et Legum delectus*, Livre préliminaire, II, Nouvelle éd. revue et corrigée, Paris, Pierre Débats, 1713, p. 10).

<sup>30</sup> ULPEN, *Dig.*, 1, 1, 10.

<sup>31</sup> F. DORN, *Recht, subjektives*, in W. STAMMLER et al. (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, IV, Berlin, Erich Schmidt, 2022. V. aussi Y. THOMAS, « Agent », art. cité, p. 68-72.

<sup>32</sup> J.-M. TRIGEAUD, « La personne juridique dans la philosophie européenne », art. cité, p. 132.

<sup>33</sup> J. GAUDEMET, « Des “droits de l’homme” ont-ils été reconnus dans l’Empire romain ? », *Labeo*, XXXIII, 1987, p. 9 et 22.

<sup>34</sup> S. SCHLOSSMANN, *Persona und Prosopon im Recht und im christlichen Dogma*, op. cit., p. 110.

<sup>35</sup> Cf. respectivement JULIEN, *Dig.*, 45, 3, 1 4 et ULPEN, *Dig.*, 41, 1, 34.

<sup>36</sup> ULPEN, *Dig.*, 1, 1, 1, 3.

<sup>37</sup> À Rome, l’« humanité » est une question d’espèce et non l’objet d’une définition abstraite tirée de la dignité humaine. Cf. la casuistique relative aux enfants mal formés et au sort des « monstres » : *La loi des XII Tables*, éd. et trad. M. Humbert, Rome, École française de Rome, 2018, Table IV.1, p. 145 ; PAUL, *Dig.*, 1, 5, 14 ; ULPEN, *Dig.*, 50, 16, 135.

<sup>38</sup> « *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit [...]* » dit Hermogénien au *Digeste* (1, 5, 2), qu’il faut selon nous traduire : « Puisque tout le droit est établi *par cause* des hommes [...] ». D’un avis similaire : F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, « Hermogenianus and the Fundamentals of Legal Anthropology », *Studia et documenta historiae et iuris*, 87, 2021, p. 82.

antique tout le droit était établi en faveur des êtres humains<sup>39</sup>. Comme le relève en effet Yan Thomas, dans la Rome classique, pour protéger un bien et l'extraire du commerce, l'être humain ne le « personnalise » pas à son image, mais l'institue comme une chose appartenant aux dieux ou à la cité<sup>40</sup>. Est révélateur de cet état d'esprit le fait que l'appellation de *persona ficta* n'apparaît qu'aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles<sup>41</sup>. C'est qu'une telle personne « fictive » n'est envisageable que par contraste avec une « vraie » personne<sup>42</sup>, c'est-à-dire une fois pleinement admise la vérité chrétienne selon laquelle la personne comme hypostase n'est rien d'autre que la substance individuelle de nature rationnelle<sup>43</sup>.

## B. ... au sujet de droits

La mutation subjective du sujet juridique apparaît manifeste chez Grotius. Le droit naturel grotien constitue en effet un jalon important dans l'entreprise qui, de l'humanisme juridique au XVI<sup>e</sup> siècle à la dogmatique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle, forme une vaste entreprise de systématisation et de réinterprétation savante du droit romain<sup>44</sup>, laquelle conduit à l'éclipse du sujet non subjectif du droit. Grotius remarque ainsi que les jurisconsultes nomment « sien » (*sui*) ce qu'il entend appeler « faculté » (*facultas*)<sup>45</sup>, opérant ainsi un constat relevé par Yan Thomas : « la langue du droit [romain] exclut *mei iuris* », le *ius* du sujet lui étant rapporté « sous la modalité d'un sien fixé à la troisième personne<sup>46</sup> ». Or, un droit n'est parfait selon Grotius que s'il existe comme l'*actualisation* d'un pouvoir (sur soi-même, autrui ou les choses) appartenant *déjà* au sujet<sup>47</sup>. Le droit est en revanche imparfait lorsqu'il

---

<sup>39</sup> C'est là la traduction retenue par Henri Hulot (JUSTINIEN, *Digeste* (IV<sup>e</sup> siècle), éd. H. Hulot, trad. H. Hulot et al., *Les cinquantes livres du Digeste ou Des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Tome I, Behmer et Lamort, Metz, 1803, 1, 5, 2, p. 65).

<sup>40</sup> GAIUS, *Dig.*, 1, 8, 1. V. Y. THOMAS, « L'indisponibilité de la liberté en droit romain », *Hypothèses*, 1/10, 2006, p. 389 ; Y. THOMAS, « Sujet de droit », *op. cit.*, p. 94.

<sup>41</sup> J. GAUDEMET, « Persona » [1988], in *La doctrine canonique médiévale*, Aldershot, Ashgate, 1994, p. 470 ; Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif à l'origine de la personne morale », in D. DE BECHILLON et al. (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 951 sq. Sur la genèse de la *persona ficta* chez le pape Innocent IV, v. O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1881, p. 277-285.

<sup>42</sup> Dans le même sens, Pierre Michaud-Quantin remarque que le terme « *ficta* » vise à souligner la différence avec la *persona* boécienne et non à signifier le caractère irréel ou inexistant des collectivités considérées, lesquelles n'ont certes pas de corps, mais sont bien des choses (*res incorporales*). V. P. MICHAUD-QUANTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*, Paris, Vrin, 1970, p. 210-211.

<sup>43</sup> E. SCHNEIDER, « *Naturae rationalis individua substantia*. Eine theologische oder juristische Definition der Person? », in T. BÖHM, T. JÜRGASCH et A. KIRCHNER (dir.), *Boethius as a Paradigm of Late Ancient Thought*, Berlin/Munich/Boston, De Gruyter, 2014, p. 260 sq.

<sup>44</sup> P. STEIN, « Systematization of Private Law in the Sixteenth and Seventeenth Centuries », in J. SCHRÖDER (dir.), *Entwicklung der Methodenlehre und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert*, Stuttgart, Steiner, 1998, p. 121.

<sup>45</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* [1625], T. I, I, I, V, 1, trad. J. Barbeyrac, Pierre de Coup, Amsterdam, 1724, p. 41.

<sup>46</sup> Y. THOMAS, « Du sien au soi. Questions romaines dans la langue du droit », *L'écrit du temps*, 14/15, 1987, p. 167.

<sup>47</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, I, I, V, 1-3, *op. cit.*, p. 41.

n'est qu'*en puissance* du côté du sujet, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe qu'à l'état d'aptitude (*aptitudo*) distribuée au gré du mérite de chacun compte tenu de ce qui est jugé convenable<sup>48</sup>. En somme, Grotius revendique que la perfection d'un droit soit mesurée selon son degré de subjectivité et non plus à l'aune d'un référentiel extérieur : plus un droit dépend ontologiquement du sujet auquel il appartient – plus il lui est inhérent –, plus il est parfait. D'où cette définition devenue célèbre du droit subjectif : « le droit est une qualité morale, attachée à la personne, en vertu de quoi on peut légitimement avoir ou faire certaines choses (*qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum*)<sup>49</sup> ».

Ce devenir subjectif du sujet de droit n'avait toutefois rien d'une évidence. Celui-ci s'adosse, comme le dit Marcel Mauss, au « passage de la notion de *persona*, *homme revêtu d'un état*, à la notion d'homme tout court, de personne humaine<sup>50</sup> ». La réélaboration du vocabulaire du *prósōpon-persona* par les premiers Pères de l'Église et l'introduction du concept d'hypostase (*hupóstasis*) dans l'Antiquité tardive conduisent à la personne métaphysique taillée à la mesure de l'homme *imago Dei*. Contingente, cette évolution est ensuite jalonnée de contresens. Ainsi Augustin ne définit-il la subjectivité que pour nier qu'elle soit un miroir adéquat permettant de contempler l'énigme du Dieu trine<sup>51</sup> ; Thomas d'Aquin décrira le sujet comme agent de sa propre pensée en réaction à l'averroïsme latin, selon lequel l'individu par son intellect participe à la continuité d'un intellect qui le dépasse<sup>52</sup> ; Pierre de Jean Olivi concevra quant à lui la personne humaine comme une intériorité psychique capable d'agir de façon libre afin de souligner le sacrifice que constituent les vœux évangéliques, véritable abdication de la puissance de la volonté, laquelle est notre bien le plus cher après Dieu<sup>53</sup>.

C'est finalement à John Locke qu'il revient de nouer la gerbe de la généalogie métaphysique et juridique du sujet. S'adossant à la définition boécienne de la *persona* comme hypostase, le philosophe anglais organise le tour de passe-passe consistant à tenir pour juridique une définition en réalité théologique de la personne. Prétextant « l'ignorance où nous sommes concernant la nature de cette *chose pensante* qui est en nous, et que nous regardons comme nous-mêmes<sup>54</sup> », Locke convoque en effet la *forme* d'un terme juridique pour l'éviter de son contenu originel (la *persona* comme personnage) :

Je regarde le mot de personne comme un mot qui a été employé pour désigner précisément ce qu'on entend par soi-même. Partout où un homme trouve ce qu'il appelle soi-même, je crois qu'un autre peut dire que là réside la même personne. Le mot de personne est un terme de barreau (*a forensic term*) qui approprie des

<sup>48</sup> *Ibid.*, I, I, VII, p. 43.

<sup>49</sup> *Ibid.*, I, I, IV, 1, p. 41.

<sup>50</sup> M. MAUSS, « Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne, celle de "moi" », *The Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, 68, 1938, p. 278.

<sup>51</sup> AUGUSTIN, « La Trinité », XV, XXII, 42, in J.-J.-F. POUJOLAT *et al.* (dir.), *Saint Augustin. Œuvres philosophiques complètes*, trad. J.-J.-F. Poujoulat et J.-B. Raulx, Paris, Les Belles Lettres, 2018, p. 901-902. V. A. DE LIBERA, *L'invention du sujet, op. cit.*, p. 160.

<sup>52</sup> T. D'AQUIN, *De unitate intellectus contra averroistas* [1270], 3, § 62, trad. A. de Libera, *L'unité de l'intellect. Contre les Averroïstes*, Flammarion, Paris, 1994, p. 137.

<sup>53</sup> S. PIRON, « L'expérience subjective selon Pierre de Jean Olivi », in O. BOULNOIS (dir.), *Généalogies du sujet. De saint Anselme à Malebranche*, Paris, Vrin, 2007, p. 53.

<sup>54</sup> J. LOCKE, *Essai sur l'entendement humain* [1689, 1700 pour la première trad. française], II, XVII, § 27, trad. P. Coste, Paris, Le Livre de Poche, 2009, p. 539.

actions, et le mérite ou le démerite de ces actions; et qui par conséquent n'appartient qu'à des agents intelligents, capables de loi, et de bonheur ou de misère<sup>55</sup>.

Contrairement à la *persona* de type antique encore mobilisée par Hobbes<sup>56</sup>, la personne de Locke – anthropocentrée et psychologique –, s'approprie comme une conscience de soi et devient ainsi le siège de l'imputation morale, non plus le lieu d'une attribution sociale. La *persona* voyant son masque lui coller à la peau, elle devient l'*identité personnelle* sur laquelle « sont fondés tout le droit et toute la justice<sup>57</sup> ».

Il revient peu de temps après à Leibniz d'opérer la transformation métaphysique du sujet juridique, offrant par là sans doute l'une des premières lectures explicitement subjectives des termes « *subiectum iuris*<sup>58</sup> » :

J'appelle Substance un Étant subsistant par soi. Un Étant subsistant par soi, de l'accord unanime des Scolastiques, est la même chose qu'un Suppôt. Car le Suppôt est individu substantiel (tout comme la Personne est individu substantiel raisonnable), ou une Substance individuellement. Or l'École affirme communément que le propre du Suppôt est d'être lui-même dénommé par l'action; d'où la Règle : les actions sont actions des Suppôts. D'où il est manifeste que Suppôt, Substance, Étant subsistant par soi, qui sont la même chose, sont correctement définis, au sens même des Scolastiques : ce qui a en soi un principe d'action, car autrement il n'agira pas, mais sera l'instrument de l'agent<sup>59</sup>.

Le sujet n'est plus une *persona* « agie », comprise transitivement comme objet d'un processus d'attribution lui venant du dehors, mais un agent autonome et responsable, sujet d'imputations morales issues de l'éminence de son être de personne. En héritier de cette longue métamorphose du *subiectum iuris*, Kant exprime on ne peut plus clairement l'opposition canonique qui en découle :

Posséder le Je dans sa représentation : ce pouvoir élève l'homme infiniment au-dessus de tous les autres êtres vivants sur la terre. Par là, il est une personne; et grâce à l'unité de la conscience dans tous les changements qui peuvent lui survenir, il est une seule et même personne, c'est à dire un être entièrement différent, par le rang et la dignité, de choses comme le sont les animaux sans raison, dont on peut disposer à sa guise<sup>60</sup>.

Au sein de ce dualisme axiologique et ontologique de la personne humaine et de la chose non humaine, le sujet se situe forcément du côté de la personne et de

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, II, XVII, § 26, p. 538.

<sup>56</sup> Pour Hobbes, dans le cadre de sa théorie de la représentation, personnifier c'est encore « tenir un rôle ou représenter soi-même ou un autre » (T. HOBBS, *Léviathan*, XVI, trad. G. Mairet, Paris, Gallimard, 2000, p. 271). Y.-C. Zarka remarque ainsi que la personne au sens d'une subjectivité juridique est absente de la théorisation hobbesienne (Y.-C. ZARKA, « Identité et ipséité. Hobbes et Locke », in *L'autre voie de la subjectivité. Six études sur le sujet et le droit naturel au XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Beauchesne, 2000, p. 68-69). Dans le même sens : J. SAADA, *Hobbes et le sujet de droit*, Paris, CNRS Éditions, 2010, p. XIX-XX et 177-184.

<sup>57</sup> J. LOCKE, *Essai sur l'entendement humain*, II, 27, § 18, *op. cit.*, p. 531.

<sup>58</sup> Y.-C. ZARKA, « The Invention of the Subject of the Law », *Journal for the History of Philosophy*, 2/7, 1999, p. 259 sq.

<sup>59</sup> Cité par A. DE LIBERA (A. DE LIBERA, « Modern Subject », art. cité, p. 216-217) dans la traduction de M. Fichant, « L'ontologie leibnizienne de l'action : *Actiones sunt suppositorum* », *Philosophie*, 53, 1997, p. 2-3.

<sup>60</sup> E. KANT, *Anthropologie d'un point de vue pragmatique* [1798], § 1, trad. M. Foucault, Paris, Vrin, 2019 (Ak VII 127, p. 89).

l'éminence particulière qu'elle tire de sa condition d'agent et de fin en soi. Le sujet non subjectif qu'est la *persona* en revanche, simple attributaire du droit et moyen de ce dernier, se trouve mécaniquement rejeté du côté de la chose et ne peut plus apparaître que comme un sujet dégradé en rang et en dignité.

## II. LA MODERNITE DU SUBJECTIVISME JURIDIQUE

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, il va de soi pour Portalis que « [t]outes les lois se rapportent aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité des personnes<sup>61</sup> ». Une évidence similaire irrigue le code civil autrichien de 1812<sup>62</sup>. Or, le subjectivisme juridique et la structure qui l'accompagne – la *summa divisio* des personnes et des choses – sont issues d'une réinterprétation *moderne* et *savante* du droit romain.

Le droit des Lumières, cette « philosophie sociale de la liberté<sup>63</sup> », s'était auparavant adossé à cette métamorphose d'origine civiliste. Face au monopole du pouvoir de l'État moderne, acquis au détriment des anciennes communautés de droit, le sujet juridique entendu comme fondement des droits – des droits *fondamentaux* – permet l'égalitarisation formelle des conditions juridiques, les droits se déduisant désormais des personnes abstraction faite de leurs attaches communautaires<sup>64</sup>. Loin de représenter des aptitudes concédées par le droit objectif au gré d'une *persona* faisant objet pour le droit, les droits de la personne sont ainsi, du point de vue du droit public, en mesure d'assurer cette fonction défensive que le juriste allemand Georg Jellinek nommera le *status negativus* ou *libertatis*<sup>65</sup>.

Quant aux concepts de « sujet de droits » (*Rechtssubjekt*) et de « droit subjectif » (*subjektiven Recht*), ceux-ci sont formellement des créations de la romanistique allemande. Pour Ernst Immanuel Bekker en 1873, ces concepts « ne sont pas encore un bien commun de notre science<sup>66</sup> ». Ils deviennent toutefois rapidement un dispositif central de l'analyse scientifique du droit menée par la *Pandektenwissenschaft*

---

<sup>61</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* [1801], Paris, Confluences, 1999, p. 25.

<sup>62</sup> « Tout homme a des droits innés, déjà évidents par la raison, et doit dès lors être considéré comme une personne » (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, § 16, nous traduisons).

<sup>63</sup> H. COING, « Zur Geschichte des Begriffs "Subjektives Recht" » [1959], in D. SIMON (dir.), *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, I, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1982, p. 254.

<sup>64</sup> C. COLLIOT-THELENE, *La démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, 2011, p. 6 et 42. V. également Y. THOMAS, relevant que la Déclaration des droits de 1789 impose « une qualification juridique que l'on pourrait caractériser comme liée à la nature même du sujet qualifié : il n'était plus d'homme qui ne fût naturellement doublé d'une personne » (Y. THOMAS, « Le sujet concret et sa personne. Essai d'histoire juridique rétrospective », in O. CAYLA et Y. THOMAS (dir.), *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002, p. 144-145).

<sup>65</sup> G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* [1892], Tubingue, Paul Siebeck, 1919 (2<sup>e</sup> éd.), p. 94 sq.

<sup>66</sup> E. I. BEKKER, « Zur Lehre vom Rechtssubjekt. Genuss und Verfügung : Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen », *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 12, 1873, p. 3 (nous traduisons).

ou pandectologie<sup>67</sup>. À la veille du xx<sup>e</sup> siècle, le grand historien du droit anglais Frederik William Maitland en fait le constat dans l'introduction qu'il donne à sa traduction d'une section du maître ouvrage d'Otto von Gierke (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*). Résumant les traits principaux de la doctrine juridique de Savigny, Maitland relève que ce dernier parle des « sujets » comme des titulaires de droits. En note, il précise que cette tournure est proprement allemande (« *Germans distinguish between the Subject and the Object of a right* ») et invite le lecteur anglais à se souvenir de cet usage particulier<sup>68</sup>. Maitland concède n'avoir pu éviter de recourir au terme « *subject* » dans une définition étrangère à l'anglais pour signifier la façon particulière qu'ont les juristes et publicistes allemands d'utiliser « *Subjekt* »<sup>69</sup>. Le risque de confusion étant jugé suffisamment sérieux, Maitland use d'une convention typographique : alors que *subject* continue à désigner le sujet du droit (sujet en tant qu'objet du droit), « *subject* » désigne le nouveau sujet de droits<sup>70</sup>.

Dans une Allemagne où le droit romain continue à servir de droit commun jusqu'à l'entrée en vigueur en 1900 du code civil allemand, la doctrine juridique revêt une importance accrue. La dogmatique juridique entend formuler scientifiquement les concepts ayant vocation à stabiliser un droit épars et à fonder un système cohérent. Ce droit professoral ne se donne pas seulement pour tâche de présenter l'ordre juridique et d'en proposer l'amélioration<sup>71</sup>. Moins commentateur que *producteur* du droit<sup>72</sup>, il prétend le fonder. Cet intense travail théorique trouve un écho au-delà des frontières nationales<sup>73</sup>, faisant de la dogmatique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle l'une des sources dominantes de la pensée juridique européenne<sup>74</sup>. De fait, si l'idéal de la codification aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles est français et si l'archétype de la casuistique est anglais, celui de la science juridique est allemand<sup>75</sup>.

---

<sup>67</sup> N. LUHMANN, « Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft » [1993], in N. LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, II, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2016, p. 45.

<sup>68</sup> O. VON GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, trad. F. W. Maitland, Cambridge, Cambridge University Press, 1900, p. XX, note 1.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. XLIII.

<sup>70</sup> Voir par exemple *ibid.*, p. XLII, 13 et 67.

<sup>71</sup> A. AARNIO, « Dogmatique juridique », trad. N. Arnaud-Duc, in J.-A. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993 (2<sup>e</sup> éd.).

<sup>72</sup> O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918. Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2005, p. 103.

<sup>73</sup> Signe de cette attraction, rappelons par exemple que le jeune John Austin (1790-1859), disciple de Jeremy Bentham et futur professeur de *jurisprudence* (théorie du droit) à l'University College de Londres, a étudié à Bonn pour parfaire son analyse des concepts légaux aux contacts des pandectistes allemands (particulièrement A. F. J. Thibaut et F. C. von Savigny) (P. STEIN, *Roman Law in European History* [1996], Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 124). V. aussi F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967 (2<sup>e</sup> éd.), p. 443-444.

<sup>74</sup> P. STEIN, *Roman Law*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>75</sup> En ce sens, v. P. GROSSI, *L'Europe du droit* [2007], trad. S. Taussig, Paris, Seuil, 2011, p. 140-193. L'ouvrage fondateur du renouvellement de la doctrine privatiste en France après l'entrée en vigueur du Code Napoléon en 1804, soit le *Cours de droit civil français* de Charles Aubry (1803-1883) et Frédéric-Charles Rau (1803-1877), souvent considéré comme le « chef-d'œuvre de la science française » au XIX<sup>e</sup> siècle (J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2012, p. 57), est, au départ, une traduction de la quatrième édition du *Handbuch des französischen Civilrechts* de Karl Salomo Zachariä von Lingenthal. Inspirés par le raisonnement

La pandectologie, en tant qu'elle forme « l'apogée de la systématisation du droit romain<sup>76</sup> », parachève le lent travail d'adaptation, de rationalisation et de systématisation qui, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, accompagne la métamorphose subjective du *subiectum iuris*. Bien que l'histoire de la subjectivité juridique au XIX<sup>e</sup> siècle chez les pandectistes et en droit public soit complexe<sup>77</sup>, retenons ici le nom de Bernhard Windscheid, lequel explicite la différence entre exercer une aptitude concédée par l'ordre juridique et faire valoir une prétention sur la base de ses prérogatives juridiques. Tout comme Savigny et, avant lui, les humanistes juridiques<sup>78</sup>, le juriste prussien considère insatisfaisante la tripartition de Gaius *persona-res-actio*. En effet, l'*actio* ne correspond plus à ce qu'un juriste du XIX<sup>e</sup> siècle entend généralement par action (*Klage*) ou droit d'action (*Klagerecht*), soit « un moyen de défendre un droit subjectif violé<sup>79</sup> ». Windscheid remarque ainsi que le *Corpus iuris civilis* contient nombre d'*actiones* qui ne sont liées à la violation d'aucun droit<sup>80</sup>. À Rome, souligne-t-il, ce sont les actions accordées par le droit objectif qui donnent naissance à ce que, par réflexe, nous interprétons comme des droits<sup>81</sup>. La remarque est capitale et se trouve aujourd'hui confirmée<sup>82</sup> : les « droits » du sujet à Rome étaient inséparables de l'action judiciaire, laquelle ne pouvait être considérée comme l'accessoire procédural du droit « substantiel<sup>83</sup> » ou un moyen de rétablissement de la vérité factuelle<sup>84</sup>. Bien plus, l'*actio* – en tant que convention instituée

---

dogmatique allemand reconstruisant de façon raisonnée son objet, Aubry et Rau maintiennent le plan de l'ouvrage de Zachariä (qui ne respecte pas l'ordre du Code civil français) dans les éditions successives de leur *Cours* et accordent une place aux droits subjectifs (*ibid.*, p. 58-59). Les éditions subséquentes du cours d'Aubry et Rau gardent de surcroît le même sous-titre : « D'après la méthode de Zachariä ».

<sup>76</sup> J. GAUDEMET, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *APD*, 31, 1986, p. 335.

<sup>77</sup> Voir O. JOUANJAN *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 183-184.

<sup>78</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, II, I, § 59, Berlin, Veit, 1840, p. 404-405. Au XVI<sup>e</sup> siècle, François Connan puis surtout Hugues Doneau – en qui Savigny voit volontiers un précurseur (F. C. von SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, Giessen, 1803, p. XIX) – commencent à amoindrir la place dévolue à l'*actio*. V. notamment G. DEMELEMESTRE, « La systématisation du droit et la théorie du *ius gentium* comme droit du genre humain chez François Connan », *Revue historique de droit français et étranger*, 94/3, 2016, p. 419 ; J.-L. THIREAU, « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », *Droits*, 26, 1997, p. 87-89 ; P. STEIN, *Roman Law*, *op. cit.*, p. 80-81 ; P. STEIN, « Systematization », *art. cité.*, p. 122.

<sup>79</sup> B. WINDSCHEID, *Actio des römischen Civilrechts, vom Stadpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1856, p. III. V. aussi N. LUHMANN, « Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft », *art. cité.*, p. 65.

<sup>80</sup> B. WINDSCHEID, *Actio des römischen Civilrechts, vom Stadpunkte des heutigen Rechts*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> V. notamment P. STEIN, « The Development of the Institutional System », in P. STEIN et A. D. E. LEWIS (dir.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, Londres, Sweet & Maxwell, 1983, p. 158 ; R. ORESTANO, *Azione in generale (storia del problema)*, in F. CALASSO (dir.), *Enciclopedia del diritto*, IV, Milan, Giuffrè, 1959, p. 789-790 ; H. COING, « Zur Geschichte des Begriffs "Subjektives Recht" », *op. cit.*, p. 246-247.

<sup>83</sup> L'usage de l'opposition droit formel/droit substantiel est anachronique pour comprendre un droit « entièrement constitué d'*actiones* », v. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident* (2005), trad. J. Bouffartigue, Paris, Belin, 2008, p. 202.

<sup>84</sup> L. GERNET, « Le temps dans les formes archaïques du droit » [1956], in *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, Flammarion, 1982, p. 126-127.

par le droit – était proprement *constitutive* du droit matériel. À l'inverse de l'approche romaine, la « conscience juridique actuelle » (*das heutige Rechtsbewusstsein*) considère le droit subjectif comme l'élément premier et l'action comme découlant de celui-ci. Le droit objectif n'intervient plus comme attributeur d'actions, mais comme simple garant de l'effectivité de la volonté de chacun :

Le droit assigne à chaque individu le cercle de domination dans lequel sa volonté fait loi pour les autres individus ; si l'individu n'est pas reconnu dans ce cercle de domination, il peut s'en plaindre et recourir à l'État, gardien du droit, et l'État l'aide à obtenir le sien<sup>85</sup>.

Windscheid relève que le droit romain ne dit pas « dans cette relation, ta volonté fait loi pour les autres individus », mais : « dans cette relation, tu peux faire valoir ta volonté en justice contre les autres individus »<sup>86</sup>. Autrement dit, le droit romain « non pandectisé » a essentiellement pour fonction de définir quelles *actiones* sont ouvertes dans quelles situations. En revanche, une fois l'action « traduite dans la langue des droits<sup>87</sup> », le caractère matériel et objectif de l'*actio* s'efface. L'action n'est alors plus que le moyen d'obtenir une prétention (*Anspruch*), c'est-à-dire le contenu concret d'un droit subjectif possédé *a priori* et actualisé à l'occasion d'une situation juridique, laquelle se résume au faisceau de droits émanant des sujets parties à un rapport de droit<sup>88</sup>.

Élaguée de l'une de ses branches sous l'effet du subjectivisme, la tripartition romaine peut alors devenir la *summa divisio* moderne. La réorganisation dualiste de l'ontologie juridique entre les pôles axiologiques de la personne – pure expression de l'être –, opposée à la chose – pure expression de l'avoir –, se trouve ainsi exprimée avec concision à la même époque par l'ABGB autrichien à son § 285 : « Tout ce qui est distinct de la personne et qui sert à l'usage des hommes est appelé chose au sens juridique du terme<sup>89</sup> ». *Tertium non datur*.

---

<sup>85</sup> B. WINDSCHEID, *Actio des römischen Civilrechts, vom Stadpunkte des heutigen Rechts*, op. cit., p. 3 (nous traduisons).

<sup>86</sup> *Ibid.* (nous traduisons).

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 230 (nous traduisons).

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 4-5.

<sup>89</sup> V. également la définition classique que donne le doyen Gérard Cornu : « Les biens après les personnes (primauté oblige, C. civ., art. 16) : d'emblée distingués, des personnes, mais à elles aussitôt rattachés. Comme si personnes et biens constituaient les bases inséparables, les colonnes jumelles de l'ordre élémentaire qu'institue le droit civil : l'être et l'avoir » (G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, Paris, Montchrestien, 2007 (13<sup>e</sup> éd.), n<sup>o</sup> 1). Ou encore les remarques de J. Dabin : « [C]'est le destin des choses d'avoir une destination, qui est de servir l'humanité : bien qu'elles aient une individualité distincte, parfois même, pour les animaux, une certaine personnalité psychologique, elles relèvent du domaine et sont sous la domination de l'homme [...]. Loin d'être des sujets de droit s'imposant au respect des hommes, les choses sont donc des objets de droit [...], [elles] fournissent à l'homme la matière de ses droits subjectifs à l'encontre des autres hommes » (J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2007, p. 112).

### III. CONCLUSION : L'ACTUALITE DU SUJET DU DROIT

La subjectivité juridique s'est définitivement enracinée au cœur de la compréhension et de la présentation du droit dès le moment où la doctrine juridique a décidé d'en faire le dispositif central de sa production dogmatique. Le « subjectivisme juridique », en tant qu'il forme tacitement la « science normale » du droit depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, apparaît dès lors comme un paradigme<sup>90</sup>.

Ainsi, quand bien même l'alternative des personnes ou des choses représente aujourd'hui moins un présupposé qu'un problème<sup>91</sup>, même si sa binarité n'apparaît plus apte à saisir diverses entités (embryon, animal, certaines parties détachées du corps humains, etc.)<sup>92</sup>, il n'en demeure pas moins que le subjectivisme continue à fonctionner comme le présupposé tacite à l'aune duquel la dogmatique majoritaire et une partie de la théorie juridique admet ou refuse l'entrée aux nouveaux candidats à la subjectivisation. Les débats contemporains en droit animalier sont révélateurs à cet égard, le subjectivisme juridique y conduisant à considérer que la « déréification » des animaux en droit civil n'est qu'une étape transitoire vers la subjectivisation de ces derniers<sup>93</sup>.

Or, un tel « préjugé subjectiviste<sup>94</sup> » a pour effet d'assécher l'imaginaire juridique occidental au moment même où il s'agirait, plutôt que d'étendre une nouvelle fois le même remède en espérant qu'il produise d'autres effets, de réformer notre héritage conceptuel à partir des éléments occultés de sa généalogie. En effet, seule la logique subjective – en tant qu'elle oppose irrémédiablement le sujet considéré comme une personne à l'objet considéré comme une chose – rend inconcevable l'idée d'un objet du droit qui mérite de l'ordre juridique. En effet, l'animal, le fœtus ou le cadavre, sans être des personnes, méritent d'être traités dignement. À l'heure où se multiplient les appels pour dépasser la *summa divisio* des personnes et des choses, il pourrait être utile de ne pas chercher à systématiquement faire droit aux autres vivants en usant du miroir de la subjectivité, mais plutôt de recourir à cette fin à la catégorie tierce qu'est le sujet *du* droit. À l'horizon d'une société moins anthropocentrée, l'interrogation ne serait alors plus « sont-ils suffisamment

---

<sup>90</sup> G. SAMUEL, *Rethinking Historical Jurisprudence*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022, p. 11. « “[N]ormal science” means research firmly based upon one or more past scientific achievements, achievements that some particular scientific community acknowledges for a time as supplying the foundation for its further practice » (T. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions* [1962], Chicago/Londres, University of Chicago Press, 2012 (4<sup>e</sup> éd.), p. 10).

<sup>91</sup> A. POTTAGE, « The Fabrication of Persons and Things », in A. POTTAGE et M. MUNDY (dir.), *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social. Making Persons and Things*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 1.

<sup>92</sup> G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », art. cité., p. 222.

<sup>93</sup> V. notamment J.-P. MARGUENAUD, « L'entrée en vigueur de “l'amendement Glavany” : un grand pas de plus vers la personnalité juridique des animaux », *RSDA*, 2, 2014, p. 22 ; S. STUCKI, « Die “tierliche Person” als Tertium datur. Eine Extrapolation aus aktuellen tierschutzrechtlichen Subjektivierungsansätzen und kritische Reflexion aus feministischer Perspektive », in C. AMMANN et al. (dir.), *Würde der Kreatur ethische und rechtliche Beiträge zu einem umstrittenen Konzept*, Zurich, Schulthess, 2015, p. 307.

<sup>94</sup> A. PATURET, « Sujet, objet, *res* et nature : un aperçu historique de L'EVOLUTION du concept de chose de l'Antiquité au droit contemporain », *International Journal for the Semiotics of Law*, 2/32, 2018, p. 488.

comme nous, ont-ils les mêmes droits que nous ? », mais « quelles aptitudes adaptées à ces nouveaux venus voulons-nous prévoir dans l'ordre juridique de demain ? »

### **Brian Favre**

Docteur en philosophie et en droit, Brian Favre travaille comme avocat à Genève. Auteur d'une thèse intitulée *Généalogie du sujet de droit. Perspectives en droit animalier* (à paraître en 2026 chez Helbing Lichtenhahn), il poursuit des recherches en philosophie du droit animalier et environnemental. Il a notamment codirigé l'ouvrage *Désobéir pour la terre* (PUF, 2021).

Olivier Jouanjan

## Le sujet de l'école historique : Savigny, Puchta et le droit subjectif

L'HYPOTHESE qui gouverne les brèves remarques qui suivent pourrait permettre, à partir de Savigny et Puchta, de clarifier nombre d'incompréhensions qui alimentent, aujourd'hui encore, nos discours relatifs aux droits subjectifs, chez leurs thuriféraires comme leurs contempteurs. Ces incompréhensions, qu'elles soient favorables ou non aux droits subjectifs, procèdent, me semble-t-il, de l'idée que ces droits seraient ceux de ce que Marx appelle, dans *Sur la question juive*, la « monade isolée ». Le grand récit de Michel Villey, peu coupable d'affinités marxistes, est cependant construit sur la même représentation : le droit subjectif serait celui de l'individu *séparé*. Un tel subjectivisme juridique se serait infiltré dans la pensée du droit à cause de l'horrible Frère Guillaume d'Ockham, aurait prospéré dans l'école moderne du droit naturel, trouvé son apothéose métaphysique chez Kant, pour accéder à son apogée doctrinale dans l'école historique du droit. La *Doctrines du droit* serait la matrice de la pensée juridique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle, qui elle-même aurait corrompu le discours juridique des Modernes. Il convient de citer un peu longuement la préface que Villey donna à la traduction par Alexis Philonenko du texte kantien :

Kant voit seulement le droit du côté du sujet qui en bénéficie. Puisque ses préoccupations vont uniquement à la morale [...] le droit signifie à ses yeux une condition de la conduite morale du sujet, la garantie de sa liberté [...]. Kant n'aperçoit le droit qu'avec l'œil de l'individu, qui se sert du droit comme un tremplin pour l'épanouissement de son être ; il ne voit pas qu'il est d'abord, pour le juge qui le détermine, et tel que la science juridique a fonction de le considérer, répartition entre plusieurs au sein d'un ensemble. Aussi a-t-il défini le droit comme un pouvoir, une sphère de liberté du sujet ; ce que bientôt les pandectistes désigneront par droit subjectif. À notre avis, c'est là priver d'une de ses dimensions essentielles le concept du droit attribué au particulier ; le désintégrer, ne retenir qu'un des termes de cette relation<sup>1</sup>.

La compréhension de Kant par Villey est manifestement faible. Parce qu'il confond Kant et la tradition de l'école classique du droit naturel, de Grotius à Wolff, dans laquelle effectivement le droit – qu'on n'appelle pas encore « subjectif » – est dit une « faculté morale », Villey ne voit précisément pas que droit et morale sont dis-

---

<sup>1</sup> M. VILLEY, préface à E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, Première partie : *Doctrines du droit*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, 2<sup>de</sup> éd., 1979, p. 19-20. Préface reprise dans M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 152-153 pour la citation.

tingués dans la *Métaphysique des mœurs* et, de ce fait, séparés, à tout le moins relativement<sup>2</sup>. Cette distinction est aussi thématifiée par l'école historique : le droit n'est pas la « condition morale » de l'individu, mais une simple condition de possibilité de sa vie morale<sup>3</sup>.

Certes le droit subjectif sera défini comme un pouvoir, mais comme un pouvoir *juridique* ce qui signifie qu'il ne plane pas dans les airs : ce pouvoir n'est pas originaire, pas *causa sui*. Il est déterminé par des conditions de droit objectif qui en fixent les modes opératoires. Le droit objectif peut seul *modifier* une volonté *psychologique* en une volonté *juridique*. Par ailleurs, comme tout pouvoir, il est une forme de relation à autrui, mais une relation domestiquée par un réseau de normes. S'agissant de cette dernière considération, j'expliquerai comment et pourquoi, dans le « subjectivisme » allemand, et jusqu'à aujourd'hui, le *rapport de droit* est le cadre fondamental à partir duquel s'analyse le droit subjectif. L'effectuation d'un droit subjectif présuppose le mode de l'intersubjectivité.

Dernière remarque introductive : Kant fut-il l'inspirateur décisif de l'école historique du droit ?

Villey avait une connaissance fort médiocre de cette école et faisait, en conséquence, de Gustav Hugo son fondateur. Que Hugo ait été kantien est déjà problématique, qu'il fut le véritable fondateur de ce qu'on appelle « école historique du droit » est simplement faux. Celui-ci fut Friedrich Carl von Savigny, comme l'a montré Joachim Rückert<sup>4</sup>. Hugo n'a jamais compris ni adhéré à la conception savignicienne de l'histoire. Celle-ci était bien davantage tributaire d'un idéalisme post-kantien, notamment schellingien<sup>5</sup>, un « idéalisme objectif » dit Rückert<sup>6</sup>. J'ai essayé de montrer ailleurs que l'on retrouvait chez Savigny la figure schellingienne du « sujet-objet ». Je ne développe pas ici ce thème. Simplement, il convient de souligner que, dans le contexte de l'idéalisme allemand, il est impossible de séparer et opposer purement et simplement subjectif et objectif. Cette citation de Schelling en témoigne suffisamment :

Soit dit en passant, je crois que l'on devrait bien vite abandonner ces dénominations [criticisme et idéalisme d'un côté, dogmatisme et réalisme de l'autre] et en faire apparaître de plus précis. Pourquoi ne pourrions-nous pas caractériser dès maintenant ces deux systèmes par leurs noms – le dogmatisme comme système du réalisme objectif (ou de l'idéalisme subjectif) et le criticisme comme système

---

<sup>2</sup> Sur cette question, voir les explications lumineuses dans J.-F. KERVEGAN, *La raison des normes. Essai sur Kant*, Paris, Vrin, 2015, v. not. p. 93 sq.

<sup>3</sup> O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, Paris, PUF, 2005, p. 178 sq.

<sup>4</sup> J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, Greimer, 1984, v. not. p. 73 sq.

<sup>5</sup> Même si l'on peut dire que « Savigny n'était pas purement et simplement "schellingien" – qu'est-ce que cela signifierait donc ? Philosophiquement, bien trop, juridiquement trop peu » (J. RÜCKERT, « Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit » [1997], repris dans, du même, *Savigny-Studien*, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 2011, p. 323). Pour l'essentiel, la même chose vaut pour Puchta avec cette différence, toutefois, que celui-ci fut très jeune particulièrement proche de Schelling, dont jeune professeur sans chaire il suivit certains cours à Erlangen, qu'il retrouva peu après à l'université de Munich, puis à Berlin où il fut nommé pour succéder à Savigny en 1842, une année après l'arrivée de Schelling. Sur l'importance du tropisme philosophique de Puchta et de Schelling, v. particulièrement H.-P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"*, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 2004, v. not. p. 309 sq.

<sup>6</sup> J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, op. cit., p. 292 sq.

du réalisme subjectif (ou de l'idéalisme objectif). Manifestement, la *Critique de la raison pure* laisse coexister le réalisme objectif et subjectif dans la mesure où elle parle de phénomènes dont les choses en soi se tiennent au fondement<sup>7</sup>.

Hugo fut un considérable historien du droit romain. Savigny l'a encensé, sans jamais pouvoir l'enrôler au profit de sa propre conception de l'histoire, qu'on peut rétrospectivement qualifier d'historicisme, privilégiant une histoire « interne », celle qui sonde l'évolution d'une conscience populaire par interprétation et compréhension, par opposition à une histoire « externe », explicative par les causes des événements, qui était celle de l'école de Göttingen où enseignait Hugo<sup>8</sup>.

Lorsque Savigny, en 1814, pose en principe que « le siège véritable du droit réside dans la conscience populaire », il convient, dans le contexte philosophique de l'époque, de prendre ce mot de *conscience* au sérieux, car ce moment de la pensée allemande, celui de l'idéalisme est précisément celui de l'approfondissement de la question kantienne du *sujet*, à partir du thème de la conscience de soi, constitutive de la subjectivité. Conscient de soi, le sujet se pose à lui-même comme objet de soi. D'où, pour le dire trop rapidement et trop insuffisamment, ce *topos* schellingien du « sujet-objet ». Un sujet se pose à lui-même comme l'objet de sa propre histoire. Le vieux Schelling, faisant retour sur sa propre biographie philosophique, écrira : « Mes premiers pas en philosophie révélaient déjà une tendance à l'historicité – c'est du moins ce qu'indiquait ce moi conscient de soi, venu à soi<sup>9</sup> ». La philosophie même, dit-il encore, est « histoire de la conscience de soi<sup>10</sup> ». La conscience, se renversant sur elle-même en tant que conscience *de soi*, devenue le thème central de cet idéalisme, se saisit de sa propre histoire en tant que sa pérégrination biographique<sup>11</sup>. C'est son *activité* subjective. C'est un lieu commun de la pensée postkantienne : le sujet est activité (*Tätigkeit*), une activité qui ne peut s'accomplir que dans la confrontation avec le monde objectif.

Savigny le dit aussi. Et cela vaut spécialement du sujet populaire. Un peuple est une conscience active et une conscience juridique surplombante. Le sujet individuel ne prend donc sens, puisque le fondement du droit tient dans la conscience d'un peuple – on dirait aujourd'hui : une certaine *culture juridique* – que dans et par la contrainte que lui impose, précisément, sa qualité d'être le sujet de ce droit

---

<sup>7</sup> F. W. SCHELLING, *Philosophische Briefe über Dogmatismus und Kriticismus* (1795), *Sämtliche Werke*, I, 1, Stuttgart, Cotta, 1856, p. 302. Et plus bas, dans le texte, Schelling y insiste : « Le réalisme objectif est idéalisme subjectif et l'idéalisme objectif, réalisme subjectif » (*ibid.*, p. 330). Sur ces questions, v. O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 145 sq.

<sup>8</sup> Certes Hugo employait aussi cette distinction entre histoire externe et interne, mais en un tout autre sens : la première était l'histoire des sources du droit, la seconde celle des contenus de ces sources et de leur « destin ». V. G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, 4<sup>e</sup> éd., Berlin, August Mylius, 1810, p. 2-3. En français, du même, *Histoire du droit romain*, trad. D. Jourdan, Paris, Corby, 1822, p. II-III. Il me paraît que la manière historique de Hugo reste accrochée au modèle philologique de l'humanisme juridique du XVI<sup>e</sup> siècle, Cujas en France, Hermann Conring en Allemagne. Sur l'école de Göttingen, v. O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 48 sq.

<sup>9</sup> F. W. SCHELLING, *Contribution à l'histoire de la philosophie moderne*, Paris, PUF, 1983, p. 110 (*Sämtliche Werke*, *op. cit.*, I, 10, p. 94).

<sup>10</sup> F. W. SCHELLING, *System des transcendentalen Idealismus*, Vorrede, *Sämtliche Werke*, *op. cit.*, I, 3, p. 331.

<sup>11</sup> O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 122.

populaire objectif. Il ne saurait être l'individu d'une subjectivité juridique déchaînée ou désenchaînée. Il s'*active* au sein de l'organisme juridique d'un peuple.

Il ne s'agit pas de faire l'éloge de Savigny, moins encore d'adhérer à son idéologie politique et juridique. Les propos qui précèdent n'ont d'autre objet que d'expliquer pourquoi l'historien de la pensée juridique que fut Michel Villey et la vulgate qui le suit se fourvoient. Alors même que « sujet de droit » et « droit subjectif » en sont les personnages principaux, les anti-héros d'un grand roman historique, il a manqué à Villey de penser cela, ce que *sujet* veut dire, ne serait-ce qu'un peu. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, ce moment d'une grande rénovation de la pensée juridique en Allemagne, le sujet n'est plus un simple *substratum* en forme de « substance pensante », monade isolée, *fundamentum inconcussum*, mais un être-jeté, dans sa propre histoire comme dans celle qui le dépasse, activité indéfinie, mais finie. Aussi lointaine et périmée que soit cette idéologie savignicienne, elle a su poser les bases d'une construction juridique rationnelle du droit subjectif qui pourrait, et devrait, faire valoir encore ses vertus afin de domestiquer les idéologies actuelles qui s'emparent de ce concept, que ce soit par adoration ou par dénigrement. Aucun juriste, même « positiviste », n'a jamais pu penser sérieusement le droit subjectif comme déchaînement d'un pouvoir de la volonté du sujet isolé, enfermé dans ses certitudes individuelles. Le sens du droit est précisément d'objectiver, autant que faire se peut, le litige des prétentions individuelles, subjectives, à partir de revendications opposées, tranchées par un tiers dont l'office doit être, sans pouvoir l'être parfaitement, d'incarner l'objectivité du droit, de les ramener à la raison du droit. Il convient donc d'explorer aussi précisément que possible ces concepts de droit subjectif et de sujet de droit, de les sortir de cette gangue dans laquelle Villey les a enfermés, afin qu'ils ne deviennent les fantasmes ni des philosophes, ni des juristes, qu'on aime ou n'aime pas ces concepts. Tel est le sens de la présente contribution, à partir du discours de l'école historique, mais aussi un peu au-delà.

## I. LE DROIT SUBJECTIF COMME « POUVOIR DE LA VOLONTE »

Écoutons d'abord Savigny :

Si nous observons l'état du droit, tel qu'il nous entoure et nous pénètre de toutes parts dans la vie effective, alors nous y apparaît d'abord le pouvoir qui revient à chaque personne singulière : un domaine au sein duquel règne sa volonté, où elle règne avec notre accord. Ce pouvoir, nous l'appelons un droit de la personne, ce qui signifie la même chose qu'une prérogative (*Befugnis*) : certains appellent cela le droit au sens subjectif<sup>12</sup>.

À ma connaissance, Savigny n'utilise pas littéralement l'expression « pouvoir de la volonté ». Pourtant, le concept se trouve à l'évidence dans ce passage. En vérité, celui-ci n'est pas nouveau. On pourrait à tout le moins remonter jusqu'à Pufendorf.

Les rapports de droit sont toujours des relations de *pouvoir*. Si je fais ou donne quelque chose, c'est pour que tu fasses ou donnes quelque chose. Ma volonté exprimée à travers un faire ou un donner doit donc pouvoir conditionner ta volonté de faire ou de donner. Tu es lié ainsi par ma propre volonté. Il y a donc du pouvoir : mon acte conditionne le tien. Un droit (subjectif) fonde une *prérogative* à l'égard d'autrui.

---

<sup>12</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. 1, Berlin, Veit, 1840, p. 7.

Or, demande Pufendorf, qu'est-ce qui peut faire que mon acte puisse conditionner l'acte d'autrui ? Ce ne peut être mon acte comme tel, dans sa pure et simple réalité matérielle. Ce rapport de pouvoir ne saurait résulter d'une pure et simple relation naturelle, comme on le suppose lorsque l'on parle d'un « droit du plus fort », ou d'un « droit des meilleurs » :

Je ne saurais me persuader, que la seule excellence de nature suffise pour donner droit à un Être d'imposer quelque obligation à d'autres êtres, qui ont aussi bien que lui, un principe intérieur pour se gouverner eux-mêmes<sup>13</sup>.

Ce « principe intérieur pour se gouverner soi-même » est la volonté du sujet.

Le pouvoir est une relation *morale* qui n'a pas de réalité naturelle. Il faut donc que quelque chose *modifie* la relation naturelle pour transformer une relation de pur fait en une relation de droit, en un « rapport de droit » (*Rechtsverhältnis*).

*Pouvoir* signifie que celui qui s'y trouve soumis renonce à l'exercice de son « principe intérieur » et donc, dans le cadre d'une relation donnée, à sa *faculté de se gouverner soi-même*. Il devient l'*obligé* d'autrui. Or, si le principe intérieur de l'obligé doit ainsi être modifié, cela ne peut venir que du principe intérieur de l'obligé. Si, par principe intérieur on entend bien le vouloir, il faut que le vouloir de l'obligé puisse modifier le vouloir de l'obligé de telle sorte que l'obligé doive vouloir cela même que veut l'obligé. Il convient donc de comprendre comment la volonté de l'un peut affecter et déterminer la volonté de l'autre et obliger celle-ci à vouloir ce que veut le premier.

Il y a véritablement « pouvoir juridique » (et non pas pure domination de fait, coercition violente) lorsque, si l'un veut de l'autre un faire ou un don, l'autre *doit* vouloir accomplir l'action ou le don voulu par le premier.

C'est donc la volonté (chez l'un *et* chez l'autre) qui peut seule *modifier* la relation naturelle et lui attribuer le *mode*, la *modalité* du droit. Il faut entendre le verbe *modifier* en un sens très précis, comme un *changement de mode d'être*. Cette idée de modification, si puissante chez Pufendorf, montre que, contrairement à des visions par trop caricaturales de l'école du droit naturel, celle-ci ne conclut pas du *fait* (de nature) au droit (même dit « naturel »). Le droit siège dans l'ordre de la volonté et non pas du fait.

Pufendorf l'exprime clairement : si la relation juridique de pouvoir n'est pas une relation de fait, si elle n'est pas une relation « réelle », n'a pas d'existence dans le monde des réalités extérieures, alors il faut qualifier ces relations juridiques d'*entia moralia*, d'« êtres moraux » (traduction Barbeyrac), disons entités morales. Les « *entia moralia* » sont « certains modes que les êtres intelligents attachent aux choses naturelles ou aux mouvements physiques ». Les êtres moraux sont ainsi des « modes surajoutés aux choses et aux mouvements physiques par des êtres intelligents pour diriger au mieux et tempérer la liberté des actes volontaires de l'homme et pour apporter quelque ordre et quelque beauté à la vie humaine<sup>14</sup> ».

Bien sûr, en tant qu'historique, l'école savignicienne entend rompre avec le jus-naturalisme de ses prédécesseurs. Mais il n'est guère étonnant qu'un tel schème de pensée passe, *incognito*, de l'école du droit naturel moderne à l'école historique : il ne s'agit pas ici des sources de ce droit, mais simplement de sa modalité.

---

<sup>13</sup> S. PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens* (1672), Liv. I, chap. VI, § XI, trad. Barbeyrac, Bâle, 1732, p. 99.

<sup>14</sup> *Ibid.*, Liv. I, chap. I, § 3, p. 3.

C'est chez Georg Friedrich Puchta que l'on trouve un essai de déduction philosophique du droit subjectif et de sa définition comme « pouvoir de la volonté » (*Willensmacht*)<sup>15</sup>. Pourquoi l'homme est-il un être de droit ? En posant la liberté comme fondement anthropologique du droit, Puchta écarte expressément la raison comme principe, d'où partirait l'école du droit naturel moderne. Deux remarques me semblent nécessaires à ce propos.

D'une part, ce déplacement du fondement du droit, de la raison à la liberté, est tributaire de la révolution, trop peu soulignée, opérée par Rousseau dans le *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, philosophiquement accomplie par Kant. Cette rupture fut encore assumée par l'idéalisme post-kantien allemand, et notamment par Schelling et donc Puchta.

D'autre part, si la liberté est au fondement de la pensée du droit, elle est certainement universelle. Cependant, elle autorise la déconnexion avec un droit fondé sur la raison qui, elle, impliquerait l'idée d'un système universel du droit. Elle permet de penser une diversité des modes selon lesquels s'effectue cette liberté universelle, historiquement et culturellement. Cela explique, à mon sens, comment une école *historique*, faisant jouer une diversité de consciences populaire, pouvait admettre ce principe universel de liberté et, dans le même temps, penser des modes culturels distincts d'effectuation de la liberté, ce que le principe de raison n'aurait pas vraiment permis. Pour parler librement le langage de Spinoza : si la liberté est la substance de tout droit, chaque droit n'est qu'un *mode* de la substance.

Cependant, ce principe se complique. La liberté s'entend en deux sens, poursuit Puchta, probablement influencé par les *Recherches sur la liberté humaine* de Schelling de 1809<sup>16</sup>. Elle est d'abord, négativement, possibilité de choix, disons arbitre. Mais un arbitre n'est vraiment, positivement libre que s'il choisit le bien. D'où la distinction entre droit et morale. Si cette dernière suppose un savoir de ce qu'est le bien, le premier, purement formel, laisse la liberté-arbitre entre bien et mal<sup>17</sup>. La science du bien est affaire de la morale. La science de l'arbitre, avant la matière de son choix, est la science du droit. La qualité juridique de la volonté ne dépend donc pas de la « matière de l'arbitre », qu'elle soit pour le bien ou pour le mal.

La volonté que prend en compte la science du droit n'est donc pas liée au contenu de son choix. Elle vaut, juridiquement, indépendamment de cela qu'elle veut. Le droit la saisit donc en tant que possibilité, en tant que potentialité ou pur « pouvoir », sans que son objet en conditionne la validité. D'où la définition du droit subjectif comme « pouvoir de la volonté ».

---

<sup>15</sup> G. F. PUCHTA, *Encyclopädie, Cursus der Institutionen*, t. 1, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1845 (2<sup>e</sup> éd.), p. 3-108 (trad. partielle : *Encyclopédie*, in *L'esprit de l'École historique du droit, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 7, 2004, p. 35-76). Je n'évoquerai pas ici la critique qu'adressera Rudolf Jhering à ce qu'il appelle le « formalisme de la volonté », à ce principe de ce qu'on appellera bientôt « autonomie de la volonté », pour introduire, dans cette définition, la considération du but de la volonté, cette « matière de l'arbitre » que Kant avait banni de sa définition du droit et dont Puchta restait tributaire. Le droit subjectif est ainsi devenu « intérêt juridiquement protégé ». Je renvoie sur ce point à O. JOUANJAN, « Jhering ou l'amour du droit », préface à R. JHERING, *La lutte pour le droit*, trad. O. de Meulenaere, rééd., Paris, Dalloz, 2006, p. XV sq.

<sup>16</sup> Trad. française dans F. W. SCHELLING, *Œuvre métaphysiques*, Paris, Gallimard, 1980, p. 115 sq.

<sup>17</sup> Quelque chose, ici, prolonge toujours Kant.

Si l'on s'arrête là, Villey aurait raison, on aurait affaire à une volonté déchaînée. Toutefois, c'est confondre, comme on l'a dit, volonté psychologique et volonté juridique. Ce que je veux n'est pas ce que, juridiquement, je peux. Le pouvoir de ma volonté n'acquiert aucune force juridique par cela seul que je le veux. Le droit objectif est la matrice d'encodage d'une volonté psychologique qui la transforme, ou non, en une volonté juridiquement valide, c'est-à-dire en la capacité d'exiger cela que j'exige, cela qui *modifie* ma demande purement subjective en une prétention juridique, change son *mode d'être*. Le sujet n'est pas le fondement juridique de sa prétention, il n'en est que l'acteur, reconnu en tant que sujet par le droit, sur la scène de ce droit.

## II. LE RAPPORT DE DROIT, PRINCIPE PREMIER

Revenons à Savigny. Ce droit, que l'on appelle subjectif, n'est pas premier. Il ne peut se concevoir qu'à partir du *rapport de droit* :

Un tel droit [de la personne] prend de préférence une figure visible, lorsqu'il est mis en doute ou contesté et que, dès lors, son existence et son étendue sont constatées par un jugement judiciaire. Seulement, une observation plus précise nous convainc que cette forme logique d'un jugement n'est provoquée que par le besoin fortuit et qu'elle n'épuise nullement l'essence de l'affaire, mais a besoin elle-même d'un fondement plus profond. Ce dernier, nous le trouvons dans le rapport de droit, duquel chaque droit singulier ne représente qu'un aspect particulier, distingué par abstraction, de telle sorte que le jugement sur le droit singulier ne peut être lui-même vrai et convaincant que dans la mesure où il part de l'intuition d'ensemble (*Gesamtanschauung*) du rapport de droit. Mais le rapport de droit possède une nature organique, et celle-ci se révèle (*sich offenbart*) notamment dans la cohésion (*Zusammennhang*) de ses éléments constitutifs, des éléments qui se soutiennent et se conditionnent mutuellement, en partie dans l'évolution progressive que nous observons en lui, dans le mode de sa genèse et de sa disparition. Cette construction vivante du rapport de droit dans chaque cas d'espèce, tel est l'élément spirituel (*geistig*) de la pratique juridique, celui qui distingue sa noble vocation du simple mécanisme que tant de profanes y voient<sup>18</sup>.

On retrouve, dans cette citation, nombre des marqueurs lexicaux du discours savignien que la traduction si déficiente de Charles Guénoux invisibilise<sup>19</sup> : le rapport de droit est un *organisme* de caractère *spirituel* ; les droits subjectifs en sont les *éléments* qui ne peuvent être véritablement compris qu'à partir du tout *organique*<sup>20</sup> ; l'instrument qui permet la saisie de la cohésion d'un tout n'est pas la méthode classique résoluto-compositive, mais l'*intuition*, que Savigny qualifie régu-

<sup>18</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. 1, *op. cit.*, p. 7-8.

<sup>19</sup> La traduction seule du titre de l'ouvrage ici cité porte témoignage de l'incompréhension intellectuelle du traducteur puisque le titre français choisi, *Traité de droit romain*, est censé rendre compte de *System des heutigen römischen Rechts* soit, littéralement, *Système du droit romain actuel*.

<sup>20</sup> Le mot « élément » est lié à cette pensée *organique* que développe Savigny dans toute son œuvre. Ainsi, ce que nous appelons « méthodes d'interprétation » (grammaticale, logique, historique et systématique, selon Savigny) sont, chez lui, les *éléments* du tout de la compréhension qui a donc, elle aussi, un caractère organique : « Ce ne sont pas quatre genres de l'interprétation [...], mais ce sont différentes activités qui doivent opérer de manière unifiée, si l'interprétation entend réussir » (F. C. VON SAVIGNY, *System*, t. 1, *op. cit.*, p. 215).

lièrement de « vivante » (*lebendige Anschauung*) et qui, dès lors que les objets juridiques ne sont pas des données sensibles, ne peut être que l'intuition *intellectuelle*<sup>21</sup>, remise sur le marché des idées par l'idéalisme post-kantien, notamment par Schelling, bravant ainsi l'interdit du maître de Königsberg<sup>22</sup> ; enfin apparaît encore dans ce passage le lexique de la *révélation* (*Offenbarung*), *topos* spécifiquement savignicien, cette révélation ne pouvant advenir que par le travail de l'interprétation, la compréhension d'un tout ne se donnant pas immédiatement à partir de la totalité même.

Toujours est-il que, chez Savigny, et pour employer sa langue, le droit subjectif ne prend *vie* que par et dans le tout organique qu'est le rapport de droit. On n'en saisit la teneur véritable, *vivante* juridiquement, que grâce à la démarche herméneutique qui en permet la compréhension au sein de l'organisme qu'est le rapport de droit. Son sens n'est découvert, *révélé* qu'à travers son opérativité concrète dans une relation juridique plus ou moins complexe.

Pour cette raison, on est en droit de considérer que Michel Villey se fourvoie lorsqu'il impute aux pandectistes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle – et Savigny est le premier d'entre eux – d'avoir privé « d'une de ses dimensions essentielles le concept du droit attribué au particulier ; le désintégrer, ne retenir qu'un des termes de cette *relation* », à la fin du passage cité en introduction : ces pandectistes – et surtout pas Savigny – n'ont pas conçu le droit subjectif comme celui de la monade isolée.

Je ne peux ici apporter les preuves, si nombreuses, de cette dernière affirmation, s'agissant des juristes postérieurs. Elles sont évidentes dès qu'on lit un peu attentivement Savigny. Certes, comme on l'a vu précédemment, la réflexion de Puchta prend bien son point de départ dans une définition du droit subjectif, et non du rapport de droit. Il n'en demeure pas moins que chez lui aussi, une fois déterminé le concept de droit, l'office du juriste consiste bien à en interpréter le sens concret à l'aune du jeu qu'il joue dans la relation à autrui. Ces juristes savaient, aussi bien que Villey, que toute volonté juridique ne peut avoir de sens que par l'examen de ce que peut ce « pouvoir de la volonté » dans le rapport à autrui, à un autre « pouvoir de la volonté ».

Pour conclure ce propos, je me bornerai à prendre l'exemple d'un auteur aussi éloigné que possible de la philosophie, idéologie organiciste de Savigny, à savoir le juriste néo-kantien Georg Jellinek<sup>23</sup>.

On n'y retrouvera pas le lexique organiciste de Savigny. Pour cause, il est un libéral dont l'approche peut être dite, rétrospectivement, celle d'un individualisme méthodologique. Dans son grand livre, malheureusement non traduit en français, *System der subjectiven öffentlichen Rechte* (*Système des droits publics subjectifs*), il écrit de la personne juridique, autrement dit du sujet de droit :

---

<sup>21</sup> O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, op. cit., p. 155 sq.

<sup>22</sup> Sur cette affaire, centrale pour la philosophie de l'époque, v. X. TILLETTE, *L'intuition intellectuelle de Kant à Hegel*, Paris, Vrin, 1995.

<sup>23</sup> O. JOUANJAN, « Georg Jellinek, ou le juriste philosophe », préface à G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, trad. G. Fardis, Paris, rééd. Éditions Panthéon-Assas, 2005.

Elle n'appartient pas au monde des choses en soi, elle n'est d'aucune façon un être, mais la *relation* [je souligne] à un autre sujet, ainsi qu'à l'ordre juridique. Elle est toujours accordée par le droit, et non donnée par nature<sup>24</sup>.

La subjectivité juridique ne se conçoit donc pas dans la catégorie de la substance, mais bien dans celle de la *relation* comme mode d'être juridique du sujet de droit. Le sujet *de droit* n'est pas tel par la grâce de sa nature, mais seulement par celle du droit (objectif). Et, dans ce cadre juridique, il n'est pas une sorte de possibilité infinie de son soi, mais capacité, certes indéfinie de rapports à autrui, mais dans un ordre défini, celui du droit. Il n'est pas le fantasme villéyen d'un sujet divagant ou errant à la recherche de sa satisfaction individuelle<sup>25</sup>. Il est, au contraire, le sujet dont la relation à autrui est domestiquée, civilisée par le droit. À défaut de quoi, il ne serait pas un sujet *de droit*.

### III. L'INSTITUTION JURIDIQUE

Un droit subjectif doit donc être conçu certes comme un pouvoir sur autrui, cependant à partir de la relation que ce pouvoir établit, relation ordinairement réciproque – si mon droit t'oblige, le tien m'oblige en retour – mais dans les conditions qu'exige l'ordre juridique. Mon droit ne vaut que par l'obligation que ton droit m'impose. Mon droit est l'obligation de l'autre, et réciproquement. C'est un truisme qu'on enseigne habituellement dans le cours d'introduction générale au droit en première année de nos facultés. Mais revenons, une fois encore, à Savigny.

J'ai évoqué sa conception du rapport de droit. Il y consacre le § 4 du *Système du droit romain actuel*. Mais il met aussitôt, comme en miroir, son idée d'*institution juridique*, au § 5 :

Le jugement sur le droit individuel n'est possible que par le rapport des faits particuliers avec une règle générale par laquelle les droits individuels sont dominés (*beherrscht*). Ces règles, nous les nommons purement et simplement le droit, ou le droit général : certains les appellent le droit au sens objectif.

Mais, on le sait, le « jugement sur le droit individuel » n'acquiert sa vérité juridique que par « l'intuition du rapport de droit » :

Il en va de même avec la règle de droit. En effet la règle de droit, elle aussi, ainsi que sa mise en forme par la loi, trouve son fondement le plus profond dans l'intuition de l'institution juridique et sa nature organique se montre à la fois dans la cohésion vivante des éléments constitutifs, et dans son évolution progressive.

Il convient d'en déduire que :

Si donc nous ne nous arrêtons pas à la façon immédiate dont elle apparaît, mais si nous allons jusqu'à l'essence de la chose, alors nous reconnaissons que, de fait, tout rapport de droit se trouve sous la dépendance d'une institution juridique qui lui correspond en tant que son type, de même que le jugement juridique particu-

---

<sup>24</sup> G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1<sup>re</sup> éd. 1892 ; 2<sup>de</sup> éd., Tübingen, Mohr Siebeck, p. 28.

<sup>25</sup> Ce qui me semble être la vision de M. Villey dans *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983.

lier se trouve sous la dépendance de la règle de droit. Car cette dernière subsumption dépend de la première, à travers laquelle seulement elle peut acquérir elle-même vérité et vie<sup>26</sup>.

Il n'est pas besoin ici d'insister davantage sur le fait que l'on retrouve dans ce passage consacré à l'institution juridique le même lexique constitutif de la pensée savignicienne : organisme, intuition, éléments, vie, etc. Il faut toutefois s'arrêter sur l'introduction du mot « type ». On peut légitimement faire l'hypothèse que celui-ci, qui n'est pas alors d'usage ordinaire dans la littérature juridique, vient à Savigny à raison d'un contexte intellectuel déterminant. Deux pensées *morphologiques* majeures convoquent alors l'idée de type : la morphologie *naturelle* d'un Goethe qui s'intéresse à « tout ce qui a figure (*Gestalt*), l'anorganique, le végétatif, l'animal, l'humain<sup>27</sup> », mais aussi la morphologie *linguistique* de Wilhelm von Humboldt.

Je ne peux ici, car les sujets sont complexes et que la compétence me fait défaut, que proposer quelques trop rapides remarques. S'agissant de Goethe, dont Savigny était un amateur passionné, sa morphologie conjugait deux éléments liés entre eux, le *type*, comme figure (*Gestalt*) abstraite, et la *métamorphose* comme variation évolutive concrète du type<sup>28</sup>. Quant à Humboldt, je me bornerai à citer un passage dans lequel il explique la « croissance » (*Zuwachs*) des langues : « Sans l'unité de la forme, aucune langue ne serait pensable, et la manière dont parle les hommes les oblige à unifier leur parole dans une telle unité<sup>29</sup> ».

Remarquons que Savigny compare à plusieurs reprises le système du droit avec celui que forme une langue et que la question de la linguistique alors naissante lui permet de mettre en évidence cette affinité structurelle entre les deux systèmes : parler suppose d'encoder le discours dans la forme grammaticale de la langue parlée ; de même, agir juridiquement de façon pertinente suppose d'encoder ses prétentions dans la forme, qu'on pourrait dire d'ailleurs métaphoriquement « grammaticale », qu'impose le droit objectif. Si la grammaire contraint l'acte de parole, la relation n'est cependant pas purement et simplement unilatérale : la multitude des activités de parole exerce en retour des réaménagements progressifs de la langue. D'où l'importance qu'accorde cette science nouvelle du langage à l'évolution des langues, à leur *histoire*<sup>30</sup>. La *différence* entre langue et parole explique qu'un système langagier se *développe*. Le type varie dans sa manifestation.

L'analogie entre droit et langage, chez Savigny, s'explique alors : l'instance grammaticale qu'est une institution juridique conditionne certes le rapport de droit dont elle est le type, mais, à travers leurs masses, les rapports de droit peuvent faire bouger, sans à coup, « naturellement » – pour reprendre un mot si présent chez

---

<sup>26</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System*, t. 1, *op. cit.*, p. 9.

<sup>27</sup> J. W. VON GOETHE, « Zur Morphologie », *Schriften zur Naturwissenschaft*, éd. Michael Böhrer, Stuttgart, Reclam, 1977, p. 45.

<sup>28</sup> Voir S. SCHMITT, « Type et métamorphose dans la morphologie de Goethe, entre classicisme et romantisme », *Revue d'histoire des sciences*, 54/4, 2001, p. 495 *sq.*

<sup>29</sup> Cité par E. COSERIU, « Über die Sprachtypologie Wilhelm von Humboldts », in J. HÖSLE (dir.), *Beiträge zur vergleichenden Literaturgeschichte*, Tübingen, Max Niemeyer, 1972, p. 121.

<sup>30</sup> D'où l'intérêt philosophique de Humboldt, au-delà de la question des langues, qui l'amène à penser « La tâche de l'historien » (trad. fr. dans W. VON HUMBOLDT, *Introduction à l'œuvre sur le Kavi et autres essais*, Paris, Seuil, 1974, p. 39 *sq.*), où la saisie *extérieure* qui reproduit « immédiatement les contours et les traits extérieurs » doit être suppléée par une démarche qui part « de l'intérieur, en étudiant au préalable la manière dont les traits extérieurs émergent du concept et de la forme du tout » (p. 44).

Savigny –, l'institution. Sans cela, une *histoire* du droit resterait inconcevable, tout autant qu'une histoire des langues. Le côté subjectif du droit *diffère* du côté objectif, mais tous deux sont dans une relation réciproque de tension. Il me semble que cette conception fait fond sur la figure, évoquée plus haut, du *sujet-objet*.

On pourrait peut-être caractériser le penser savignicien, sans trop exagérer, comme un *hylémorphisme*, c'est-à-dire une pensée de la coalescence de la forme (*morphê*) et de la matière (*hylê*). Je convoquerai un tout petit peu de thomisme à cette fin :

Dans les substances concrètes qui sont objets d'expérience sensible, deux compositions métaphysiques s'étagent en profondeur : la première, celle de la matière et de la forme, constitue la substantialité même de la substance ; la deuxième, celle de la substance avec l'acte d'exister, constitue la substance comme un *ens*, un étant<sup>31</sup>.

Par métaphore, je dirais que la composition de la forme juridique, autrement dit l'institution, et sa matière, le rapport de droit, constitue la substantialité de la substance juridique qui devient un « étant » du droit avec l'actualisation de cette possibilité d'être. On pourra évidemment critiquer la légitimité philosophique d'un tel rapprochement, mais j'ai la faiblesse de croire que celui-ci dit assez précisément ce qu'il en est de la méthode savignicienne.

Quoi qu'il en soit, la pensée de Savigny s'inscrit dans la problématique fondamentale qui agite la pensée allemande du début du XIX<sup>e</sup> siècle, celle de l'idéalisme post-kantien et du premier romantisme : à quelle condition l'histoire peut-elle être l'objet d'une science ? Et cette question, si l'on entend la résoudre positivement, doit surmonter l'objection kantienne dans son *Architectonique de la raison pure*, selon laquelle, l'histoire n'étant qu'une succession d'événements, sa connaissance, en tant que *cognitio ex datis*, ne saurait être scientifique, « rationnelle », car la science ne saurait être que *cognitio ex principiis* et, ainsi, faire *système*<sup>32</sup>. Le *dictum* aristotélicien, selon lequel il n'est de science que du général, me semble rester à l'arrière-plan de la position kantienne.

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, l'institution d'une *science historique* devait reconnaître sa valeur à la généralité, autrement dit à la systématisme, sans évidemment balancer par-dessus bord la particularité des situations, c'est-à-dire, chez Savigny, du droit subjectif et du rapport de droit. L'organicisme alors prévalent offrait une solution : le particulier doit être inscrit dans la généralité d'un tout, sans toutefois s'y abolir. Dès ses premiers enseignements à Marbourg, Savigny déterminait sa science « véritablement historique » comme procédant d'une double méthode : « *historisch* », d'un côté, c'est-à-dire l'étude philologique (au sens classique) établissant la vérité

---

<sup>31</sup> É. GILSON, *Le thomisme. Introduction à la philosophie de Saint Thomas d'Aquin*, Paris, Vrin, 1979 (6<sup>e</sup> éd.), p. 174.

<sup>32</sup> E. KANT, *Critique de la raison pure*, trad. A. Renaut, Paris, Aubier, 1997, p. 676. J'ai montré ailleurs que Savigny, quel que soit son rapport à Kant, faisait face aux feux croisés de ceux qui déniaient toute scientificité possible à l'histoire, et notamment de la part de son adversaire dans la Querelle de la codification, Anton Friedrich Justus Thibaut : O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, op. cit., p. 114 sq.

des sources en tant que faits et, de l'autre, l'approche qu'il appelle « philosophique » ou « systématique<sup>33</sup> », introduisant ce que Rückert appelle un « dédoublement précaire du tout<sup>34</sup> », cette précarité-même expliquant l'historicité (véritable) du droit.

La condition, pour réaliser cet exploit, était précisément de penser une méthode qui autorise la réussite d'une telle entreprise : la science explicative, par les causes et les effets, ne pouvait précisément pas *expliquer* la relation entre un tout et la particularité, la totalité ne pouvant être dite, à proprement parler, la *cause* d'un acte ou d'un rapport de droit. Il faut saisir ensemble le général et le particulier, les *comprendre*, d'où le recours à l'intuition intellectuelle. Le renouvellement, alors contemporain, de la pensée herméneutique fut la condition de possibilité de ce mouvement, que ce soit chez Schleiermacher, chez Friedrich August Wolf, chez Humboldt et chez bien d'autres encore : c'est par interprétation que peut être pensé ce pont à double sens entre l'objectif et le subjectif.

\*  
\*\*

Je crois n'avoir pas besoin de m'appesantir sur ma conclusion. Le grand tort de Michel Villey fut d'être prisonnier, bien malgré lui, d'une vision « moderne » du sujet, à savoir sa disjonction absolue d'avec ses objets. « Moderne » en ce sens commun selon lequel la modernité serait fixée par les pensées classiques du XVII<sup>e</sup> siècle et des *Lumières*. Sans pouvoir y insister ici, la modernité me semble plus ample. Le début du XIX<sup>e</sup> siècle, en Allemagne du moins, devrait être davantage réfléchi en tant que moment moderne, et ne pas être rejeté dans le sac fourre-tout des « antimodernes ». J'espère pouvoir un jour, encore, développer ce propos.

Surtout, Villey a plaqué sa haine du subjectif, en tant que catégorie métaphysique, sur la pensée des juristes. D'une certaine ontologie métaphysique, il a conclu, sans autre forme de procès, à l'ontologie du droit, pour autant que cette dernière puisse exister. Or, les juristes, autant de philosophie qu'ils puissent avoir, ont d'autres chats à fouetter que de s'abandonner à la pure métaphysique. Ils s'efforcent de dire ce qu'il en est du *droit*. Cela leur interdit, sauf à être passablement délirants, de faire planer dans les airs leur « sujet *de droit* ». Ils ont – devraient avoir –, par profession, les pieds sur terre. Je n'ai pas pu le montrer ici, mais même l'école du droit naturel n'a jamais *pu* construire la figure d'un droit subjectif déconnecté des conditions objectives de son opération.

Sans doute Villey a-t-il des œillères (néo-thomistes). Or, celles-ci se referment devant ses yeux dès qu'il entend « droit subjectif » et « sujet de droit ». Aucun droit, aussi subjectif soit-il, ne peut se débarrasser des contraintes d'un système de règles objectives. Ou bien l'on parle de revendications politiques et l'on tombe dans une pure et simple *idéologie* des droits. Mais cela ne conditionne pas leur *validité*.

---

<sup>33</sup> Un exemple parmi d'autres : « 1) La science de la législation est une science historique ; 2) elle est aussi une science philosophique. Ces deux aspects doivent cependant être 3) unifiés de telle sorte que : elle doit être complètement historique et philosophique en même temps » (F. C. VON SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1804*, éd. A. Mazzacane, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 2004, p. 139).

<sup>34</sup> J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, op. cit., p. 338.

Ces revendications sont puissantes aujourd'hui. Il convient seulement de les convoquer à examiner les conditions de possibilité juridiques de leur transcription dans un ordre juridique, droits des animaux, des entités naturelles. Comme si leur protection passait nécessairement par le droit subjectif. Sans considérer que le droit offre d'autres mécanismes de protection. Peut-être faut-il rappeler que le droit pénal n'est pas un droit des droits subjectifs et qu'il me semble le meilleur moyen, que l'on peut renforcer, pour sanctionner toutes atteintes faites à la nature. Sinon, le risque est que le sujet de droit et le droit subjectif, qui sont, non pas des fantasmes, mais des concepts juridiques opératoires, se diluent dans le presque rien et le n'importe quoi.

Le problème que je vois dans tant de discours pour ou contre les droits subjectifs, leur extension en *terra* jusqu'ici *incognita* vient de ce que l'on pense le sujet de droit *substantiellement*. On fait trop souvent comme Villey : l'ontologie déciderait du droit. Et, ce faisant, on passe, sans précaution, d'une morale naturelle à un droit qui n'a rien de naturel. J'évoquerai, pour conclure, Georg Jellinek qui, évoquant le concept juridique de propriété – mais la remarque peut être généralisée à tout concept juridique – prévient contre cette confusion qui mène tout droit au paralogisme :

La tâche du juriste n'est pas d'établir, pour la totalité de la connaissance humaine, ce que furent les processus naturels ou psychologiques, chez les individus ou les masses, si importants soient-ils, qui ont conduit à l'institution juridique de la propriété. Il ne peut répondre qu'à cette question : comment doit être pensée la propriété afin de pouvoir comprendre toutes les normes qui s'y rapportent en une unité sans contradiction ? Donc qu'est-ce que la propriété n'est pas la manière dont doit être posée la question scientifique en droit, mais comment doit-elle être pensée<sup>35</sup> ?

Les concepts juridiques ne sont pas substantiels, mais *fonctionnels*. Cette désontologisation de la pensée juridique devrait s'imposer aussi pour réfléchir non pas ce que sont « sujet de droit » et « droit subjectif », mais à la façon de les construire afin d'assurer et assumer la cohérence d'un système juridique et de nos discours sur ce dernier. C'est compliqué. C'est nécessaire.

### Olivier Jouanjan

Professeur de droit public à l'université Panthéon-Assas, professeur honoraire à l'université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brigau, membre honoraire de l'Institut universitaire de France et Docteur *honoris causa* de la Faculté des sciences juridiques de l'université de Münster. Il a notamment publié sur le sujet : *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, (PUF, coll. Léviathan, 2005) ; « Les aventures du sujet dans la narration villeyenne de l'histoire de la pensée juridique », *Droit et société*, 71/2009, p. 27-45 ; « "Dans le dernier recoin de la maison" : Puchta, la philosophie, l'histoire et la science juridique », *Droit & Philosophie*, 14/2023, p. 145-167.

<sup>35</sup> G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, op. cit., p. 16-17.



Lorenzo Gianni

**Negri and the Concept of (Legal) Form:  
From Kant and Pašukanis  
to Processes of (De)subjectivation in Real Subsumption\***

**INTRODUCTION**

**T**HE STUDY OF THE CONCEPT OF FORM in Kant's theoretical framework opens up avenues for dialogue with the legal dimension of this notion. Antonio Negri argues—in *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*—that there exists a continuity—an isomorphic and iterative action—that reveals the reverberations of historical-political tendencies within the various interpretations of the concept of form in both *pure reason* and legal theory. This paper aims to demonstrate how, in Negri's research, the link between legal formalism and the abstract legal subject constitutes a necessary and inescapable logical and material relationship; in other words, how the process of de-subjectivation within the legal system takes shape as a power *dispositif*.

Supporting this thesis, extensive use will be made of the method of “determinate abstraction”—particularly through the lens of Pašukanis—especially in demonstrating that normativity in the mercantile-capitalist era is coextensive with the economic order to which the former belongs. The essay thus interrogates the social synthesis of abstraction processes underlying the thinkability of the abstract legal form and, as its corollary, of the abstract legal subject. Shifting the analysis to the dimension of real subsumption,<sup>1</sup> the study returns to the work of Antonio Negri, highlighting—once again in a coextensive manner—the crisis of ontology within the social order and postmodern legal systems. It will ultimately assess the appropriateness of the genealogical reconstruction found in *Alle origini del formalismo giuridico*, critically testing Negri's central thesis on form and the legal subject.

The resonance of this investigation with contemporary debates and proposals on the transformation of the legal subject lies in the necessity of its deconstruction at the very level of form and abstraction—as Pašukanis has notably argued. To take

---

\* This article is the result of reflections developed within the research project Re.Com.Te. (Responsibility, Complexity, Technologies), carried out as part of the 2024-2026 University Research Plan, known as PIACERI, of the University of Catania.

<sup>1</sup> In Marxist theory, the terminal phase of capitalist development is characterized by real subsumption, namely the comprehensive subordination of social relations, productive techniques, and their corresponding processes to capital, with the aim of maximizing profit.

a case in point, Yan Thomas<sup>2</sup> has clearly delineated the current tendency to conflate the juridical person with the desiring element of the empirical subject—thereby bringing into sharp focus the process by which juridical form becomes materialized, well beyond its supposedly formal and hypostatic character. This “air chamber” within legal form—always vulnerable to incursions from the historical-material domain in which it operates, along with the distinctive modality of the social relations of production that define it—is precisely the object of the present article. In this context, what is intended to be demonstrated, through a specific and segmented genealogical investigation of the relationship between legal formalism and capitalism, is the formal naturalization of mercantile principles within the legal form itself and within the figure of the legal subject to which relevant entitlements refer. So long as the form of the legal subject remains coextensive with the commodity form, it is here argued, it will endure as a “spectral objectivity”<sup>3</sup> of the exploitative process. The paper is structured as follows. The first section outlines Antonio Negri’s interpretation of the concept of form in Kant, highlighting the relationship between matter and abstraction at the epistemological and theoretical levels. The second section, drawing on Pašukanis’s theory and the method of determinate abstraction, offers a critical interpretation of the relationship between history and form through an analysis of the legal form and the legal subject. In conclusion, the paper returns to Negri’s work in order to further investigate the relationship between the formal abstractions of law—with particular attention to the subject—and real subsumption.

## I. THE PROBLEM OF FORM IN KANT: THE READING OF ANTONIO NEGRI

With the belief that the analysis shall be grounded in a historical framework that allows the critical precursors of contemporary formalism to come into view, it is worth pausing briefly on the challenges that XIX<sup>th</sup> century philosophy had to confront through its metaphysical constructions—antinomies of which Kant had already become acutely aware, and whose plausible resolutions, often mediated by the action of form, will be explored in this section. The crisis of XIX<sup>th</sup> century monism coincides with the acknowledged fragility of metaphysical mediation between opposing terms—above all, the attempt to sublimate the tension between reason and history into their substantial identity within the systemic aspiration of the absolute. The failure of this attempt—that is, the inability to contain the irruption of the irrational and of experience within speculative totalitarianism—is followed by formalism’s proposal of a philosophical approach grounded in the fabric of validity, that is, in the investigation of procedural and relational legitimacy as a non-ontological but logical foundation of both theoretical and practical reason.<sup>4</sup> Kant, Negri

---

<sup>2</sup> See Y. THOMAS, *The Subject of Right, the Person, Nature in Legal Artifices: Ten Essays on Roman Law in the Present Tense*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2022, pp. 107-143. Here, Thomas offers an interpretation of the legal subject in contemporary practices as a fiction that functions in service of various ideological configurations, including those grounded in exchange and the commodity form.

<sup>3</sup> On the concept of “spectral objectivity” applied to social relations and its homology with the commodity form, see G. LUKÁCS, *Storia e coscienza di classe*, Mondadori, Milan, 1973, pp. 107-108.

<sup>4</sup> On the knowledge of the world as a totality through the formal conditions of objectivity, see G. LUKÁCS, *Storia e coscienza di classe*, *op. cit.*

argues, appears to anticipate the need for new practices of transcendental mediation inspired by the aforementioned principles: the heterogenesis of the concept of form in his work is directed—though not without contradictions—toward the re-composition of the antinomy between reason and history, between the rational and the real.<sup>5</sup>

As is well known, one of the central concerns that most animated Kant's investigation is the critique of method. It is with the *Dissertatio* that the search for a response to the problems raised in this regard can be said to have begun: here, Kant clarifies—within the sphere of knowledge—the existence of a formal and intelligible domain that stands alongside the sensible and the material.<sup>6</sup> The concept of form, evidently related to time and space as ordering principles of sensible content, comes to be established as the receptive pole of sensible objectivity in a purely subjective manner: the principle of productive synthesis is not yet present. Form thus becomes the *locus* in which intelligible possibility is exercised, although it is deemed insufficient to exhaust “the thing in itself”: this, in turn, constitutes the insurmountable limit imposed upon reason and explains Kant's need to formulate a critique of rationalist-constructivist and metaphysical methods. In the *Dissertatio* phase, in short, form represents one of the two poles—namely, the receptive and non-spontaneous one—of cognitive activity. “In the *Dissertatio*, then, there begins to take shape—as a constant in Kantian thought—that epistemological dualism which functions, first and foremost, as a polemical reference to the metaphysical tradition”.<sup>7</sup>

The critical method reaches its highest expression in the *Critique of Pure Reason*. It is therefore worth examining the three stages of the transcendental—Aesthetic, Analytic, and Dialectic—in order to uncover the various functions attributed to form in Negri's reading. In the *Transcendental Aesthetic*, the interpretation remains very close to that offered in the *Dissertatio*; the duality of experience is preserved, as is the irreducible rift between the sensible and the intelligible. Yet for the first time, emphasis is placed on the idea of form as a *condition of objectivity*: that is, by admitting the existence of pure *a priori* intuitions even in the absence of an actual object of the senses, the epistemological symmetry that previously governed the relationship between matter and form in the *Dissertatio* becomes obscured, giving way to the decisive role of the latter. It is form, as pure intuition present *a priori* in the mind—and which, unlike the object it operates on, cannot have a sensible origin—that legitimates the phenomenal interpretation of the thing in itself, rendering intelligible its original multiplicity in the mode of schematized relations:

---

<sup>5</sup> A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Cedam, Padova, 1962, p. 4. On this point, see also A. NEGRI, *Fabbriche del soggetto. Archivio 1981-1986*, Ombre Corte, Verona, 2013, p. 49: “How can we pose—within the coordinates of this crisis—not outside of it, not beyond it, but, I repeat, within this crisis—the conditions for a reconquest of experience? There is no need to recall here how forcefully Kant was the first to raise this very problem in the course of the development of Western thought.” Here, Negri reflects on the relationship between reason and history in the age of real subsumption, expressing the need to situate this inquiry within the current historical-material conditions.

<sup>6</sup> The *Dissertatio* is commonly regarded as marking the initial moment of Kant's critical phase: it is in this period, in fact, that the distinction between analytic and synthetic judgments begins to emerge.

<sup>7</sup> A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, op. cit., p. 27.

If, on the one hand, transcendental aesthetics confronts thought with reality, on the other, it elaborates within the very concept of form the condition for overcoming dualism.<sup>8</sup>

In the transition from the *Aesthetic* to the *Transcendental Analytic*, Negri argues, this tendency reaches a critical threshold: form begins to appear as *constitutive* of knowledge. The forms addressed in the *Analytic*, unlike those in the *Aesthetic*, do not merely serve to isolate the formal intelligible from the sensible; rather, they are involved in the organic unity of the intellect—that is, in the construction of a reciprocal unifying relation oriented toward the systematic (indeed, totalizing) structuring of concepts. The forms of the *Analytic project themselves* onto matter, thereby marking the distinction between spontaneity (*Analytic*) and mere receptivity (*Aesthetic*). The heterogenesis of the concept of form—which, in the *Analytic*, becomes definitively *formative*—can be understood through the pressing need to invoke a systematic standpoint,<sup>9</sup> which is fundamental for Kant in order to distance himself from accusations of merely reviving a form of subjective idealism. In this regard, the operation of *transcendental schematism* is particularly illustrative: here, the dualism of intuition and concept is resolved under the aegis of the temporal form specific to the schema.<sup>10</sup>

If in the *Dissertatio* and in the *Transcendental Aesthetic* the notion of form as a pole of experience and as receptivity brought Kant's analysis closer to the perspectives of subjective idealism, in the *Analytic*—and particularly through the schematism—one can discern a movement toward objective idealism, and toward form as constitutive of objectivity. In the *Dialectic*, by contrast, there appears to be a renewed opening toward a subjectivist possibility.<sup>11</sup> In the deduction of ideas from pure reason, Kant excludes the possibility that the former might attain the objective form-giving power that belonged to schematism and, more generally, to pure concepts. Ideas, at most, retain a dimension of *as if*, of quasi-objectivity, exercising a regulative function as a boundary for the direction of reason. The transcendental ideal in the *Dialectic* coincides with a concept of the totality of the possible determinations of an object: this does not mean that the total idea exists *per se*, but rather that it is instrumental in enabling the derivation of the totality of the limited from the idea of the unconditioned totality. One may thus say that the transcendental ideal of totality exists within the organicity of logical function: in the *Dialectic*, the idea as form expresses the relation between *logical universality* and *empirical totality* as the driving force of reason. In Negri's reading, the original problem of the

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>9</sup> On the systematic standpoint in Kant, see E. CASSIRER, *Storia della filosofia moderna. Il problema della conoscenza nella filosofia e nella scienza da Bacone a Kant*, Milan, Pgreco, 2016.

<sup>10</sup> As A. Negri writes in *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, *op. cit.*, p. 33: “The doctrine of transcendental schematism, which aims to resolve at the intellectual level the dualism of form and matter, in fact sanctions the hegemony of form over the entire domain of knowledge. The schema ought to constitute merely the unifying link between concept and intuition; in reality, form prevails over matter, resulting in the definition of formal intuition—or better, the absorption of intuition into the formal horizon of intelligibility.”

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 37: “The subjective standpoint is thus restored: reason constitutes both a positive and a negative limit, in reference to the subjective possibilities of human knowledge. Here, the formal element of rational knowledge no longer corresponds to the conceptual, material element elaborated by the understanding, except insofar as it constitutes a merely regulative horizon.”

antinomies—reopened in the *Dialectic*—does not find a univocal resolution within the *Critique of Pure Reason*.<sup>12</sup>

In the *Critique of Practical Reason*, the autonomy of form triumphs definitively: at this stage, Kant holds that the rational being must develop maxims as universal practical laws by abstracting from—and indeed, actively determining—the material object of volition. Here, it is form that—just as in the *Analytic* of the *Critique of Pure Reason*—produces and constitutes the material outcome of willing.<sup>13</sup> If in *pure reason* objects elicit the action of the transcendental intellectual structure—will being subject to nature—in *practical reason* objects are the consequence of the will in its peculiar articulation as free volition. The same critical considerations by Negri apply here, regarding the oscillation between a reconfiguration of metaphysical constructivism—now modified by the substitution of transcendental schematism with the filter of *individual consciousness*—and the systematic standpoint. The difference is that, in *practical reason*, the magnitude of certain aporias resounds in an even more vivid and concrete manner: if matter is entirely subsumed within the demiurgic action of the formal horizon of the will—if, in other words, the moral law is by definition irreducible to content and is pure form—how is value to be determined? For Negri, the absence of determination renders this question even more pressing when the analysis turns to the theory of law.<sup>14</sup>

To introduce the question of form within juridical reason, it is worth pausing on the ambiguity that characterizes the concept of freedom between practical reason and the theory of law. In the former, freedom is understood in a Rousseauian sense as autonomy and, secondly, as form-giving—that is, as the capacity to construct, in and of itself, the formal horizon and the noumenal order. At times, however, in the analysis of juridical reason, one encounters a Montesquieuian conception more closely aligned with the idea of independence.<sup>15</sup> In this case, freedom designates the inviolable sphere to which each individual is entitled in relation to the collective; a notion quite distinct, therefore, from freedom as autonomy and as obligation toward society.<sup>16</sup> Applying the conception of freedom as *independence* to the system of practical reason, Negri maintains, nullifies the formative and constructivist potential that shines through in the analysis of praxis; *form* becomes mere exposition because it is a mere material limit, lacking the creative potential inherent in the idea of *autonomy*. In the *Metaphysics of Morals*, Kant often alter-

---

<sup>12</sup> G. Lukács also arrives at the same conclusion in *Storia e coscienza di classe*, *op. cit.*, pp. 147-154.

<sup>13</sup> A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, *op. cit.*, p. 49: “Form-giving power dissolves ethical matter by creating it. It is not the case, in fact, that the moral law, by being formal, excludes all motivation: it excludes only the motivation deriving from empirical, phenomenal elements. The motive that formally determines the law is, rather, freedom”.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 51: “It is indeed freedom that motivates action, that gives content to the law; but it is not good logic to determine the indeterminate with the indeterminate, to fill the abstract with the abstract: what is lacking is precisely determination”.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 69: “The objective idealism of the *Critique of Practical Reason* was grounded in a precise conception of freedom: freedom as autonomy. This conception, rooted in the democratic tradition and fully theorized by Rousseau, stands in opposition to the conception of freedom as independence, characteristic of the liberal tradition”.

<sup>16</sup> On this point see N. BOBBIO, “La conception de la liberté politique et juridique chez Kant”, *APD*, 4, 1959, p. 217.

nates between the concept of freedom as *autonomy* and that of freedom as *independence*, frequently favouring the latter: he strongly emphasizes the pure conditions of volition detached from heteronomous constraints.

Negri links this conclusion to the historical element: the revolutionary ferment that animates the minds of jurists at the end of the XVIII<sup>th</sup> century is set against the backdrop of the nascent bourgeois order, which requires a legal system capable of protecting the citizen's economic independence as entrepreneur. It is precisely this motivational lever, Negri contends, that inspires Kant's need to distinguish between *internal legislation*—guided by freedom as *autonomy*, which takes shape in morality—and *external legislation*—structured upon freedom as *independence*, which is realized in positive law.

Another concept useful to the analysis is that of *possession*, which, in Kant, becomes a subjective condition for the possibility of use in general: the goal should have been the theorization of a *noumenal* or *theoretical* possession, pure and rationally grounded, posited as the condition for *phenomenal* possession, proper to positive law. In reality, Negri maintains, Kant proceeds through abstractions derived from the positive legal order, justifying it tautologically. Noumenal possession ought to be an *a priori* practical principle, which differs from the *a priori* theoretical principle in virtue of its validity beyond application to any empirical residue or concept. The forced nature of this transition becomes apparent when Kant proceeds to analyse the concept of *legal obligation*: this depends, in fact, on a general rule of external legal relation; *reciprocity in obligation* is not grounded in individual will, but in the *general will* expressed by the *civil state*. There is, in Negri's reading, no possible conception of noumenal possession abstracted from the coercive authority of the state: only the hypostatization of the general will, derived from the positive legal order, allows possession to become thinkable. The problem of the justification of power is thus deferred to a higher level.

We are thus confronted with the distinctly apologetic meaning of grounding the legal order on *possession*: it is a matter of inventing, for the sake of systematic coherence, the *a priori* legitimacy of elements that are surreptitiously economic in nature within law. Hence emerges the problem of *Kantian conformism*: on the one hand, *historico-political*, that is, as reception of the contradictions intrinsic to the historical moment—shaken by revolutionary fervour and nascent bourgeois ideologies; on the other hand, *immediately theoretical*, as adaptation of form to the sensible and concrete content of matter, that is, as hypostatization, in formal guise, of contingent and worldly premises—often economic, patrimonial, or proprietary in nature—of positive law. The trajectory of the critical period that has been briefly reconstructed, in which Kant sought to assign to *form* a role capable of resolving metaphysical antinomies, is thus suspended in practical reason and in the theory of law: in these domains, the demand for *determination* is decisive and compels Kant to shape *form* according to *matter*. This interpretation by Negri appears to suggest that the *abstraction* of form thus presupposes a *determinate* foundation.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> On the relationship between Kant and the method of determined abstraction, see A. SOHN-RETHEL, *Lavoro intellettuale e lavoro manuale. Per la teoria della sintesi sociale*, Milan, Feltrinelli, 1977, p. 28.

## II. FROM THE CRITIQUE OF LEGAL FORM TO THE LEGAL SUBJECT: DETERMINATE ABSTRACTION IN PAŠUKANIS

There are two suggestions in Negri's analysis presented thus far that may inspire a continuation of the inquiry into form along the lines of critical legal theory: on the one hand, the hypothesis that the latter expresses the economic relations that structurally regulate society; on the other, the recognition—common, in his view, to legal formalism in general—of a tendency to hypostatize the specific contents of positive law. These two intuitions can be synthesized in the epistemological attitude of Marxian derivation known as the method of *determined abstraction*. Introduced in the *Grundrisse*, this analytical tool allows the juxtaposition of the pure, *a priori* element of the “I think”—the domain of the logical-analytical aspect of knowledge—with that which is historically (and therefore materially) determined: the tensional spirit animating the phrase *determined abstraction* thus makes it possible to unearth the regimes of reciprocal influence that are woven between form and determination, revealing the material characteristics embedded in the processes of hypostatization.<sup>18</sup> On closer inspection, Negri's conclusion regarding the role of form in Kant's theory of law resonates with a similar methodological disposition:

Form traces and records matter, suppressing all its formative capacity in the mere reproduction—at a presumed higher level—of concrete contents; it is stripped of any character of substantive intelligibility in order to perform an ordering function in the sense of the expository coherence of concrete historical connections.<sup>19</sup>

Pašukanis devoted much of his research to interpreting the legal form in mercantile-capitalist societies through the lens of *determinate abstraction*: a brief analysis of his epistemological framework allows for the insertion of (the invention of) the legal subject within this analytical context.

It is necessary to examine the dialogue between Marx's *Foundations of the Critique of Political Economy*<sup>20</sup> and Pašukanis' critique of the legal form in order to grasp the key features of the so-called *commodity form theory of law*. Marx's thesis is as follows: the process of abstraction—the role of form in cognitive dynamics—is of undeniable importance; it is only through such a process that a transcendental comprehension of reality becomes possible. However, abstractions are never the result of a purely *a priori*, mechanical function of the “I think”: there exist certain material conditions that operate at an even more fundamental gnoseological level and authorize a specific type of generalization, a mode of cognitive organization of the real into categories that transcend the particular toward the universal.

In this regard, the concept of *abstract labour*—central to the critique of political economy—is paradigmatic: this concept does not exist in and of itself, nor does it constitute any kind of empirically observable material evidence. In order for such a concept to be articulated, it is necessary to abstract from the specific features of individual production processes—qualitative differences that are irreducible on the

---

<sup>18</sup> For further insight into the epistemological perspectives in Marx, see A. SCHMIDT, *Il concetto di natura in Marx*, Milan, Edizioni Punto Rosso, 2020.

<sup>19</sup> A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, op. cit., p. 90.

<sup>20</sup> K. MARX, *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, Vol. I, Firenze, La Nuova Italia, 1968, pp. 26-37.

level of use-value—so that a measure may emerge (be invented) capable of expressing a principle of commensurability. The abstraction of labour in general, in other words, is made possible—even in its formal and hypostatized guise—by the conditions of capitalist-industrial production: only the demands arising with the advent of the market elicit an abstracting process with the outcome just described.

It is from this context that the exchange value embedded in the *commodity form* arises: for Pašukanis, there exists a relationship between this and the legal form that goes beyond mere analogy or simple isomorphism; it is a matter of *homology*. Just as the commodity form—constantly traversed by exchange value—invents a form of commensurability that materializes in the very possibility of the market, so too the legal form constitutes a principle of equivalence in the relationship between subjects as bearers of rights. Not unlike the exchangeability of commodities, legal claims may interact through a *synallagmatic* criterion identifiable in the form of the norm.

In this regard:

The first [the capitalist-mercantile society] is the circulation of commodities, and the commodity is the form of exchange value, an abstraction with respect to the particularity of use value. The second, the legal form, is the constitution of the abstract legal subject and of the (formal and abstract) equality between these subjects.<sup>21</sup>

The homology between the commodity form and the legal form leads *in medias res* to an interpretation of law as a system of materially determined relations; the latter are instantiated by legal subjects who—by fulfilling the formal circuit in which they are embedded—are *abstract subjects*. If the terrain mediating legal claims is indeed homologous to the market—which, through the theory of value, constructs functions of commensurability that are abstract yet always determined by the *social synthesis* of a historically specific mode of production—then the former too will be characteristic of the mercantile-capitalist system: after all, the *legal subject* is, first and foremost, a rights-holder. In fact, in order to functionally comply with the procedures of law, such a subject cannot be considered in light of the irreducible peculiarities that materially define them: instead, they must be *formalized* and thus *abstracted*. Similarly, the relations they weave with their counterparts will be mediated by one or more norms capable of ensuring the formal equivalence of such relations by means of *abstraction*. Within this framework, the (*legal*) *form* does not perform a *formative* or *constitutive* function: on the contrary, it produces a *legal subject* who is *de-subjectivized*.

The principle of the legal subject (by this we mean the formal principles of equality and liberty, the principle of personal autonomy, etc.) is not merely a tool of deception and a product of bourgeois hypocrisy, insofar as it stands in opposition to the proletariat's struggles for the elimination of class, but is simultaneously a real and active principle, the embodiment of bourgeois society when it emerges from the feudal-patriarchal order and destroys it.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> G. AMENDOLA, "Preface" to E.B. PASUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Milan, Pgreco, 2022, p. XI.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 54.

The fact that the legal subject is abstract and de-subjectivized does not mean, for Pašukanis, that its place within legal mediation—just like that mediation itself—exists in a merely derivative and superstructural guise. Law, with its forms and abstractions, *effectively* regulates reality to the point of replacing it with social relations that exist only insofar as they are *legally determined*:

But just as the fetishism of the commodity is not a distortion, a falsehood, or an ideological corruption, but rather reflects the specific commodity-form that characterizes capitalist society, so too the legal form is the specific form of social regulation within this determinate mode of production.<sup>23</sup>

The homology continues: just as the commodity-form—permeated by exchange value—already incorporates the premises of surplus value appropriation not materially but formally, likewise exploitation—once labour-power is commodified—is implicit in the equivalent form that governs the relationship between legal subjects.<sup>24</sup>

When Pašukanis deepens the discussion on the legal subject, he makes a brief reference to Fichte and to the theorists of natural law as they attempt to conceptualize the individual as an isolated and independent monad. This “joint existence of many free beings in which all must be free and the freedom of one must not obstruct the freedom of another<sup>25</sup>” resonates strikingly with Negri’s analysis regarding Kant’s ambiguity on the concept of freedom: we are faced with an interpretation of the latter as *independence*, which posits nothing creatively nor in terms of content, but is instead embodied in a concept of *form* as a (pure) expository limit. Within this seemingly in-determinate dimension, Pašukanis discerns the intrusion of a historical-material necessity, which he identifies as:

the market into which independent producers converge, idealized and transposed into the otherworld of philosophical abstraction, freed from crude empiricism[.]<sup>26</sup>

Here, then, the red thread that connects Antonio Negri’s critique of the juridical form in Kant with Pašukanis’ theory of law begins to emerge: in both cases, the emphasis on formalism as a transcendental guarantee is seen as concealing a heuristic flaw, within which historical-material determination operates, regulating and orienting the process of abstraction. The idea of the legal subject as an abstract, independent, and isolated monad is likewise deemed necessary so that the mediation of claims can be interpreted within a market of rights, in which the private owner functions merely as their representative. The logically interdependent link between de-subjectivized legal subjects and the juridical form as the *synallagmatic* guarantee of the relationship between them is thus articulated.

---

<sup>23</sup> *Ibid.* p. XI.

<sup>24</sup> On the relationship between the history of the legal subject and Pašukanis, see M. SPANÒ, “Soggetto di diritto e scambio. Uno schema”, *Storia, Metodo, Cultura nella scienza giuridica*, 3, 2024.

<sup>25</sup> J.G. FICHTE, *Rechtstehre*, Leipzig, Meiner, 1812, p. 10.

<sup>26</sup> E.B. PASUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, *op. cit.*, p. 129.

It becomes evident that legal formalism always requires, in order for its transcendental framework to assume a character of universal validity, a legal subject that appears “as a mathematical point, a center to which a certain number of rights are referred”.<sup>27</sup> However, the point of derivability—of the very thinkability—of the abstract legal subject is identifiable only because it is situated within a historical-material function that necessitates its emergence. It is solely from the need to regulate acts of exchange—once these no longer resolve themselves in the direct relationship between executor and contractor, but are instead subsumed under the capitalist form—that the urgency arises to imagine a private proprietor capable of exchanging rights, among which is included their own labour power. In other words, the need to reify the social relation arises alongside the abstraction of exchange value, which renders products exchangeable beyond their use value. Alongside the commodity fetishism, then, stands the juridical fetishism.

At this point, Pašukanis opens the way to a post-structuralist suggestion. If the mystique of value as a universal category—as a principle of social synthesis capable of organizing the entire *bios* of society—comes into being through the systematic repetition of acts of exchange finally stripped of contingency and arbitrariness, likewise the custom expressed in the regular repetition of relations between private proprietors socializes and renders paradigmatic the will as a legally tradable act. The irreducible differences that distinguish human beings—both in their subjective depths and in their material roles within productive processes—are sacrificed in view of de-subjectivation that enables the circulation of commodities. To engage with the problem of legal form in the era of real subsumption, when power is compelled to invent production in an intensive sense by capitalizing the entire vital fabric of the social, means to explore the microphysical space in which custom acts as an autonomous outpost of command. Thus, there is a renewed need to contextualize Antonio Negri’s insight into the blockage of Kant’s critical project concerning the creative capacity of form, emphasizing its material and instrumental nature.<sup>28</sup>

### III. THE LEGAL SUBJECT IN REAL SUBSUMPTION AND ITS “FACTORIES”

To structure a critical analysis of the legal form within the framework of real subsumption, it may be helpful to provoke reflection with the words of Natalino Irti:

The meaning of law shatters and disperses into the meanings of unexpected, unpredictable, and indefinite norms. Its most proper and stable meaning lies in the functionality of procedures: not in what is produced, but in how it is produced. The language of law is now the language of the economy: technique, production, procedure, functionality. The jurist perceives that individual norms are and could just as well not be; that, having emerged from nothing, they may return to nothing. There is no fixed and eternal meaning, nor a becoming inscribed in unity, but an absolute contingency of the will.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> On the relationship between Kant, Hegel and Pašukanis, see C. DI MASCIO, “Hegel con Pašukanis. Una lettura marxista-leninista”, *Sinistrainrete* [[sinistrainrete.info/marxismo/29313-carlo-di-mascio-hegel-con-pashukanis-una-lettura-marxista-leninista.html](http://sinistrainrete.info/marxismo/29313-carlo-di-mascio-hegel-con-pashukanis-una-lettura-marxista-leninista.html)].

<sup>29</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Bari, 2004, p. vi.

This observation opens the door to an awareness of the transience not only of the material content of contemporary normative regimes, but also of their procedural and formal dimensions. The radical contingency that characterizes legal systems is coextensive with the contingency that, more generally, defines the horizon of meaning within real subsumption; the pure technique of law inherits the legacy of transcendental truth-claims and structures mechanisms of identity between truth and validity in terms of functions and procedures. In other words: the external control that once conferred credibility upon normativity abandons hypostasis and folds back into the transcendental, seeking logical-mechanical criteria capable of immunizing the system against the unpredictability of materiality. And yet, as previously noted, these efforts at abstraction inevitably unfold from a historicized substrate. In the context of real subsumption, this social *a priori* is capital.

Again, on the plane of homology, it has been noted that the repetition of acts of exchange is both preparatory to—and then runs parallel with—the systematic reiteration of acts of will in legal form, mediated by juridical instruments: both, in order to acquire transcendental value, require stabilization within a theory of value that structures a principle of equivalence within the relation. This repetition necessarily triggers a reflection on language and communication, which Antonio Negri explores in *Fabbriche del soggetto*:

his linguistic, logical universe, which does not possess truth but only movement, is also a productive universe. It includes, at the very moment it establishes relations of communication, social parameters, structures, and figures that are socially effective in rendering language valid.<sup>30</sup>

The analysis here focuses on the metaphysical horizon of real subsumption, in which the functioning of language games, according to Negri's reading, is governed by the organization and preservation of social relations of production: language thus structures a second reality, which becomes the only thinkable one precisely through the mechanism of repetition and custom inherent in a specific mode of production. Again:

The linguistic sphere conceals the totality of the production process—or rather, it absorbs it in order to annihilate its antagonistic features. It is a fact that when everything is productive, no absolute criterion of measure can exist.<sup>31</sup>

If this is the condition of subjectivities in the era of real subsumption—that is, life at the outer edge of the contradictions of mature capitalism—and if the domain of the juridical, as Negri argues, is coextensive with this condition, then the closure of the horizon of meaning within the circulation and production of commodities becomes the critical foundation for interpreting the legal subject in contemporary times. It is precisely through language, after all, that the processes of abstraction are carried out—processes that capital cannot forgo in its work of organization and command.

Continuing along this line of Antonio Negri's analysis allows for the recomposition of several insights presented thus far—chief among them, the problem of abstraction and the Kantian categories. In Negri's interpretation, the transcendental platform upon which the process of universalizing the contingent is consummated—namely, the site where a specific mode of production, that of capitalism, stabilizes itself and elevates into an *a priori* logical-formative grid—is the *Analytic*.

---

<sup>30</sup> A. NEGRI, *Fabbriche del soggetto*. *Archivio 1981-1986*, op. cit., p. 48.

<sup>31</sup> *Ibid.*

This is resemanticized by Negri as the “capitalist capacity for command through the instruments of the new dominion and of the very production of subjectivity”<sup>32</sup> In his analysis, it would be Kant’s privileged dimension for offering a transcendental interpretation of experience. From the inquiry previously conducted—concerning the critique of the concept of form—it is possible to recall the formative and creative notion of form within the *Analytic*; indeed, it is precisely within this dimension of power that subjectivities are produced under real subsumption. Here, the operation of *determinate abstraction* can be isolated, insofar as form produces a reality originally specific to the capitalist mode and then absolutizes it through categories and generalizations: the ideal instrument of the *Transcendental Analytic* as the techno-logical outpost of power is the law.

## CONCLUSIONS

The analysis conducted so far—especially where it has engaged with Pašukanis’ theory—does not suggest the subordination of law to political economy in the classical structure-superstructure model. On the contrary, the Soviet jurist’s insight lies precisely in having anticipated the overcoming of this continuum, which was later definitively dismantled by both post-Marxist and post-structuralist critique. Homology, rather than implying derivation, is realized in the productive effectuality of both capitalist economy and law: just as the theory of value arises from a strategic necessity and remains pure abstraction—while nonetheless governing the concrete material lives of the subjectivities implicated in the system—so too does the invention of legal relations and legal subjects produce a world that, under real subsumption, becomes the only conceivable one. Consequently, the subjectivity integrated into the productive order is true only insofar as it is that of the legal subject, such that normativity is coextensive with both the circulation of commodities and production.

Law follows the evolution of the social relations of production. It is their form. But, as social development progresses and projects itself toward that particular order proper to real subsumption, law is no longer merely the form of society—more precisely, of social order—but structurally intervenes as a general function of legitimation in social reproduction.<sup>33</sup>

Form, procedure, and the rationale of equivalence—structuring the technical dimension of law—are, in the era of real subsumption, the outposts of its legitimation: the foundation of the system is produced from within. In this context, the legal subject takes the shape of a desubjectivized monad, embedded in a self-referential and autopoietic system. In this regard, Negri devotes considerable attention to Luhmann’s model of the social system: subjectivity, in the German sociologist’s analysis, is reduced to an element whose existential or material determination is irrelevant to the system’s logical-transcendental mechanism.<sup>34</sup> The rationale behind the enduring urgency for complexity reductions functions as a selective criterion

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>34</sup> For another post-structuralist reading of Luhmann’s theory of social systems, see D. DONNA, *Dispersione, ordine, distanza. L’illuminismo di Foucault, Luhmann, Blumberg*, Macerata, Quodlibet, 2020.

aimed at sustaining the machinic vitalism of the system—and within this framework, ontology is expelled.<sup>35</sup> Any interpretation of subjectivity that escapes its juridical categorization, its institutionalized mask, constitutes a foreign body that the social system is unable to process in order to generate outcomes consistent with its autopoietic and functional imperative. The abstraction of the legal subject, therefore, is not an unproductive *fictio*, but functionally integrates the systemic fabric of social systems, structured by the selective criterion of technique and by the validity generated through procedure.<sup>36</sup> The study on systemism allows Negri to discuss the connection between subsumption, subject, and self-referentiality. The latter is

in some ways always hypostatic. It is, on the other hand, contradictory to the ontological status of the elements that constitute its final configuration, because these contingent elements involve, in their dynamism, radical alternatives—which, however, are blocked and fixed in the conclusion of the process.<sup>37</sup>

From Kant, through Pašukanis, and back to Kant: Negri applies the methodological intention of determinate abstraction to systemism in order to reveal the intrusion of matter—and of the historical-material necessities it dictates—into the form of legal procedure and technique. The contingency of the mode of production under real subsumption is *arrested and fixed*, and law, being coextensive with it, absorbs its implications; to recall once again the words of Irty, it is an *absolute contingency of the will* which, however, in its self-referential circuit, takes on a hypostatic form. Consequently, the current proposals on the transformation of the legal subject within the bounds of alternative legal imagination are coextensive with the critique of its reification within the commodity form<sup>38</sup>. What has been expressed thus far testifies to the inherent vulnerability into the fictional, abstract, and formal construction of the category of the legal subject. This fragility is, of course, further exposed when faced with the proliferation of contemporary processes of subjectivation and the symmetric subjectivities' quest for representation in the domain of subjective rights<sup>39</sup>. This biopolitical level of analysis implies its biopower counterpart: the multiplication of arenas in which value extraction from subjectivities

---

<sup>35</sup> On the crisis of ontology, particularly in relation to Neo-Kantianism, see G. LUKÁCS, *Ontologia dell'essere sociale*, Milan, Pgreco, 2012, vol. II, p. 277: "After 1848, after the collapse of Hegelian philosophy and especially since the triumphant march of Neo-Kantianism and positivism began, ontological problems were no longer understood".

<sup>36</sup> On the link between systemism and functionalism, and therefore between Luhmann and Kelsen, C. DI MASCIO expresses himself as follows in *Hegel con Pašukanis. Una lettura marxista-leninista*, *op. cit.*, p. 17: "Kelsen, by removing the figures of subjective right and the legal subject, effectively reduces the entire juridical experience to the question of the normative order, in which the center of the system is not the subject, but the norm, continuously revised and corrected by the impositions of the transiently dominant economic and political forces".

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>38</sup> As an example, for a rethinking of the legal subject in the direction of diffuse and interspecies responsibility, see X. CHIARAMONTE, "Uccidere la casa? Sulle problematiche implicazioni dell'ecicidio", *Jura Gentium*, XX/1, 2023, pp. 173-197; B. LATOUR, *Politiques de la nature*, Paris, La Découverte, 1999. These proposals for an alternative conception of law presuppose a radical critique of the very form of the legal subject; in particular, they advocate the need for a collective and interspecies legal imagination which is formally incompatible with the reification of social relations.

<sup>39</sup> On the misleading overlap between subjective rights and legitimate subjective claims of the desiring individual, see Y. THOMAS, *The Subject of Right, the Person, Nature*, *op. cit.*

takes place—characteristic of real subsumption—exacerbates the problem of the incursion of material power into the form of the juridical person, which, precisely in light of its “naturalness” and hypostatic character, becomes an ideal and malleable *locus* for the sedimentation of particular and dynamic interests.

**Lorenzo Gianni**

PhD student at the University of Catania, Department of Political Science. He focuses on penal abolitionism in the work of E.B. Pašukanis, examining the points of dialogue between his thought and the theoretical cores of post-Marxism and post-structuralism. He is also interested in the critique of form and determinate abstraction as devices of normative power; among these, he pays particular attention to the form of time as an epistemological criterion of punishment, assessing its crisis within the real subsumption of society under capital.

Géraldine Aidan

## Quelques éléments d'une théorie normativiste du sujet de droit

### Contribution au débat sur la personnification juridique d'entités non humaines

**L**E MOUVEMENT juridique contemporain de personnification d'animaux, rivières, montagnes, forêts, écosystèmes, contribue-t-il à désanthropocentrer le droit ?

Face à cette question, le présent article vise à présenter certains éléments d'une théorie normativiste du sujet de droit. Une telle théorie offre un autre éclairage au débat doctrinal sur le prétendu « bouleversement anthropologique <sup>1</sup> » qu'entraîneraient ces personnifications.

Dès 1911, Hans Kelsen construit un ensemble de critiques très incisives à l'égard des théories traditionnelles de la personne juridique centrées sur le sujet de droit et la volonté. Ces concepts importés du droit romain, d'abord en droit privé par Friedrich Carl von Savigny et les pandectistes allemands au XIX<sup>e</sup> siècle, furent ensuite transposés en droit public par Carl Friedrich von Gerber et au XX<sup>e</sup> siècle par Georges Jellinek autour de la problématique de l'État comme personne juridique<sup>2</sup>.

Kelsen défend le dépassement nécessaire d'une définition du sujet de droit comme entité individuelle ou collective qui préexisterait à l'ordre juridique<sup>3</sup> et qu'il reviendrait au droit de simplement reconnaître. C'est essentiellement contre le droit naturel, la volonté psychologique et l'idéologie du droit de propriété qui dominaient la pensée civiliste de l'époque que Kelsen livre ses critiques. Les théories traditionnelles du sujet de droit incarnent alors le lieu du jusnaturalisme et de cet « amalgame » où se mêlent « science du droit d'une part [et] psychologie, éthique et théorie politique d'autre part<sup>4</sup> ».

---

<sup>1</sup> Ce discours se rencontre chez les juristes (v. par ex. M. CHAPOUTON, N. FOULQUIER, F. ROLIN, « La personnalité juridique de la Seine » [[www.gridauh.fr/sites/default/files/u473/La%20personnalit%C3%A9%20juridique%20de%20la%20Seine%20-%2021%20juin%202023.pdf](http://www.gridauh.fr/sites/default/files/u473/La%20personnalit%C3%A9%20juridique%20de%20la%20Seine%20-%2021%20juin%202023.pdf)]) comme chez les non-juristes, en anthropologie notamment : Ph. DESCOLA, « Il faut repenser les rapports entre humains et non humains », *Le journal du CNRS*, 2020, « Anthropologie de la nature » [[www.college-de-france.fr/media/philippe-descola/UPL35675\\_descola\\_cours0304.pdf](http://www.college-de-france.fr/media/philippe-descola/UPL35675_descola_cours0304.pdf)].

<sup>2</sup> V. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2<sup>e</sup> éd., 1923 [1911]. V. O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2005.

<sup>3</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, LGDJ, 1999, p 171.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 9.

On le sait, la théorie du droit construite par Hans Kelsen a justement pour ambition de « purifier » la science du droit de ces différentes approches, notamment celle du jusnaturalisme, en distinguant le droit de la morale d'une part, et des sciences de la nature guidées par le principe de causalité d'autre part, en distinguant l'être du devoir-être. La *Théorie pure du droit* s'oppose en cela à toute description idéologique du droit<sup>5</sup> et constitue un positivisme spécifique. Elle a pour unique objet de décrire les normes juridiques, définies comme la signification d'énoncés déontiquement modalisés<sup>6</sup> qui interdisent, autorisent<sup>7</sup> ou rendent obligatoire une certaine conduite à certaines conditions<sup>8</sup>.

Ainsi, pour Kelsen, « le droit crée des obligations et des droits qui ont pour contenu la conduite humaine ; il ne crée pas des personnes<sup>9</sup> » qui sont, tout comme les sujets de droit<sup>10</sup>, de simples « constructions de la science du droit », des « concept auxiliaires [...] dont il n'est pas nécessaire de se servir<sup>11</sup> ». C'est pourquoi, « lorsque l'on dit que l'ordre juridique confère à un individu la personnalité juridique, cela signifie simplement que la conduite de cet individu y apparaît comme contenu d'obligation et de droit<sup>12</sup> ». Il en va de même du concept de « sujet de droit » qui renvoie nécessairement à l'action d'un individu – c'est-à-dire d'un être réel – prescrite par une norme juridique<sup>13</sup>. Mettant en lumière le caractère fallacieux de la distinction traditionnellement admise entre personne physique et personne morale, et les nuances à opérer au sein du concept traditionnel de sujet de droit – sujet d'un pouvoir juridique ou sujet d'une obligation juridique<sup>14</sup> –, Kelsen ne cesse de montrer le caractère non opératoire de ces concepts jumeaux.

Dans un article publié en 1919<sup>15</sup>, Kelsen pointe les conséquences néfastes engendrées par l'usage du concept fictif de personne produit par les doctrines traditionnelles, fictif dans le sens où ce concept théorique ne permet pas de décrire la réalité juridique. Cette fiction donne une représentation faussée du droit en créant un double métaphysique à l'ordre juridique qui existerait en dehors de celui-

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>6</sup> « Déontiquement modalisé » nous semble préférable à l'expression kelsénienne « acte de volonté » (O. PFERSMANN, « Volonté », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1529).

<sup>7</sup> Entendu au sens large, comprenant les habilitations.

<sup>8</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 79.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 190. Et même si ce concept d'origine doctrinale se retrouve dans le droit positif (*ibid.*, p. 187).

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 17. Kelsen montre que « la doctrine traditionnelle identifie la notion de sujet de droit avec celle de personne ».

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>14</sup> Kelsen propose de réserver l'expression « sujet de droit » pour ce second concept (v. *ibid.*).

<sup>15</sup> H. KELSEN, « Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob », *Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik*, t. I, 1919, p. 630-658 (traduction française : « Contribution à une théorie des fictions juridiques, centrée sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger », in C. BOURIAU (dir.), *Les fictions du droit*, Lyon, ENS Éditions, 2013).

ci. Une perspective normativiste vise alors à sortir de cette démarche idéologique<sup>16</sup> et à la « dissolution du concept de personne<sup>17</sup> ».

Pourtant, il est possible de reconstituer dans la théorie kelsénienne les prémices d'une théorie de la personne juridique, laquelle s'inscrit dans les controverses doctrinales de son temps et s'intègre plus largement à l'architecture conceptuelle de la *Théorie pure du droit*. Kelsen introduit une rupture décisive en substituant à la méthode causale classique une démarche strictement juridico-normative du sujet de droit pour maintenir la distinction entre être et devoir-être. De même, pour sortir de l'approche jusnaturaliste, son ambition est de donner au sujet de droit une consistance juridique et de le vider de son sens moral traditionnel, comme il le fait aussi avec les concepts périphériques tels que celui de « droit subjectif », qui ne peut se réduire à un intérêt juridiquement protégé<sup>18</sup>.

À cette fin, Kelsen semble revisiter ces concepts à partir de sa conception du droit et de la science du droit, en les centrant sur l'action juridiquement prescrite. Plus encore, c'est contre cette perspective fictive de la personne dans la doctrine traditionnelle, qui charrie des présupposés métaphysiques, que Kelsen propose en 1919 une sorte de programme de recherche relatif au concept de personne ramené à « ses frontières naturelles<sup>19</sup> ».

Il paraît alors possible d'identifier en creux et de réunir dans l'œuvre kelsénienne certains éléments permettant de composer les jalons d'une théorie normativiste du sujet de droit.

Pour autant, certaines ambiguïtés demeurent, notamment sur la manière dont Kelsen distingue en définitive le sujet de droit de la personne juridique<sup>20</sup> et Kelsen semble conserver tout en les critiquant le socle conceptuel des doctrines traditionnelles<sup>21</sup>. Il opère un certain nombre d'objections, mais sans proposer en tant que tel de concept de personne permettant un retour à « ses frontières naturelles ».

Ce sont ces premiers éléments qu'il nous semble nécessaire de développer ou d'infléchir pour élaborer une théorie contemporaine normativiste du sujet de droit.

---

<sup>16</sup> « Ce n'est pas du rôle de la science du droit de légitimer le droit, il ne lui appartient absolument pas de justifier l'ordre normatif, que ce soit par une morale absolue ou par une morale subjective ; il lui appartient uniquement de le connaître et de le décrire » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 76).

<sup>17</sup> H. KELSEN, « Lettre à Renato Treves », 3 août 1933, reproduite in *Droit et société*, 7/1987, p. 335.

<sup>18</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 163.

<sup>19</sup> H. KELSEN, « Contribution à une théorie des fictions juridiques, centrée sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger », art. cité, p. 66.

<sup>20</sup> Kelsen distingue le concept de « sujet de droit » de celui de « personne », mais les traite de manière similaire. Les deux concepts sont une construction de la science du droit, une façon de présenter un même phénomène : le fait que certaines conduites humaines sont juridiquement prescrites. Le premier semble orienté sur le destinataire des normes juridiques encadrant les conduites humaines, le second sur les normes juridiques encadrant ces conduites. Ils renvoient à une autre expression doctrinale : « disposer de la personnalité juridique » (v. *ibid.*, p. 170 sq.). Dimitrios Tsarapatsanis montre autrement l'ambivalence du concept de personne dans l'œuvre de Kelsen (v. D. TSARAPATSANIS, « Le sujet de droit dans la théorie pure du droit : éclaircissements conceptuels », 2010, non publié, consulté le 5 déc. 2025 sur Academia.edu [www.academia.edu/2190790/Le\_sujet\_de\_droit\_dans\_la\_th%C3%A9orie\_pure\_du\_droit\_de\_Hans\_Kelsen]).

<sup>21</sup> V. en sens S. PAULSON, « Hans Kelsen et les fictions juridiques », *Droits*, 21, 1995, p. 65-81.

Il s'agit de proposer un concept de personne centré non pas seulement sur l'action mais aussi sur le destinataire de la norme juridique, afin de sortir d'une approche fictive. Le destinataire renvoie à l'être réel, la personne « naturelle » à qui s'adresse la norme juridique. Si Kelsen ne cesse d'affirmer que « les obligations et les droits ne peuvent être attribués qu'aux seuls êtres humains<sup>22</sup> », le concept de destinataire occupe néanmoins une place secondaire dans la théorie pure du droit<sup>23</sup>.

Une perspective normativiste du sujet de droit apparaît pertinente pour identifier la dimension idéologique de certaines doctrines et théories du droit contemporaines dans leur analyse du concept de personne dans le droit positif. Cette analyse peut consister à proposer une représentation fictive du droit positif ou à se positionner sur le bien-fondé moral et politique de la reconnaissance d'entités animales et naturelles comme sujets de droit. L'approche normativiste permet aussi de décrypter et de décrire précisément les nouvelles personnifications juridiques. L'attribution de la personnalité juridique à des entités animales et naturelles n'implique pas nécessairement leur reconnaissance comme sujets de droit. La perspective normativiste adoptée montre ainsi que ces personnifications ne contribuent pas, sur ce point, à désanthropocentrer le droit ; elle révèle, en revanche, la possibilité d'une autre révolution anthropologique.

Il s'agira tout d'abord de réunir certains éléments de ce qui semble apparaître comme constituant les pistes d'une « théorie du sujet de droit » dans l'œuvre de Kelsen (I). Il s'agira ensuite de déployer quelques prolongements et inflexions contemporains possibles, en particulier dans ce contexte de personnifications juridiques d'entités animales et naturelles (II).

## I. KELSEN ET LA PERSONNE : PREMICES D'UNE THEORIE NORMATIVISTE DU SUJET DE DROIT, CENTREE SUR L'ACTION JURIDIQUE

La démarche normativiste distingue trois niveaux de discours. Celui du droit positif, le niveau doctrinal visant à analyser et structurer le droit positif et, enfin, le niveau théorique permettant de décrire les autres théories du droit et le droit en général<sup>24</sup>. En l'espèce, il est possible de repérer des analyses kelséniennes « théoriques » visant à identifier l'idéologie de la doctrine traditionnelle du sujet de droit (A) et d'autres portant sur les significations que les concepts de personne et de sujet de droit revêtent en réalité dans le droit positif. Il en ressort, en creux, les prémices d'une théorie normativiste de la personne centrée sur l'action juridiquement prescrite (B).

### A. Un outil d'identification des idéologies doctrinales traditionnelles

Kelsen montre que la doctrine classique recourt à un **concept de personne** qui est en réalité idéologique. Il s'agit d'une simple métaphore (2) qui est hypostasiée par la doctrine (3) et qui vise un sujet moral sur le plan théorique (1). L'ensemble donne une représentation erronée du droit.

---

<sup>22</sup> V. par ex. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 148.

<sup>23</sup> Voir aussi en ce sens D. TSARAPATSANIS, « Le sujet de droit dans la théorie pure du droit : éclaircissements conceptuels », art. cité.

<sup>24</sup> O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in L. FAVOREU *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2002 (2<sup>e</sup> éd.), p. 73.

## 1 Le sujet de droit, un sujet moral

Dans un même chapitre de la *Théorie pure du droit* consacré au sujet de droit et à la personne, Kelsen explique que « la doctrine traditionnelle identifie la notion de sujet de droit avec celle de personne<sup>25</sup> ». Il expose l'idée que le concept de personne renvoie en réalité à une entité qui préexisterait à l'ordre juridique. Les théories du droit traditionnelles ne décrivent pas ce que vise le concept de personne dans le droit positif, mais elles reconstruisent celui-ci à partir de critères moraux ou politiques. L'ambition est de « défigurer » la réalité juridique dans l'intention « d'en substituer une autre<sup>26</sup> ». La personne ainsi conçue par la théorie traditionnelle se présente comme un sujet moral, porteur de qualités métaphysiques. Parmi celles-ci figurent la volonté et la liberté comme étant des éléments naturellement déterminants du sujet de droit. C'est parce que l'humain en serait pourvu qu'il serait sujet de droit. Telles sont les thèses avancées par Friedrich Carl von Savigny puis par les pandectistes allemands : « l'homme est sujet de droit parce qu'il possède cette possibilité de se déterminer lui-même, parce qu'il a une volonté<sup>27</sup> ». Ce sujet moral relève ainsi d'une approche métaphysique du droit, nourrie par toute une tradition philosophique. La personne peut en effet être appréhendée comme un être se soumettant à sa propre volonté et se constituant librement lui-même, capable de vouloir au sens d'agir selon la représentation des lois (Kant) ou encore comme un sujet doté d'une conscience de soi et d'une identité personnelle (Locke).

Ces qualités métaphysiques seraient dès lors préexistantes au droit positif : elles constitueraient les conditions moralement nécessaires à toute personnalité juridique. La question à laquelle ces théories prétendent répondre n'est donc pas de déterminer qui est ou peut être juridiquement le destinataire des normes juridiques, mais quel est le fondement moral de la personnalité juridique. René Demogue s'est opposé à ce courant volontariste, en invoquant à son tour dans un premier temps d'autres arguments moraux pour justifier l'attribution de la personnalité juridique de tout être vivant : la capacité à souffrir, la sensibilité, c'est-à-dire « les facultés émotionnelles<sup>28</sup> ».

Les critiques de Kelsen s'adressent aux théoriciens de la volonté en tant qu'ils naturalisent le sujet de droit. Il cherche, au contraire, à conférer une consistance proprement juridique à ces concepts de sujet de droit et de volonté. Kelsen montre alors que les critères invoqués par cette tradition ne correspondent nullement à ceux du droit positif, c'est-à-dire aux critères d'imputation juridique. La doctrine, en prétendant décrire le droit positif, introduit en réalité dans son discours des éléments étrangers au droit lui-même. Le sujet de droit est associé à un sujet moral et devient idéologique. Un tel usage ne décrit pas la réalité du droit positif, mais exprime une réalité axiologique, celle des préférences morales et politiques de celui qui y recourt.

---

<sup>25</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, chap. 33 : « Le sujet de droit. La personne », *op. cit.*, p. 173.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 116 (« l'idéologie [...] dissimule la réalité, soit en la transfigurant, dans l'intention de la conserver, de la défendre, soit en la défigurant, dans l'intention de l'attaquer, de la détruire et d'en substituer une autre »).

<sup>27</sup> G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1850, t I, p. 4-6 (cité dans « Sujet de droit », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 1455).

<sup>28</sup> V. R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit caractère et conséquences », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 620.

Kelsen explique précisément que ce n'est pas la volonté qui détermine l'imputation juridique. La volonté n'est prise en considération par le droit que dans la mesure où une norme le prévoit expressément : « le valide implique le voulu<sup>29</sup> » et non l'inverse.

De même, il n'est nul besoin d'invoquer un principe métaphysique de liberté : un individu n'est pas destinataire d'une norme juridique parce qu'il est libre, mais il est libre juridiquement parce que le droit régule ses comportements et prévoit une sanction. Sur le plan « ontologique », la liberté doit aussi être entendue en un sens non métaphysique comme la capacité de l'individu à faire du droit la cause de son action<sup>30</sup>.

Kelsen met en évidence que de telles conceptions reposent sur des fictions éthiques, et non sur des fictions utiles à la théorie du droit<sup>31</sup>. Ainsi, la fiction éthique du sujet moral participe d'une idéologie doctrinale dont il convient de se détacher dans une vision normativiste affranchie de toute prétention métaphysique.

## 2. Le concept de personne comme « simple mirage<sup>32</sup> »

L'idéologie des doctrines traditionnelles se manifeste aussi par l'idée d'un sujet de droit appréhendé, d'une part, comme étant détaché fictivement des normes juridiques (le droit subjectif s'opposerait au droit objectif) et, d'autre part, comme hypostasié en une réalité naturelle : « avec la personne juridique on affirme une réalité naturelle qui n'existe nulle part dans la réalité<sup>33</sup> ».

Kelsen met en lumière que le concept de personne est avant tout une construction théorique de la science du droit. Il s'agit d'une fiction, utilisée non pour décrire les mécanismes réels du droit positif, mais pour représenter le droit à travers la métaphore de l'unité d'une personne.

Or, cette métaphore donne une fausse représentation du droit : elle dédouble l'ordre juridique en créant une entité qui préexisterait au droit et que le droit « n'aurait qu'à simplement reconnaître, [...] s'il ne veut pas perdre son caractère de droit<sup>34</sup> ». Le sujet de droit est présenté comme indépendant du droit objectif

---

<sup>29</sup> V. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, op. cit., § 77 (« Un acte est imputé parce qu'il contrarie le *Sollen*, pas parce qu'il était voulu. On doit chercher le principe d'imputation dans la norme, pas dans l'âme du sujet de l'imputation. Donc si un moment psychique est une condition de l'imputation, ce ne peut être le cas que si la norme contient une telle condition, c'est-à-dire seulement si l'objet de la norme compte parmi ses éléments constitutifs un tel moment psychique »).

<sup>30</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 103 et p. 104. Nous reconstituons ici le raisonnement kelsénien. V., pour un développement, G. Aidan, *Contribution à une théorie normativiste de la personne en droit*, inédit d'HDR, Université Paris Panthéon-Assas [en cours de publication].

<sup>31</sup> « La volonté de l'individu est traitée comme si elle n'était pas déterminée causalement bien qu'en réalité elle soit déterminée causalement » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 103, note 19). Kelsen conteste en ce sens la qualification que Vaihinger attribue à certaines fictions comme étant « indispensables au droit », notamment celles de la **liberté** ou du **contrat social** (V. H. KELSEN, « Contribution à une théorie des fictions juridiques », art. cité, p. 22 et p. 23).

<sup>32</sup> H. KELSEN, « Contribution à une théorie des fictions juridiques », art. cité, p. 66.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 171.

alors qu'il en procède. C'est cette « fonction idéologique de toute cette conception du sujet de droit comme titulaire de droit subjectif<sup>35</sup> » que Kelsen entend dénoncer.

Il soutient que la « personne juridique » n'existe pas en elle-même : il n'y a dans le droit que des normes encadrant la conduite d'êtres humains dans un ordre juridique donné. Ainsi, dire que « l'homme est sujet de droit, c'est à dire sujet de droits et d'obligations signifie que la conduite humaine est le contenu d'obligations et de droits subjectifs – et rien d'autre ; c'est ce que signifie également l'affirmation qu'un individu est une personne ou a la personnalité<sup>36</sup> ».

La personne physique comme la personne morale sont de simples métaphores qui renvoient à ces actions humaines juridiquement encadrées : « le problème de la personne est en dernière analyse le problème de l'unité d'un complexe de normes<sup>37</sup> ». Cette métaphore peut se révéler utile dans un premier temps : elle permet de regrouper autour d'une prétendue entité un ensemble de droits et d'obligations. Cependant, cette entité n'est en réalité pas séparable de l'ordre juridique dont elle procède : elle est cet ordre juridique – total dans le cas de la personne de l'État, partiel dans celui des personnes physiques ou morales. Les personnes physiques expriment l'idée qu'il y a des « normes juridiques qui [encadrent la conduite d']un seul et même individu<sup>38</sup> ». Les personnes morales expriment l'idée qu'il y a une succession d'habilitations normatives qui s'adressent à une pluralité d'êtres humains agissant au profit d'une collectivité humaine.

En réalité, la personne juridique – qu'elle soit physique ou morale – vise un ensemble de normes : elle est en quelque sorte le mode d'existence de l'être humain dans le droit, en tant qu'il est le destinataire d'obligations et de droits.

Ainsi, la personne juridique n'est qu'une « fiction personnificatrice » servant à représenter les imbrications normatives du droit. Il ne s'agit pas d'une réalité naturelle, mais d'une construction juridique créée par la science du droit et qui, avec le sujet de droit, « ne sont nullement des concepts indispensables pour la description du droit<sup>39</sup> ».

Le problème survient lorsque cette métaphore est hypostasiée, c'est-à-dire prise pour une réalité naturelle : on attribue alors à la personne juridique une existence autonome, comme si elle était un être réel. En effet :

Tant que le concept de personne juridique est pris pour ce qu'il est quant à sa structure logique, à savoir pour un simple mirage, il peut être employé avec profit. Toutefois il appert que ce concept n'a pas évité le danger inhérent à toute personnification : le fait d'être hypostasié en une réalité naturelle<sup>40</sup>.

### 3. La critique de l'hypostase du concept de personne

L'hypostase consiste à réifier une abstraction, c'est-à-dire à considérer une pure abstraction comme une réalité. Elle résulte d'usage abusif de la fiction métaphorique de la personne : la construction conceptuelle est transformée en être réel.

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>36</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 175.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 170. V. aussi p. 189.

<sup>40</sup> H. KELSEN, « Contribution à une théorie des fictions juridiques », art. cité, p. 66.

S'appuyant sur ce point sur Hans Vaihinger<sup>41</sup>, Kelsen montre dans de nombreux développements que « la personne juridique est l'hypostase d'un pur concept destiné à faciliter la description du droit<sup>42</sup> ». La doctrine traditionnelle commet ainsi une erreur : elle prend un concept visant un ensemble de normes pour une entité agissante et naturelle.

Kelsen identifie deux manifestations de cette hypostase dans la doctrine classique. Premièrement, on suppose que la personne (physique comme morale) agit, alors que seuls des individus réels agissent<sup>43</sup>. Secondement, on affirme qu'elle a des droits et des obligations, alors que, en réalité, ces normes ne s'adressent qu'à des êtres humains :

[L']énoncé « une personne a des droits et obligations » est dépourvu de sens, ce n'est qu'une tautologie creuse : il signifie qu'un ensemble de droits et d'obligations, dont l'unité est personnifiée, « a » des droits et des obligations<sup>44</sup>.

Kelsen critique alors cette « métaphore anthropomorphique<sup>45</sup> ». En effet, lorsqu'on interprète la personne juridique

comme un être réel, comme une sorte de surhomme ou d'organisme, on hypostasie de façon illégitime un procédé auxiliaire de pensée : une notion auxiliaire que la science juridique a construite en vue de simplifier ou de rendre plus concrète l'analyse et la description de données juridiques compliquées<sup>46</sup>.

Pour éclairer ce mécanisme, Kelsen compare l'hypostase juridique à ce qu'il qualifie de « pensée mythologique appelée animisme<sup>47</sup> ». Celle-ci « suppose que chaque objet du monde sensible est animé par un esprit invisible, maître de l'objet, qui "a" l'objet au sens où la substance "a" ses qualités et le sujet grammatical "a" ses prédicats<sup>48</sup> ». De même, l'hypostase opère ce « dédoublement de l'objet de connaissance », comme si l'on distinguait un arbre de son tronc et la personne des normes juridiques qu'elle est pourtant<sup>49</sup>. La personne juridique est alors dotée d'appétites, de droits, comme on pourrait en doter un être réel.

En définitive, la fiction de la personne, lorsqu'elle est hypostasiée, fausse la connaissance du droit. Comme l'explique Kelsen, elle produit des « nœuds et points nodaux » qui facilitent la pensée mais se transforment en pièges lorsqu'on les prend pour des réalités objectives<sup>50</sup> :

[L]es résultats de semblables hypostases sont les suivants : non seulement, elle obscurcit les données qu'il s'agit de décrire, mais encore elle conduit à des pseudo problèmes que la science s'efforce ensuite en vain de résoudre<sup>51</sup>.

---

<sup>41</sup> H. VAHINGER, *Die Philosophie des Als Ob*, Leipzig, Meiner, 1911 (trad. fr. par Ch. Bouriau : *La philosophie du comme si*, Paris, Kimé, 2008).

<sup>42</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 107.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 177 et p. 178.

<sup>44</sup> H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 148.

<sup>45</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 178.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>47</sup> H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 145, p. 150 et p. 244.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 145. V. aussi p. 150 et p. 244.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>50</sup> H. KELSEN, « Contribution à une théorie des fictions juridiques », art. cité, p. 66.

<sup>51</sup> *Ibid.*

Ainsi, la personne physique, comme la personne morale, n'est pas une réalité naturelle, mais une construction de la pensée juridique, un concept auxiliaire servant à représenter certains phénomènes du droit :

Toute description du droit doit en dernière analyse se rapporter aux actions et abstentions des êtres humains dont la conduite est régie par les normes juridiques<sup>52</sup>.

## **B. La personne et le sujet de droit appréhendés sous le prisme de l'action juridique**

Le sujet de droit comme la personne sont des concepts analysés et critiqués par Kelsen à partir de sa définition de la norme centrée sur l'action juridique (1). La question du destinataire visant l'être humain réel à qui s'adressent les normes juridiques, est assez peu abordée, l'analyse juridico-normative étant centrale. Kelsen insiste toutefois sur l'idée que seuls les êtres humains peuvent voir leurs conduites encadrées par les normes juridiques (2).

### **1. La science du droit comme « théorie de l'action juridique »**

Il est possible de lire la théorie kelsénienne comme une théorie de l'action juridique, en ce sens qu'elle est centrée sur la description des actions juridiquement encadrées. Cette interprétation offre des perspectives pour comprendre la manière dont Kelsen revisite les concepts traditionnels de personne et de sujet de droit à partir des actions prescrites par les normes juridiques. Kelsen explique en effet qu'

une science du droit, c'est-à-dire une science qui porte sur des normes juridiques, a affaire, – on ne doit se lasser de l'affirmer et de le réaffirmer – non pas à des individus comme tels, mais seulement à des actions et des abstentions de ces individus qui sont prévues par des normes juridiques c'est-à-dire qui font partie de leur contenu<sup>53</sup>.

Cette conception de la science du droit relative à celle de la norme juridique se rapporte avant tout à une certaine conduite humaine<sup>54</sup>. La norme juridique encadre des actions humaines et non les individus en tant que tels : elle interdit, autorise, habilite ou rend obligatoires certains comportements humains.

Partant de là, Kelsen montre que le sujet de droit utilisé par la doctrine classique vise en réalité deux concepts différents : le concept de « sujet d'obligations juridiques » et celui de « pouvoir juridique<sup>55</sup> ». Chacun de ces concepts renvoie à « deux types différents de conduites humaines prévus dans l'ordre juridique<sup>56</sup> » : une obligation d'agir et une habilitation. Le sujet d'obligation signifie que, selon un ordre juridique déterminé, la conduite d'un individu est obligatoire ; « le sujet d'un

---

<sup>52</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 148.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 20. Kelsen ajoute : « il faut observer que les normes peuvent se rapporter à des données autres que la conduite humaine, mais elles ne s'y rapportent qu'en tant que ces données constituent les conditions ou des effets du comportements humains » (*ibid.*).

<sup>55</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 170.

<sup>56</sup> *Ibid.*

pouvoir juridique » signifie que « d'après l'ordre juridique, certains actes déterminés de cet individu aboutissent à la création ou à l'application de normes juridiques<sup>57</sup> ».

Ces deux concepts nuancent alors simplement le type d'actions prescrites, qui restent centrales dans l'analyse de Kelsen. Il en va de même concernant les concepts traditionnels de « personnes physiques » et de « personnes morales » qui ne sont qu'une manière de se référer aux droits et aux obligations juridiques : ceux d'un individu en particulier ou ceux d'une pluralité d'individus<sup>58</sup>. C'est donc une analyse centrée sur l'action à laquelle se livre ici Kelsen :

[L]'homme n'est le sujet de l'ordre juridique qu'en considération de certaines de ses actions et abstentions déterminées[.] [J]uridiquement parlant, nous ne nous intéressons à l'homme que dans la mesure où sa conduite forme le contenu de l'ordre juridique. [...] La personne n'existe que dans la mesure où elle « a » des droits et obligations ; en dehors de ces droits et obligations, elle n'a aucune sorte d'existence<sup>59</sup>.

Dans ces conditions, Kelsen appréhende la personne naturelle comme objet de la science du droit à travers ses actions et telles qu'elles sont juridiquement prescrites<sup>60</sup>. Le concept de destinataire semble secondaire dans son analyse des concepts traditionnels de personne et de sujet de droit<sup>61</sup>, alors même que Kelsen porte par ailleurs une attention particulière aux qualités des entités à qui peuvent s'adresser les normes juridiques.

## 2. Les éléments concernant le destinataire de la norme juridique

Selon Kelsen, la théorie du droit constitue une analyse juridico-normative et non causale des phénomènes juridiques, car elle vise à maintenir la distinction entre l'être et le devoir-être<sup>62</sup>. Ainsi, Kelsen rejette le recours à la « personne naturelle » pour définir la personne juridique et privilégie le concept d'imputation<sup>63</sup> afin d'expliquer que « la donnée décisive, c'est [...] la conduite qui est le point final de l'imputation », alors que dans l'ordre de la nature elle apparaît comme « un simple élément d'une série infinie » de causes<sup>64</sup>. La proposition de Kelsen pour sortir de cette confusion (entre être et devoir être) est donc d'abord de considérer la

---

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>59</sup> H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>60</sup> G. AÏDAN, « Agentivité », in S. BOURGEOIS-GIRONDE, M-S. de CLIPPELE, D. MISSONE (dir.), *Dictionnaire des droits de la nature*, Paris, PUF, 2026 [à paraître].

<sup>61</sup> Les concepts de personne et de sujet de droit renvoient tous deux au fait qu'il y a des normes juridiques qui encadrent certaines conduites humaines (v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 175) et apparaissent à cet égard synonymes, même si Kelsen les distingue et oriente – quoi que de manière implicite – le sujet de droit sur le destinataire (*ibid.*, p. 170). Kelsen montre alors que ce ne sont pas les « personnes », au sens juridique, qui sont les sujets de droit.

<sup>62</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 169.

<sup>63</sup> L'imputation ici visée est un type de rapport entre certains faits conditions et des conséquences juridiques. Il ne s'agit pas de « causalité » comme dans la réalité naturelle, mais bien de rapports institués par l'ordre juridique. Kelsen présente cette imputation comme une « relation spécifique entre deux faits déterminés par l'ordre juridique » (H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 151).

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 101.

personne, ou plutôt sa conduite, comme « un point d'imputation de droits et d'obligations<sup>65</sup> ».

La théorie pure du droit, centrée sur l'action juridique, prend en compte de manière indirecte le concept de destinataire, pourtant déterminant<sup>66</sup>. En effet, l'action commandée s'adresse nécessairement à un individu et cet individu doit être, selon Kelsen, un être humain doté de certaines qualités ontologiques.

Une démarche normativiste met en évidence que la personne juridique ne saurait viser des êtres dépourvus de la capacité de « comprendre » les normes qui leur sont adressées. Kelsen précise à plusieurs reprises que le sujet de droit ou la personne ne signifie pas autre chose que le fait qu'« un ensemble de normes juridiques s'adresse à un être humain » et qu'« une norme ne peut encadrer que la conduite humaine » ou encore le fait « qu'une norme s'adresse à une personne ne signifie absolument rien d'autre que le comportement d'une personne (un comportement humain) est obligatoire<sup>67</sup> ».

Kelsen explicite cette exigence d'« humanité » du destinataire à l'occasion d'analyses relatives à ce que l'on pourrait appeler la « capacité de représentation<sup>68</sup> » et à la « capacité d'action ».

S'agissant de la première, Kelsen l'analyse tant à propos des individus privés de cette aptitude (en raison de l'âge, de troubles ou de circonstances particulières)<sup>69</sup> qu'à propos des non-humains, tels que « des choses inanimées, des événements naturels ou des animaux<sup>70</sup> ». Il décrit notamment certaines sociétés considérant la nature comme « une [de leur] partie<sup>71</sup> » et estimant que « l'homme n'a pas seul une âme [, mais] que toutes les choses en ont une », que « dans les choses ou derrière elles existent des esprits invisibles mais puissants, c'est-à-dire que toutes les choses sont des hommes ou des êtres semblables aux hommes, des personnes<sup>72</sup> ».

L'encadrement des comportements animaux et naturels par le droit suppose de leur reconnaître un « esprit », une « âme » semblable à celle des humains. C'est en raison de cet esprit commun que le droit s'appliquerait indistinctement aux humains comme aux non-humains partageant une société commune.

Kelsen précise toutefois que, dans le cadre de la pensée juridique occidentale, si l'on impute seulement à des êtres humains, c'est parce que et dans la mesure où des ordres moraux ou les ordres juridiques ne commandent que le comportement humain ; et s'ils commandent seulement le comportement humain, c'est

---

<sup>65</sup> V. aussi « la liberté [...] signifie que l'homme, plus exactement qu'une conduite déterminée, plus précisément : définie par l'ordre moral ou l'ordre juridique, est le point final de l'imputation, qui a lieu sur la base de cet ordre normatif, d'une autre conduite humaine qui est visée et réglementée par cet ordre » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 108, note 2).

<sup>66</sup> Ce déclassement du concept de destinataire comme celui d'organe a pu être interprété comme une ambiguïté chez Kelsen. V. D. TSARAPATSANIS, « Le sujet de droit dans la théorie pure du droit : éclaircissements conceptuels », art. cité.

<sup>67</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>68</sup> Représentation au sens de capacité cognitive et non du phénomène juridique de représentation légale.

<sup>69</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>72</sup> *Ibid.*

parce que l'on admet que *c'est seulement chez l'homme que la représentation de leurs normes a pour effet des actes de volonté qui provoquent à leur tour la conduite prescrite*<sup>73</sup>.

Il en résulte que la « capacité de représentation du droit » constitue une condition ontologique ou une exigence sémantique<sup>74</sup> de la personnalité juridique, fondée sur un postulat anthropologique : « on admet » que seule l'humanité possède cette faculté.

Dans *La Théorie générale des normes*, Hans Kelsen prendra en compte plus explicitement encore les qualités ontologiques nécessaires du destinataire pour que la norme puisse être « observée et appliquée ». Elle doit en effet être « adressée à un être qui peut comprendre son contenu et avoir l'intention de se comporter en la respectant ». Il s'agit alors « d'un être doué de raison et de volonté. C'est d'après notre conception aujourd'hui le comportement humain<sup>75</sup> ». Kelsen réintègre ici la capacité de volonté, mais dans un sens non métaphysique. Comme le concept de libre arbitre, il vise une capacité cognitive : la capacité d'inscrire le droit comme cause de son action.

La seconde exigence, la « capacité d'action », renvoie à l'aptitude à agir en conformité ou en violation de la norme c'est-à-dire à *la faculté de provoquer* par son action des effets qu'un ordre juridique attache à cette conduite<sup>76</sup>. Kelsen affirme en effet que le seul sujet de l'obligation juridique est « par conséquent l'individu qui, par sa conduite, peut soit provoquer, soit éviter la sanction<sup>77</sup> » et que « seul peut être dit juridiquement obligé à une certaine conduite l'individu qui peut violer l'obligation par sa propre conduite et exécuter l'obligation par sa propre conduite conforme, et que par suite, il doit nécessairement s'agir d'un individu capable d'action<sup>78</sup> ».

Selon Kelsen, un individu doit être « capable d'action » pour être destinataire de la norme juridique, c'est-à-dire sujet de l'obligation juridique, car il doit pouvoir provoquer ou éviter la sanction.

Ainsi, la « capacité de droits », ou « capacité de jouissance », suppose la « capacité d'action » ou « capacité d'exercice » : « un individu n'est capable d'obligation que s'il est capable d'action, s'il peut par sa conduite exécuter cette obligation ou la violer<sup>79</sup> ». Le destinataire d'une norme juridique doit donc être capable d'action. La capacité d'agir juridiquement apparaît comme une exigence de la person-

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>74</sup> Kelsen dit d'une norme prescrivant des actions impossibles qu'elle « serait parfaitement dépourvue de signification » (*ibid.*, p. 102). V. en ce sens O. Pfersmann qui parle de « pseudo norme » ou d'exigence sémantique » (O. PFERSMANN, « Impossible Pseudo-Norms in Fiction, Law and Morals », in F. LAVOCAT, A. KUBO, A. JAMES (dir.) *Fabula/Les colloques, Moral Impossibilities in and of Fiction / Impossibilités morales de et dans la fiction, Impossible fictions / Fictions impossibles* [www.fabula.org/colloques/document11384.php]). Pour une analyse du statut de cette exigence nous nous permettons de renvoyer à G. AÏDAN, *Contribution à une théorie normativiste de la personne*, *op. cit.*

<sup>75</sup> H. KELSEN *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 116.

<sup>76</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 150-151.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 180.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>79</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 161.

nalité juridique. Dans ce contexte, le représentant – de l'être humain ou non humain – doit être considéré non seulement comme celui à qui l'ordre juridique confère la capacité d'action mais aussi celle d'avoir des droits.

Ainsi, pour être destinataire d'une norme, un être doit disposer à la fois d'un « esprit » – c'est-à-dire d'une « capacité de représentation » – et être « capable d'action ». Ces deux conditions ne sont pas de simples attributs accessoires : elles déterminent le sens même d'une personnalité juridique. Selon la conception anthropologique occidentale sous-jacente à la pensée kelsénienne, seuls les êtres humains peuvent voir leur conduite prescrite par le droit et, parmi eux, uniquement ceux qui disposent d'une capacité effective de représentation peuvent être considérés comme « destinataires » de normes juridiques.

Pour autant, l'ensemble des développements relatifs au destinataire reste épars et relativement feutré dans les analyses que Kelsen porte sur la personne et le sujet de droit. Le destinataire n'apparaît pas comme central.

## **II. PROLONGEMENTS CONTEMPORAINS : POUR UNE THEORIE NORMATIVISTE DU « SUJET DE DROIT » CENTREE SUR LE DESTINATAIRE**

Ces premières pistes identifiées dans la théorie kelsénienne constituent des outils précieux pour repérer et analyser l'idéologie de certaines doctrines et théories du droit contemporaines concernant l'évolution du sujet de droit (A). Il est alors possible de forger les jalons d'une théorie normativiste du sujet de droit centrée sur le destinataire des normes juridiques et non plus seulement sur l'action juridique. Ainsi conçue, cette théorie révèle que le droit contemporain demeure en réalité anthropocentré et ouvre la voie à l'hypothèse d'une véritable révolution anthropologique. (B).

### **A. Un outil d'identification des idéologies doctrinales contemporaines**

La démarche normativiste de la personne peut être mobilisée pour identifier certaines confusions doctrinales contemporaines concernant notamment la distinction entre personne physique et morale (1), la position théorique adoptée dans l'analyse des personnifications juridiques d'entités non humaines (2) et l'usage d'un concept hypostasié de personne (3).

#### ***1. Les fausses distinctions entre personne physique et personne morale dans la doctrine contemporaine***

L'analyse kelsénienne met en valeur l'usage idéologique du concept de personne dans les doctrines traditionnelles de son temps. La représentation du droit que celui-ci charrie semble faciliter dans un premier temps la compréhension du droit, mais elle en déforme aussi la lecture. Le concept de personne entraîne en effet un dédoublement de l'ordre juridique et certaines confusions que l'on retrouve dans la doctrine contemporaine.

Kelsen montre que « “être une personne” ou “avoir la personnalité juridique” est identique à avoir des obligations juridiques et des droits subjectifs<sup>80</sup> ». La personne est dissociée artificiellement des droits et obligations auxquels elle est pourtant réductible.

Les concepts de personne physique ou de personne morale visent alors « un complexe d'obligations juridiques et de droit subjectifs dont la notion de personne ne fait qu'exprimer l'unité de façon figurée. La personne n'est rien d'autre que la personnification de cette unité<sup>81</sup> ». Or, il s'agit dans chacun des cas, pour la personne physique comme pour la personne morale, de

droits et obligations qui ont pour contenu une conduite humaine et qu'en ce sens et seulement en ce sens ils sont des droits et des obligations d'êtres humains, d'individus[.] [P]ar suite, ce n'est pas le fait de concerner ou se rapporter à des hommes qui peut constituer l'élément qui différencie personne physique ou naturelle et personne juridique ou artificielle<sup>82</sup>.

La personne juridique, qu'elle soit physique ou morale, ne peut logiquement renvoyer à l'être humain mais à un ensemble normatif : « si l'on admet dans les deux cas que l'on a affaire à une personne, il faut que ce soit en raison d'un trait commun aux hommes d'une part, aux collectivités qualifiées de personnes juridiques d'autre part<sup>83</sup> ».

Or, on retrouve dans la doctrine civiliste contemporaine cette confusion entre être et devoir-être : la doctrine continue de considérer que la personne physique est un être humain<sup>84</sup>. Plus encore, la personne physique se distinguerait de la personne morale par son « corps<sup>85</sup> ». Certes, Kelsen reconnaît que « la doctrine ne nie pas que personne et homme sont deux notions distinctes<sup>86</sup> » – ce qui expliquerait selon elle que tous les humains n'aient pas toujours été considérés comme des personnes et « qu'elle croie pouvoir affirmer qu'à la différence du droit antique, le droit moderne<sup>87</sup> » considère que « tout être humain est une personne<sup>88</sup> » dès la naissance, pour autant qu'il naisse vivant et viable<sup>89</sup>. Toutefois, le critère de distinction entre personnes physiques et personnes morales serait relatif à une propriété naturelle : avoir ou non un corps.

Kelsen éclaire ici encore sur le critère de distinction réel entre personne physique et personne morale : la première se rapporte à la conduite juridiquement

---

<sup>80</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 174.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>84</sup> V. not. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2022 (3<sup>e</sup> éd.), p. 16. V., déjà, H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 148.

<sup>85</sup> V. par ex. F. BELLIVIER, *Droit des personnes*, Paris, LGDJ, 2023 (2<sup>e</sup> éd.).

<sup>86</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 174.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 20.

<sup>89</sup> V. par ex. *ibid.*, p. 30.

prescrite d'un seul et même individu, la seconde à celles d'une pluralité d'individus<sup>90</sup>. Ce n'est pas l'individu en tant que tel qui est ici appréhendé mais l'individu en tant que ses actions sont juridiquement encadrées.

## 2. La position idéologique de la doctrine sur l'évolution contemporaine du sujet de droit

Une analyse normativiste permet aussi d'identifier la posture idéologique de certaines doctrines contemporaines dans leur analyse des nouvelles personnifications juridiques relatives aux entités naturelles ou animales. Cette analyse revient bien souvent à prendre position politiquement ou moralement sur celles-ci. En réalité, la doctrine contemporaine tend à s'interroger sur le fondement moral du sujet de droit dans la continuité des doctrine traditionnelles décrites par Kelsen.

Par exemple, pour justifier moralement la personnalité juridique des animaux, la sensibilité, la capacité à souffrir, les facultés émotionnelles peuvent être mises en avant<sup>91</sup>, suivant ainsi toute une tradition philosophique<sup>92</sup>. Le recours au critère de « l'intérêt juridiquement protégé » développé en France par René Demogue<sup>93</sup> a aussi été repris pour promouvoir la personnification juridique de ces êtres sensibles ou encore de « tout ce qui est vivant, donc porteur de besoins propres à assurer la survie de l'individu<sup>94</sup> ». Ainsi, « la qualité de sujet de droit appartient aux intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité<sup>95</sup> ».

Ces personnifications se voient alors doctrinalement adossées à un critère ontologique – la sensibilité, la qualité d'être vivant, etc.– ou de « technique juridique » – l'argument de la « personnalité technique<sup>96</sup> » faisant advenir de prétendus droits aux animaux ou aux entités auxquelles elles sont associées<sup>97</sup>.

Au fond, la doctrine traditionnelle donne une consistance métaphysique au concept de « droit subjectif ». Elle définit implicitement le droit subjectif comme « un intérêt juridiquement protégé », comme s'il y avait un intérêt qui préexistait au droit. Peu importe, dans cette logique, que ce droit soit exercé par lui-même ou par

---

<sup>90</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 175.

<sup>91</sup> V. R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit caractère et conséquences », art. cité et J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », *Recueil Dalloz*, 20, 1998.

<sup>92</sup> V. J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* ; J. BENTHAM, *Introduction aux Principes de la morale et de la législation* [1789], Chap. XVII. Dans la philosophie contemporaine, v. not. G. FRANCIONE, « Prendre la sensibilité au sérieux », in H.-S. AFEISSA, J.-B. JEANGENE VILMER (dir.), *Philosophie animale. Différence, responsabilité et communauté*, Paris, Vrin, 2010, p. 185-221 ou encore T. REGAN, *Les droits des animaux*, Paris, Hermann, 2013.

<sup>93</sup> J.-P. MARGUENAUD, « Commentaire », in R. DEMOGUE, *La notion de sujet de droit : caractères et conséquences*, Paris, Dalloz, 2025, p. 16.

<sup>94</sup> M.-A. HERMITTE, « La nature, sujet de droit ? », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2011, p. 175.

<sup>95</sup> R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit : caractère et conséquences », art. cité, p. 11.

<sup>96</sup> V. not. J.-P. MARGUENAUD, « Commentaire », art. cité ; J.-P. MARGUENAUD, « III. Le droit prospectif », in J.-P. MARGUENAUD, F. BURGAT, J. LEROY, *Le droit animalier*, Paris, PUF, 2016, p. 245-254 [doi.org/10.3917/puf.burga.2016.01.0245].

<sup>97</sup> Jean-Pierre Marguénaud souligne en ce sens que « les notions de sujet et de personne juridique [...] sont parfois opposé[e]s à des fins quelque peu nébuleuses » (J.-P. MARGUENAUD, « Commentaire », art. cité, p. 18).

un représentant, car il dispose en toute hypothèse de cet intérêt protégé par le droit et que le droit ne viendrait que reconnaître<sup>98</sup>. Or, l'approche normativiste montre que la norme ne protège pas directement certains intérêts<sup>99</sup> : elle s'adresse à des individus pour encadrer leurs actions. Le droit subjectif est un *pouvoir juridique*<sup>100</sup>.

### 3. Un concept de personne hypostasié : la personne n'agit pas et n'a pas de droits

L'analyse normativiste permet également d'identifier les hypostases du concept de personne produites par la doctrine contemporaine. Elles consistent à attribuer aux personnes juridiques ainsi naturalisées, des attributs dont seuls disposent les êtres réels – humains jusque-là. En effet, comme indiqué précédemment, ce n'est pas la personne physique, morale, animale ou naturelle, qui agit ou qui disposerait de certains droits, mais l'être humain concret. Lui seul jusqu'à présent est le destinataire réel des normes juridiques.

Ainsi, la personnification d'une rivière n'ouvre donc aucunement de

nouveaux espaces stratégiques, permettant à la personne juridique naturelle de se défendre elle-même, par l'intermédiaire des personnes ou des institutions ayant la charge de la représenter et ainsi créer une nouvelle forme de confrontation face aux autres acteurs<sup>101</sup>.

De même, cette qualification n'entraîne ni la primauté d'une prétendue loi de la nature sur la volonté humaine<sup>102</sup>, ni que la rivière serait pourvue ou non d'intentionnalité<sup>103</sup>.

L'interprétation naturaliste en faveur ou en défaveur de ces personnifications juridiques renvoie de nouveau à des positions doctrinales idéologiques.

## B. Un outil d'analyse du droit positif centré sur le destinataire de la norme juridique

Une théorie normativiste du sujet de droit, centrée sur l'action juridiquement prescrite mais aussi sur *le destinataire* des normes juridiques permet de montrer que ces personnifications d'êtres non humains n'entraînent pas le bouleversement anthropologique annoncé par certains (1). En revanche, une autre révolution anthropologique pourrait être en cours. Une description du droit qui se passe d'un concept de personne hypostasié ou d'un sujet moral présupposé permet d'identifier le destinataire *réel*, et non fictif, de la norme juridique. Elle ouvre alors la possibilité qu'une entité non humaine soit destinataire de normes juridiques, à condition que celle-ci dispose de qualités ontologiques nécessaires à la compréhension et l'application du droit (2).

---

<sup>98</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 163.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 169, p. 174.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>101</sup> V. M. CHAPOUTON, N. FOULQUIER, F. ROLIN, « La personnalité juridique de la Seine », *op. cit.*, p. 37.

<sup>102</sup> V. J. BETAÏLLE, « Des droits pour la nature, un nouveau mirage juridique », *Revue méditerranéenne de droit public*, 10 : *L'arbre, l'homme et le(s) droit(s)*, 2019, p. 77-87 [hal.science/hal-03164164v1].

<sup>103</sup> A. VIALA, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010, p. 162.

## 1 Le droit reste anthropocentré

Que signifie qu'une rivière<sup>104</sup>, un grand singe<sup>105</sup>, une montagne ou un écosystème se voient conférer la personnalité juridique ? Par exemple, le projet de personnification juridique de la Seine permettrait-il réellement à la France de rejoindre « les groupes de plus en plus nombreux des États ayant rompu avec une approche exclusivement anthropocentrée du droit<sup>106</sup> » ? Le mouvement de personnification juridique semble faire naître de nouvelles subjectivités juridiques auxquelles le droit s'adresserait et offrirait de nouvelles voies d'action. Au-delà de la diversité des situations politiques, juridiques et culturelles<sup>107</sup>, c'est donc à la reconnaissance de ces voix singulières du vivant, de liens d'interdépendance entre les entités humaines, animales et naturelles et d'« un dialogue » entre celles-ci auxquels le droit contribuerait ici.

Or, l'analyse normativiste adoptée permet de montrer que l'extension de l'usage de la personnalité juridique aux entités naturelles et animales, est loin d'entraîner un bouleversement anthropologique. Ces personnifications ne permettent pas de donner réellement des droits à ces entités<sup>108</sup> ni, par conséquent, de construire un monde désanthropocentré. D'une part, le normativisme kelsenien nous apprend qu'attribuer la personnalité juridique à une entité – humaine ou non – « se ramène à une seule donnée, à savoir que l'ordre juridique impose des obligations et accorde des droits<sup>109</sup> » à des individus humains. Le sujet de droit, comme nous l'avons vu, vise en réalité « le sujet d'une obligation juridique ou d'un droit<sup>110</sup> ». Or, dans un sens non métaphysique, « le droit subjectif n'est pas l'intérêt juridiquement protégé par les normes juridiques mais la protection que représentent ces normes juridiques<sup>111</sup> », c'est-à-dire « un pouvoir juridique de faire valoir par demande en justice l'inexécution d'une obligation juridique<sup>112</sup> ».

D'autre part, centrer l'analyse sur le destinataire fait apparaître que l'entité non humaine incapable de comprendre une norme juridique, ne peut disposer réellement de ce pouvoir juridique. Seul l'être capable d'être le destinataire réel peut être considéré comme le sujet d'un droit. L'entité non humaine ainsi personnifiée n'est pas, à proprement parler, le véritable sujet de droit. Ce rôle revient au sujet de

---

<sup>104</sup> Loi Te Awa Tupua, adoptée le 14 mars 2017 par le Parlement de la Nouvelle-Zélande. V. S. BOURGEOIS-GIRONDE, *Être la rivière*, Paris, PUF, 2020.

<sup>105</sup> Décision d'un tribunal de Mendoza du 3 nov. 2016 (n° XPTE.NRO.P-72.254/15, *Presentacion efectuada por AFADA respecto del chimancé Cecilia sugeto no humano*).

<sup>106</sup> N. FOULQUIER, « L'octroi de la personnalité juridique à la Seine : utile ou pas ? », *Le Club des Juristes*, 24 juin 2025 [www.leclubdesjuristes.com/opinion/octroi-de-la-personnalite-juridique-a-la-seine-utile-ou-pas-11200/]. Pour de plus amples développements, v. M. CHAPOUTON, N. FOULQUIER, F. ROLIN, « La personnalité juridique de la Seine », *op. cit.* p. 17 sq.

<sup>107</sup> V. P. BRUNET, « Les droits de la nature et la personnalité juridique des entités naturelles : un commun qui s'ignore ? », *Journal of Constitutional History*, 38/2, 2019, p. 39-53.

<sup>108</sup> V. par ex. M. CHAPOUTON, N. FOULQUIER, F. ROLIN, « La personnalité juridique de la Seine », *op. cit.*, p. 18 sq.

<sup>109</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 170.

l'obligation juridique, c'est-à-dire à son représentant humain. La conduite humaine reste le comportement qui est réellement prescrit par la norme juridique<sup>113</sup>.

Par conséquent, l'attribution, par exemple, d'une personnalité morale de droit public à la Seine, n'entraînerait pas un décentrement de l'humain de la scène juridique. Le mouvement contemporain doctrinal des « droits de la Nature » est en réalité celui d'obligations qui incombent à certains humains, masqués par le filtre de l'idéologie. Comme le montre Muriel Fabre-Magnan, la personnalité morale vient souvent masquer la responsabilité réelle des dirigeants dans le domaine des entreprises comme dans le domaine écologique<sup>114</sup>.

## 2. L'agentivité juridique au-delà de l'humain

Que serait un droit qui s'adresserait à des êtres incapables de le comprendre et de l'appliquer ? Le destinataire apparaît comme central dans un questionnement sur le droit et le sujet de droit.

Kelsen considère que seul le comportement humain peut être encadré par un ordre normatif, car « c'est seulement chez l'homme que la représentation de la norme a pour effet des actes de volonté qui provoquent à leur tour la conduite prescrite<sup>115</sup> ». La conception anthropocentrée du droit mise en valeur par Kelsen est culturellement contextualisable : Kelsen « admet » que sa représentation du monde est occidentale. Dans le positivisme scientifique qui lui est contemporain, seul l'humain peut être considéré comme disposant « potentiellement » de cette faculté de représentation de la norme, de cette capacité d'inscrire le droit comme cause de son action.

Or, cette vision anthropocentrée peut être relativisée<sup>116</sup>. D'une part, l'évolution scientifique contemporaine, à la fois celle qui se rapporte à l'intelligence artificielle et celle qui est relative à la connaissance des capacités intérieures des animaux<sup>117</sup>, questionne la possibilité de certains non-humains à être des destinataires de normes juridiques<sup>118</sup>. Certains juristes cherchent à montrer que des animaux disposeraient déjà de droits et qu'il reviendrait au droit de se mettre à leur portée, comme il peut le faire à propos des mineurs et des personnes présentant une déficience intellectuelle<sup>119</sup>. Il s'agirait d'inclure les animaux dans le système juridico-politique car leur niveau d'expression langagier ne devrait pas être un prérequis à

---

<sup>113</sup> Le droit reflexe de l'entité, qui résulte de cette obligation juridique prescrite au représentant n'est pas considéré en tant que tel comme un droit. Le droit est considéré ici comme un « pouvoir juridique » (v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 170).

<sup>114</sup> M. FABRE-MAGNAN, « La personnalisation juridique de la nature. Questions de méthode », in *Mélanges Philippe Delebecque*, Paris, Dalloz, 2024, p. 521-533.

<sup>115</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 104.

<sup>116</sup> V. aussi l'analyse de D. TSARAPATSANIS, « Le sujet de droit dans la théorie pure du droit : éclaircissements conceptuels », art. cité.

<sup>117</sup> Par exemple les théories scientifiques les plus récentes (théorie de la cognition animale, théorie de l'esprit, éthologie), qui montrent que certains animaux, considérés collectivement et singulièrement, disposent d'une certaine intentionnalité, de capacités à attribuer à autrui des états mentaux.

<sup>118</sup> Pour peu que le droit s'adapte à ces entités nouvelles (v. notamment, concernant les animaux, V. A. J. KURKI, P. SIEMIENIEC, « Towards An Agency Turn in Animal Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 45/4, 2025 [doi.org/10.1093/ojls/gqaf024]).

<sup>119</sup> V. *ibid.*

leur inclusion à leur participation à la politique<sup>120</sup>. Or, l'analyse normativiste proposée permet de nouveau de montrer que le recours à un représentant déplace nécessairement l'identité du sujet de droit.

D'autre part, l'exigence ontologique de ces capacités de compréhension de la norme ne semble pas relative à une vision du monde occidentale mais au système de pensée du droit lui-même. Toutefois, même dans sa définition la plus large, c'est-à-dire un système organisant les relations sociales – « sociales » comprenant ici possiblement les entités animales et naturelles –, que vaudrait un droit sans destinataires capables de le comprendre ?

Poursuivre aujourd'hui l'analyse normativiste de la personne incite alors à repenser la place du destinataire au sein de la théorie<sup>121</sup>. Cette démarche permet d'en redéfinir les contours et de renommer les critères ontologiques proposés par Kelsen pour déterminer qui peut être réellement destinataire de normes juridiques. Elle est aussi l'occasion d'ouvrir aux êtres « non humains » la possibilité de ce statut. En cela, le concept d'agentivité juridique est un concept théorique utile pour distinguer l'auteur d'un comportement factuel de celui d'un comportement juridiquement prescrit. Il désigne plus généralement les « critères cognitifs minimaux » dont une entité, humaine ou non, devrait être dotée pour devenir le destinataire possible de normes juridiques<sup>122</sup>. Ainsi, prolonger l'analyse normativiste permet d'envisager, cette fois-ci, une véritable révolution anthropologique.

#### Géraldine Aïdan

Chargée de recherche au CNRS et directrice adjointe du CERSA (CNRS/Université Paris-Panthéon-Assas). Elle a notamment publié *La vie psychique, objet du droit* (CNRS Éditions, 2022) ; avec D. Bourcier, *Humain-Non humain. Repenser l'intériorité du sujet de droit* (LGDJ, 2021). Elle prépare une habilitation à diriger les recherches (garant : Otto Pfersmann) sur l'élaboration d'une théorie de la personnalité juridique questionnant les nouvelles formes d'agentivités juridiques (animaux, nature, Intelligence artificielle).

---

<sup>120</sup> V. W. KYMLICKA, S. DONALDSON, *Zoopolis. Une théorie politique des droits des animaux*, trad. P. Madelin, Paris, Alma éditeur, 2016 [2011] De même, sur la scène française, le sociologue B. Lahire reconnaît le potentiel de l'agent animal non humain à faire droit et politique même s'il n'a pas le même niveau langagier que l'humain (v. B. LAHIRE, *Les structures fondamentales des sociétés humaines*, Paris, La Découverte, 2023).

<sup>121</sup> Nous nous permettons de renvoyer à nos travaux : G. AÏDAN, *Contribution à théorie normativiste de la personne*, *op. cit.*

<sup>122</sup> G. AÏDAN, « Agentivité », art. cité.



2. Sujet de droit,  
revendication et protection des droits



## De la personne à l'individu : une mutation du sujet de droit, une dilution du droit ?

1. **Q**UI PEUT ETRE SUJET DE DROIT ? C'est là, écrivait Demogue, une question en apparence des plus simples et en réalité très incertaine, surtout au point de vue de la solution recommandable<sup>1</sup> ». Formulée il y a plus d'un siècle, l'interrogation n'a rien perdu de son actualité. En effet, l'assimilation courante du concept de sujet de droit et de la catégorie juridique de personne ne s'impose plus avec la force tranquille des évidences. On observe une tendance par laquelle la notion d'individu vient concurrencer celle de personne pour s'imposer comme le concept central de notre réalité juridique contemporaine. Cette évolution ne va pourtant pas de soi tant ces notions diffèrent. Elle constitue le signe d'un bouleversement qui touche le droit lui-même, s'il est vrai, comme l'enseignait encore Demogue, que « se demander qui est sujet de droit, c'est implicitement se poser la question : dans quel but existe le droit<sup>2</sup> ? ». La réciproque est sans doute également vraie. On le sent d'emblée, toute réflexion sur la notion de sujet de droit n'est jamais neutre. Elle constitue, au moins indirectement, une méditation sur le droit, prenant nécessairement appui sur une certaine conception du phénomène juridique, de sa nature, de ses fonctions et de ses acteurs. À cet égard, la continuité ou la tension pouvant exister entre les notions de personne et d'individu est particulièrement significative ; elle a de profondes résonances juridiques. Elle traduit une profonde différence entre deux manières de considérer le droit, sa fonction, son but, et cela à travers la définition de ses sujets. Pour le mesurer, il convient d'identifier plus précisément ce phénomène afin d'en sonder les implications.

2. Pour cela, il faut déjà définir les notions de sujet de droit, de personne et d'individu afin de mieux cerner leur signification. On pourra alors percevoir la nature de leurs rapports et constater que ces derniers ne sont pas identiques en raison des différences qui existent entre les notions de personne et d'individu. Schématiquement, les concepts de sujet de droit et de personne forment un couple, tandis que l'individu fait, lui, plutôt bande à part. Il existe en effet une certaine coïncidence entre le sujet de droit et la personne. Une rapide consultation des dictionnaires juridiques en atteste par le renvoi qui est opéré de l'une à l'autre de ces notions<sup>3</sup>, le

---

<sup>1</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé* [1911], Paris, Hachette, 2001, p. 322.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>3</sup> V. par ex. l'entrée « Sujet de droit » renvoyant à « Personnalité juridique », in R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 17<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2025.

sujet de droit étant défini comme la « personne juridique titulaire à ce titre de prérogatives dites droits subjectifs<sup>4</sup> » ; la personne étant elle-même appréhendée à l'aune de sa personnalité juridique, c'est-à-dire de son « existence en tant que sujet de droit<sup>5</sup> ». On trouve encore trace de cette équivalence conceptuelle sous la plume du Doyen Carbonnier enseignant que « les *personnes*, au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits ; ce sont, d'une expression équivalente, les *sujets de droit*<sup>6</sup> ». La personne, comme le sujet de droit, est une notion-support, c'est-à-dire un concept abstrait, une création, remplissant une certaine fonction, qui est de permettre la réception des droits et l'imputation des obligations. C'est ce qui ressort de la définition qu'en propose le *Vocabulaire* du Doyen Cornu : le sujet de droit est la « personne (physique ou morale) considérée comme support d'un droit subjectif ; titulaire d'un droit (sujet actif) ou débiteur de l'obligation (sujet passif)<sup>7</sup> ». La personne est donc, en droit, une notion fonctionnelle, désignant l'être humain dans sa composante sociale, collective et proprement juridique. L'étymologie de la notion l'enseigne, puisqu'elle provient du terme latin « *persona* » se décomposant en « *per* » « *sonare* » afin de désigner le masque de théâtre des acteurs, l'instrument par lequel ces derniers peuvent tout à la fois se faire mieux entendre et incarner le rôle qui leur est dévolu sur la scène théâtrale puis, par extension, dans le monde juridique<sup>8</sup>. C'est encore ce que révèle l'histoire de cette notion, puisque, à Rome, la personne renvoie au « sujet auquel sont imputés les droits » et elle constitue dès lors « un statut », « un contenant formel<sup>9</sup> ». La personne désigne ainsi l'être humain appréhendé par le droit, l'être humain dans sa vocation collective et juridique. C'est une notion abstraite, fonctionnelle et relationnelle<sup>10</sup>. Abstraite, car l'on passe de l'être humain à la personne par l'abstraction du droit ; fonctionnelle, car la notion est déterminée par la fonction qu'elle remplit en droit ; et relationnelle, car la personne n'existe que dans une collectivité, dans une communauté d'hommes. En ce sens, être une personne, c'est se penser par le biais de cette abstraction juridique, se situer par rapport à autrui et s'ancrer dans la collectivité. La séparation s'invite cependant lorsqu'on fait intervenir le terme d'individu et qu'on le compare à celui de personne. Les différences sont en effet nombreuses entre ces deux notions. Il faut déjà souligner que, contrairement à la personne, l'individu ne constitue pas, à proprement parler, un concept juridique. En droit, la notion n'a pas de sens technique. En effet, le terme relève plutôt du vocabulaire scientifique et se rencontre notamment en philosophie, en logique ou en sociologie, pour désigner tout être, toute chose, tout corps, envisagé de manière distincte, séparée,

---

<sup>4</sup> Entrée « Sujet de droit », in A. BENABENT et Y. GAUDEMET, *Dictionnaire juridique*, Paris, LGDJ, 2024.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2017, n° 193, p. 373.

<sup>7</sup> Entrée « Sujet de droit », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2022.

<sup>8</sup> V. notamment l'entrée « La personne », in J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2022. V. aussi l'entrée « Personne », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, relevant le lien entre cette étymologie et l'idée de « personnage, rôle, caractère » et celle de « fonction, dignité, personne juridique », et soulignant que le terme provient de « l'idée stoïcienne du rôle que joue l'homme ici-bas ».

<sup>9</sup> J.-M. TRIGEAUD, « La personne », *APD*, 1989, p. 108-109.

<sup>10</sup> À propos de cette conception relationnelle, v. P. MALAURIE et N. PETERKA, *Droit des personnes*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2024, n° 1.

par rapport à la catégorie, au genre ou à l'espèce dont il relève<sup>11</sup>. L'individu constitue donc « le terme inférieur d'une série, qui ne désigne plus de concept général et ne comporte plus de division logique<sup>12</sup> », comme le révèle son étymologie, « *individuum* » signifiant ce qui est indivisible. On recourt à la notion pour désigner une chose ou un être pris de manière singulière, considéré isolément, dans son individualité propre, par distinction du collectif dont on l'extrait pour l'en isoler, le circonscrire, l'individualiser. L'individu, en effet, n'existe en ce sens que par distinction, par séparation et par retranchement du collectif, c'est-à-dire du genre, de l'espèce ou de la catégorie qui le contient<sup>13</sup>. Là se révèle un aspect essentiel de la notion, car ce mouvement de séparation et de distinction n'est pas tout à fait neutre, puisque c'est en regard d'une totalité que l'individu s'affirme<sup>14</sup>.

3. On le mesure sans peine, les notions de personne et d'individu obéissent à des logiques différentes. L'une est abstraite et traduit l'ancrage collectif de l'existence humaine, tandis que l'autre est concrète et animée par une tendance à la séparation. Replacée sur le terrain juridique, cette tension n'est pas sans incidence. Elle révèle les poussées, multiples, de l'individu contre les limitations de la personne et, plus loin, du droit lui-même. L'individu tend en effet à se réapproprier sa personnalité, battant en brèche les bornes de la notion de personne et s'émancipant du même coup des contraintes que le droit fait – ou faisait – peser sur lui. Il en résulte une forme de dépassement – ou du moins de tentative de dépassement – de la personne par l'individu dont la notion de sujet de droit ne saurait sortir indemne. Ce mouvement est en outre le signe d'une mutation plus profonde, se traduisant par une forme de dilution du droit dans les droits individuels. Multiplication des droits subjectifs, pénétration des droits fondamentaux, déstructuration du raisonnement juridique par l'approche casuistique et individualisante de la proportionnalité *in concreto*, tout cela est connu et le droit positif donne désormais de nombreuses et fréquentes illustrations de cette tendance, révélant l'ampleur des bouleversements à l'œuvre<sup>15</sup>. Or, il existe une solidarité et comme un effet d'entraînement entre ces divers phénomènes, chacun étant alternativement cause et effet des autres et c'est, en définitive, le droit tout entier qui en sort quelque peu recomposé – ou décomposé, c'est selon – ; cela surtout si l'on considère que le phénomène juridique est, avant tout, une chose rationnelle, une science et un art, précisément, de la relation juste, ainsi que l'enseigne notamment la tradition aristotélicienne<sup>16</sup>, poursuivie par

---

<sup>11</sup> V. par ex. l'entrée « Individu », in E. LITTRE, *Dictionnaire* : « Terme scientifique. Tout corps considéré comme un tout distinct par rapport à l'espèce à laquelle il appartient. Le genre, l'espèce et l'individu ».

<sup>12</sup> Entrée « Individu », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*

<sup>13</sup> Entrée « Individualité », in *Encyclopædia Universalis* [[www.universalis-edu.com/dictionnaire/individualit%C3%A9/](http://www.universalis-edu.com/dictionnaire/individualit%C3%A9/)].

<sup>14</sup> Sur cela, v. notamment E. LENGART, *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, préf. D. BUREAU, Paris, LGDJ, 2023, p. 85 *sq.*

<sup>15</sup> Parmi les manifestations de ce mouvement, v. notamment l'arrêt ayant inauguré le recours à un contrôle de proportionnalité *in concreto* : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, publié au Bulletin.

<sup>16</sup> V. ainsi ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 3, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 2012, p. 234, abordant la définition de la vertu de justice, le philosophe distingue la justice universelle ou légale et la justice particulière. La première s'applique à l'ensemble des relations sociales et correspond au domaine du droit en général, du moins tel que nous le définissons à l'époque moderne, et cette forme de justice constitue une vertu complète s'appliquant « dans nos rapports avec autrui ».

ceux qui s'y rattachent encore<sup>17</sup>, de sorte que, pensé à partir de l'individu, c'est une part essentielle de sa signification qui s'en trouverait changée.

4. Pour prendre la mesure de cette tendance, il convient de procéder à son identification (I) avant d'en étudier les implications (II).

## I. IDENTIFICATION

5. L'identification de la tendance à penser et à construire le droit à partir de l'individu est un préalable. Une telle tendance se manifeste de diverses manières, et la dynamique qui la soutient est ancienne. Pour la cerner plus précisément, on cherchera à identifier ses ressorts théoriques. Cela permettra de mieux la comprendre et d'en analyser la signification (A) puis les expressions (B).

### A. Signification

6. Il convient au préalable de revenir sur la signification des concepts d'individu et de personne afin de mieux percevoir le sens que peut revêtir l'affirmation du premier face à la seconde. Ces deux notions, on l'a dit, sont animées par une logique fondamentalement différente : la personne est une notion abstraite, fonctionnelle et relationnelle ; là où l'individu présente une dimension concrète et séparatrice fortement marquée. Cette tension n'est pas l'apanage du droit, elle se ressent aussi sur le terrain philosophique. En philosophie également, ces deux notions présentent en effet des caractères et des rapports analogues. La personne y a aussi une même acception abstraite et fonctionnelle renvoyant à nouveau à la dimension rationnelle et relationnelle de l'être humain ; cela, au moins depuis que Locke a défini la personne comme un être pensant capable de se regarder soi-même comme étant le même<sup>18</sup> ; et que l'on place l'assise de la personne dans son corps, lequel lui donne son unité, en même temps qu'il constitue une « interface entre soi et le monde<sup>19</sup> », permettant d'intégrer autrui, l'extérieur, dans l'identité personnelle. De tels éléments traduisent ainsi nettement la dimension abstraite, rationnelle, sociale de la notion de personne. La personne, en ce sens, c'est l'individu abstraction faite de ses particularités, c'est l'être individuel pris de manière abstraite et considéré dans son ancrage collectif et dans son rapport avec autrui. Ainsi compris, le terme de personne révèle la continuité qui existe entre ces différents aspects de la personne humaine : c'est en effet la raison qui rend possible, par la parole, la relation à l'autre,

---

La seconde s'applique à la répartition des biens, des charges et des honneurs, ainsi qu'à la régulation des échanges volontaires ou involontaires entre les citoyens, et vise à établir un équilibre dans l'ensemble de ces rapports.

<sup>17</sup> V. notamment M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, p. 35-36, soulignant l'influence de cette conception du droit axée sur l'idée d'équilibre dans les rapports entre les hommes et les choses : « De façon plus ou moins consciente la plupart des purs civilistes croient encore qu'il existerait un rapport juste entre les choses, rapport plus ou moins permanent, croient encore au droit naturel » (p. 36). Plus récemment, v. notamment F. CHENEDE, « Le droit civil, au naturel (ou l'actualité d'un passé) », *Revue trimestrielle de droit civil*, 3, 2020.

<sup>18</sup> Sur cette idée, v. ainsi J. LOCKE, *Essai sur l'entendement humain*, II, XXVII, § 9, trad. J.-M. Vienne, Paris, Vrin, 2006.

<sup>19</sup> E. BAGET, « Individu, personne et identité personnelle », in P. LUDWIG et T. PRADEU (dir.), *L'individu. Perspectives contemporaines*, Paris, Vrin, 2008, p. 151 sq., en part. p. 172.

de même que la vie collective<sup>20</sup>. Face à cela, la notion d'individu entraîne, ici aussi, des perturbations identiques. Philosophiquement, le terme d'individu est également animé par un même mouvement de séparation, de distinction. C'est un concept fondé sur la « différenciation », sur l'« unité » et l'« unicité »<sup>21</sup>. L'individu, c'est l'être biologique, concret, qui, mû par un processus d'« auto différenciation permanente<sup>22</sup> », perce sous la personne, notion trop abstraite, indifférenciée. L'individu se caractérise et se singularise en effet par l'individuation, qui est un « mode conscient de différenciation<sup>23</sup> ». Les notions d'individu et de personne sont animées par une même logique sur le terrain juridique.

7. En droit, la personne réunit ce que l'individu sépare. Notion abstraite, fonctionnelle et relationnelle, la personne, en effet, renvoie à l'être humain considéré « dans son émergence au droit<sup>24</sup> ». La personne, c'est donc l'être humain pris dans son existence juridique et, comme cela a été souligné, « être créancier, débiteur, propriétaire, contractant, responsable, etc., c'est être une personne selon le droit<sup>25</sup> ». La notion présente ainsi une dimension abstraite fortement marquée<sup>26</sup>. Au sens juridique, la personne, en effet, n'est pas une réalité concrète comme l'est l'individu ; elle désigne l'être humain appréhendé par le droit et par l'abstraction qui est propre au phénomène juridique. Ainsi, être une personne, selon le droit, c'est déjà satisfaire aux conditions posées par le droit pour octroyer une telle qualité à l'être humain, à savoir, naître, ou être né, vivant et viable pour jouir de la personnalité juridique<sup>27</sup>. Et le droit pousse parfois l'abstraction jusqu'à la fiction en faisant exister des personnes juridiques par anticipation dans l'hypothèse des enfants à naître, qui ne sont pourtant, au sens strict, que des individus potentiels<sup>28</sup>. C'est ainsi l'aptitude à exister juridiquement, c'est-à-dire à être un sujet de droit, qui crée la personne au sens juridique. Cela traduit également un passage de la dimension individuelle à la dimension relationnelle et collective de l'être dans laquelle s'inscrit naturellement tout phénomène juridique<sup>29</sup>. La personne réunit ainsi

---

<sup>20</sup> V. notamment F. WOLFF, *Plaidoyer pour l'universel*, Paris, Fayard, 2019, insistant sur l'importance de la « rationalité dialogique » dans la définition de l'homme, qui est cette faculté de raisonner par le dialogue, et d'établir ainsi une relation à l'autre, essentielle dans toute vie collective.

<sup>21</sup> S. CHAUVIER, « Particuliers, individus et différenciation », in P. LUDWIG et T. PRADEU (dir.), *L'individu. Perspectives contemporaines*, op. cit., p. 11 sq., en part. p. 31.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>24</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, n° 194, op. cit.

<sup>25</sup> F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, 2006, p. 13.

<sup>26</sup> V. notamment entrée « La personne », in J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 16 et p. 64, à propos de cette conception abstraite et fonctionnelle de la notion de personne.

<sup>27</sup> V. les art. 318 et 725 du Code civil.

<sup>28</sup> V. l'art. L. 132-8 du Code des assurances assimilant « les enfants nés ou à naître » aux « personnes » pouvant bénéficier du paiement du capital ou de la rente garantie par un contrat d'assurance-décès, et l'art. 1082 du Code civil permettant aux époux de procéder par contrat de mariage à des donations à leurs enfants à naître. Ces solutions sont fondées sur l'adage « *Infans conceptus pro nato habetur de commodis jus agitur* ».

<sup>29</sup> V. ainsi R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 320, soulignant que la notion de personne et de sujet de droit coïncident et désignent les personnes « envisagées de façon abstraite ».

ce qu'il y a d'individuel et de collectif dans l'homme, en le coulant dans le moule du concept juridique de sujet de droit. On perçoit ainsi la continuité qui existe entre ces notions, ainsi que cela a été souligné : « Il y a en tout homme vivant en société *l'être individuel et l'être social*, pris en considération par le groupe, et à ce titre traité comme un *sujet de droit*. D'emblée, on peut dire que *les personnes, ce sont les sujets de droit*<sup>30</sup> ».

Notion juridique, la personne est donc aussi « construite<sup>31</sup> » et créée de même que placée sous la maîtrise du droit. C'est en effet le droit qui définit et détermine ce qu'est une personne, les critères et les conditions à satisfaire, de même que les éléments ainsi que le régime du statut personnel<sup>32</sup>. Ainsi façonnée par le droit, la notion en subit donc naturellement l'emprise. L'individu, en revanche, présente des caractères fondamentalement différents. La logique qui l'inspire est opposée, car l'individu distingue, sépare, divise, pour s'affirmer dans son irréductible singularité face à toute approche générale, globalisante et uniformisante. C'est en effet par distinction et retranchement que l'individu se constitue en s'extrayant des catégories, genres et espèces qui le contiennent et l'enferment. À cet égard, la notion d'individu ne constitue pas, en tant que telle, une notion juridique, et son emploi sur ce terrain relève ainsi d'un « discours d'ordre différent<sup>33</sup> ». En effet, la notion vise à « renverser la plupart des valeurs acceptées » pour poser que « l'individu s'appartient » et qu'« il est maître de lui avant d'appartenir à l'espèce, ou mieux encore à la société<sup>34</sup> ». Sous cet aspect, il faut souligner que « l'individu est un enjeu dans la philosophie du droit<sup>35</sup> ». C'est ce que l'on va voir en étudiant les expressions diverses que prend, en droit, l'affirmation de l'individu face au concept de personne.

## B. Expressions

8. Les expressions de l'affirmation de l'individu au sein de la théorie du droit sont diverses. Ce mouvement a en effet des origines lointaines et profondes, tirant sa force de racines anciennes et composites, mêlant des facteurs historiques, culturels, sociaux, économiques et politiques ; leur action progressive et conjuguée a entraîné l'avènement d'une véritable « révolution copernicienne » qui a vu l'individu émerger comme « réalité vécue et catégorie de la pensée » pour s'imposer en « sujet séparé et autonome, puis en unité fondamentale de la société<sup>36</sup> ». Pour triompher, ce mouvement s'est appuyé sur des évolutions philosophiques importantes, car il faut bien que la notion d'individu apparaisse, au préalable, comme un concept structurant dans la description et l'évaluation du réel, avant de pouvoir,

---

<sup>30</sup> F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 9.

<sup>31</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>32</sup> V. notamment P. MALAURIE et N. PETERKA, *Droit des personnes*, *op. cit.*, p. 29 sq.

<sup>33</sup> F.-X. TESTU, Entrée « Individu », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 819.

<sup>34</sup> R. MARTIN, « Personne et individu. (Un arrière-plan de la bioéthique) », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, Litec, 2005, p. 481 sq., en part. p. 485.

<sup>35</sup> F.-X. TESTU, Entrée « Individu », *op. cit.*, p. 819.

<sup>36</sup> A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, Paris, PUF, 1993, p. 13 ; C. GIRARD, « Qui sont les individus de la politique ? », in P. LUDWIG et T. PRADEU (dir.), *L'individu. Perspectives contemporaines*, *op. cit.*, p. 177 sq.

par la suite, jouer pleinement son rôle politique et juridique. Les travaux de Michel Villey ont révélé aux juristes les grandes étapes de cette mutation philosophique, en insistant sur l'importance déterminante du nominalisme dans l'émergence et l'affirmation de la notion d'individu comme pivot de la conception moderne du monde<sup>37</sup>. La thèse est célèbre, et peut se recommander de l'opinion des commentateurs les plus autorisés de la pensée nominaliste<sup>38</sup>. Pour le nominalisme, s'affirmant contre l'aristotélisme, l'être se réduit en effet à l'étant individuel, car rien de ce qui dépasse le strict phénomène individuel n'existe réellement, hors de notre esprit. Dès lors, l'homme, l'humanité – ou la personne – ne sont rien de plus que des noms que l'on donne aux divers individus – Socrate, Pierre ou Paul – qui, seuls, existent dans le réel<sup>39</sup>. Selon cette analyse, le résultat de cette réduction est simple : le monde n'est fait que d'individus, n'est qu'une « poussière d'atomes en désordre, qu'une poussière d'individus<sup>40</sup> ». La fortune de cette conception sera grande, au point que l'on a pu y voir le véritable acte de naissance de la « *via moderna*<sup>41</sup> ». Le sillon qu'elle a tracé a permis « l'irruption de la figure moderne de l'individu<sup>42</sup> », ouvrant la voie « au subjectivisme des modernes<sup>43</sup> ».

9. Son influence sera en effet décisive à l'époque moderne, où l'individualisme semble bien avoir établi son empire<sup>44</sup>. Elle peut aisément être perçue, à des titres et

---

<sup>37</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne* [1962], Paris, PUF, 2013, p. 223 sq. ; *id.*, *Philosophie du droit* [1975], n° 71 sq., Paris, Dalloz, 2019, p. 99 sq.

<sup>38</sup> V. notamment A. DE LIBERA, *La querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, Paris, Seuil, 2014 ; C. PANACCIO (dir.), *Le nominalisme. Ontologie, langage et connaissance*, Paris, Vrin, 2012 ; E. BREHIER, *Histoire de la philosophie*, t. I, « L'Antiquité et le Moyen-Âge », Paris, PUF, 1947, p. 718 sq. ; J. HABERMAS, *Une histoire de la philosophie*, t. I, Paris, Gallimard, 2021, p. 613 sq.

<sup>39</sup> Cette thèse a été formulée lors de la discussion d'un célèbre problème philosophique, la querelle des universaux, invitant à déterminer si les universaux – l'homme, le cheval, la pierre, par exemple – existent et ont un même rapport à l'être que les individus – tel homme, tel cheval, telle pierre. Sur ce cela, v. notamment A. DE LIBERA, *La querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, *op. cit.*, p. 13 ; C. PANACCIO (dir.), *Le nominalisme. Ontologie, langage et connaissance*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>40</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 224.

<sup>41</sup> J. HABERMAS, *Une histoire de la philosophie*, *op. cit.*, p. 613 sq., en part. p. 614, à propos de l'influence d'Ockham dans la « révolution nominaliste ».

<sup>42</sup> C. GAUTIER, Entrée « Individu », in M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 2004, p. 913.

<sup>43</sup> J. CHEVALIER, *Histoire de la pensée*, t. II, Paris, Flammarion, 1956, p. 495.

<sup>44</sup> V. notamment A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, *op. cit.*, p. 3 : l'individualisme constitue « l'épicentre de la modernité » ; L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, p. 21 : « L'idéologie moderne est individualiste » ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 185. V. également E. LENGART, *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, *op. cit.*, p. 31 sq.

selon des degrés divers, dans la pensée de nombreux auteurs – de Hobbes<sup>45</sup> à Descartes<sup>46</sup> – dont les œuvres ont structuré le paradigme philosophique de notre modernité et, ainsi qu'on l'a observé, elle est perceptible « encore aujourd'hui<sup>47</sup> » où l'on continue, assez intuitivement, et peut-être inconsciemment, à considérer le réel comme formé d'individus et de choses individuelles<sup>48</sup>. Le droit pouvant être tenu comme étant le reflet d'une certaine vision du monde, les conséquences de cette conception sur le terrain juridique sont sensibles : s'imposant comme la catégorie essentielle du réel, l'individu devient la pierre angulaire sur laquelle l'ensemble de la vie collective et juridique pourra – et devra – être édifiée. La suite est connue. C'est à partir de l'individu que les penseurs du contrat social construiront la société en lui assignant pour fonction de protéger les droits innés dont il est intrinsèquement le titulaire – et Hobbes<sup>49</sup> ou Locke<sup>50</sup> ne font pas autre chose lorsqu'ils raisonnent à partir d'un individu placé dans l'état de nature afin d'en faire le fondement de l'ordre social et juridique. Ces doctrines reçurent une traduction concrète dans les grandes Déclarations des droits adoptées durant la période révolutionnaire, et c'est bien ainsi que l'on peut analyser celle de 1789 qui constitue encore le fondement de l'ensemble de notre système politique et juridique<sup>51</sup>. Il y a là le signe d'une puissante « anthropologisation du droit<sup>52</sup> », et cette tendance s'est encore amplifiée à l'époque contemporaine. Sous l'influence d'une dynamique de « fondamentalisation<sup>53</sup> », le phénomène juridique semble en effet désormais tendre à s'organiser autour des droits fondamentaux directement reconnus aux individus eux-mêmes, et dont la protection se prolonge au niveau international par le biais de nombreux instruments. Il en résulte une internationalisation et une amplification de la protection des droits fondamentaux conduisant à une « revalorisation de l'individu devenu acteur et pilier du système normatif global<sup>54</sup> ». À la faveur d'un mouvement graduel, l'individu s'est ainsi progressivement imposé comme la clé de voûte de notre modernité juridique : par la pensée nominaliste, il a acquis une place essentielle au sein de la description du réel ; et il s'est imposé comme un élément

---

<sup>45</sup> T. HOBBS, *Léviathan*, chap. IV, trad. G. Mairet, Paris, Folio, 2000, p. 99 : « Il n'y a rien d'universel dans le monde, en dehors des dénominations ; car les choses nommées sont toutes individuelles et singulières ».

<sup>46</sup> R. DESCARTES, *Les principes de la philosophie*, I, sections 58-59, in *Œuvres philosophiques*, t. III, éd. F. Alquié, Paris, Classiques Garnier, 2018, pour l'idée selon laquelle les universaux n'existent que dans notre pensée.

<sup>47</sup> A. DE LIBERA, *La querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, op. cit., p. 10. Pour des illustrations contemporaines, v. notamment les textes rassemblés dans C. PANACCIO (dir.), *Le nominalisme. Ontologie, langage et connaissance*, op. cit., p. 157 sq.

<sup>48</sup> Sur l'influence de cette thèse nominaliste, v. notamment C. PANACCIO (dir.), *Le nominalisme. Ontologie, langage et connaissance*, op. cit., p. 16 ; S. AUROUX, *La sémiotique des encyclopédistes*, chap. « Le nominalisme des lumières », Paris, Payot, 1979, p. 102 sq.

<sup>49</sup> T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., chap. XIV.

<sup>50</sup> J. LOCKE, *Second Traité du gouvernement civil*, chap. VIII, « Du commencement des sociétés politiques », tr. D. Mazel, Paris, Flammarion, 1984.

<sup>51</sup> V. notamment X. MARTIN, « Sur l'homme de la Déclaration des droits », *Droits*, 8, 1998, p. 83 sq., pour une étude critique.

<sup>52</sup> S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, p. 65-66.

<sup>53</sup> Y. LEQUETTE, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2017, p. 9 sq., en part. p. 351.

<sup>54</sup> C. PAMBOUKIS, *Droit international privé holistique : Droit uniforme et Droit international privé*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2008, p. 9 sq., en part. p. 85.

fondamental dans la construction de l'ordre social et juridique dont il est, sous cet angle, le principal artisan et bénéficiaire<sup>55</sup>. Ainsi armé, l'individu semble désormais en mesure de concurrencer la notion de personne. Il convient à présent d'en étudier les implications de ce phénomène, pour en mesurer plus concrètement les conséquences juridiques.

## II. IMPLICATIONS

10. Les implications juridiques de cette tendance sont nombreuses. Le droit étant construit et pensé à partir de l'individu, il en résulte une forme d'affranchissement de ce dernier, lequel tend à se réapproprier les éléments de sa personnalité en faisant fi des barrières que le droit peut dresser. Cette dynamique s'inscrit dans un contexte plus global qui paraît conduire à une dilution du phénomène juridique dans les prérogatives individuelles. C'est ce que l'on tâchera de montrer, en analysant ce double mouvement de réappropriation (A) et de dilution (B).

### A. Réappropriation

11. En droit, l'individu s'est largement réapproprié les éléments de sa personnalité juridique – le nom, le sexe, le statut familial, la nationalité – sur lesquels il exerce désormais une certaine maîtrise. Cette tendance se manifeste diversement et, sous un mode imagé, on peut y déceler une percée de l'individu éclipsant la personne sur la scène juridique. Elle repose toutefois sur un paradoxe, au moins apparent, tenant au fait que, en dépit de la place centrale que l'individu a acquise, le concept de personne demeure la seule catégorie juridique réellement opératoire dans le monde du droit<sup>56</sup>. L'individu, en effet, n'est pas une notion juridique, et l'on continue à fondre la réalité juridique dans la *summa divisio* romaine des personnes et des choses<sup>57</sup>. C'est, au fond, comme si la notion de personne semblait encore contenir, si ce n'est effacer, l'individu, cela alors même que ce dernier s'est pourtant imposé comme la pierre angulaire de notre modernité juridique, et qu'il maîtrise la plupart des éléments de sa personnalité juridique – le nom, le sexe, le statut familial, la nationalité. La tension qui en résulte était déjà soulignée par des auteurs s'interrogeant sur la manière dont l'individu, qui a réellement « pris place dans l'ordre juridique », allait pouvoir « coexister avec la personne juridique<sup>58</sup> ». L'interrogation n'est pas seulement théorique, elle a des conséquences pratiques importantes, tant en ce qui concerne le statut et l'état de la personne que le régime des droits qui lui sont attachés. Traditionnellement, les règles qui gouvernent les éléments composant le statut juridique de la personne – le nom, le sexe, le statut familial, la nationalité – sont marquées par une forte impérativité, car ces éléments

---

<sup>55</sup> V. notamment M. WALINE, *L'individualisme et le droit* [1945], Paris, Dalloz, réimpr. 2007, p. 40.

<sup>56</sup> V. notamment F.-X. TESTU, Entrée « Individu », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 819.

<sup>57</sup> V. notamment A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, n° 1, Paris, PUF, 1996, rappelant l'ancienneté de cette division, que l'on trouvait déjà chez Gaius dont les *Institutes* posait que « tout le droit dont nous usons concerne soit les personnes, soit les choses, soit les actions ». V. dernièrement E. DESCHEEMAËKER, « "Personne" sans personne et "chose" sans chose. De deux hystérèses en droit civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2025/1, observant que personnes et choses sont « les deux éléments constitutifs principaux de ce qu'on pourrait appeler l'ontologie de l'univers juridique » (p. 1).

<sup>58</sup> F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes*, *op. cit.*, p. 10.

« intéressent le groupe social » et révèlent le « regard [...] que l'État porte sur l'individu<sup>59</sup> ». Sous cet aspect, la notion de personne enserme l'individu de manière impérative en raison des besoins de la vie juridique et collective. Sous un autre aspect, et sous l'angle de l'individu cette fois, ces mêmes éléments se présentent sous un jour différent. En effet, ces éléments composant le statut personnel – à savoir, de nouveau, le nom, le sexe, le statut familial, la nationalité – participent également de l'identité propre de l'individu lui-même. Ils sont ainsi « ce qui le fait être toujours lui-même, et toujours différent de lui-même<sup>60</sup> ». Telles sont les « deux faces de l'état<sup>61</sup> » de la personne, dont l'une l'emporte habituellement sur l'autre, car la dimension sociale et impérative de l'état des personnes, qui est aussi une institution de police administrative, fonde l'existence en ce domaine d'un principe d'indisponibilité en vertu duquel l'état de la personne échappe à l'emprise de la volonté individuelle. Une telle indisponibilité de l'état des personnes s'explique généralement par l'idée que « l'état n'est pas un objet extérieur à la personne, mais la personne elle-même<sup>62</sup> ». À la faveur d'importantes évolutions, ce principe semble toutefois s'être singulièrement érodé.

12. L'individu a acquis une certaine maîtrise des éléments qui composent son statut personnel, cela au point que le principe d'indisponibilité s'en trouve aujourd'hui très affaibli. Cette maîtrise s'est déjà affirmée à l'égard de son propre corps, qui demeure « le substratum de la personne<sup>63</sup> ». Le corps de l'individu est en effet protégé contre les atteintes des tiers tant par le droit civil<sup>64</sup> que par le droit pénal<sup>65</sup>. Quant au pouvoir de disposition de l'individu sur son propre corps, si ce dernier demeure formellement un objet hors du commerce juridique<sup>66</sup>, l'individu peut toutefois en disposer, cela même en s'adonnant à des activités dangereuses pour son intégrité corporelle, comme en atteste notamment le principe d'« autonomie personnelle<sup>67</sup> » que la Cour de Strasbourg lui reconnaît. Il n'est, au fond, guère que la dignité humaine s'attachant fondamentalement et essentiellement à la personne qui demeure hors de l'emprise de l'individu, comme l'a montré la célèbre

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>60</sup> F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes, op. cit.*, p. 143

<sup>61</sup> *Ibid.* et *loc. cit.*

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>63</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, *op. cit.*, n° 196, p. 381.

<sup>64</sup> V. l'art. 16 et suiv. du Code civil protégeant l'inviolabilité du corps humain afin d'assurer la primauté de la personne.

<sup>65</sup> V. l'art. L. 222-1 et s. punissant les atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique de la personne.

<sup>66</sup> V. l'analyse et les nuances apportées par J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, n° 198, *op. cit.*, p. 384.

<sup>67</sup> La notion a été employée pour la première fois dans l'arrêt CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, D. 2002. 1596 ; *RTD civ.*, 2002, 482, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP. G.*, 2002. I. 153. 6, obs. A. MARMISSE ; *ibid.*, I. 157. 1, et 13, obs. F. Sudre, dans cet arrêt, bien que la Cour n'aille pas jusqu'à reconnaître que cette « autonomie personnelle » implique un droit au suicide assisté, la Cour relève néanmoins que l'article 8 de la Convention contient un « droit à l'autodétermination en tant que tel » (§ 61) impliquant le droit pour tout individu de « mener sa vie comme il l'entend », ce qui peut inclure la « possibilité de s'adonner à des activités perçues comme d'une nature physiquement ou moralement dommageable pour sa personne » (§ 62).

affaire dite du « lancer de nain » de Morsang-sur-Orge<sup>68</sup>. Les autres éléments se rapportant au statut personnel sont, eux, largement tombés sous le giron de l'individu. Les exemples sont connus, et concernent notamment la libéralisation du changement de nom<sup>69</sup> et de sexe<sup>70</sup> ou la diversification des statuts familiaux<sup>71</sup>. Il en est, selon cette analyse, résulté une pénétration du « pluralisme<sup>72</sup> » dans la législation civile, dont Philippe Rémy avait révélé qu'il consistait essentiellement à inclure dans la norme ce qui en était exclu en vertu d'un principe de libre choix laissé aux individus. Il en résulte un affaiblissement de l'emprise que le droit et l'ordre juridique exercent sur l'individu. Sensible dans l'ordre interne, cette dynamique est plus forte encore dans l'ordre international où l'individu a acquis une autonomie sans précédent lui permettant de maîtriser davantage les éléments de son statut personnel, parfois même contre les prohibitions de la loi qui s'applique pourtant à lui<sup>73</sup>. Une fois encore, les illustrations sont nombreuses et concernent toutes les

---

<sup>68</sup> Sur laquelle v. CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, *GAJA*, Paris, Dalloz, 2023, n° 92.

<sup>69</sup> Le principe de l'immutabilité du nom de famille et du prénom affirmé solennellement par la loi du 6 fructidor an II (L. 26 août 1794, art. 1<sup>er</sup> : « Aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux qui sont exprimés dans son acte de naissance ; ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre ») a ainsi été considérablement assoupli et libéralisé par plusieurs réformes successives afin de permettre de changer de nom et de prénom dans des conditions simplifiées, laissant ainsi une place plus grande à la volonté et à l'intérêt de l'individu. V. ainsi art. 60 et suiv. du Code civil et l'analyse de cette évolution : C. MARIE, Entrée « Nom – Changement de nom », in *JurisClasseur Civil*, 2022, n° 4 et suiv.

<sup>70</sup> L'appartenance à l'un ou l'autre des deux sexes doit être obligatoirement mentionné dans l'acte de naissance en vertu de l'art. 57 du Code civil. Au refus initial de la modification de la mention du sexe à l'état civil (v. C. civ. 1<sup>re</sup>, n° 73-10.615, 16 déc. 1975), et à la suite de la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg (CEDH, 25 mars 1992, *B.c./ France*, req. n° 13343/87), a succédé un revirement de jurisprudence (Ass. Plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 et 91-12.373) et diverses interventions réglementaires (v. la circulaire du 14 mai 2010 précisant que le changement de sexe n'impliquait pas nécessairement de réassignation chirurgicale et que seul était requis le caractère irréversible du changement, lequel peut se prouver librement) et législatives (v. la loi du 18 nov. 2016 assouplissant et démedicalisant la procédure) admettant désormais un changement par simple possession d'état, ce dont rendent maintenant compte les art. 61-5 et suiv. du Code civil.

<sup>71</sup> Le statut familial exclusivement axé sur le couple marié hétérosexuel n'est plus le seul modèle depuis que le PACS a été instauré (L. 16 nov. 1999, et v. les art. 515-1 et s. du Code civil) et que le mariage a été ouvert à tous les couples et notamment à ceux de même sexe (L. 17 mai 2013, v. l'art. 143 du Code civil). Le Doyen Carbonnier a rendu compte de cette évolution dans une formule célèbre : « À chacun sa famille à chacun sa loi », in *Essais sur les lois*, Paris, LGDJ, 2013, p. 91 sq.

<sup>72</sup> P. REMY, « Le mythe du pluralisme civil en législation. Observations complémentaires », *Revue de la recherche juridique*, 1983/1, p. 91 : « Les pluralistes, en faisant semblant de ne pas choisir ont choisi de laisser choisir ».

<sup>73</sup> V. notamment A. E. VON OVERBECK, « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in *Hommage à François Rigaux*, Paris, Bruylant, 1993, p. 619 sq. ; D. BUREAU, « L'influence de la volonté sur le conflit de lois », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 285 sq. ; H. MUIR WATT, « Le principe d'autonomie de la volonté : entre libéralisme et néolibéralisme », in M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale : socle d'un code européen de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2008, p. 255 sq.

matières touchant à la personne : nom de famille<sup>74</sup>, sexe<sup>75</sup>, statut marital<sup>76</sup> et filiation<sup>77</sup>. Sur l'ensemble de ces éléments, l'individu a pu acquérir à l'étranger ce que l'ordre juridique interne duquel il relève ne lui permettait pas d'obtenir. L'importante « mobilité inter-systémique<sup>78</sup> » dont l'individu bénéficie, conjuguée à la protection internationale des droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés européennes, lui offre un puissant levier pour s'affranchir de la plupart des contraintes que l'ordre juridique national peut faire peser sur lui<sup>79</sup>. Ce faisant, l'individu peut disposer pleinement de l'ensemble des éléments de sa personnalité, au point de faire sauter, dans les faits, le verrou du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, comme l'a encore montré le récent revirement de jurisprudence acceptant de donner effet à une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger<sup>80</sup>. La conséquence de ce mouvement semble claire : l'individu peut maintenant maîtriser les éléments de son statut personnel, et le droit paraît avoir perdu l'emprise qu'il exerçait sur la personne. Cet affranchissement est aussi le signe d'une dilution du phénomène juridique lui-même.

---

<sup>74</sup> V. la saga jurisprudentielle européenne imposant la reconnaissance du nom de famille acquis par un citoyen européen dans un autre État membre selon un mode d'attribution différent de celui que retient l'État membre national : CJCE 30 mars 1993, *Konstantidinis*, aff. C-168/91, *Rec. p.* I-1191 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, D., 2004.1476, note M. Audit ; *Rev. crit. DIP*, 2004.184, note P. Lagarde ; *RTD civ.*, 2004.62, obs J. Hauser ; *JDI*, 2004.1219, note S. Poillot-Peruzzetto ; CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, *Rev. crit. DIP*, 2009.86, note P. Lagarde ; *JDI*, 2009.207, note L. d'Avout ; CJUE 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09 ; *RTD. civ.* 2011.98, obs. J. Hauser ; Europe, 2011. comm. 40, obs. D. Simon ; *JDI* 2011.639, note J. Heymann ; *RTD eur.* 2011.571, note E. Pataut.

<sup>75</sup> V. notamment l'arrêt imposant à un État membre de reconnaître le changement de sexe acquis dans un autre État membre : CJUE, 4 octobre 2024, *Mirin*, n° C -4/23, *JDI*, 2025, n° 2, comm. 12, D. Porcheron ; *JCP G.* 2025, n° 2, 13 janvier 2025, act. 54, note L. d'Avout ; Europe, 1<sup>er</sup> déc. 2024, n° 446, A. Rigaux ; D. 2024. 2067, note B. Moron-Puech ; 2025. 93, note B. Haftel ; *ibid.*, p. 98, note H. Gaudin ; *ibid.*, p. 915, obs. S. Clavel.

<sup>76</sup> V. notamment l'arrêt imposant à un État membre de reconnaître le statut marital d'un couple de même sexe acquis dans un autre État membre : CJUE 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*, D. 2018. 1674, note H. Fulchiron et A. Panet ; 2019. 347, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.*, 856, obs. S. Hennette-Vauchez ; *ibid.*, 910, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Rev. crit. DIP* 2018. 816, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2018. 858, obs. L. Usunier ; *RTD eur.* 2018. 673, obs. E. Pataut. V. égal. l'arrêt récent par lequel la Cour de justice parachève cette évolution : CJUE, 25 novembre 2025, *Woje-woda Mazowiecki*, n° C -713/23.

<sup>77</sup> V. notamment l'arrêt imposant à un État membre de reconnaître la filiation homoparentale établie dans un autre État membre : CJUE 14 déc. 2021, aff. C-490/20, *Pancharevo*, D. 2022. 331, note L. d'Avout et R. Legendre ; *ibid.*, 565, chron. H. Fulchiron ; *ibid.*, et 872, obs. M. Mesnil ; *Aj fam.* 2022. 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Rev. crit. DIP* 2022. 554, note S. Corneloup ; *RTD civ.* 2022. 352, obs. L. Usunier ; *RTD eur.* 2022. 391, obs. F. Benoît-Rohmer.

<sup>78</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021 p. 692.

<sup>79</sup> V. notamment *ibid.*, p. 680.

<sup>80</sup> V. dernièrement, admettant la reconnaissance du lien de filiation maternelle entre une mère d'intention ayant, seule, eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger : Civ. 1<sup>re</sup>, 14 nov. 2024, n° 23-50.016, D. 2025. 224, note M. Mesnil ; *ibid.*, 229, note D. Fenouillet *et al.*, *ibid.*, p. 705 obs. P. Hilt ; *ibid.*, 915, obs. S. Clavel ; *JDI*, 2025, n° 2, comm. 8, note F. Marchadier.

## B. Dilution

13. Ce mouvement d'affirmation de l'individu se trouve porté et amplifié par une profonde dynamique de dilution du phénomène juridique. La tendance est profonde et touche la plupart des pans de notre droit contemporain. Elle se traduit déjà par une multiplication des droits subjectifs, se manifestant par la prolifération des « droit à<sup>81</sup> » dont les individus sont titulaires. Le Doyen Carbonnier y avait déjà insisté, en analysant la tendance à la « pulvérisation du droit en droits subjectifs<sup>82</sup> ». Il y a là une forme de réduction du droit, assimilant celui-ci à la satisfaction d'un intérêt purement individuel dans la mesure où cela tend à identifier « le droit à l'objet du désir, comme pour un bien de consommation<sup>83</sup> ». Par l'affaiblissement de sa fonction collective en tant que norme commune, et par son resserrement autour de l'individu, il en résulte une perte de valeur du droit lui-même ; et l'inflation des droits subjectifs est aussi le signe de leur dévaluation, dès lors que ces derniers présentent souvent un caractère incantatoire fortement marqué<sup>84</sup>. En outre, les rapports entre ces divers droits subjectifs donnent souvent lieu à des frictions, en raison des « contradictions<sup>85</sup> » que M. Villey avait décelées en leur sein et dont Y. Lequette a encore montré le caractère inévitable en observant que « chaque droit de l'homme étant la négation d'autres droits de l'homme, des conflits apparaissent entre lesquels il faut bien arbitrer<sup>86</sup> ». Ce mouvement aboutit ainsi à une forme d'« atomisation » et de « balkanisation<sup>87</sup> » du système juridique, ce que relève A. Supiot, observant que « toute règle est commuée en droits subjectifs » et que ceux-ci sont offerts aux individus « comme on distribuerait des armes » afin que chacun puisse suivre ses inclinations, si bien que le « le Droit disparaît comme bien commun<sup>88</sup> ». De tout cela, le contentieux contemporain offre une illustration topique. L'utilisation et l'instrumentalisation du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est à cet égard particulièrement significative, comme le révèle son emploi pour faire céder des normes pourtant fermement établies, et aussi diverses que la prohibition du mariage entre

---

<sup>81</sup> D. COHEN, « Le droit à », in *Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 393 sq. ; M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, Economica, 2006.

<sup>82</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 121 sq.

<sup>83</sup> D. COHEN, « Le droit à », art. cité, p. 399.

<sup>84</sup> V. notamment *ibid.*, p. 393 : l'analyse est célèbre : « À l'éducation, à la santé, au logement, à la vie privée, à l'image, à l'honneur, à l'air pur (voire à l'environnement), à l'information, au RMI, au procès équitable, au nom, à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant... : une série de droits subjectifs non génériques [...] écloit en une arborescence qui suscite espoirs excessifs et revendications chez les uns, agacement et scepticisme chez d'autres ».

<sup>85</sup> M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 12.

<sup>86</sup> Y. LEQUETTE, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?*, op. cit., p. 388-389.

<sup>87</sup> D. COHEN, « Le droit à », art. cité, p. 395.

<sup>88</sup> A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 27.

alliés<sup>89</sup>, les règles d'urbanisme interdisant la construction de logements dans certaines zones au titre de la protection de l'environnement<sup>90</sup>, les dispositions pénales réprimant les atteintes à l'intégrité physique dans le contexte de pratiques sadomasochistes<sup>91</sup>, ou encore pour fonder des solutions aussi opposées que le droit de la femme d'accoucher sous X et celui de l'enfant à connaître ses origines<sup>92</sup>. L'approche radicalement individualiste à laquelle invite cette tendance semble lourde de conséquences délétères. En effet, ainsi que cela avait été observé par Villey, les droits fondamentaux, valeurs essentielles placées au fondement de nos sociétés, ne sauraient constituer des outils opératifs pour trancher, à eux seuls, les litiges de droit privé, puisque leur indétermination les rend impropres à un tel usage<sup>93</sup>. Le droit au respect de la vie privée et familiale, droit fondamental et essentiel, n'est en effet pas en mesure, à lui seul, de permettre la résolution des litiges en matière familiale. Il offre un fondement, il trace un horizon en cette matière, mais il faut nécessairement le compléter par une foule d'autres règles pour constituer un droit de la famille<sup>94</sup>. On pourra en trouver une illustration dans l'impression de confusion et d'incertitude laissée par l'usage immodéré de ce principe fondamental dans le contentieux contemporain sous les atours d'un contrôle de conventionnalité *in concreto* auquel la Cour de cassation s'est désormais convertie, et dont les conséquences négatives ont été dénoncées en termes d'insécurité juridique, de recul

---

<sup>89</sup> V. ainsi Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénéde ; *ibid.*, 153, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.*, 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; *ibid.*, 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser ; *ibid.*, 307, note J.-P. Marguénaud, jugeant au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que le prononcé de la nullité du mariage d'un beau-père avec sa belle-fille, divorcée d'avec son fils, revêt à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans.

<sup>90</sup> V. ainsi Civ. 3<sup>e</sup>, 16 janvier 2020, n° 19-10.375, *RDI.* 2020. 150, note P. Soler-Couteaux ; *ibid.*, 377, note J.-L. Bergel ; *RTD civ.*, 2020. 428, note W. Dross, jugeant au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'« une cour d'appel ne peut ordonner la démolition de constructions édifiées en violation de règles d'urbanisme et l'expulsion de ses occupants en se déterminant par un motif inopérant tiré de ce que la mesure d'expulsion ne concerne que les constructions à usage d'habitation et sans rechercher concrètement, comme il le lui était demandé, si ces mesures sont proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile ».

<sup>91</sup> V. ainsi CEDH, 17 fév. 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, req. n° 42758/98 et n° 45558/99, JCP. I.159 obs. F. Sudre ; *RTD. Civ.*, 2005.341, obs. J.-P. Marguénaud ; D., 2005.2973, note M. Fabre-Magnan, jugeant que ces pratiques, bien que contraires en l'espèce à la loi pénale belge du fait de leur caractère particulièrement violent et dommageable pour la femme qui les a subies, pouvaient néanmoins être considérées comme relevant de ce droit à l'autodétermination et à l'autonomie personnelle que la Cour européenne des droits de l'homme protège désormais sur le fondement de l'article 8 de la Convention.

<sup>92</sup> V. ainsi pour une conciliation entre ces droits antagonistes en application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : CEDH, 30 janvier 2024, n° 18843/20, jugeant que la loi française ménage un juste équilibre entre le respect dû au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché et le souhait légitime de l'enfant né dans ses conditions, en privilégiant la volonté de la mère, contactée 56 ans après l'accouchement sous X, de préserver son anonymat. Sur cela, v. notamment A. BENABENT et R. LEGENDRE, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 2024, n° 542.

<sup>93</sup> V. notamment M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 10-13.

<sup>94</sup> V. notamment F. CHENEDE, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *Recueil Dalloz*, 2014, en part. n° 6.

de la règle générale, de remise en cause de l'égalité des citoyens devant la loi, d'éclipse du syllogisme juridique au nom d'« un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné<sup>95</sup> ». Désormais bien connu, ce mouvement s'est originellement manifesté sur le terrain du statut personnel à l'occasion d'un retentissant arrêt rendu en 2013 par la Cour de cassation dans lequel celle-ci cassait, au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, un arrêt d'appel ayant annulé un mariage conclu entre un beau-père et sa bru en violation de l'empêchement à mariage posé par l'article 161 du Code civil, au motif que le prononcé de la nullité entraînerait en l'espèce une atteinte disproportionnée droit au respect de la vie privée et familiale de la femme<sup>96</sup>. Pour la première fois, la Cour de cassation décidait de mettre de côté l'application de dispositions législatives en raison de l'atteinte aux droits fondamentaux qui serait susceptible d'en résulter dans un cas particulier, effaçant ainsi la généralité de la loi sous l'irréductible singularité de l'espèce<sup>97</sup>. Des matières que l'on pouvait penser à l'abri de ces remous, en raison de leur distance avec les domaines touchant au statut de la personne, et de leur nature plus technique parfois perçue à tort comme axiologiquement neutre, ont, elles aussi, ressenti l'influence de ce mouvement, comme en atteste l'émergence d'un « droit à la preuve<sup>98</sup> », conçu comme un nouveau droit subjectif ayant vocation à se manifester lorsque, dans un cas particulier, les règles générales du droit de la preuve faisant obstacle à la recevabilité des preuves illicites et déloyales seront perçues comme trop contraignantes, en sorte que la généralité s'efface, là aussi, face à la particularité et à la singularité du cas d'espèce.

14. Il en résulte une mutation sensible du raisonnement juridique, et du droit lui-même, réduisant celui-ci à une approche casuistique axée sur la spécificité irréductible des cas individuels, au point que la généralité, la cohérence et la rationalité même du phénomène juridique s'en trouvent atteintes. Oppetit avait, en son temps, déjà perçu les prémises de ce mouvement par lequel « le système juridique tend à devenir une méthode de règlement plus qu'un ensemble de normes<sup>99</sup> », tendance

---

<sup>95</sup> A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *Recueil Dalloz*, 2016. Sur les débats nombreux entourant ce mécanisme, v. notamment sans prétention à l'exhaustivité : *pro* : P. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2061 *sq.* ; *contra* : F. CHENEDE, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 796 *sq.*

<sup>96</sup> V. ainsi *Civ. 1<sup>ère</sup>*, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, publié au bulletin.

<sup>97</sup> Sur cet arrêt et parmi de nombreux commentaires, v. notamment F. CHENEDE, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », art. cité.

<sup>98</sup> V. l'arrêt fondateur : *Civ. 1<sup>ère</sup>*, 5 avril 2012, n° 11-14.177, D. 2012. 1596, note G. Lardeux ; *ibid.* 2826, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; *ibid.*, 2013. 269, obs. N. Fricero ; *ibid.* 457, obs. E. Dreyer ; *RTD civ.* 2012. 506, obs. J. Hauser. Et v. l'arrêt ayant récemment admis la possibilité de produire une preuve illicite et déloyale : Ass. plén. 22 déc. 2023, n° 20-20.648, D. 2024. 291, note G. Lardeux ; *ibid.* 296, note T. Pasquier ; *ibid.* 275, obs. R. Boffa ; *ibid.* 570, obs. J.-D. Bretzner ; *RTD civ.*, 2024. 186, note J. Klein ; JCP G. éd. 29 janvier 2024, act. 119, rapp. D. Ponsot et H. Fulchiron ; *ibid.* act. 120, note G. Vial.

<sup>99</sup> B. OPPETIT, « L'hypothèse du déclin du droit », in B. OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 108, et observant également que : « La généralité de la règle de droit a vécu [...]. À côté des textes traditionnels, dits romains, qui se veulent généraux, se développe une autre famille de textes dits de convenance car trop nombreux, trop complexes, trop changeants pour avoir valeur de règle, laquelle exige un minimum de généralité et de durée. [...] Aussi serait-il assez vain de continuer à ne voir dans le droit français que l'expression du cartésianisme : il découle bien davantage d'une conception purement instrumentaliste. Toutefois les finalités globales du système n'apparaissent pas clairement : seuls les objectifs particuliers et contingents sont à la

dans laquelle l'auteur décelait un signe du « déclin du droit<sup>100</sup> ». Philosophiquement, on pourra percevoir dans cette dynamique une conséquence lointaine de la tendance qu'avait initiée le nominalisme en récusant le général au profit du singulier, l'abstrait pour le concret, et l'universel pour l'individuel. Sur le terrain juridique, les ultimes conséquences de cette tendance se dessinent et se manifestent par une forme de réduction du phénomène juridique dont la focale semble se resserrer autour de l'individu et de l'individuel. Analysant les traits du « droit post-moderne », J. Chevallier avait souligné cet aspect, en observant que le « pragmatisme » qui l'anime implique de mesurer sa valeur à l'aune de son efficacité, de son « adaptation au concret » et de son « rapprochement des individus<sup>101</sup> ». A. Supiot y avait également insisté, en soulignant que si le droit a encore « quelque chose à voir avec la justice », c'est seulement à la condition d'« identifier aussitôt celle-ci à la maximisation des utilités individuelles<sup>102</sup> ». Ainsi considéré, le phénomène juridique se présente sous un jour singulier, perdant la dimension rationnelle et collective qui le caractérisait lorsqu'il était davantage perçu comme visant à établir un ordre, un équilibre dans les relations<sup>103</sup>. Cette mutation fait alors peut-être écho à celle qui touche la notion de sujet de droit, où l'évolution ainsi esquissée ici semble montrer l'individu percer sous le masque de la personne, si bien que la dilution à l'œuvre semble toucher l'ensemble du droit. Dans ces conditions, une interrogation affleure : peut-on même encore parler de droit ? La question n'est pas gratuite, si l'on se souvient que Motulsky avait observé que « le droit perd sa raison d'être » et « se renie lui-même » s'il substitue « l'empirisme » et « l'appréciation directe des intérêts » aux « principes rationnels » et « aux critères objectifs » ; « sombrer dans le subjectivisme, concluait-il, quand il s'agit du Droit, c'est laisser libre cours à l'arbitraire<sup>104</sup> ».

### Elie Lenglar

Professeur à l'université de Lille, département de droit privé et sciences criminelles. Auteur d'une thèse sur *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme* (LGDJ, 2023).

---

rigueur perçus, encore que bien souvent seul soit recherché, comme un but se suffisant à lui-même, le changement pour le changement » (p. 106).

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 98 sq.

<sup>101</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 118.

<sup>102</sup> A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>103</sup> V. notamment M. VILLEY, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 50 sq., n° 35 sq., analysant la finalité propre du droit comme la recherche rationnelle d'un partage des biens afin d'établir un équilibre dans les relations entre les hommes au sein d'une collectivité politique.

<sup>104</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* [1948], Paris, Dalloz, réimpr. 2002, p. 5.

Paul Veron, Cyril Desjeux, Fabrice Gzil, Benoît Eyraud

## Le sujet de droit à l'épreuve de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées

**L**A PERSONNE HUMAINE ET LE SUJET DE DROIT. Il est devenu courant, chez les juristes, de souligner au moins deux significations de la personne en droit<sup>1</sup>. Le terme désigne tantôt la personne juridique, le « sujet de droit », acteur de la vie juridique et point d'imputation de droits, de pouvoirs et d'obligations<sup>2</sup>, tantôt la personne humaine, être de chair et d'esprit, dont l'intégrité corporelle et morale doit être protégée. La personne physique rassemble « sur sa tête » ces deux dimensions : d'une part, celle d'un sujet ayant vocation à agir sur la scène du droit et plus largement sur la scène sociale et, d'autre part, celle d'un sujet vulnérable appelant des protections, notamment à travers la reconnaissance de droits fondamentaux. À ce titre, une évolution majeure du droit contemporain, en particulier depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, serait celle d'une appréhension plus complexe de l'individu, à travers la prise en compte croissante de l'épaisseur de la personne humaine derrière le masque de la personne juridique<sup>3</sup> : un intérêt grandissant pour la protection du corps et du psychisme<sup>4</sup>, pour les émotions<sup>5</sup>, le génome ou l'intégrité cérébrale<sup>6</sup>, mais aussi une attention plus grande portée aux situations de dépendance ou de pouvoir dans les relations entre les individus<sup>7</sup>. Ce phénomène traverserait l'ensemble des champs du droit, aussi bien les rapports contractuels que le droit des personnes ou le droit pénal, l'expansion des droits fondamentaux ayant joué un rôle d'accélérateur de cette évolution. Le postulat d'un sujet libre et rationnel<sup>8</sup>, fiction conçue comme consubstantielle au fonctionnement d'un ordre juridique, notamment pour admettre qu'une personne puisse s'obliger ou être reconnue responsable, demeure, mais il apparaît très largement nuancé par une variété de figures de sujets concrets pris dans des relations sociales impliquant des formes de dépendance, de contrainte ou de pouvoir. Le sujet présumé « capable

---

<sup>1</sup> Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature », *Le Débat*, 100, 1998/3, p. 85.

<sup>2</sup> R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909.

<sup>3</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2022 (3<sup>e</sup> éd.), p. 16 sq.

<sup>4</sup> G. AÏDAN, *Le fait psychique, objet du droit*, Paris, CNRS Éditions, 2022.

<sup>5</sup> L. DUMOULIN, C. VIGOUR, « Émotions, droit et politique. Bilan et perspectives interdisciplinaires », *Droit et société*, 2020/2.

<sup>6</sup> S. DESMOULIN, « Le droit à l'intégrité cérébrale : un nouveau droit de l'homme ? », *La Semaine juridique*, 25, 2023.

<sup>7</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985.

<sup>8</sup> A. GARAPON, « Le sujet de droit », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 31, 1993/2.

d'accomplir des actes de droit<sup>9</sup> » est aussi un sujet vulnérable. Le terme « sujet » porte d'ailleurs cette ambiguïté, pouvant renvoyer tant à la souveraineté de la personne qu'à son assujettissement<sup>10</sup>.

*Qui sont les sujets de droit ?* Si la question du critère qui fonde le statut moral de la personne humaine demeure une aporie de la philosophie morale<sup>11</sup>, la reconnaissance de la qualité de sujet de droit de tout être humain à compter de sa naissance semble, en droit, acquise et ne plus être objet de discussions. « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », proclame solennellement l'article 1<sup>er</sup> de la DDHC. Les débats contemporains entourant la notion de sujet de droit, après s'être attachés aux fondements de la personnalité morale (réalité ou fiction ?<sup>12</sup>), se sont alors déplacés en grande partie sur la question de savoir si d'autres entités non humaines, en particulier l'animal<sup>13</sup>, des éléments de la nature ou encore les machines « intelligentes » pouvaient ou devaient être reconnues comme sujets et avec quelles conséquences<sup>14</sup>. Ces débats concernant des réalités aussi hétérogènes apportent notamment un éclairage sur les différentes dimensions et fonctions de la personnalité juridique, envisagée à la fois comme vecteur de hiérarchisation entre les êtres, instrument pour l'action et technique de protection des besoins (biologiques et sociaux) fondamentaux d'êtres vivants incarnés et doués de sensibilité<sup>15</sup>.

*Sujet de droit et handicap.* La question de savoir si toutes les personnes humaines sont reconnues au même titre comme des sujets de droit est néanmoins réapparue à propos de la condition des personnes handicapées, en particulier celles ayant une altération des fonctions cognitives, mentales ou psychiques<sup>16</sup>, susceptibles d'affecter leur aptitude à s'autodéterminer. Le problème n'est pas nouveau et n'est pas sans évoquer la controverse ayant divisé la doctrine allemande au XIX<sup>e</sup> siècle sur le critère propre à fonder la qualité de sujet de droit, titulaire des droits subjectifs. Anne Paynot-Rouvillois rappelle ainsi la conception de Savigny selon laquelle le sujet de droit est l'individu doué de volonté, et relève qu'« un système fondé sur une telle définition est impuissant à intégrer d'emblée [...] les incapables [...] parce que leur volonté est, sinon inexistante, du moins défaillante<sup>17</sup> ». L'auteure ajoute que c'est notamment pour remédier à cette

---

<sup>9</sup> C. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *Archives de philosophie du droit*, 34, 1989, p. 9.

<sup>10</sup> M. FOUCAULT, « Le sujet et le pouvoir », in *Dits et écrits (1976-1988)*, t. II, Paris, Gallimard, 2001, p. 1041 ; Y.-C. ZARKA, « L'invention du sujet de droit », *Archives de philosophie*, LX, 1997.

<sup>11</sup> Est-ce la volonté, la raison, la conscience, le langage, la biologie, la relation ? V. D. WASSERMAN, A. ASCH, J. BLUSTEIN, D. PUTNAM, « Cognitive Disability and Moral Status », in E. N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition) [plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/cognitive-disability/].

<sup>12</sup> R. LIBCHABER, « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003.

<sup>13</sup> J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », *Recueil Dalloz*, 20, 1998.

<sup>14</sup> F. BELLIVIER, *Droit des personnes*, Paris, LGDJ, 2023 (2<sup>e</sup> éd.), p. 65 sq. et 283 sq.

<sup>15</sup> S. DESMOULIN-CANSELIER, « Une personnalité technique et des droits naturels - ou comment les animaux et les intelligences artificielles révèlent les tensions inhérentes aux conceptions du sujet de droits et de la personne juridique », in G. AÏDAN, D. BOURCIER (dir.), *Humain - Non-Humain. Repenser l'intériorité du sujet de droit*, Paris, LGDJ, 2021.

<sup>16</sup> Distinctions reprises dans la définition du handicap en droit positif : CASF, art. L. 114.

<sup>17</sup> A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Sujet de droit », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1453.

exclusion que Ihering privilégiera une définition des droits subjectifs comme « intérêts juridiquement protégés », permettant d'inclure l'*infans* et l'insensé<sup>18</sup>. Une telle conception ouvrira la voie à la distinction entre capacité de jouissance – c'est-à-dire l'aptitude à être titulaire de droits – et capacité d'exercice – c'est-à-dire l'aptitude à les exercer personnellement : l'incapable privé de sa capacité d'exercice n'en serait pas moins pleinement sujet de droit dès lors qu'il conserve la titularité des droits subjectifs<sup>19</sup>. Cette affirmation ne va pourtant aujourd'hui plus de soi.

Au début des années 2000, une controverse est née autour de l'interprétation de l'article 12 de la Convention internationale des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)<sup>20</sup>. Intitulé « Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité », cet article stipule que « Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique » et « reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres ». C'est sur le fondement de ce texte que le Comité des droits de l'ONU pour les personnes handicapées, organe chargé de veiller au respect de la Convention par les États parties, a soulevé le caractère inconstitutionnel des mesures d'incapacité juridique et de l'inégalité de statut consécutive au détriment des personnes concernées<sup>21</sup>. Par-delà cette controverse, l'article 12 et ses différentes interprétations invitent dès lors à prêter attention à la représentation du sujet de droit véhiculée par la Convention, qui place la personnalité et la capacité juridiques au cœur des enjeux de droits fondamentaux concernant les personnes handicapées. Le (droit international du) handicap amène-t-il à découvrir le sujet de droit sous un angle nouveau ?

Trois propositions méritent à cet égard d'être analysées. Tout d'abord, la Convention ferait de la personnalité juridique un droit fondamental, attirant l'attention sur la particulière vulnérabilité du sujet de droit handicapé (I). Ensuite, elle ouvrirait la voie à une conception universelle de la capacité juridique, détachée des facultés mentales de la personne (II). Enfin, elle conférerait une place centrale à la volonté du sujet dans la manière de concevoir la protection de ce dernier (III).

## I. UNE FONDAMENTALISATION DE LA PERSONNALITE ?

La personnalité juridique est affirmée dans la Convention comme droit fondamental (A), suggérant la particulière fragilité des personnes handicapées quant à la pleine reconnaissance de leur qualité de sujet de droit (B).

---

<sup>18</sup> V. aussi A. GOROVITSEFF, « La lutte autour de la notion de sujet de droit. Exposé critique des doctrines actuelles sur le sujet de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926.

<sup>19</sup> Sur la genèse de cette distinction, v. I. MARIA, *Les incapacités de jouissance. Étude critique d'une catégorie doctrinale*, Paris, Défrénois-Lextenso, 2010.

<sup>20</sup> Texte adopté par l'Assemblée générale de l'ONU en 2006 et ratifié par la France en 2010. V. A. BOUJEKA, « La Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *Revue de droit sanitaire et social*, 5, 2007.

<sup>21</sup> V. B. EYRAUD, J. MINOC, C. HANON (dir.), *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Paris, Doin, 2018.

## A. La personnalité juridique comme droit fondamental

*Du mécanisme au droit subjectif.* La formule selon laquelle « 1. Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique » peut surprendre à un double titre. D'une part, elle peut apparaître superflue : la personnalité juridique est reconnue à tout être humain dès la naissance sous la seule condition d'être né vivant et viable<sup>22</sup>. Elle s'éteint avec le décès de la personne et celle-ci ne peut en être privée au cours de son existence. D'autre part, faire de la personnalité juridique un droit de l'individu peut heurter la logique juridique. Comme aptitude à être sujet de droit, la personnalité juridique conditionne la possibilité pour l'individu d'être titulaire de droits subjectifs et le cas échéant saisir un juge pour en obtenir la garantie. Si elle est un mécanisme conditionnant la possibilité d'avoir des droits, comment expliquer qu'elle soit l'objet d'un droit ? Deux interprétations sont alors possibles pour rétablir une certaine cohérence : la première consiste à identifier un droit naturel de chaque être humain à se voir reconnaître la personnalité juridique ; la seconde, qui relève davantage d'une logique positiviste, consiste à interpréter cette norme comme une obligation incombant aux États de reconnaître la personnalité juridique à tout être humain, cette reconnaissance consistant alors dans une attribution. Ces deux interprétations possibles reflètent l'ambivalence de la Convention : celle-ci est relative aux « droits » des personnes handicapées, mais, outre que son effet direct apparaît limité<sup>23</sup>, nombre de ses dispositions se réfèrent exclusivement aux obligations pesant sur les États parties. Une lecture attentive permet toutefois *a minima* d'identifier le substrat naturaliste de cette norme dès lors que la personnalité est reconnue à toute personne en vertu de la « dignité »<sup>24</sup> attachée à sa nature humaine et d'une égalité des droits entre les êtres humains. L'usage du terme « reconnaissance » suggère l'idée que la personnalité serait en quelque sorte déjà là et qu'il n'y aurait plus qu'à la constater. Il s'agirait alors d'un méta-droit, un droit premier, un « droit à avoir des droits »<sup>25</sup>. Dans le contexte des droits humains fondamentaux, la personnalité n'est donc pas conçue comme un simple instrument de technique juridique<sup>26</sup>, elle consacre la vocation spontanée de la personne humaine à être sujet de droit, un acteur concluant des engagements, possédant des biens, défendant ses intérêts en justice, mais aussi participant à la vie citoyenne, exerçant sa liberté d'aller et venir ou sa liberté d'expression.

---

<sup>22</sup> D. FENOUILLET, F. TERRE, *Les personnes. Personnalité - Incapacité - Protection*, Paris, Dalloz, 2012 (9<sup>e</sup> éd.), p. 23.

<sup>23</sup> M. BLATMAN, *L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées*, Rapp. au Défenseur des droits, déc. 2016.

<sup>24</sup> Les références explicite au respect de la « dignité » ou de la « dignité intrinsèque » des personnes handicapées sont nombreuses tant dans le préambule (points a, h et y) que dans les articles de la Convention (art. 1<sup>er</sup>, 3, 8, 16, 24, 25).

<sup>25</sup> X. BIOY, « Le droit à la personnalité juridique », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Chron. n° 12, 2012. L'expression « droit d'avoir des droits » est déjà employée par Hannah Arendt dans *Les origines du Totalitarisme*, t. 2, *L'impérialisme*, trad. M. Leiris, Paris, Seuil, 2006.

<sup>26</sup> Approche privilégiée par certains auteurs comme R. Saleilles (*De la personnalité juridique*, Paris, A. Rousseau, 1922) ou F. GENY, *Science et techniques en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 218.

*De la personnalité juridique à ses composantes.* Rares sont les textes internationaux qui consacrent explicitement un tel droit<sup>27</sup>. La CDPH s'est inspirée de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 6), ainsi que du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), adopté en 1966, dont l'article 16 stipule que « Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique », droit visé comme intangible, ne pouvant souffrir aucune dérogation au titre des régimes d'exception. Or, les applications de l'article 16 du PIDCP<sup>28</sup> sont éclairantes pour saisir les enjeux concrets de ce droit fondamental, qui semble avoir une double implication. D'une part, il oblige tout État signataire à reconnaître la personnalité juridique déjà attribuée à l'individu par un autre État. D'autre part, l'article 16 s'applique à un ensemble de situations où intervient une privation substantielle d'éléments constitutifs de la personnalité<sup>29</sup>, tels que la capacité ou l'état civil. L'article 16 a ainsi été mobilisé pour dénoncer des situations d'inégalité flagrante de statuts entre hommes et femmes dans certains pays, privant presque les secondes de toute capacité dans certains domaines (par exemple dans le cadre du mariage ou d'une action en justice<sup>30</sup>). Il implique également l'obligation pour les États d'enregistrer les naissances, ce qui conditionne l'accès de l'enfant à la santé ou à l'éducation<sup>31</sup>. La non-délivrance de certificats de naissance par les établissements de santé pour les enfants roms a ainsi été dénoncée, tandis que d'autres affaires concernent le défaut de reconnaissance de la citoyenneté ou le défaut persistant d'enregistrement du domicile<sup>32</sup>. L'atteinte à la personnalité est également invoquée en cas de disparition forcée, soustrayant la victime à la protection de la loi<sup>33</sup>. L'atteinte au droit à la personnalité serait donc caractérisée lorsqu'une de ses composantes se trouve déniée, fragilisant le sujet du point de vue de l'accès à un ensemble de droits fondamentaux (santé, éducation, protection sociale, logement, travail). Comme le relève Xavier Bioy, « La logique se trouve inversée, du fait vers le droit. Ce n'est pas l'absence de personnalité qui supprime la jouissance des droits, elle est déduite de celle-ci<sup>34</sup> ». La reconnaissance de la qualité de sujet de droit se mesurerait concrètement au traitement statutaire dont une personne ou un groupe de personnes est l'objet, certaines catégories étant plus vulnérables que d'autres de ce point de vue.

---

<sup>27</sup> La Convention américaine des droits de l'Homme du 22 nov. 1969 y fait référence (art. 3).

<sup>28</sup> V. L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits des Nations Unies*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 240 sq.

<sup>29</sup> F. VOLIO, « Legal Personality, Privacy, and the Family », in L. HENKIN (dir.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, p. 186 sq.

<sup>30</sup> Pour un cas concernant les émirats arabes unis : CEDAW/C/ARE/CO/1 : Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 5 fév. 2010.

<sup>31</sup> Pour un exemple concernant la Bosnie : CCPR/C/BIH/CO/1, 22 nov. 2006 ; et le Paraguay : CCPR/C/PRY/CO/2, 24 avril 2006.

<sup>32</sup> À propos de l'Albanie : CCPR/CO/82/ALB, 2 déc. 2004.

<sup>33</sup> C. CHANET, « La jurisprudence du Comité des droits de l'homme en matière de disparitions forcées », *Droits fondamentaux*, 10, 2013 [www.crdh.fr?p=5089].

<sup>34</sup> X. BIOY, « Le droit à la personnalité juridique », art. cité.

## B. La personnalité juridique comme droit (des) vulnérable(s)

*Des atteintes à la personnalité.* Le déni de la personnalité juridique trouve dans l'histoire des illustrations bien connues, rappelant que son universalisation est un acquis récent. En France, la mort civile, héritée de la tradition romaine et inscrite à l'article 22 du Code Napoléon, sanction applicable notamment à certains condamnés, n'a été supprimée qu'en 1854<sup>35</sup>. Ses conséquences étaient nombreuses pour le mort civil qui ne disposait que de « bribes de droits »<sup>36</sup>, par exemple celui de recevoir des aliments, alors que l'essentiel des prérogatives conférées par la personnalité juridique lui étaient retirées (ainsi des facultés d'acquérir ou de conserver des biens, d'hériter, de se marier, d'agir en justice, etc.). Le statut de l'esclave, qui a pris historiquement des formes variées, constitue l'autre illustration patente de cette dissociation entre personne humaine et personne juridique, reléguant autrui à la condition d'objet de propriété, avec cependant des ambiguïtés de régime<sup>37</sup>. Les traitements inhumains et dégradants dont ont été victimes les Juifs et les Tziganes sous le nazisme ne sont pas sans lien avec des formes de négation de la personnalité, vecteurs d'infériorisation<sup>38</sup>. On pense encore, dans le contexte français, au statut réservé aux indigènes des colonies, nommé « code de l'indigénat »<sup>39</sup> ou, en Afrique du Sud, au régime ségrégationniste de l'Apartheid. Le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique se veut un rempart contre ces formes de négation de la dignité de la personne. Au-delà de ces exemples flagrants, il est susceptible de concerner des atteintes de différente nature.

Précisément, si l'article 12 de la CDPH consacre aujourd'hui un tel droit pour les personnes handicapées, c'est parce ces dernières ont été<sup>40</sup> et seraient encore aujourd'hui particulièrement exposées à des obstacles à la pleine reconnaissance de leur personnalité juridique « dans des conditions d'égalité » avec les personnes valides. Elles le seraient, suggère cet article, du point de vue de la possession de leurs biens (§ 5), mais aussi et surtout s'agissant de leur capacité juridique (§ 2-4), celle-ci pouvant être sujette, en droit, à des restrictions (principalement pour les personnes porteuses de déficiences intellectuelles, cognitives ou de troubles psychiques) et, en fait, à des insuffisances d'accompagnement propres à en permettre l'exercice (pour l'ensemble des personnes handicapées). Le texte prévoit en ce sens que les États parties « reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres »

---

<sup>35</sup> Loi du 31 mai 1854 portant abolition de la mort civile, art. 1.

<sup>36</sup> F. BELLIVIER, *Droit des personnes, op. cit.*, p. 238.

<sup>37</sup> F. TERRE, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987 ; J.-F. NIORT, « *Homo servilis*. Essai sur l'anthropologie et le statut juridique de l'esclave dans le code noir de 1685 », *Droits*, 50, 2009/2.

<sup>38</sup> À ce titre, Hannah Arendt écrivait que « le premier pas essentiel sur la route qui mène à la domination totale consiste à tuer en l'homme la personnalité juridique. À cette fin, d'une part, on soustrait certaines catégories de personnes à la protection de la loi [...] ; d'autre part, on place le camp de concentration en dehors du système pénal normal et on sélectionne les détenus en dehors de la procédure judiciaire normale » (H. ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, t. 3, *Le système totalitaire*, trad. J.-L. Bourget, R. Davreu et P. Lévy, Paris, Seuil, 1972, p. 258).

<sup>39</sup> E. SAADA, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *Genèses*, 2003/4.

<sup>40</sup> Rappelons la classification de l'état des personnes établie par Domat en fonction des « incapacités naturelles », attribuant un statut spécifique aux imbéciles, insensés, sourds, muets, infirmes, mais aussi aux « monstres » en distinguant selon qu'ils ont ou non « forme humaine » (J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, J.-B. Coignard, 1689, p. 42).

et « prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées l'accès dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique ». La Convention suggère ainsi que les conditions dans lesquelles les États régissent la capacité – de jouissance comme d'exercice – des personnes handicapées n'est pas une question extérieure à la reconnaissance de leur personnalité juridique, mais qu'il y a là un enjeu relatif à l'existence du sujet de droit<sup>41</sup>. À ce titre, deux observations doivent être formulées.

*Sujet de droit et accessibilité des droits.* Premièrement, il est suggéré que, pour assurer une égalité dans l'exercice des droits, l'État, en vertu d'obligations positives, doit rendre cet exercice accessible à tous et à chacun. En cela, la capacité comme composante de la personnalité ne peut être pensée, s'agissant du handicap, sans référence à la notion d'« accessibilité », visée dans la Convention parmi les principes généraux (art. 4) et comme droit spécifique (art. 9). La notion d'accessibilité va de pair avec la conception dite « sociale » ou « environnementale » du handicap<sup>42</sup> que fait sienne la Convention, qui définit les personnes handicapées comme celles qui « présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation sur la base de l'égalité avec les autres » (art. 1<sup>er</sup>). Alors que le modèle classique, dit « médical », assimile le handicap à la déficience, le modèle social « extériorise » le handicap, refusant d'en faire une caractéristique intrinsèque du sujet. Les limitations subies par l'individu sont pensées comme résultant avant tout de l'inadaptation du milieu de vie, dans un monde principalement organisé en référence aux capacités des personnes « valides ». Le handicap est donc relatif : d'une part, l'adaptation de l'environnement (la rampe qui remplace l'escalier, l'enseignement en langue des signes, la version en braille d'un document) peut le réduire plus ou moins fortement et, d'autre part, les personnes valides peuvent elles aussi éprouver des empêchements comparables lorsqu'elles se trouvent dans des contextes leur étant inadaptés. Dès lors, il s'agit, autant que possible, de lever ces barrières afin de rendre l'environnement accessible. Le droit à l'accessibilité, dont l'objet est *a priori* indéterminé, serait une sorte de droit « au second degré » en ce qu'il n'a de raison d'être que de permettre la réalisation d'autres droits de la personne handicapée. C'est un droit-processus<sup>43</sup> visant notamment à favoriser sa liberté de déplacement (art. 18) ou d'expression (art. 21), son accès à la santé (art. 25), à l'éducation (art. 24) au travail (art. 27), permettre sa « participation » à la vie politique et culturelle (art. 29 et 30) et favoriser son « autonomie de vie et inclusion dans la société » (art. 19) : un droit qui vise une condition de possibilité de l'exercice concrets des droits au-delà de leur reconnaissance abstraite.

Initialement pensée pour adapter les espaces, en référence aux obstacles rencontrés dans leurs déplacements par les personnes dont le handicap est lié à des altérations des fonctions motrices, l'accessibilité s'entend aujourd'hui d'un ensemble d'adaptations (organisationnelles, temporelles, relationnelles) afin de tenir

---

<sup>41</sup> G. QUINN, *Personhood and Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*, HPOD Conference, Harvard Law School, 2010.

<sup>42</sup> S. MILANO, « Conception et définitions du handicap », *Revue de droit sanitaire et social*, 3, 2015.

<sup>43</sup> En cela, il n'est pas sans évoquer les droits en matière processuelle (droit à l'accès au juge, au contradictoire, à la preuve), composantes du droit au procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et qui servent la garantie des droits substantiels en litige.

compte de la diversité des handicaps<sup>44</sup>. La mise à disposition d'une accompagnante scolaire pour un élève autiste, la présence d'un interprète en langue des signes au sein d'une juridiction, la mise en forme par une administration de ses formulaires selon le mode FALC (facile à lire et à comprendre) ou l'adaptation du poste de travail relèvent de l'accessibilité. D'un certain point de vue, ce sont l'ensemble des droits sociaux qui pourraient s'analyser comme des dispositifs facilitateurs d'accès aux droits (logement, soins, emploi, etc.). Les droits catégoriels de la personne handicapée sont ici « destinés à rendre effectifs des droits universels<sup>45</sup> ». Suivant cette logique, reconnaître pleinement la personnalité juridique des personnes handicapées supposerait de la rendre accessible<sup>46</sup>.

*Sujet de droit et incapacité d'exercice des droits.* Deuxièmement, la Convention interroge les régimes d'incapacité et en particulier l'incapacité d'exercice générale des régimes de protection juridique (au contraire, les incapacités de jouissance – celles qui privent la personne de la substance d'un ou plusieurs droits – demeurent généralement spéciales et limitées). Le sujet de droit est-il indemne lorsqu'il est certes titulaire de droits mais privé de la possibilité d'exercer lui-même (représentation) ou sans autorisation (assistance) nombre d'entre eux ? Deux visions s'opposent pour répondre à cette question. La première tend à considérer que si, certes, la capacité suppose la personnalité, les variations pouvant affecter la capacité d'exercice ne remettent pas en cause la qualité de personne juridique ou de sujet de droit<sup>47</sup>. La personnalité s'acquiert à la naissance et demeure jusqu'à la mort. Elle n'est pas, contrairement à la capacité, susceptible de varier dans son étendue en fonction de l'âge (minorité) ou de l'état de santé (majeurs protégés). Seule une privation totale ou substantielle de la capacité de jouissance des droits pourrait être assimilée à une atteinte à la personnalité. Ingrid Maria rappelle à ce titre que la distinction entre les capacités de jouissance et d'exercice a précisément été théorisée au XIX<sup>e</sup> siècle pour affirmer l'idée que l'individu frappé d'une incapacité d'exercice générale demeure pleinement une personne et conserve en substance ses

---

<sup>44</sup> X. BIOY, « L'accessibilité », in B. BEIGNER, S. TORICELLI-CHRIFI, B. de BERTIER-LESTRADE (dir.), *Droit du handicap*, Paris, LGDJ, 2024, p. 47.

<sup>45</sup> D. LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *Revue des droits de l'Homme*, 2013/3.

<sup>46</sup> L'accessibilité interroge également la classification des droits fondamentaux du sujet, en particulier la distinction entre les libertés et les droits-créance, qui repose généralement sur la distinction entre abstention (dans la logique de l'État libéral) et intervention (dans la logique de l'État-Providence) de la puissance publique. Pour de nombreuses personnes handicapées, l'exercice des libertés suppose une intervention extérieure, par exemple une aide pour se déplacer, pour s'exprimer, s'habiller, se nourrir, etc. Dès lors, les droits sociaux investissent l'espace de ce qui habituellement, pour la plupart des « valides », relève des libertés. Non dénuée d'intérêt pédagogique notamment pour caractériser, sur le plan socio-historique, différentes générations de droits fondamentaux, la distinction entre libertés et droits-créances, par ailleurs critiquée par plusieurs auteurs spécialistes comme étant quelque peu réductrice et simpliste, serait fondée sur un présupposé validiste. En faveur d'une approche « holiste » des droits humains, spécialement dans le contexte de la CDPH, v. F. MÉGRET, « The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights », *International Journal of Human Rights*, 12/2, 2008, p. 261-280 ; T. DEGENER, « A New Human Rights Model of Disability », in V. DELLA FINA, R. CERA, G. PALMISANO (dir.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Cham, Springer, 2017, p. 41-56.

<sup>47</sup> V. en ce sens, D. NOGUERO, « Pour une protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées », *Revue de droit sanitaire et social*, 5, 2016.

droits, l'exercice étant assuré par un tiers<sup>48</sup>. Une seconde vision nuance une dissociation trop tranchée entre titularité et exercice personnel des droits. Le doyen Carbonnier lui-même, dans sa réflexion sur les différentes figures des non-sujets de droit, évoquait en ces termes l'idée d'une personnalité juridique fragilisée par l'incapacité :

Une condition imparfaitement réalisée de non-sujet de droit [...], un sujet de droit à l'état imparfait [...], se retrouve dissimulée sous les incapacités. Passons sur les incapacités de jouissance, qui sont rares, mais même des incapacités d'exercice, celle [...] des aliénés en tutelle, peuvent être conçues comme des situations de non-sujets de droit. On se récriera : ce sont des situations toutes différentes d'une absence de personnalité ; sur la tête de l'incapable reposent des droits subjectifs. Cependant, dans cette personnalité, gît une faille, un manque<sup>49</sup>.

La personnalité juridique n'est pas une pure abstraction. On comprend dès lors que, pour certains interprètes de la CDPH, la séparation entre jouissance et exercice des droits soit problématique et critiquable. La Convention a ainsi servi de support pour avancer l'idée que la privation de la capacité d'exercice affecterait la jouissance même des droits et que la qualité de sujet de droit s'en trouverait dès lors troublée, conduisant à émettre la proposition d'une capacité juridique universelle.

## II. UNE CONCEPTION UNIVERSELLE DE LA CAPACITE ?

Le changement de perspective consiste à ne plus concevoir une juste capacité juridique comme ajustée aux facultés personnelles de l'individu (A), mais comme une prérogative inconditionnelle attribuée à celui-ci (B).

### A. La capacité juridique ajustée aux facultés mentales du sujet

Depuis l'époque moderne au moins, un lien est établi dans la littérature juridique comme dans la philosophie politique entre les capacités naturelles du sujet et sa capacité civile. Le sujet est d'abord conçu comme étant apte à agir sur la scène juridique en vertu d'une capacité d'autonomie suffisante<sup>50</sup>. On trouve de manière très nette cette association chez Locke :

Mais si par des défauts qui peuvent arriver, hors du cours ordinaire de la nature, une personne ne parvient pas à ce degré de raison, dans lequel elle peut être supposée capable de connaître les lois et d'en observer les règles, elle ne peut point être considérée comme une personne libre, on ne peut jamais la laisser disposer de sa volonté propre, à laquelle elle ne sait pas quelles bornes elle doit donner. C'est pourquoi étant sans l'intelligence nécessaire, et ne pouvant se conduire elle-même, elle continue à être sous la tutelle et sous la conduite d'autrui, pendant que son esprit demeure incapable de ce soin. Ainsi, les lunatiques et les idiots sont toujours sous la conduite et le gouvernement de leurs parents<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> V. I. MARIA, « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *La Semaine juridique*, 23-24, 2009.

<sup>49</sup> J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Archives de philosophie du droit*, 34, 1989, p. 197.

<sup>50</sup> F. GZIL, *Fragilités et soins de l'autonomie. Du fonctionnel au civil*, Mémoire d'HDR en philosophie des sciences, ENS Paris, 2023.

<sup>51</sup> J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil* [1690], trad. D. Mazel, Paris, Garnier-Flammarion, 1992, en part. § 60.

Plus récemment, cette idée d'une capacité juridique fondée sur la capacité d'auto-détermination se retrouve également chez un auteur comme Gerald Dworkin<sup>52</sup>. Dans la *Théorie de la justice*, pour Rawls, le handicap constitué par la déficience intellectuelle apparaît pour cette raison comme un problème « irrésolu<sup>53</sup> », le contrat social propre à fonder une société reposant sur des principes justes supposant que les individus aient des « capacités normales » les rendant aptes à la coopération<sup>54</sup>.

Dans le contexte français de la DDHC de 1789 puis du Code civil de 1804, l'utopie d'êtres humains universellement capables est vite rattrapée par l'énonciation de droits civils et politiques autorisant la création d'incapables<sup>55</sup>. Les critères fondant l'incapacité ont principalement à voir avec ce qui serait aujourd'hui qualifié de handicap « intellectuel », « cognitif » ou « psychique »<sup>56</sup>. Le Code Napoléon disposait ainsi que « Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides » (anc. art. 489), l'interdit étant « assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens » (anc. art. 509). Aujourd'hui, le Code civil prévoit la possibilité d'une mesure de protection juridique pour les personnes ne pouvant pourvoir seules à leurs intérêts soit en raison d'une altération des facultés mentales, soit en raison d'une altération des facultés corporelles les empêchant d'exprimer leur volonté (art. 425).

Pour le droit civil contemporain des majeurs protégés, un traitement juste et adapté des personnes placées dans ces situations consiste en quelque sorte à ajuster, de manière individualisée et réaliste, l'étendue de la capacité juridique aux aptitudes, à l'aide d'une évaluation médicale. Cette individualisation s'opère à deux niveaux : elle revient au juge lors de l'ouverture ou de l'adaptation de la mesure et au protecteur désigné pour la mise en œuvre de celle-ci, qu'il soit un membre de la famille ou un professionnel. Les principes directeurs de la protection juridique<sup>57</sup> (nécessité, proportionnalité et subsidiarité) issus de la loi du 5 mars 2007 sont censés garantir cette justesse de la protection, avec une (in)capacité « sur mesure<sup>58</sup> ». « À chaque malade, sa dose de capacité a pu être prescrite<sup>59</sup> » affirmait Carbonnier, caractérisant l'évolution du droit des majeurs protégés depuis la loi de 1968. L'évolution de nombreuses législations étrangères relatives à la protection des personnes vulnérables s'inscrit dans cette même tendance à l'individualisation, par exemple

---

<sup>52</sup> G. DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

<sup>53</sup> C. NOUËT, « Qui sont les sujets de droit ? Rawls, Nussbaum et le problème irrésolu du handicap », *Philosophiques*, 48, 2021, p. 69.

<sup>54</sup> J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Points, 2009, en part. p. 128 et p. 285.

<sup>55</sup> B. EYRAUD, *Reconnaître la capacité juridique comme droit humain. Une sociologie affirmative*, Lyon, ENS Éditions, 2025, p. 127 sq.

<sup>56</sup> Certes, d'autres catégories de personnes étaient concernées, à commencer par les femmes, longtemps sujettes à des restrictions de capacité civile comme civile.

<sup>57</sup> V. G. RAOUL-CORMEIL, « Le droit de la protection des majeurs », in B. TEYSSIE (dir.), *Métamorphoses du droit des personnes*, Paris, LexisNexis, 2023, p. 301.

<sup>58</sup> A. CARON-DEGLISE, *L'évolution de la protection juridique des majeurs. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Rapport de mission interministérielle, 2018.

<sup>59</sup> J. CARBONNIER, « Préface », in J. MASSIP, *Les incapacités*, Paris, Defrénois, 2002, p. 17.

en Allemagne, aux États-Unis<sup>60</sup> ou au Royaume-Uni<sup>61</sup>. La capacité juridique universelle introduit un déplacement en décorrélant la capacité juridique des aptitudes intellectuelles.

## B. La capacité juridique dissociée des facultés mentales du sujet

*Une présomption de capacité irréfragable.* La réflexion sur une présomption de capacité juridique qui serait irréfragable, c'est-à-dire insusceptible d'être renversée, est nourrie par une certaine interprétation de l'article 12 de la CDPH. En 2008, un collectif international de juristes (universitaires et praticiens) – l'*International Disability Alliance* – a proposé une lecture de la Convention en faveur de la consécration d'une capacité juridique universelle<sup>62</sup>. Cette proposition a inspiré le Comité des droits pour les personnes handicapées, qui l'a largement faite sienne dans son observation générale n° 1, publiée en 2014<sup>63</sup>.

Le Comité des droits – dont les observations sont dénuées de force contraignante – défend l'idée que la reconnaissance de la capacité juridique des personnes handicapées « dans des conditions d'égalité » serait incompatible avec le maintien dans les différents États parties de régimes juridiques soumettant les personnes à des statuts incapacitants. Selon cette position, la présence d'un handicap, d'une déficience ou d'une altération des facultés ne saurait justifier des incapacités générales d'exercice, comme la tutelle ou la curatelle. L'article 12 impliquerait ainsi la suppression de ces régimes, jugés discriminatoires, au profit de mesures d'accompagnement non incapacitantes, ce que le comité désigne comme le passage d'un système de « prise de décision substitutive » à un système exclusivement fondé sur la prise de décision accompagnée. Les justifications venant au soutien d'une telle interprétation de la Convention sont de plusieurs ordres.

Premièrement, les régimes d'incapacités introduiraient une discrimination contraire au droit international, c'est-à-dire une différence de traitement défavorable fondée sur la présence d'un handicap. Selon le Comité des droits, reconnaître la capacité juridique dans des conditions d'égalité impliquerait que les personnes dont le handicap est lié à une altération des fonctions mentales, psychiques ou cognitives ne soient pas soumises à un statut spécifique. Ainsi, si une mauvaise gestion financière ne justifie pas en droit l'ouverture d'une mesure de protection pour une personne « valide », elle ne devrait pas davantage constituer un motif pour des personnes handicapées. En France, depuis la loi du 5 mars 2007, l'intempérance, la prodigalité ou l'oisiveté ne sont plus des causes de mise en protection civile<sup>64</sup>. En revanche, une procédure telle que le surendettement pourrait s'appliquer à la personne handicapée en cas d'importantes difficultés dès lors que ce dispositif est susceptible de s'appliquer à toutes et tous.

---

<sup>60</sup> M. MERCAT-BRUNS, « Comment repenser la capacité de la personne majeure vulnérable ? Perspectives transatlantiques au croisement du droit civil et du droit social », *Revue de droit du travail*, 1, 2018, p. 31.

<sup>61</sup> Dans le *Mental Capacity Act* adopté en 2005.

<sup>62</sup> IDA, *Legal Opinion on Article 12 of the CRPD*, 2008 [disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/legal-opinion-LegalOpinion-Art12-FINAL.pdf].

<sup>63</sup> Observation générale n° 1 sur la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, 2014.

<sup>64</sup> A.-M. LEROYER, « La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007.

Deuxièmement, les régimes impliquant une incapacité générale conduiraient à une forme de minoration de la personne dont les facultés sont altérées. La capacité jouerait ainsi comme un « opérateur de hiérarchisation juridique et sociale des personnes humaines<sup>65</sup> », traçant une frontière entre les capables et les autres. Au contraire, « l'universalisation de la capacité juridique dissout l'opération de hiérarchisation entre les personnes<sup>66</sup> ». Cette position prend au sérieux le sentiment de nombreux individus bénéficiant d'une mesure de protection de ne pas être considérés, au même titre que les autres, comme des sujets de droit. Tutelle et curatelle sont des régimes généraux qui emportent une modification du statut de la personne, la mesure figurant à l'état civil et s'inscrivant généralement dans la durée. Marqueur social, cette différence de statuts traduirait la survivance édulcorée d'une logique lointaine de structuration inégalitaire de la société, en décalage avec l'ambition universaliste des droits humains.

Troisièmement, la présence d'une mesure de protection conduirait en pratique à des situations d'empêchement d'agir récurrentes et injustifiées, notamment des réactions sociales inappropriées de la part des tiers refusant par exemple abusivement la délivrance d'un document administratif ou exigeant une intervention du protecteur même lorsque le droit positif ne la prévoit pas<sup>67</sup>.

Quatrièmement, les méthodes d'évaluation des aptitudes des personnes comporteraient de nombreux biais<sup>68</sup>. Bien plus, le principe même d'une telle évaluation est contesté, dès lors que les capacités relèvent d'une gradation et sont toujours liées à un contexte, les aides apportées aux individus étant déterminantes. À ce titre, on a pu souligner que la conception sous-jacente de l'autonomie du sujet dans la Convention se rapprochait des approches dites « relationnelles » de l'autonomie<sup>69</sup>, distinguées des conceptions individualistes et libérales. L'approche individualiste pense l'autonomie comme une caractéristique intrinsèque de l'individu, fondée sur sa capacité d'autodétermination, généralement au regard d'un critère de rationalité. Selon cette conception, respecter l'autonomie suppose la non-interférence de l'État et des tiers dans la sphère de décision et d'action individuelle. La capacité d'autonomie est parfois considérée dans le même temps comme une condition de la reconnaissance du statut moral de personne. Les conceptions relationnelles de l'autonomie se présentent comme une alternative critique à cette première approche. D'une part, elles ont en commun de reposer sur une « anthropologie de la vulnérabilité<sup>70</sup> » : les êtres humains sont d'abord conçus comme interdépendants

---

<sup>65</sup> B. EYRAUD, *Reconnaître la capacité juridique comme droit humain*, op. cit., p. 154.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « Les distorsions entre la théorie et la pratique en droit des majeurs protégés », *La Semaine juridique*, 5, 2019.

<sup>68</sup> « La capacité mentale n'est pas, comme on le dit souvent, un phénomène objectif, scientifique et naturel. Elle dépend de contextes sociaux et politiques, tout comme les disciplines, professions et pratiques qui jouent un rôle dominant dans son évaluation » (Comité des droits, Observation générale n° 1, 2014, p. 4).

<sup>69</sup> M. BOLDRINI, L. TRIAILLE, « L'autonomie relationnelle dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) : généalogie et enjeux critiques », in Y. CARTUYVELS et al. (dir.), *L'autonomie à l'épreuve du handicap, le handicap à l'épreuve de l'autonomie*, Bruxelles, Presses Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2025, p. 101.

<sup>70</sup> C. MACKENZIE, « Three Dimension of Autonomy: A Relational Analysis », in A. VELTMAN, M. PIPER, *Autonomy, Oppression, and Gender*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

et vulnérables à divers degrés et non autosuffisants et indépendants comme le postule une approche individualiste. D'autre part et en conséquence, une société juste ne doit pas se contenter d'une non-ingérence dans la sphère d'action mais doit être capable de soutenir le développement et l'exercice de l'autonomie, en particulier pour les groupes sociaux défavorisés ou marginalisés<sup>71</sup>. Dans cette perspective, autonomie et dépendance concernent tous les individus, elles sont graduelles et contextuelles. Aussi, la condition de dépendance étant universelle, il n'apparaît plus justifié de nier le statut de personne aux individus présentant des déficiences et le rôle des institutions est de leur apporter davantage d'aide. En ce sens, les approches relationnelles de l'autonomie constituent des ressources théoriques au soutien des revendications en faveur des dispositifs de solidarité dans le champ du handicap.

Cette décorrélation des aptitudes « naturelles » et de la capacité juridique s'agissant des personnes majeures protégées trouve déjà des traductions en droit positif. En France, le droit de vote n'est ainsi plus dépendant des capacités cognitives de la personne. L'article L. 5 du code électoral, qui permettait au juge des tutelles de priver le majeur protégé du droit de voter a été supprimé par la loi du 23 mars 2019<sup>72</sup>. L'autorisation préalable pour se marier a également été supprimée par cette même loi (C. civ., art. 460), ces évolutions n'étant pas sans lien avec la CDPH.

*Critiques du modèle de capacité juridique universelle.* L'interprétation de la Convention en faveur d'une capacité juridique universelle s'est toutefois heurtée à la résistance des États et à certaines critiques émanant tant de la doctrine juridique<sup>73</sup> que du corps médical<sup>74</sup>.

Premièrement, la rupture d'égalité (ou discrimination) est contestée dès lors que la différence de traitement liée aux régimes d'incapacités reposerait sur une différence de situation objective, née de l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts en raison d'une altération des facultés. Or, assurer une égalité des droits ne suppose pas de traiter de manière identique des situations distinctes.

Deuxièmement, la capacité juridique universelle serait inadaptée et difficilement praticable. Pour les personnes durablement empêchées (coma, troubles neurodégénératifs très avancés, polyhandicap), une pleine capacité juridique abstraitement maintenue n'enlèverait rien à la nécessité de représenter la personne pour nombre d'actes juridiques. Quant aux personnes vulnérables dont les facultés mentales les conduiraient régulièrement à des attitudes les mettant en danger (endettement, expulsion du logement, défaut de soins), l'absence de mesure de protection – laquelle permet notamment d'invalider les actes léonins que la personne aurait passés seule – risquerait d'aggraver leurs fragilités. Le droit à la « prise de risque » invoqué par le Comité des droits n'aurait de sens que pour des personnes ayant une certaine conscience de la portée de leurs actes. À cet égard, la suppression de

<sup>71</sup> M. FINEMAN, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, New York, New Press, 2004.

<sup>72</sup> V. C. AYNES, « Le vote du "fou". Citoyenneté et capacité à la lumière de la réforme du 23 mars 2019 », *Jus Politicum*, XVI, 2021.

<sup>73</sup> V. notamment les critiques fermes de D. NOGUERO, « Pour une protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées », art. cité et, plus nuancées G. MILLERIOUX, *La capacité juridique de la personne majeure vulnérable*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2022, p. 166 sq.

<sup>74</sup> P. S. APPELBAUM, « Protecting the Rights of Persons with Disabilities. An International Convention and its Problems », *Psychiatric Services*, 67/4, 2016, p. 366.

l'incapacité de jouissance concernant le droit de vote ne pourrait servir de modèle car l'enjeu de cette privation n'était pas de protéger la personne (qu'elle vote ne présente pour elle aucun risque) mais le système électoral<sup>75</sup>.

Troisièmement, les contraintes budgétaires pesant sur les États, qui contribuent en effet à la difficulté de concrétiser une individualisation « sur mesure » de la protection, rendraient d'autant plus illusoire un système d'accompagnement individualisé permettant un exercice des droits et libertés dans le respect de l'autonomie de la personne.

Quatrièmement, une interrogation demeure sur la manière dont cette capacité juridique universelle, décorrélée des aptitudes cognitives de la personne handicapée, s'articule avec l'incapacité des mineurs, qui repose sur une présomption d'immaturité jusqu'à dix-huit ans et n'est donc pas sans lien avec une référence aux facultés de discernement, présumées insuffisantes avant cet âge. Si les incapacités générales d'exercice appliquées aux majeurs protégés affectent leur pleine existence en qualité de sujets de droit, pourquoi en irait-il différemment pour les mineurs ? Cette dernière objection, particulièrement importante, appelle quelques éléments de réponse. L'analyse proposée conduit en effet, en toute rigueur, à admettre que les mineurs non plus, du fait de leur incapacité civile et civique, ne sont pas pleinement reconnus par l'ordre juridique comme des sujets de droit. L'incapacité générale d'exercice qui s'applique à eux limite le déploiement d'une personnalité juridique encore imparfaite car en construction et en devenir. L'incapacité des mineurs suscite elle-même des interrogations, en témoigne par exemple les discussions relatives au seuil d'âge exigé pour le droit de vote, pour l'aptitude à la conduite ou pour la responsabilité pénale. On peut toutefois observer que, s'agissant des mineurs, le problème de l'incapacité, s'il n'est pas inexistant, ne devrait pas se poser dans les mêmes termes que pour les majeurs protégés. D'une part, l'incapacité générale des mineurs est une incapacité abstraite qui concerne tous les mineurs jusqu'à 18 ans, traités sur un pied d'égalité, sans évaluation individuelle de leurs aptitudes réelles. Ainsi, chaque mineur naît dans la condition d'incapable avec une aspiration et une vocation à devenir capable. Au contraire, l'incapacité des majeurs protégés est une incapacité concrète qui repose sur une évaluation individuelle des aptitudes cognitives. Le droit opère cette fois une distinction et une différence de traitement entre les majeurs. D'autre part, le geste d'incapacitation qui s'applique aux majeurs protégés consiste dans un retrait, dans la privation du statut normalement applicable en principe à toute personne majeure, alors que ce geste de retrait n'existe pas pour les mineurs, pour lesquels l'incapacité n'est pas une exception mais leur condition de droit commun. La contestation de l'incapacité générale applicable aux majeurs protégés se fait précisément au nom du refus d'une forme de minoration ou d'infantilisation (rappelons-le, dans le Code civil de 1804, l'interdit était assimilé au mineur). Par hypothèse, cette problématique n'existe pas dans la même mesure pour les mineurs. S'agissant de ces derniers, en effet les discussions portent essentiellement sur les seuils d'âge pertinents soit pour leur conférer une pleine capacité (abaissement de la majorité légale) soit pour leur reconnaître une capacité dans des domaines particuliers. Ces éléments permettraient de soutenir que, si nous avons certes affaire à deux formes de sujets de droit « à l'état imparfait » – pour reprendre la formule de Carbonnier – la signification sociale de cette incapacité n'est pas la même pour un sujet de droit « en puissance » ou en devenir

---

<sup>75</sup> V. J. KERVAZO, *Le droit de vote du majeur déficient intellectuel*, thèse dactyl., M. Séjean (dir.), Université Bretagne Sud, 2023.

et pour un sujet de droit, en quelque sorte, dégradé. Dès lors, l'idée d'une capacité juridique universelle, revendiquée dans le champ du handicap, ne serait pas nécessairement incompatible avec le maintien d'une incapacité des mineurs (même si elle peut incidemment questionner les justifications de cette incapacité) ; un peu comme l'idée de « suffrage universel » n'est pas, aujourd'hui, nécessairement incompatible avec l'exclusion des mineurs du droit de voter (même si l'opportunité d'abaisser l'âge requis est parfois discutée), alors que l'exclusion des femmes, par exemple, est au contraire apparue très vite comme problématique au regard de cette prétention à l'universalité.

Malgré les réserves et interrogations qu'elle suscite, la proposition en faveur d'une capacité juridique universelle a pour vertu d'interroger les fondements des régimes d'incapacité. Les droits fondamentaux ont constitué un levier de « repolitisation » d'une institution de droit civil avant tout appréhendée dans sa dimension instrumentale et comme telle peu théorisée<sup>76</sup>, si ce n'est à partir de ses exceptions.

*De l'incapacitation au soutien à l'exercice des droits.* La principale conséquence pratique du modèle de la capacité juridique universelle serait de privilégier des dispositifs d'accompagnement et de soutien à la décision et plus largement à l'exercice des droits, en abandonnant le mécanisme de l'incapacité. Les partisans de cette (r)évolution n'évident nullement les besoins particuliers de protection des personnes handicapées, bien au contraire. Ils défendent un renforcement de l'accessibilité et des droits sociaux (protection sociale) plutôt qu'une restriction civile de capacité (protection civile). L'évaluation de la capacité d'autodétermination de la personne, qui servait à indexer son degré de capacité juridique, cède la place à une détermination des besoins pour apprécier le type et le degré d'aide appropriés<sup>77</sup>. Si la Convention elle-même ne prévoit pas explicitement l'obligation pour les États de renoncer aux régimes d'incapacité, plusieurs de ses dispositions, en revanche, enjoignent au développement de tels dispositifs d'accompagnement, qui sont aujourd'hui plus ou moins implantés dans les différentes législations<sup>78</sup>. Le développement de telles mesures, qui placent les préférences du sujet au centre de la décision, appelle une réflexion renouvelée sur la volonté du sujet porteur d'un handicap mental, cognitif ou psychique.

### III. UNE ORIENTATION VOLONTARISTE DE LA PROTECTION ?

L'introduction par la CDPH d'un standard de décision centré sur la volonté et les préférences (A) pose la question de la condition des personnes dont la volonté demeure inaccessible (B).

---

<sup>76</sup> Sur ce point, v. G. MILLERIOUX, *La capacité juridique de la personne majeure vulnérable*, op. cit., p. 11 sq.

<sup>77</sup> V. C. ROMMELAERE, *Trouble mental et capacité : de l'évaluation médicale au soutien social*, thèse dactyl., É. Montero (dir.), Université de Namur, 2020.

<sup>78</sup> L'*Ombudsman* personnel suédois ou les *Cercles de soutien* au Royaume-Uni sont parfois pris comme modèles. En France, on peut citer la mesure d'accompagnement social personnalisée (MASP) : CASF, art. L. 271-1. Sur les techniques juridiques de soutien : G. MILLERIOUX, *La capacité juridique de la personne majeure vulnérable*, op. cit., p. 277 sq. V. aussi M. REBOURG, B. GRAEFF, « La prise de décision appuyée du droit brésilien : un nouvel instrument de soutien à l'exercice de la capacité juridique », *Droit de la famille*, Étude 7, 2019.

## A. Le standard de protection : de l'intérêt à la volonté

*Au sein des régimes d'incapacité.* L'article 12 § 4 prévoit que :

[L]es mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire.

Plusieurs auteurs estiment que cette disposition n'est pas incompatible avec le maintien par les États parties de régimes de protection incapacitants. Gilles Raoul-Cormeil estime, par exemple, que les principes généraux de la protection juridique inscrits dans la loi de 2007, comme les évolutions postérieures en faveur d'un renforcement de l'autonomie du majeur, convergent avec l'esprit de la Convention, le droit français devant s'interpréter « à la lumière » de celle-ci<sup>79</sup>. Cette lecture renouvelée implique cependant un changement notable dans la manière de concevoir le standard de décision pour autrui et notamment le mécanisme de la représentation. En droit français, en effet, la finalité de la mesure de protection juridique est l'« intérêt de la personne » protégée (C. civ., art. 415). Si les préférences du majeur doivent être prises en compte, cet intérêt demeure objectivement apprécié par les organes de la protection, qui peuvent alors décider d'aller contre les souhaits de la personne au nom de cet intérêt<sup>80</sup>. La perspective offerte par la CDPH est différente. Le protecteur chargé de représenter ou d'assister la personne majeure handicapée est invité à décider pour elle ou à donner une autorisation, non plus en se fondant sur le meilleur intérêt du protégé, mais en respectant « la volonté et les préférences » de celui-ci, exprimées actuellement ou de manière anticipée. Ainsi, « le représentant n'est plus en mesure de substituer son propre jugement, il doit déterminer, au mieux de ses possibilités et de ses connaissances, quelle décision aurait pris la personne représentée dans cette situation<sup>81</sup> ». Cette recherche des volontés de la personne handicapée peut se faire selon des modalités diverses en fonction du type de handicap. Certaines personnes ne peuvent s'exprimer que par le biais d'un langage non conventionnel, non verbal et/ou à l'aide de dispositifs techniques. L'accessibilité suppose alors de mettre à disposition les moyens permettant l'explicitation des volontés (interprète, dispositif numérique, Communication Alternative et Améliorée). Cette question ne concerne pas uniquement l'exercice de la mesure, mais peut se poser lors de la procédure d'ouverture de celle-ci. La Cour de cassation a ainsi censuré une cour d'appel ayant rejeté la demande de mainlevée d'une mesure de curatelle renforcée pour une personne handicapée non verbale, alors qu'il était constaté que l'intéressée serait en mesure de faire connaître sa volonté à l'aide

---

<sup>79</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « Changer de paradigme à droit constant ? Lire la loi à la lumière des droits fondamentaux », in B. EYRAUD, J. MINOC, C. HANON (dir.), *Choisir et agir pour autrui ?*, op. cit., p. 249.

<sup>80</sup> Pour des exemples, v. Civ., 1<sup>re</sup>, 27 fév. 2013, n° 11-28.308 (refus d'autoriser l'achat d'une voiture sans permis en raison de problèmes de vision du protégé) ; Civ., 2<sup>e</sup>, 21 mars 2013, n° 11-25.462 (autorisation de vendre l'appartement de la personne protégée surendettée pour rembourser ses dettes, contre le souhait de cette dernière de conserver le logement pour y vivre).

<sup>81</sup> M. BAUDEL, « Repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées », *Droit de la famille*, 4, Étude 8, 2018, p. 11.

d'un matériel informatique adéquat<sup>82</sup>. L'impossibilité d'exprimer sa volonté, au fondement de la mesure, ne pouvait dès lors, dans ces circonstances, être caractérisée.

*Au-delà des régimes d'incapacité.* À la lecture de la Convention, le standard de décision fondé sur la volonté et les préférences de la personne handicapée a vocation à s'appliquer tout autant aux systèmes d'accompagnement. Fruit d'un compromis ayant conduit à une rédaction ouverte, voire ambiguë, l'article 12 vise, sans plus de précisions, les « mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique » (§ 4). Or, si elles n'ont certes pas pour effet une limitation de la capacité juridique, les mesures d'accompagnement peuvent poser certaines difficultés. Comment s'assurer, par exemple, que l'interprétation des volontés de la personne ou les aides réalisées lui sont fidèles<sup>83</sup> ? La relation de soin et d'accompagnement, par nature, n'est pas exempte de jeux de pouvoir et d'influence, et peut laisser place à des abus à l'endroit de personnes particulièrement fragilisées. À cet égard, la position du Comité des droits a pu être critiquée comme véhiculant, au nom de l'autonomie de la personne, une vision trop « instrumentale » de l'accompagnement selon laquelle

la personnalité et l'agentivité propres de l'accompagnant.e sont censées disparaître derrière l'agentivité de la personne accompagnée, ou se fondre dans une agentivité partagée relationnelle. [C]es paradigmes risquent de favoriser une illusion d'inclusion de la personne accompagnée dans le procès de décision voire une fiction d'autoreprésentation de la personne handicapée[, qui] peut n'être que peu impliquée, ou bien soumise à une influence abusive<sup>84</sup>.

De plus, « supposer que la personne pourrait détecter cette influence ou interprétation abusives de ses volontés et changer d'accompagnant revient à postuler en son chef une autonomie qui, précisément, lui fait souvent défaut<sup>85</sup> ». Plus largement, une focalisation excessive sur l'autonomie ou la volonté exprimée risque d'éluider la question des articulations avec d'autres valeurs constitutives du soin et de l'accompagnement d'autrui (bienfaisance et justice ; sollicitude ; dignité)<sup>86</sup>. Elle ne permet pas de répondre à la question de savoir jusqu'où cette volonté doit être suivie lorsque la personne se met en danger, dans un contexte où l'aptitude de l'intéressé à mesurer la portée de ses actes apparaît diminuée ou à tout le moins incertaine.

## **B. Un exercice des droits au-delà de l'aptitude à exprimer une volonté ?**

*Le problème des volontés inaccessibles.* Un modèle de soutien à l'exercice personnel des droits centré sur la volonté et les préférences laisse entière la question de savoir comment peut se concrétiser un tel exercice pour les personnes dont les préférences ne peuvent être connues. Le standard de la volonté et des préférences pourrait, à cet égard, entrer en contradiction avec l'ambition d'une capacité juri-

---

<sup>82</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2025, n° 24-12.767.

<sup>83</sup> Pour une illustration de cette difficulté, v. A. LE GOFF, L. VELPRY, « Que valent les bonnes intentions ? Le cas Anna Stubblefield », *Esprit*, 12, 2018, p. 117.

<sup>84</sup> M. BOLDRINI, L. TRIAILLE, « L'autonomie relationnelle dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) : généalogie et enjeux critiques », art. cité, p. 119.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> E. KITTAY, « The Ethics of Care, Dependence and Disability », *Ratio juris*, 4, 2011.

dique universelle, puisque certaines personnes demeureraient exclues de cet exercice. Certains auteurs avancent qu'il faudrait partir du principe qu'une volonté de l'individu peut toujours être identifiée et interprétée et qu'il faudrait alors rechercher la meilleure interprétation de ce que serait cette volonté dans ce contexte<sup>87</sup>. À cet égard, tous les outils d'expression et d'interprétation disponibles devraient être selon eux mobilisés. Toutefois, on perçoit les difficultés suscitées par cette approche. D'une part, quels éléments faut-il prendre en compte pour identifier une « authentique » volonté, y compris chez des personnes les plus empêchées dans l'expression ? D'autre part, quelles méthodes mobiliser pour interpréter ces volontés et résoudre les éventuels conflits d'interprétation ? Plus largement, fonder l'exercice des droits sur la seule volonté de la personne est-il vraiment suffisant ? L'enjeu n'est-il pas plutôt de penser différentes formes possibles de participation au-delà (ou en-deçà) d'une focalisation trop grande sur la volonté du sujet ?

*Penser la diversité des formes de participation ?* La CDPH exige aujourd'hui que la volonté des personnes, même avec un discernement fortement altéré, soit respectée. Toutefois, dès lors qu'elle ambitionne de faire participer les personnes majeures handicapées aux choix qui les concernent, quelle forme devrait prendre l'accompagnement à l'exercice des droits d'individus dont les préférences ne sont ni communicables, ni interprétables ? Nous terminerons en prenant ici l'exemple de l'exercice du droit de vote, pour montrer que, même pour les personnes dont les fonctions cognitives sont très diminuées, s'expérimentent des formes de participation. Il peut s'agir de personnes polyhandicapées, de formes d'autisme très complexes, de troubles psychiques très sévères ou de personnes en état pauci-relationnel, sans possibilité d'identifier des préférences politiques. Pour ces situations très spécifiques, certains auteurs considèrent que l'exercice du droit de vote devrait aussi pouvoir être rendu possible<sup>88</sup>. Les parents de ces personnes ont des positions variées sur cette question du droit de vote et de son exercice<sup>89</sup>. Une partie d'entre eux font le choix de voter « pour et avec leur enfant » : ils vont accompagner leur enfant polyhandicapé dans le bureau de vote, prendre le bulletin, mettre le bulletin dans l'enveloppe, mettre l'enveloppe dans l'urne et signer pour la personne polyhandicapée. Ces gestes se feront avec cette dernière, qui pourra éventuellement être associée à leur réalisation. L'analyse du discours de ces parents montre que le vote offre la possibilité d'exister symboliquement dans la sphère publique, indépendamment des compétences cognitives ou motrices de la personne. Il est le marqueur d'un rituel partagé par un même peuple. Elle fait également apparaître la valeur politique de cet acte : le fait de voter est une manière de reconnaître que la voix de ces personnes compte et qu'elles sont donc des personnes à prendre en

---

<sup>87</sup> A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN « The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality Before the Law », *The International Journal of Human Rights*, 20/4, 2015, p. 471-490 ; A. NILSSON, « Article 12 CRPD : Equal Recognition before the Law », in I. BANTEKAS, M.-A. STEIN, D. ANASTASIOU (dir.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

<sup>88</sup> M. NUSSBAUM, « The Capabilities of People with Cognitive Disabilities », *Metaphilosophy*, 40, 2009, p. 331 ; B. GAGNON, O. CLEMENT-SAINTE-MARIE, « Le concept de vulnérabilité et l'inclusion politique des personnes ayant une déficience intellectuelle », *Alter*, 13, 2019, p. 192.

<sup>89</sup> Sur ce sujet, le rapport de recherche « Polycitoyen » coordonné par Myriam Winance et Cyril Desjeux analyse les représentations et pratiques relatives au droit de vote des personnes polyhandicapées en France, 2025 [www.handeo.fr/wp-content/uploads/2025/12/RAPPORT\_Polycitoyen\_vote\_-VF.pdf].

compte dans les campagnes électorales. Les parents qui votent « pour et avec » leur enfant soutiennent une conception du sujet de droit privilégiant la relation aux institutions et à la vie en société par rapport à une capacité à rationaliser et à s'auto-déterminer politiquement. Ils donnent à voir plusieurs compétences chez leur enfant polyhandicapé qui sont souvent invisibilisées ou dévalorisées : 1) une compétence d'influence : certains parents se sont retrouvés à lire tous les programmes, chose qu'ils ne faisaient pas ; 2) une compétence à produire et faire ressentir des émotions : une émotion qui revient souvent est celle de la fierté de voir son enfant voter. Celle-ci marque un rite de passage : son enfant devient votant ; 3) une compétence à représenter une communauté : par l'acte de voter ou le fait d'être présent dans un bureau de vote, ces personnes participent à sensibiliser la société aux enjeux du handicap et du polyhandicap ; 4) une compétence interactionnelle : le polyhandicap suscite des échanges entre les membres d'une famille pour savoir pour qui il est préférable de voter si l'on veut prendre en compte la situation de handicap.

La CDPH et la plupart des législations européennes n'avaient pas forcément envisagé ces situations les plus éloignées de l'autonomie. En effet, lorsqu'il est prévu de pouvoir se faire assister par un tiers dans les gestes liés au vote, cette assistance est généralement conditionnée à la capacité de la personne de désigner ce tiers. La CDPH précise que cela doit être fait à sa « demande » (art. 29 §) et le droit français parle « d'un électeur de son choix » (C. él., art. 64). Malgré l'impossibilité pour la personne polyhandicapée de faire un choix politique, certains parents se sont saisis du droit de vote de leur enfant pour le rendre effectif. Il ne s'agit pas ici de discuter la légalité de cet acte, mais d'entrevoir dans ces pratiques une manière d'incarner sous une certaine forme, pour des personnes extrêmement vulnérables, un sujet de droit.

Alors même qu'il concerne un droit dont l'exercice semble très fortement associé à l'expression d'une volonté personnelle, cet exemple montre que la participation de la personne handicapée à l'exercice de ses droits ne peut se concevoir exclusivement à partir de sa volonté, mais aussi plus largement à partir des différentes manières dont celle-ci peut « prendre part » à cet exercice. Le droit (international) du handicap invite alors, non seulement à interroger les fondements des régimes d'incapacité, mais aussi à imaginer les différentes formes de participation et d'inclusion possibles du sujet de(s) droit(s) selon les contextes, en prenant appui sur la diversité d'allures des vies humaines.

### Paul Véron

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à la faculté de droit de Nantes, membre du laboratoire Droit et changement social (UMR 6297) et coresponsable du Master 2 Droit de la santé. Ses recherches s'inscrivent principalement dans les champs du droit médical et de la santé et du droit des personnes vulnérables (psychiatrie, handicap, personnes âgées). Il est notamment coauteur de *Vulnérabilités et accès au(x) droit(s). Étude de cas socio-juridiques* (Presses universitaires de Rennes, 2024).

### Cyril Desjeux

Sociologue et directeur scientifique de Handéo. Spécialisé dans les questions de participation citoyenne et politique des personnes en situation de handicap, il a notamment publié *Vote et handicaps* (Presses universitaires de Grenoble, 2020) et le *Handicap au pouvoir* (Presses universitaires de Grenoble, 2024).

### Fabrice Gzil

Professeur des universités, il enseigne la philosophie et la bioéthique à l'université Paris Saclay et dirige l'équipe « Recherches en éthique et en épistémologie » du CESP (Inserm/Paris Saclay). Il co-dirige l'Espace éthique Île-de-France et il est membre du Comité consultatif national d'éthique (CCNE). Il est notamment l'auteur de *La maladie d'Alzheimer : problèmes philosophiques* (Presses universitaires de France, 2009), et coauteur de *La valeur de la santé* (Erès, 2024).

### Benoît Eyraud

Maître de conférences HDR en sociologie à l'université Lyon 2, membre du Centre Max Weber (UMR 5283) et associé au Centre d'étude des mouvements sociaux (UMR 8044 EHESS/CNRS). Il est notamment l'auteur de *Protéger et rendre capable. La considération civile et sociale des personnes très vulnérables* (Erès, 2013) et de *Reconnaître la capacité juridique comme droit humain. Une sociologie affirmative* (ENS Éditions, 2025).

Sylvie Schmitt

## Les générations futures dans la Constitution italienne : une notion indéterminée

**E**N 2022, le constituant italien intègre à l'article 9 de la Constitution la notion de générations futures : la République « protège l'environnement, la biodiversité et les écosystèmes, y compris dans l'intérêt des générations futures » (art. 9, al. 3).

D'autres constituants accomplirent la même démarche des années plus tôt. En 2004, l'adoption de la Charte de l'environnement permit de faire entrer la notion dans le bloc de constitutionnalité français : « Afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins » (alinéa 7 du préambule). Depuis 2002, la Constitution allemande affirme que, en « assumant sa responsabilité pour les générations futures, l'État protège également les fondements naturels de la vie » (article 20.a).

Avant cette prise de conscience des constituants européens, il y eut le *Rapport Brundtland* de 1987, le premier texte moderne à employer la notion. Œuvre de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (CMED) des Nations Unies, le rapport s'inquiète à plusieurs reprises de ce que les hommes d'aujourd'hui laisseront aux générations futures. Il définit le développement durable comme devant être « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs<sup>1</sup> ». Certes, le texte réunit des recommandations sans valeur prescriptive, mais il contribue à populariser la notion en matière environnementale.

En dehors de cette matière, un autre texte l'avait employée à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Aux termes de l'article 28 de la Déclaration des droits de la Constitution française de 1793 : « Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures », car un peuple a « toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution ». Aujourd'hui cependant, la notion est surtout connue en droit environnemental, ce qui lui a permis de sortir de l'oubli relatif dont elle faisait l'objet depuis la suspension de la Constitution de 1793.

---

<sup>1</sup> *Rapport Brundtland. Notre avenir à tous*, 1987, p. 40 [[www.are.admin.ch/are/fr/home/media-et-publications/publications/developpement-durable/brundtland-report.html](http://www.are.admin.ch/are/fr/home/media-et-publications/publications/developpement-durable/brundtland-report.html)].

La chronologie laisse penser que le constituant italien a suivi un mouvement amorcé par le *Rapport Brundtland*. En réalité, même si le *Rapport Brundtland* fut précurseur, l'Italie a tracé sa propre voie en empruntant un chemin de traverse, celui de la commission Rodotà de 2007.

Stefano Rodotà, professeur de droit et député, dirige une commission en vue de réformer le Code civil, à la demande du gouvernement italien de l'époque. L'objet de la réforme est d'ajouter dans le code une nouvelle catégorie de biens, à côté des biens privés et des biens publics. Il s'agit des biens communs. Théoricien reconnu des biens communs en Italie<sup>2</sup>, Rodotà défend l'idée qu'il existe des biens environnementaux échappant à l'appropriation et à la marchandisation. Selon l'auteur, les contemporains doivent les protéger car ils représentent un patrimoine à léguer au futur : « Qu'y a-t-il donc dans les biens communs ? Il y a cette dimension du futur qui a disparu dans notre société, où tout vit à court terme<sup>3</sup> ».

La commission insère dans la catégorie des biens communs tous ceux « qui expriment une utilité fonctionnelle pour l'exercice des droits fondamentaux et le libre développement de la personne », que ni le régime des biens publics ni celui de la propriété privée ne réussissent à préserver de façon efficace. Les biens communs sont archéologiques, culturels ou environnementaux. La commission énumère ces derniers dans une liste qui inclut le vivant et le non-vivant, le matériel et l'immatériel, entre autres : rivières, lacs, forêts, glaciers, air, biodiversité, faune et flore. Elle apporte cette précision : « Les biens communs doivent être protégés et sauvegardés par l'ordre juridique, notamment au bénéfice des générations futures<sup>4</sup> ».

Les propositions de la commission sont présentées le 7 juin 2007. Cependant, la reconnaissance de la notion de bien commun fait l'objet de polémiques, en raison des limitations qu'elle implique pour la propriété privée et pour les biens publics. À l'occasion d'un changement de majorité, le nouveau gouvernement décide d'abandonner le projet de modification du Code civil.

Si le gouvernement italien renonce à la notion de bien commun, il en va autrement de celle des générations futures. Plus consensuelle, elle est reprise par le constituant. À la suite d'une proposition du Sénat en 2019, la notion est intégrée à l'article 9 de la Constitution le 11 février 2022. De son côté, la Cour constitutionnelle n'a pas attendu 2022 pour l'évoquer dans sa jurisprudence en droit environnemental<sup>5</sup>, ainsi qu'en matières de finances publiques<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Stefano Rodotà a permis de faire connaître la notion de biens communs grâce à ses nombreux travaux. Parmi les plus récents, on peut citer : S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Naples, La scuola di Pitagora, 2018.

<sup>3</sup> S. RODOTÀ, « Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria », *Questione Giustizia*, 5, 2011 [www.questionegiustizia.it/data/doc/1360/beni\_comuni\_categorie\_giuridiche\_stefanorodota.pdf]. Nous traduisons. De manière générale et sauf mention contraire, les traductions de l'italien au français sont dans cet article de notre fait.

<sup>4</sup> Ancien art. 9, al. 2 C. : « La République [...] protège le paysage et le patrimoine historique et artistique de la Nation ».

<sup>5</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 419 du 12 déc. 1996 [giurcost.org/decisioni/1996/0419s-96.html].

<sup>6</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 88 du 7 avril 2014 [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2014/88].

La Cour met en avant certaines garanties au bénéfice des générations futures, telles que l'équité intergénérationnelle<sup>7</sup>, leur égalité de chance<sup>8</sup> ou plus simplement leur intérêt<sup>9</sup>. Cependant, malgré l'usage répété de la notion, la Cour se garde d'en donner une définition. Elle n'apporte aucune précision sur le futur visé ou sur ce que sont ces générations. La Cour manifeste sa prudence traditionnelle, consistant à ne pas définir d'emblée des notions afin de les laisser évoluer dans le temps sans les enfermer dans un cadre contraignant. Elle conçoit la temporalité par ses deux bouts : l'avenir et le passé. La prise en compte du temps futur se traduit par une interprétation évolutive, pouvant ainsi s'adapter aux mouvements de la société<sup>10</sup>. Le respect du passé s'exprime dans l'attachement au contexte historique et social, aux racines d'une notion ou d'un principe, de sorte que même si leur intégration dans le droit positif italien était récente, la notion ou le principe garderait une part de leur identité d'origine. Comme l'affirme Paolo Grossi, le droit devrait représenter

le résultat d'une « invention », c'est-à-dire être perçu non comme quelque chose qui est créé par le pouvoir politique mais comme quelque chose qu'on doit chercher et trouver (selon la signification de l'*invenire* latin) dans les racines d'une civilisation, dans la profondeur de son histoire, dans l'identité la plus précieuse d'une conscience collective<sup>11</sup>

Pour l'heure, la notion de générations futures reste liée à son histoire, italienne ou non, n'étant pas davantage définie dans le passé qu'elle ne l'est aujourd'hui par la Cour constitutionnelle.

Le risque produit par la persistance de cette imprécision est de transformer la notion en une formule générale, certes non dénuée de portée juridique, mais dont le contenu n'imposerait pas de définition pour être applicable<sup>12</sup>. L'option inverse, consistant à donner une identité à ces générations futures qui, pour l'instant, représentent une multitude anonyme, serait d'ouvrir la voie à une forme de personnalisation. À terme, elles deviendraient un sujet de droit, susceptible d'être représenté en justice pour défendre son intérêt. La Cour souhaite-t-elle une telle évolution ? Elle n'est pas ignorante des débats actuels qui animent la doctrine en Italie

---

<sup>7</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 18 du 5 déc. 2018 [[www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2019/18](http://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2019/18)].

<sup>8</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 228 du 6 oct. 2021 [[www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2021/228](http://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2021/228)].

<sup>9</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 105 du 7 mai 2024 [[www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2024/105](http://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2024/105)].

<sup>10</sup> V. F. CARNELUTTI, *Arte del diritto* [1949], Turin, G. Giappichelli, 2017 ; *id.*, *Teoria generale del diritto*, Rome, Foro italiano, 1940 ; C. PALUMBO, « Arte, diritto e fatto in Francesco Carnelutti », *L'Ircocervo*, 1, 2023, p. 399. Contre cette théorie, voir S. ROMANO, « Interpretazione evolutiva », in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milan, Giuffrè, 1947, p. 123. Pour une étude récente, voir A. LONGO, « La peculiarità ermeneutica della Costituzione nel tempo : quattro passi su una strada tortuosa », *Consulta Online*, 2014 [[giurcost.org/contents/giurcost//studi/longo4.pdf](http://giurcost.org/contents/giurcost//studi/longo4.pdf)].

<sup>11</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari, Laterza, 2017, p. 10 ; *id.*, « La invenzione del diritto : a proposito della funzione dei giudici », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2017, p. 831.

<sup>12</sup> V. A. D'ALOIA, « Il diritto di fronte all'incertezza del futuro », *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2023, p. 179 ; L. BARTOLUCCI, « Le "future generazioni" sono entrate in Costituzione. Conseguenze giuridiche e politiche », *LUISS*, 6 avril 2022 [[sog.luiss.it/sites/sog.luiss.it/](http://sog.luiss.it/sites/sog.luiss.it/)].

et à l'étranger sur la personnalisation des nouvelles entités telles que l'environnement ou les animaux. Là aussi, la Cour reste prudente, n'avancant ni dans un sens ni dans l'autre<sup>13</sup>.

Pourtant, il semble difficile de faire l'économie d'une définition des générations futures, car de nombreuses questions se posent. Quels que soient les enjeux, il est légitime de s'interroger sur la notion. Même si son origine historique en Italie (I) ne contribue pas, à elle seule, à en déterminer le sens (II), il est possible de l'appréhender de manière indirecte, c'est-à-dire par le moyen de l'intérêt dont les générations futures sont porteuses (III).

## I. L'ORIGINE DE LA NOTION DE GENERATIONS FUTURES EN ITALIE

La notion italienne des générations futures est marquée par l'apport doctrinal en finances publiques (A) et par la théorie des biens communs (B).

### A. La charge future de la dette publique

Bien que le constituant rattache la notion de générations futures à la protection de l'environnement (art. 9 C. précité), ce lien n'est pas exclusif. La Cour a pour habitude de l'employer également en finances publiques depuis 2014 (arrêt précité n° 88 de 2014), en se fondant sur le principe de soutenabilité de la dette affirmé à l'article 81 de la Constitution<sup>14</sup>. La Cour évoque soit directement les générations futures soit l'inter-génération, un concept global :

Le respect du principe d'équité intergénérationnelle implique la nécessité de ne pas peser de manière disproportionnée sur les opportunités de croissance des générations futures, en leur garantissant des ressources suffisantes pour un développement équilibré [...]. [L]e comblement du déficit ne peut être reporté de manière déraisonnable, car il est nécessaire de rompre avec le passé afin de permettre aux nouveaux administrateurs d'exercer leur mandat sans « héritage » lourd<sup>15</sup>.

La référence aux générations futures en finances publiques n'est pas nouvelle. Si la notion n'a pas totalement disparu de la culture juridique après l'épisode bref de la Déclaration de 1793, c'est en partie grâce à la doctrine spécialisée dans cette matière. L'intérêt des générations futures est évoqué au XIX<sup>e</sup> siècle, comme argument contre l'endettement. L'idée est que la dette publique profite surtout aux personnes présentes et pèse sur le futur, d'où l'appel à ne pas en abuser. Ainsi en 1850, Angelo Messedaglia juge que « l'énormité des charges que les générations présentes

---

<sup>13</sup>V. P. PASSAGLIA (dir.), *I diritti delle future generazioni : ambiente e salute*, Corte costituzionale, Servizio Studi, juin 2023 [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegna\_seminari/comp-310\_incontro-quadrilaterale-2023\_20240930145351.pdf].

<sup>14</sup> Art. 81, al. 6 C. : « Le contenu de la loi de finances, les normes fondamentales et les critères destinés à assurer l'équilibre entre les recettes et les dépenses budgétaires ainsi que la soutenabilité de la dette de l'ensemble des administrations publiques sont établis par une loi adoptée à la majorité absolue des membres de chaque chambre dans le respect des principes posés par la loi constitutionnelle ».

<sup>15</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 235 du 10 nov. 2021 [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2021/235].

reversent de manière inconsidérée sur les générations à venir apparaît comme la plus flagrante des injustices du présent envers le futur<sup>16</sup> ».

Cette appréciation continue d'être partagée par la doctrine au début du XX<sup>e</sup> siècle : en 1938, Luigi Einaudi s'inquiète du poids de la dette laissée « à toutes les générations suivantes<sup>17</sup> ». Il observe que

le souhait des contribuables de ne pas payer immédiatement toutes les dépenses extraordinaires [c'est-à-dire la charge de la dette] ne signifie pas que celles-ci puissent être prises en charge par quelqu'un qui n'appartient pas à la génération actuelle. Une simple réflexion suffit à démontrer l'absurdité de l'opinion selon laquelle une dépense actuelle pourrait être supportée par des générations qui ne sont pas encore nées<sup>18</sup>.

Le lien établi entre la notion et les finances publiques n'est pas propre à la doctrine italienne. La doctrine française du début du XX<sup>e</sup> siècle procède de même, là aussi pour mettre en garde contre les dangers de l'endettement<sup>19</sup>.

À son tour, le droit environnemental recourt à des concepts issus des finances publiques, ceux de la dette laissée en héritage et de l'iniquité d'un tel choix. L'apport est frappant dans le *Rapport Brundtland*, où l'on constate l'emploi d'un vocabulaire et d'un raisonnement propres aux finances publiques<sup>20</sup>.

Mais une différence demeure entre les deux approches. Les auteurs classiques des finances publiques se bornent à évoquer la notion de générations futures sans l'approfondir. Cette absence de théorisation empêche une réflexion générale sur l'usage de la notion et ses implications, ce qui, au contraire, n'échappe pas à la doctrine et aux textes de droit environnemental. Leur originalité est de voir le pré-supposé de la notion : un lien temporel entre les générations présentes et futures, exprimé sous la forme d'un patrimoine commun.

---

<sup>16</sup> A. MESSEDAGLIA, *Des prestiti pubblici e del miglior sistema di consolidazione*, Milan, Vallardi, 1850, p. 3.

<sup>17</sup> L. EINAUDI, « Miti e paradossi della giustizia tributaria » [1938], in *Scritti di Economia. Economica e scienza della finanza*, Turin, Fondazione Luigi Einaudi, 2024, p. 311.

<sup>18</sup> L. EINAUDI, *Principi di scienza della finanza*, Turin, Fondazione Luigi Einaudi, 1949, Livre III, p. 315 [www.luigieinaudi.it/doc/la-finanza-straordinaria-e-il-debito-pubblico/]. Pour aller plus loin dans l'étude des auteurs établissant un lien entre la dette publique et l'intérêt des générations futures, v. G. DALLERA, « La "scuola" italiana di scienza delle finanze », 261, *Moneta e credito*, 2013, p. 45.

<sup>19</sup> V. G. JEZE, « Les finances de guerre de la France », *Revue de science et de législation financières*, 4, 1917, p. 560 ; S. NETTA, *La dette publique de l'État roumain*, Thèse de doctorat, Université de Paris, Faculté de droit, 1935. En dehors du droit, la notion de générations futures se retrouve aussi en sciences politiques françaises. Léon Bourgeois, notamment, en fait un élément déterminant de sa théorie sur le solidarisme, développant l'idée que les générations actuelles ont l'obligation de léguer un patrimoine enrichi aux générations futures (v. L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, A. Colin, 1896).

<sup>20</sup> *Rapport Brundtland*, *op. cit.*, p. 14 : « Ils puisent trop, et trop vite, dans des ressources déjà limitées qui ne pourront durer encore longtemps. Les comptes sont peut-être encore positifs pour notre génération, mais nos enfants hériteront d'une balance négative. Nous empruntons un capital écologique aux générations à venir, en sachant pertinemment que nous ne pourrions jamais le leur rembourser. Ils auront beau nous maudire d'avoir été si dépensiers, ils ne pourront jamais récupérer ce que nous leur devons ».

## B. La théorie italienne des biens communs

Ce bien en partage à travers le temps, qui est implicite dans la doctrine classique des finances publiques, devient l'élément central en droit environnemental, l'appel aux générations futures étant en quelque sorte la conséquence de la reconnaissance du patrimoine commun.

À titre d'exemple, la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972 combine ensemble les notions de patrimoine et de générations futures<sup>21</sup>. En Italie, les travaux de la commission Rodotà de 2007 reprennent à leur tour les concepts mobilisés, dans une réflexion où s'entremêlent des considérations budgétaires, ainsi que les idées de patrimoine, de biens communs et de générations futures.

Il convient de rappeler que la commission a été instituée à une période où l'Italie connaissait un phénomène de privatisation et de démantèlement des biens publics ou du domaine privé, tant culturels qu'environnementaux. L'objectif des initiateurs de ces mesures, étatiques ou locales, était d'obtenir des ressources supplémentaires tout en se dégageant du coût d'entretien des biens en question<sup>22</sup>. La commission, en proposant l'instauration du régime des biens communs – culturels et environnementaux – cherche un moyen de préserver leur intégrité sans remettre en cause les propriétés publiques et privées. Elle se fonde sur une conception proprement italienne des biens communs, existant depuis le Moyen Âge, celle des usages collectifs : il s'agit de biens, appartenant à des personnes publiques ou privées, mais dont on ne peut interdire l'accès et l'usage au public. Le bien commun, concrètement, est un bien dont l'usage est commun.

Le caractère commun comprend un élément spatial et un élément temporel : spatial dans le sens où l'usage commun est ouvert à tous les habitants du lieu où se situe le bien, temporel dans le sens où les personnes visées sont les habitants actuels et futurs.

De son côté, la Cour constitutionnelle italienne combinait déjà les notions de patrimoine et de générations futures dans un arrêt de 1996, portant sur la gestion de l'eau : « la déclaration de publicité des ressources en eau entraîne une limitation de la propriété [...] comme moyen de mettre en œuvre et de sauvegarder l'une des valeurs fondamentales de l'humanité (et des générations futures) et l'intégrité du patrimoine environnemental » (arrêt précité n° 419 de 1996). Après les travaux de la commission, la Cour a poursuivi sa jurisprudence en lui ajoutant la notion de communauté. Ainsi, dans un arrêt récent de 2024, elle affirme que la loi examinée « fait clairement apparaître [...] une valorisation de la propriété collective, qui

---

<sup>21</sup> Art. 4 de la Convention du patrimoine mondial du 16 nov. 1972 : « Chacun des États parties à la présente Convention reconnaît que l'obligation d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel visé aux articles 1 et 2 et situé sur son territoire, lui incombe en premier chef » [[whc.unesco.org/archive/convention-fr.pdf](http://whc.unesco.org/archive/convention-fr.pdf)]. En France, le lien entre le patrimoine commun et les générations futures apparaît sous la forme indirecte d'une proximité topologique, les deux notions étant insérées dans le préambule de la Charte de l'environnement, respectivement aux al. 5 (« considérant [...] que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ») et 9 précité.

<sup>22</sup>V. S. MAROTTA, « La via italiana i beni comuni », *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2013 [[aedon.mulino.it/archivio/2013/1/marotta.html](http://aedon.mulino.it/archivio/2013/1/marotta.html)].

sous-entend une responsabilisation des communautés appelées à préserver l’environnement, y compris dans l’intérêt des générations futures<sup>23</sup> ».

Outre les textes internationaux de droit environnemental et les travaux de la commission, la Cour dispose d’une autre source d’inspiration, en l’occurrence les travaux doctrinaux de Paolo Grossi. Elle connaît fort bien les recherches de l’historien du droit spécialisé dans l’étude des usages collectifs<sup>24</sup>, par ailleurs ancien juge et ancien président de la Cour constitutionnelle (entre 2016 et 2018). Or, Grossi justifie la préservation des biens communs en s’appuyant sur les notions de « génération », « inter-génération » et « futur » :

La communauté, étant la condition de survie pour ses membres, est pensée comme intergénérationnelle, comme une chaîne de générations, née dans les temps les plus anciens mais destinée à être conservée et à durer *in infinitumtempus*, comme un pont sûr qui permet de sortir indemne du grand fleuve du temps, en réunissant le passé, le présent et le futur<sup>25</sup>.

Les sources de la notion de générations futures, en Italie, proviennent ainsi pour partie de l’extérieur – les textes internationaux en droit environnemental – et pour partie de l’intérieur : doctrine classique des finances publiques, doctrine moderne de droit environnemental. L’apport intérieur lui donne une identité proprement italienne, en ce qu’il intègre la notion dans un cadre conceptuel historique – les biens communs. Dans cette assimilation au droit italien, qui contribue à obscurcir la notion, se trouve aussi sa fragilité.

## II. L’INDETERMINATION DES GENERATIONS FUTURES

Deux imprécisions ressortent du contenu de l’article 9 de la Constitution : la première imprécision, portant sur la composition des générations futures, demeure faible (A) tandis que la seconde, portant sur leur appartenance à une catégorie juridique déterminée, est bien plus forte (B).

### A. Une composition imprécise

Rien ne permet de savoir jusqu’où s’étendent les générations futures. Le recours au pluriel implique la multitude, mais combien sont-elles, sont-elles liées à un temps déterminé (dans vingt ans, dans cinquante ans) ou à un temps indéfini ? D’elles, on sait uniquement qu’elles n’incluent pas les humains présents, comme le révèle l’interprétation donnée à la notion en droit international, notamment par le

---

<sup>23</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 152 du 21 mai 2024. La loi examinée, régionale, prévoyait de soumettre au contrôle des autorités publiques la gestion des associations de droit privé chargées de gérer des terres agricoles collectives, utilisées par les agriculteurs locaux [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2024/152].

<sup>24</sup> V. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria* [2017], Milan, Giuffrè, 2020 ; Id. *Il mondo delle terre collettive, itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, Quodlibet, 2019. Sur l’influence et la notoriété des recherches de Paolo Grossi, v. G. CASSETTA, C. FANTAPPIE, P. COSTA, « Il diritto come forma dell’esperienza, per Paolo Grossi », *Quaderni Fiorentini*, 52, T. I, 2023 [www.quadernifiorentini.eu/quaderni/52/volume.pdf]. Ce numéro spécial de la revue recueille de nombreux articles écrits en hommage à Paolo Grossi.

<sup>25</sup> P. GROSSI, « Un altro modo di possedere », *Demanio Civico*, 2020, n° 3, p. 513.

Pacte du Sommet pour l'avenir qui distingue les jeunes et les enfants des générations futures<sup>26</sup>. Le Conseil de l'Europe s'avère plus précis dans sa définition : « Le terme “générations futures” désigne toutes les personnes qui viendront après nous<sup>27</sup> ».

En Italie, la doctrine adopte majoritairement la même position<sup>28</sup>. Ferdinando G. Manga illustre cette tendance en mettant en évidence les problèmes soulevés par cette l'hypothèse : « comment donner la parole aux générations futures, c'est-à-dire à des sujets qui n'existent pas encore et qui n'existeront pas dans un avenir proche<sup>29</sup> ? »

Quant à la Cour constitutionnelle, elle est restée dans un premier temps silencieuse sur ce point. Certes, la notion précitée d'inter-génération, qu'elle privilégie en finances publiques, implique par son caractère totalisant une différence entre les générations présentes et futures. Mais, faute d'affirmation expresse, l'interprétation demeurerait implicite. À partir de 2020, la Cour se montre plus explicite en différenciant les générations actuelles des générations futures : les mécanismes d'économie et d'efficacité énergétique « permettent un développement durable de la société grâce à une consommation d'énergie réduite, répondant ainsi aux besoins des générations actuelles sans compromettre la qualité de vie et les perspectives des générations futures<sup>30</sup> ».

Enfin, en 2024, la Cour opte pour une définition précise. Elle déclare que le nouveau contenu de l'article 9 de la Constitution

ne se réfère pas seulement aux intérêts des individus et de la collectivité à l'heure actuelle, mais s'étend également (comme l'ont déjà préfiguré de nombreux arrêts

---

<sup>26</sup> Assemblée générale de l'ONU, résolution du 22 sept. 2024, n° 59, p. 28 : « Nous savons que les enfants et les jeunes forment des groupes distincts des générations futures » [docs.un.org/fr/A/RES/79/1].

<sup>27</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, doc. 15999 du 7 juin 2024, *Sauvegarder les droits des générations futures*, version provisoire [rm.coe.int/future-rights-version-provisoire/1680b0475d].

<sup>28</sup> « [P]ar “génération présente”, on doit entendre l'ensemble des individus existant dans le temps qui se vit, tandis que par “générations futures” [on doit entendre] l'ensemble des individus qui n'existent pas encore » (G. PALOMBINO, *Il principio di equità generazionale: la tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, Thèse de doctorat, Université des Études de Naples, 2021, p. 45 [digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/70878/95109.pdf?sequence=4&isAllowed=y]). Du même auteur : « La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale », *Federalismi.it*, 24, 5 août 2020, p. 242. Dans le même sens, v. L. BARTOLUCCI, « Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale », *AIC*, 4, 2021, p. 212 ; T. GRECO, « Da dove vengono i diritti delle generazioni future ? », *Etica & Politica*, 1, 2018, p. 249 (évoquant la « non-existence » des générations futures) ; M. W. MONTEROSSO, « Diritti, soggetti e generazioni future », in A. QUARTA, M. SPANO (dir.), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milan, Mimesis, 2016, p. 121.

<sup>29</sup> F. G. MANGA, « Dare voce alle generazioni future. Riflessioni filosofico-giuridiche su rappresentanza e riconoscimento a margine della recente modifica dell'article 9 della Costituzione italiana », in R. NEVOLA, G. VERRENGIA M. PRESTIPINO (dir.), *I diritti delle nuove generazioni nel nuovo art. 9 Cost. Selezione di contributi di dottrina, Selezione di contributi di dottrina*, Service des études de la Cour constitutionnelle, oct. 2023, p. 167 [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\_seminari/stu\_335\_a\_dottrina\_20231010114307.pdf].

<sup>30</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 237 du 22 oct. 2020 [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2020/237].

de cette Cour antérieurs à la réforme [...] aux intérêts des générations futures : et donc des personnes qui n'existent pas encore<sup>31</sup>

La Cour marque en l'espèce la continuité de son interprétation dans le temps. Elle reste ainsi fidèle à cette volonté susmentionnée de s'attacher au passé, ici pour légitimer une interprétation qui ne trouve pas sa source dans la lettre de l'article 9.

L'appel au passé est d'autant plus important que la notion de l'article 9 est tournée vers le futur. Or, la Cour associe le futur à l'incertitude<sup>32</sup>. Au regard du rappel de sa jurisprudence antérieure, on peut alors émettre l'hypothèse que, en plus d'une légitimation de son interprétation, la Cour est en quête d'une assise afin de stabiliser dans le temps une notion dont le contenu demeure par nature incertain. La forme – c'est-à-dire la légitimité constitutionnelle de la norme – vient au secours du fond.

De fait, le futur indéterminé donne à la notion de l'article 9 une dimension abstraite, voire virtuelle puisqu'il n'y a aucune certitude que ces générations naîtront un jour. La doctrine italienne est pour cette raison sensible aux arguments avancés par Derek Parfit<sup>33</sup> : selon le philosophe britannique, l'avenir est tributaire du présent, les générations futures n'existeront que si les générations actuelles disposent de conditions favorables pour se reproduire. Ainsi, la qualité de vie présente peut les inciter à faire des enfants mais si on restreint cette qualité, au nom de la protection de l'environnement, elles refuseront d'engendrer. C'est ce que l'on appelle le « paradoxe de Parfit ». Il permet de récuser l'argument fondateur du principe de l'intérêt des générations futures, selon lequel la dégradation actuelle de l'environnement leur porterait préjudice. Sans nécessairement approuver la théorie de Parfit, la doctrine italienne estime qu'elle met en évidence le caractère incertain des générations futures<sup>34</sup>.

La Cour constitutionnelle, pour sa part, ne prétend pas que les générations futures existeront plus tard ou pourraient ne pas exister. C'est déjà une grande avancée d'avoir reconnu, dans l'arrêt précité de 2024, qu'elles sont composées de personnes non encore nées. La Cour ne s'avance pas davantage sur la catégorie juridique à laquelle appartiendraient les générations futures.

---

<sup>31</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n°105 du 7 mai 2024, précité [[www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2024/105](http://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2024/105)].

<sup>32</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n°1 du 5 juin 1956 [[www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/1956/1](http://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/1956/1)].

<sup>33</sup> D. PARFIT, *Les raisons et les personnes*, trad. Y. Schmitt, Paris, Agone, 2017.

<sup>34</sup> V. A. D'ALOIA, « Generazioni future (diritto costituzionale) », *Enciclopedia del diritto*, Milan, Giuffrè, 2016, p. 331 ; E. LECALDANO, « Orientamenti dell'etica », *Enciclopedia Treccani*, 2009 [[www.treccani.it/enciclopedia/orientamenti-dell-etica\\_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/orientamenti-dell-etica_(XXI-Secolo)/)] ; G. ROCHE, *I diritti delle persone possibili : saggio sul Non-Identity Problem*, Pise, Edizioni ETS, 2025 ; D. RICCIARDI, *Il concetto di generazioni future nel paradigma dei diritti umani*, Thèse de doctorat, Université de Padoue, 2023-2024, p. 22 [[thesis.unipd.it/retrieve/adb545c5-e591-486e-9049-6b1d213e5b16/Dominique\\_Ricciardi.pdf](https://thesis.unipd.it/retrieve/adb545c5-e591-486e-9049-6b1d213e5b16/Dominique_Ricciardi.pdf)]. A. MOLFETTA, « L'interesse delle future generazioni oltre la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione », 3, *AIC*, 2023, p. 222. Pour une étude française de la théorie de D. Parfit, voir C. SALVAT, « Parfit, l'égoïsme rationnel et la question de l'identité personnelle », 5/4, *Economia*, 2015, p. 437.

## B. L'absence de reconnaissance d'une personnalité de droit ou de fait

En droit italien, trois possibilités de qualification s'ouvriraient aux générations futures : la personne physique, l'entité ou l'étant. Concernant l'hypothèse de la personne physique, elle doit être exclue d'emblée puisque, selon la Cour constitutionnelle, les générations futures sont des « personnes qui n'existent pas encore<sup>35</sup> ». Cette affirmation peut être rapprochée d'un arrêt de 2012 de la Cour de cassation italienne, portant sur le statut de l'embryon, une problématique proche dans la mesure où l'embryon est un être humain à venir ou, pour reprendre la formule de la Cour, « il doit encore devenir une personne ». En attendant, il demeure « un objet de protection<sup>36</sup> ».

La qualification d'entité mérite une attention particulière. La doctrine n'hésite pas, en effet, à qualifier les générations futures d'« entité<sup>37</sup> ». Ce terme désigne, en Italie, une unité matérielle ou immatérielle, composée de parties formant un tout. Le terme peut s'appliquer à des personnes morales, mais, le plus souvent, il vise des unités dépourvues de la personnalité juridique.

Un éclairage intéressant sur la notion d'entité est apporté par la jurisprudence relative à l'environnement. Dans un arrêt de 2007, la Cour constitutionnelle affirme :

Il appartient à l'État de gérer l'environnement comme une entité organique, c'est-à-dire de dicter des règles de protection qui ont pour objet le tout et les composantes individuelles considérées comme parties du tout<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Cour constitutionnelle italienne, arrêt n°105 du 7 mai 2024, précité [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2024/105].

<sup>36</sup> Cass. civ., 2 oct. 2012, n° 16754. En l'espèce, la Cour de cassation se prononce sur la demande d'indemnisation présentée par des parents, pour le préjudice subi par leur enfant du fait d'une malformation non diagnostiquée pendant la grossesse. La Cour refuse de reconnaître à l'embryon la qualité de sujet de droit en raison du paradoxe qui en découlerait : « envisager le droit de l'enfant conçu à ne pas naître, c'est concevoir un droit qui, s'il est violé, a, quoique de manière détournée et posthume, un titulaire mais, si une telle violation n'existait pas, il n'y aurait jamais de titulaire. Le titulaire de ce droit présumé n'aurait jamais la possibilité de l'exercer ». D'où le bien-fondé de l'article 578 du code pénal, qui conçoit l'enfant à naître « comme un objet de protection et non comme un sujet de droit ». La Cour de cassation italienne adopte ici une position inverse de celle de la Cour de cassation française dans l'arrêt Perruche – que la juridiction italienne cite. Le raisonnement qu'elle suit n'est pas sans évoquer la théorie précitée de D. Parfit. Pour une étude de l'arrêt de la Cour de cassation italienne, v. M. D'AMICO, « Il concepito e il diritto a nascere sani : profili costituzionali alla luce della decisione della Corte di cassazione (n. 16754 del 2012) », *Rivista AIC*, 2, 2014 [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2\_2014\_DAmico.pdf].

<sup>37</sup> Giacomo Palombino évoque la notion d'« entité de groupe » : « La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale », *Federalismo.it*, 24, 2020. Pour Luca Bartolucci, les générations futures et présentes sont deux « entités [trop] hétérogènes » pour comparer leurs intérêts réciproques : « Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale », *Osservatorio costituzionale*, 4, 2021, p. 212. Pour Christian d'Orazio, elles sont « une entité juridique inexistante » : « Le generazioni future e il loro interesse : oggetti sconosciuti di rilievo costituzionale. Osservazioni a prima lettura della l. cost. n. 1/2022 », *Rivista di Biodiritto*, 2, 2022, p. 93.

<sup>38</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 378 du 5 nov. 2007 [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2007/378].

Dans un arrêt de 2013 – dont le rapporteur était Paolo Grossi –, la Cour confirme cette jurisprudence : l’environnement est une « entité organique relevant d’un intérêt public primordial et d’une valeur constitutionnelle absolue<sup>39</sup> ».

L’application du terme « entité » à l’environnement n’implique pas la reconnaissance d’une personnalité juridique ni même que cela soit envisageable, mais c’est déjà une avancée, dans la mesure où la notion d’entité recouvre toute sorte d’unité cohérente. Or, les générations futures possèdent ce point commun avec l’environnement : elles sont composées, comme l’environnement, de plusieurs éléments qui forment une unité cohérente.

Lorsqu’une entité est saisie par le droit, elle constitue *a minima* un objet du droit et, potentiellement, elle pourrait devenir un sujet de droit : thème sur lequel débat une partie de la doctrine européenne à l’égard des éléments de la nature<sup>40</sup>.

La Cour constitutionnelle ne se prononce en faveur d’aucune des deux solutions, elle ne prétend pas que les générations futures seraient un objet du droit ni un sujet de droit. Il est vrai aussi que la Cour ne les définit pas comme une entité, ce qui facilite l’absence de prise de position. Autrement dit, la jurisprudence sur la notion de générations futures est plus imprécise et moins engagée que la jurisprudence sur la notion d’environnement. *A fortiori*, la Cour constitutionnelle ne qualifie pas les générations futures d’étant (*ente*), une notion voisine de la notion d’entité mais qui ne possède pas la même élasticité.

Le droit italien fait un usage fréquent du mot « étant » (*i. e.* ce qui est), appliqué principalement aux organismes publics ou privés<sup>41</sup>. L’étant se caractérise par son

---

<sup>39</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 246 du 21 oct. 2013 [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2013/246]. Sur la définition juridique du mot « environnement », v. M. DEFFAIRI, « L’environnement, objet du droit, objet de droit(s) ? », in G. BLANC, E. DEMEULENAERE et W. FEUERHAHN (dir.), *Humanités environnementales*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2017 [books.openedition.org/psorbonne/84410?lang=fr]. Les chercheurs européens commencent à utiliser le mot « environnement » à partir des années 1970 à la place du mot « milieu », sous l’influence de la doctrine anglo-saxonne. V. ANON., « Environnement, environnements », in *Glossaire*, Eduscol/ENS de Lyon, Ressources de géographie pour les enseignants [geoconfluences.ens-lyon.fr/glossaire/environnement] ; G. QUENET, *Qu’est-ce que l’histoire environnementale ?*, Paris, Champ Vallon, 2014 ; M. FLEURY, F. JAMAY, « Droit de l’environnement », in G. PETIT, L. BLONDIAUX, I. CASILLO (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la Participation, DicoPart*, GIS Démocratie et Participation, 2022 (2<sup>e</sup> éd.) [www.dicopart.fr/droit-de-l-environnement-2022].

<sup>40</sup> V. P. BRUNET, « L’écologie des juges. La personnalité juridique des entités naturelles (Nouvelle-Zélande, Inde et Colombie) », in M.-A. COHENDET (dir.), *Droit constitutionnel de l’environnement*, Paris, Mare et Martin, 2021, p. 303. On ne reprend pas la définition de l’entité telle qu’elle ressort des sciences environnementales, pour qui elle peut viser des unités matérielles ou immatérielles sans prétention à devenir un sujet de droit. V. Observatoire de la santé : « Les “entités nouvelles” regroupent l’ensemble des matières créées par les activités humaines ». On y retrouve notamment : les substances chimiques, les organismes génétiquement modifiés, les substances radioactives, les déchets ménagers (v. IRIS/Institut de relations internationales et stratégiques, « Limites planétaires », note, 2025 [www.iris-france.org/wp-content/uploads/2025/02/ObsSante\_2025\_01\_Limites-planetaires\_Note.pdf]. V. L. PERSSON *et al.*, « Outside the Safe Operating Space of the Planetary Boundary for Novel Entities », *Environmental Science & Technology*, 56/3, 2022, p. 1510.

<sup>41</sup> Le terme « étant » est utilisé plusieurs fois dans la Constitution, à l’égard des collectivités territoriales (« *entitocali* », ainsi dénommées à l’art. 114 de la Constitution), les établissements publics (art. 117, al. 3-g C.), les établissements bancaires (art. 117, al. 4 C.), les organismes pris dans un sens général (art. 42 C.).

unité structurelle (un seul organisme, même s'il peut être doté de plusieurs organes) et fonctionnelle (la poursuite d'un objectif précis). Le plus souvent, il est doté de la personnalité juridique, mais ce n'est pas une exigence, on peut reconnaître qu'il existe même s'il s'agit d'un organisme de fait<sup>42</sup>. Néanmoins, dans le cadre de la Constitution, la notion vise des organismes dotés de la personnalité juridique, elle est pour cela moins ambiguë que la notion d'entité. Ainsi, dans un même arrêt, la Cour constitutionnelle peut employer le mot « étant » à l'égard d'une collectivité territoriale et le mot « entité » à l'égard de l'environnement<sup>43</sup>. Elle établit de la sorte une distinction formelle dont il n'est pas interdit de supposer qu'il s'agit aussi, implicitement, d'une distinction substantielle.

Au regard de cette jurisprudence, si on peut envisager que les générations futures soient une entité – en reprenant la thèse doctrinale –, il s'avère à l'inverse difficile de les qualifier d'étant. Pouvait-il en aller autrement alors même que les générations futures sont composées d'humains non encore nés, autrement dit le contraire de l'étant ?

Puisque la Cour constitutionnelle se garde de définir directement les générations futures, on peut tenter de les identifier de manière indirecte. Il convient, pour ce faire, de partir de l'intérêt dont elles sont porteuses.

### III. L'INTERET DES GENERATIONS FUTURES

L'intérêt mentionné à l'article 9 n'étant pas identifié, il pourrait être tout autant un intérêt subjectif (A) qu'un intérêt objectif (B).

#### A. La thèse de l'intérêt subjectif

L'article 9 de la Constitution attribue un intérêt aux générations futures (« La République protège l'environnement [...] dans l'intérêt des générations futures »). La notion d'intérêt, en droit italien, est inspirée pour partie de la théorie de Rudolf von Ihering sur les intérêts juridiquement protégés<sup>44</sup> : ce sont des intérêts subjectifs garantis par le droit.

En partant de cette théorie, le constituant italien a pu distinguer deux sortes d'intérêts juridiquement protégés, les droits subjectifs et les intérêts légitimes<sup>45</sup>. Les premiers relèvent de la compétence du juge judiciaire, les seconds du juge administratif<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> V. « Ente », *Enciclopedia Treccani* [[www.treccani.it/enciclopedia/ente/](http://www.treccani.it/enciclopedia/ente/)].

<sup>43</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 378 du 5 nov. 2007, précité [[www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2007/378](http://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2007/378)].

<sup>44</sup> R. VON IHERING, *L'Esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, T. IV, Paris, Maresq, 1880, p. 319.

<sup>45</sup> Art. 24, al. 1 de la Constitution : « Il est reconnu à chacun le droit d'ester en justice pour la protection de ses droits et intérêts légitimes ».

<sup>46</sup> V. J.-C. ESCARRAS, *Les expériences belge et italienne d'unité de juridiction*, Paris, LGDJ, 1972. Les droits subjectifs donnent pouvoir au sujet pour l'invoquer en justice (par exemple un droit de créance sur un locataire). Les intérêts légitimes sont hiérarchiquement inférieurs aux droits subjectifs. En effet, contrairement au sujet du droit subjectif, le sujet d'un intérêt légitime a un pouvoir indirect, dans le sens où son recours porte aussi sur la légalité d'un acte administratif et que la satisfaction de sa demande (reconnaissance ou non d'un intérêt légitime) dépend de la légalité de l'acte administratif.

Un grand nombre d’auteurs italiens estime que l’article 9 exprime un droit subjectif<sup>47</sup>, en se fondant notamment sur sa position topologique : il se situe dans la partie de la Constitution portant sur les droits et devoirs des citoyens. Cette thèse conduit logiquement certains auteurs à considérer que les générations futures sont des sujets de droit ayant vocation à se voir reconnaître la personnalité juridique. Le débat se rattache ainsi aux théories actuelles sur l’extension de la personnalité juridique à de nouvelles entités, principalement environnementales.

À l’inverse, Gustavo Zagrebelsky s’oppose à la thèse d’un droit subjectif. Constitutionnaliste renommé, par ailleurs juge à la Cour constitutionnelle entre 1995 et 2004, et président de la Cour en 2004, Zagrebelsky estime que les prétendus « droits des générations futures » sont « une de ces expressions impropres que nous utilisons pour masquer la vérité : les générations futures, justement parce qu’elles sont futures, n’ont aucun droit à revendiquer face aux générations précédentes<sup>48</sup> ».

De son côté, la Cour constitutionnelle n’a pas hésité dans le passé à évoquer « “les droits” des générations futures à jouir d’un patrimoine environnemental intact<sup>49</sup> ». Mais, depuis que la notion est entrée dans la Constitution, la Cour se borne à reprendre l’expression « l’intérêt des générations futures » de l’article 9 (v. arrêt précité n° 152 de 2024). Rien, dans sa jurisprudence actuelle, ne permet de confirmer la thèse d’un droit subjectif dont seraient titulaires les générations futures.

Dans le meilleur des cas, il pourrait s’agir d’un intérêt légitime<sup>50</sup>, c’est-à-dire un intérêt établi par la loi, invocable devant le juge administratif et susceptible d’être supprimé par une autre loi. Néanmoins, il n’y a pas non plus d’indices favorables à l’hypothèse de l’intérêt légitime dans la jurisprudence.

On pourrait également envisager que l’intérêt de l’article 9 soit ce que la Cour de cassation appelle un intérêt « simple », c’est-à-dire non juridiquement protégé, sans donc un juge pour le défendre<sup>51</sup>. Cependant, si tel était le cas, la mention à l’article 9 d’un tel intérêt n’aurait guère d’utilité. De surcroît, en lui niant toute portée juridique, on neutraliserait par la même occasion la notion de générations futures. La disposition de l’article 9 deviendrait une norme « programmatique »,

---

<sup>47</sup> V. à ce propos le rapport de la Cour constitutionnelle, regroupant des contributions d’auteurs dont plusieurs se montrent favorables à la thèse des droits subjectifs : *I diritti delle nuove generazioni nel nuovo art. 9 Cost. Selezione di contributi di dottrina, op. cit.*

<sup>48</sup> V. G. ZAGREBELSKY, « Nel nome dei figli. Se il diritto ha il dovere di pensare al futuro », *Repubblica*, 2 déc. 2011 [[www.libertaegiustizia.it/2011/12/02/nel-nome-dei-figli-se-il-diritto-ha-il-dovere-di-pensare-al-futuro/](http://www.libertaegiustizia.it/2011/12/02/nel-nome-dei-figli-se-il-diritto-ha-il-dovere-di-pensare-al-futuro/)].

<sup>49</sup> V. Cour constitutionnelle, arrêt n° 93 du 7 mars 2017 [[www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2017/93](http://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2017/93)] ; arrêt n° 67 du 8 avril 2013 [[www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2013/67](http://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2013/67)].

<sup>50</sup> L’intérêt légitime, à l’origine, était invocable dans le cadre du recours en légalité (l’équivalent de notre recours pour excès de pouvoir). Il était similaire à l’intérêt à agir du requérant français, permettant au requérant italien de contester la légalité d’un acte administratif. Aujourd’hui, il est devenu plus substantiel au point que dans certains contentieux tels que l’urbanisme, il autorise en plus une réparation : v. Cour de cassation, arrêt n° 500 du 22 juil. 1999 [[www.giustamm.it/private/approf/approf\\_risarcinteressi.htm](http://www.giustamm.it/private/approf/approf_risarcinteressi.htm)]. Sur la notion d’intérêt légitime, v. G. MONEDORO, « Il danno ingiusto nella prospettiva del giudice amministrativo », *Questione Giustizia*, 1, 2018 [[www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-danno-ingiusto-nella-prospettiva-del-giudice-amministrativo\\_524.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-danno-ingiusto-nella-prospettiva-del-giudice-amministrativo_524.php)].

<sup>51</sup> Cour de cassation, arrêt n° 500 du 22 juillet 1999, *ibid.*

c'est-à-dire sans valeur prescriptive. Or, la Cour constitutionnelle a toujours refusé la théorie selon laquelle les dispositions de la partie de la Constitution relative aux droits et aux devoirs auraient un contenu purement programmatique<sup>52</sup>. Dès les premières années de son entrée en fonction, la Cour a imposé leur force contraignante.

La dernière interprétation possible de l'article 9 est ainsi celle de l'intérêt objectif.

## B. La thèse de l'intérêt objectif

L'imprécision de l'article 9, qui ne qualifie pas l'intérêt et l'attribue à une entité indéterminée, laisse ouvertes toutes les possibilités interprétatives, des approches subjectives (intérêt légitime/droit subjectif) à l'approche objective. La seconde approche se traduit par l'intérêt général ou par un devoir sans contrepartie.

La Cour constitutionnelle s'oriente dans le sens de l'intérêt général dans un arrêt de 2023 portant sur les usages collectifs :

La nécessité, qui sous-tend la législation sur les usages collectifs, de préserver les aspects environnementaux et paysagers, dans l'intérêt général qui s'étend également aux générations futures, évoque [...] une finalité propre à structurer la propriété privée afin de la rendre conforme à sa fonction sociale<sup>53</sup>.

Mais le plus souvent, la Cour semble reconnaître un devoir qui n'est pas adossé à un intérêt subjectif. Cela apparaît de manière implicite, la Cour ne mentionnant pas expressément le devoir. Elle le fait néanmoins apparaître par une combinaison des articles 9 et 2 de la Constitution.

---

<sup>52</sup> Cour constitutionnelle, arrêt précité n° 1 de 1956 : « L'inconstitutionnalité d'une loi peut, dans certains cas, résulter de son incompatibilité avec les normes dites programmatiques. Cela est d'autant plus vrai que cette catégorie englobe généralement des normes constitutionnelles de contenu varié : depuis celles qui se contentent d'esquisser des programmes généraux dont la mise en œuvre future et incertaine dépend de la survenance de circonstances favorables, jusqu'aux normes dont le programme, si l'on peut dire, revêt un caractère concret qui lie immédiatement le législateur, influençant l'interprétation de la législation antérieure et la validité de certaines de ses dispositions. Il existe également des règles qui établissent des principes fondamentaux, lesquels ont eux aussi une incidence sur l'ensemble de la législation ». L'arrêt n° 1 de 1956 est le premier que la Cour a adopté, dès son entrée en fonction. En l'espèce, elle semble admettre la théorie des normes programmatiques mais c'est pour mieux la démonter. Cette théorie était défendue par les requérants pour qui la partie de la Constitution relative aux droits et devoirs avait une valeur purement « politique » (l'adjectif « programmatique » étant issu de l'expression « programme politique »). Sur ce thème, v. V. BALDINI, « La Costituzione e la sua concretizzazione tra decisione politica e applicazione del diritto », *Euro-Balkan Law and Economics Review*, 1, 2023, p. 1 [ojs.uniba.it/index.php/law/article/view/1751/1553].

<sup>53</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 119 du 11 mai 2023 [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2023/119].

La Cour a pour habitude d'interpréter les droits et devoirs au regard des principes qui expriment une doctrine directrice, ce que les Italiens appellent l'interprétation « systémique<sup>54</sup> ». Cette recherche d'une lecture cohérente vise à préserver l'unité de la Constitution entendue comme un système<sup>55</sup>. En matière de droits et devoirs, les principes directeurs sont contenus dans les articles 2 et 3 de la Constitution. L'article 2 consacre le respect des droits « inviolables » (*inviolabili*)<sup>56</sup> de l'homme « aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où il développe sa personnalité », ainsi que « les devoirs indérogeables de solidarité politique, économique et sociale ». L'article 3, lui, porte sur le principe d'égalité.

Les principes appliqués avec l'intérêt des générations futures sont l'égalité et, surtout, le devoir de solidarité : un principe qui, pour la Cour constitutionnelle,

incarne la connotation originelle de l'homme comme être social, [...] inscrit dans la Constitution parmi les valeurs fondatrices du système juridique, à tel point qu'il est solennellement reconnu et garanti, au même titre que les droits humains inviolables [...] comme fondement de la coexistence sociale telle qu'envisagée par l'Assemblée constituante<sup>57</sup>.

Le lien avec la solidarité et l'égalité apparaît dès le début de la jurisprudence de la Cour sur les générations futures, à une époque où la notion n'est pas encore formulée dans la Constitution. Ainsi, dans l'arrêt précité de 2014 portant sur la dette publique, la Cour déclare que le principe de soutenabilité de la dette publique « implique une responsabilité qui, dans la mise en œuvre des principes “fondateurs” [...] de solidarité et d'égalité, incombe non seulement aux institutions mais aussi à chaque citoyen envers les autres, y compris ceux des générations futures<sup>58</sup> ».

Ce raisonnement conduit la Cour à mettre en avant la notion d'équité intergénérationnelle, de manière à faire apparaître, d'une part, le lien entre les générations présentes et les générations futures, d'autre part, les conséquences des décisions

---

<sup>54</sup> A. MORELLI, « *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il “caso” come occasione della “tutela sistemica” della legalità costituzionale e la “forza politica” del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)* », *Forum costituzionale*, 27 avril 2015 [www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/morelli1.pdf] ; G. SILVESTRI, « La Corte costituzionale prosegue la ricerca dell'unità in base ai principi », *AIC*, 10 août 2024 [www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/08-2024-la-corte-costituzionale-nel-sistema-istituzionale/la-corte-costituzionale-prosegue-la-ricerca-dell-unita-in-base-ai-principi].

<sup>55</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 264 du 19 nov. 2012 : la Cour constitutionnelle « procède à une évaluation systémique, et non isolée, des valeurs en jeu dans la disposition en question, et est donc tenue de trouver cet équilibre, qui est de sa seule responsabilité » (à propos des pensions de retraite) [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2012/264].

<sup>56</sup> Les droits inviolables sont des droits préalables à la Constitution, que le constituant lui-même doit respecter, la Cour se réservant la possibilité de censurer une loi constitutionnelle dans une telle hypothèse. V. Cour constitutionnelle, arrêt n° 1146 du 15 déc. 1988 [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/1988/1146] ; R. MANFRELOTTI, « Revisionismo costituzionale e rigidità della Carta », *AIC*, 9 janvier 2023 [www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/12-2022-sul-revisionismo-costituzionale-revisionismo-costituzionale-e-rigidita-della-carta].

<sup>57</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 75 du 17 fév. 1992 [www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/1992/75]. Sur le principe de solidarité, v. L. CARLASSARE, « Solidarietà: un progetto politico », *Costituzionalismo.it*, 1, 2016 [www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo\_201601\_559.pdf]. Sur le lien entre la solidarité et les générations futures, v. M. MALVICINI, « Costituzione, legge e interesse intergenerazionale : tutela dei diritti e vincoli legislativi », *Biolaw Journal*, 2, 2022, p. 183.

<sup>58</sup> V. D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Turin, Giappichelli, 2017.

prises par les premières sur les secondes. L'arrêt précité n° 18 de 2019, portant là aussi sur la dette publique, fait ressortir le lien entre ces éléments :

L'équité intergénérationnelle comporte également la nécessité de ne pas léser de manière disproportionnée les opportunités de croissance des générations futures, en garantissant leurs ressources suffisantes pour un développement équilibré<sup>59</sup>.

L'idée de l'intérêt général apparaît aussi en filigrane, mais sous une forme particulière. Dans l'acception la plus répandue, la protection de l'intérêt général incombe en premier lieu aux personnes publiques. L'intérêt de l'article 9, entendu en cohérence avec le principe de solidarité, conduit à dégager une forme d'intérêt général qui relève de la responsabilité des citoyens et, plus précisément, des citoyens présents – d'où l'appel à l'équité intergénérationnelle. Il s'agit à la fois d'un intérêt général collectif, en ce qu'il pèse sur l'ensemble des citoyens présents, et marqué par le critère du temps puisqu'il doit permettre de préserver le futur.

G. Zagrebelsky a noté l'importance de la temporalité qui est censée relier les différentes générations<sup>60</sup>. Selon le maître italien, nous assistons à une dissociation temporelle dans l'usage des ressources naturelles, entre les bénéfiques tirés immédiatement et le coût pesant sur le futur. Il s'ensuit une « rupture de la contextualité temporelle [qui] marque un tournant qui ne peut laisser la morale et le droit indifférents ». G. Zagrebelsky en tire cette conclusion : il faut renoncer à raisonner en termes de droits subjectifs puisque les générations futures ne pourront jamais les faire valoir face aux générations passées. Plus généralement, il convient d'abandonner la conception classique du constitutionnalisme italien, fondé sur l'idée que les droits et les devoirs sont toujours réciproquables entre eux. Les humains d'aujourd'hui ont des devoirs envers les humains de demain sans qu'il soit nécessaire pour cela d'invoquer des droits fictifs d'humains non encore nés. C'est l'exemple-type, rappelé par G. Zagrebelsky, de « la condition maternelle envers [l']enfant à naître », celui de « l'objet de protection » de la Cour de cassation (arrêt précité n° 16754 de 2012). En effet, en protégeant le patrimoine naturel des générations futures, on leur assure les conditions indispensables pour qu'elles vivent<sup>61</sup>.

Il est cependant compliqué d'invoquer un devoir qui ne soit pas la contrepartie d'un quelconque intérêt juridiquement protégé. Pour l'admettre, comme le reconnaît G. Zagrebelsky, il faudrait changer de paradigme. En revanche, on pourrait accepter l'idée d'un « devoir objectif » envers les générations futures, pour reprendre la terminologie de la Cour constitutionnelle allemande<sup>62</sup>, un devoir qui n'aurait pas pour contrepartie un droit subjectif mais l'intérêt général.

---

<sup>59</sup> Sur la notion de responsabilité à l'égard des générations futures, v. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milan, F. Angeli, 2013.

<sup>60</sup> V. G. ZAGREBELSKY, « Nel nome dei figli. Se il diritto ha il dovere di pensare al futuro », art. cité. Tous les passages cités ci-dessus sont tirés de cet article.

<sup>61</sup> V. *Rapport Brundtland*, *op. cit.*, p. 14 : « Sachons-le : les résultats de notre extrême prodigalité ferment rapidement toutes les portes aux générations futures. La plupart des responsables actuels seront morts avant que la planète ne se sente vraiment des précipitations acides, du réchauffement de la Terre, de l'appauvrissement de la couche d'ozone, de la désertification ou de la disparition d'espèces entières ».

<sup>62</sup> Cour constitutionnelle allemande, arrêt *Neubauer* du 24 mars 2021 [[www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2021/03/rs20210324\\_1bvr265618fr.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2021/03/rs20210324_1bvr265618fr.html)]. En l'espèce, la Cour fait peser la responsabilité envers les générations futures sur l'État.

La Cour constitutionnelle italienne semble cheminer vers cette solution, en mentionnant dans sa jurisprudence les principes de l'intérêt général, de la responsabilité et de la solidarité. Manque toutefois l'affirmation claire de l'existence d'un devoir. Il demeure implicite, déduit de la référence à la solidarité, mais la Cour n'utilise pas le terme « devoir », peut-être même l'évite-t-elle. Quoiqu'en pense G. Zagrebelsky, il y a des paradigmes qui s'avèrent difficiles à renverser.

### **Sylvie Schmitt**

Maîtresse de conférences habilitée à diriger les recherches, DR, CDPC JCE, UMR-DICE 7318, université de Toulon, CEFF, université d'Aix-Marseille, membre du Cercle des juristes sur les droits de la nature, directrice du Master 2 Droit des étrangers, directrice du DU Droit fiscal, codirectrice du DU Culture générale et juridique.



Will Kymlicka

## L'appartenance sociale : le droit des animaux au-delà de l'impasse propriété-personnalité

*Traduit de l'anglais (canadien) par Patrick Savidan*

### INTRODUCTION

**L**E DROIT JOUE UN RÔLE CENTRAL DANS L'OPPRESSION DES ANIMAUX : c'est en effet le système juridique qui autorise les humains à nuire aux animaux et à les exploiter, et toute mise en œuvre de la justice à leur égard suppose par conséquent une réforme juridique. Des efforts considérables ont été déployés à cette fin, et l'on a assisté à l'adoption de plusieurs initiatives législatives marquantes ainsi qu'à d'importantes décisions judiciaires. Le domaine du droit animal évolue à un rythme soutenu, tant à l'échelle nationale qu'internationale, au point qu'il devient difficile d'en suivre les développements<sup>1</sup>.

Toutefois, j'estime que ces réformes se heurtent aujourd'hui à une impasse. Sous l'apparente diversité des changements se dissimule une grande stabilité : les fondements juridiques de l'oppression animale demeurent, pour l'essentiel, inchangés. Dans le cadre de cette analyse, je m'attacherai plus particulièrement au statut des animaux domestiques – ceux qui ont été, au fil des générations, élevés sélectivement afin de pouvoir vivre et travailler à nos côtés : les animaux de compagnie (chiens, chats), les animaux d'élevage (vaches, moutons, porcs, poules, saumons), ainsi que certains animaux de laboratoire (souris domestiquées, poissons-zèbres). Ces êtres vivants figurent parmi les plus étroitement gouvernés et exploités par les humains, dans un cadre juridique particulièrement imperméable à toute réforme significative.

Les causes de cette impasse sont multiples, mais l'une d'elles procède, selon moi, du dilemme opposant « propriété » et « personnalité juridique ». Dans la majorité des systèmes juridiques, les animaux domestiques sont définis comme des biens. La première question qui se pose aux réformateurs est donc de savoir s'il convient d'agir à l'intérieur de ce cadre ou de le contester. D'un côté, il est politiquement envisageable d'introduire des réformes dites welfaristes sans remettre en cause le statut de propriété des animaux – les exemples abondent, tels que l'agrandissement

---

<sup>1</sup> D. CAO, S. WHITE, *Animal Law and Welfare. International Perspectives*, New York, Springer, 2016 ; T.G. KELCH, *Globalization and Animal Law: Comparative Law, International Law and International Trade*, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2011.

des cages. De l'autre, il est manifeste que ces réformes ne permettent guère de progresser : elles atténuent certaines formes anciennes d'oppression sans enrayer l'apparition de nouvelles. L'unique remède véritable réside alors dans une redéfinition du statut juridique des animaux, qui ne devraient plus être considérés comme des biens, mais comme des sujets de droit – c'est-à-dire des personnes juridiques. Or, cette transition, du statut de propriété à celui de personne juridique, demeure aujourd'hui utopique, du moins s'agissant des animaux les plus exploités, tels que les animaux d'élevage.

En résumé, œuvrer dans le cadre du droit de la propriété est politiquement réalisable mais inefficace, tandis que militer pour la reconnaissance de la personnalité juridique pourrait induire un changement véritable, mais se heurte à des obstacles politiques considérables.

Je tenterai donc de démontrer que ce dilemme – entre propriété et personnalité juridique – est bien réel, dans la mesure où chacune des deux options se heurte à des limites majeures dès lors qu'il s'agit d'encadrer, à court terme, une réforme juridique. Toutefois, mon objectif principal est plus constructif : il consiste à explorer une troisième voie, à savoir l'intégration des animaux domestiques dans d'autres catégories juridiques telles que « travailleurs » ou « membres de la famille », catégories qui confèrent un statut social et des droits sociaux, sans pour autant impliquer la pleine reconnaissance de la personnalité juridique<sup>2</sup>.

Il est à noter que cette orientation n'est pas purement théorique : on observe d'ores et déjà une certaine évolution en ce sens, la loi reconnaissant certains animaux comme des travailleurs ou des membres de la famille – jouissant de certains droits – du moins à des fins spécifiques, et ce, sans leur conférer le statut de personnes. J'appelle cette stratégie la « reconnaissance sociale », et je soutiens qu'elle recèle un potentiel encore inexploré pour faire progresser la justice à l'égard des animaux, bien qu'elle ne soit pas exempte de dilemmes et de limites.

Il importe de préciser que cette reconnaissance sociale des animaux en tant que travailleurs ou membres de la famille ne saurait se substituer à la reconnaissance de leur personnalité juridique. La justice envers les animaux domestiques exige en effet les deux dimensions : la personnalité juridique et l'appartenance sociale. Mon propos ne consiste donc pas à remplacer la quête de la personnalité juridique par la seule stratégie de reconnaissance sociale. J'avance plutôt trois thèses : (1) la reconnaissance sociale constitue un aspect essentiel et irréductible de la justice envers les animaux domestiques, en complément de la personnalité juridique ; (2) à l'horizon prévisible, cette reconnaissance sociale est politiquement plus accessible que celle de la personnalité juridique ; et (3) la conquête de cette reconnaissance sociale pourrait, en réalité, faciliter et accélérer l'accès au statut de personne juridique<sup>3</sup>.

La voie la plus rapide vers la reconnaissance de la personnalité juridique pourrait donc passer par un détour – celui de la reconnaissance sociale.

---

<sup>2</sup> Dans la version développée de cet argument, j'examinerai également des voies alternatives pour les animaux non domestiqués, au-delà de l'impasse entre propriété et personnalité juridique, même si, comme je l'expliquerai plus loin, ces options ne prendront vraisemblablement pas la forme de droits d'appartenance.

<sup>3</sup> Le premier point ayant été développé en profondeur dans des travaux antérieurs (W. KYMLICKA, *Zoopolis, A Political Theory of Animal Rights*, New York, Oxford University Press, 2011), je concentrerai ici mon attention sur les deux affirmations suivantes.

## I. LA NECESSITE DE LA REFORME

Avant d'examiner les stratégies de réforme, il importe de démontrer, en premier lieu, que cette réforme est bel et bien nécessaire. Je n'y insisterai pas, dans la mesure où de nombreux auteurs ont déjà longuement documenté les insuffisances criantes des régimes juridiques actuels en matière de droit animal<sup>4</sup>. Ce dernier repose sur le postulat selon lequel les humains ont le droit d'utiliser les animaux à leur profit, à condition toutefois d'éviter la « cruauté » ou la « souffrance inutile ». Cette réserve contre la souffrance ou la cruauté « injustifiée » est parfois présentée comme l'expression d'un engagement en faveur de la « protection animale », mais, comme l'a montré Ani Satz, la logique même de ces lois subordonne structurellement la protection animale à l'usage humain. Nous ne protégeons les animaux que dans la mesure – et uniquement dans la mesure – où cette protection demeure compatible avec l'usage que nous prétendons faire d'eux. Ainsi, il est compatible avec notre intérêt à consommer de la viande d'imposer l'insensibilisation des bovins avant l'abattage, mais il ne l'est pas, par exemple, d'exiger que les poissons sauvages soient insensibilisés avant d'être tués, dès lors que cela contredirait notre intérêt à les consommer. Il n'existe aucun moyen de tuer la plupart des poissons sauvages sans leur infliger de vives souffrances, et insister sur le principe selon lequel ils devraient être insensibilisés avant d'être tués impliquerait de renoncer à les consommer. Or, puisque nous affirmons notre droit à les utiliser à cette fin, nous renonçons au principe d'un abattage « humain<sup>5</sup> ». L'intérêt du poisson à une mort sans douleur ne pèse donc rien, car il n'est pas compatible avec notre intérêt à l'utiliser comme aliment.

Satz désigne cela comme le principe de « convergence des intérêts » : nous ne reconnaissons les intérêts des animaux que dans la mesure – et uniquement dans la mesure – où ils concordent avec notre revendication préalable à les utiliser d'une certaine manière<sup>6</sup>. C'est pourquoi il est, en réalité, tout à fait trompeur de parler ici de « droit de protection animale » : la finalité fondamentale de ces lois n'est pas de protéger les animaux, mais bien, au contraire, d'affirmer le droit de les utiliser. Il ne s'agit pas de lois de protection animale, mais de lois d'usage des animaux. Le cœur même du droit animalier consiste à autoriser la mise en souffrance des animaux : telle est, en effet, sa fonction juridique fondamentale – fournir une couverture légale à la maltraitance animale. Comme le formule Taimie Bryant, ces lois :

Sont si favorables aux intérêts de ceux qu'elles sont censées restreindre que les scientifiques et les producteurs de viande s'y accrocheraient fermement si elles

---

<sup>4</sup> G. FRANCIONE, *Animals, Property, and the Law*, Philadelphia, Temple University Press, 1995.

<sup>5</sup> L'expression « abattage humain » constitue, bien entendu, un oxymore.

<sup>6</sup> A. SATZ, « Animals as Vulnerable Subjects: Beyond Interest-Convergence, Hierarchy, and Property », *Animal Law Review*, 16, 2009, p. 65. Si Satz s'intéresse principalement au droit américain des animaux, Létourneau montre que la même logique prévaut au Canada (L. LETOURNEAU, « Toward Animal Liberation? The New Anti-Cruelty Provisions in Canada and their Impact on the Status of Animals », *Alberta Law Review*, 40/4, 2002, p. 1041). Le principe de « convergence des intérêts » a été initialement élaboré par des théoriciens critiques de la race aux États-Unis pour rendre compte des insuffisances du droit à l'égalité raciale (D. A. BELL JR, « Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma », *Harvard Law Review*, 93/3, p. 518), mais, comme le souligne Satz, il s'applique parfaitement à la logique du droit dit de protection animale.

n'existaient pas. Elles leur offrent une couverture juridique suffisante pour infliger des souffrances atroces, tout en affichant une conformité aux lois fédérales et étatiques censées protéger les animaux<sup>7</sup>.

Presque tous les spécialistes du droit animalier s'accordent à reconnaître que ce cadre est inadéquat, tant il sacrifie les intérêts les plus fondamentaux des animaux aux intérêts les plus futiles des humains. Mais comment, dès lors, le réformer ? Comme mentionné précédemment, les approches actuelles se répartissent en deux grandes catégories : (1) les réformes welfaristes, qui cherchent à renforcer la protection animale sans remettre en cause le droit des humains à utiliser les animaux ; (2) la revendication de la personnalité juridique. J'examinerai brièvement les limites inhérentes à chacune de ces voies.

## II. REFORMES WELFARISTES

Les réformes juridiques dites welfaristes recouvrent un éventail de possibilités, mais je m'attacherai ici à deux d'entre elles. Un premier ensemble de mesures vise à éliminer les formes de souffrance les plus flagrantes associées à un usage donné des animaux. Ainsi, les défenseurs de la cause animale cherchent, par exemple, à faire interdire les cages de gestation pour les truies ou les batteries pour les poules, en arguant que ces pratiques sont « inutiles » et « cruelles » dans le cadre de la production de viande ou d'œufs. Certains critiques soutiennent que de telles réformes ponctuelles sont contre-productives, car elles laissent intact – voire réaffirment – le postulat selon lequel les animaux sont des biens, et les humains ont le droit de les utiliser à leur avantage<sup>8</sup>. Les partisans de ces réformes rétorquent qu'elles permettent non seulement de réduire certaines souffrances précises, mais aussi de rendre visibles les intérêts des animaux dans l'espace public et de leur conférer une reconnaissance juridique, contribuant ainsi à une remise en question plus large de nos rapports aux animaux.

Je ne prendrai pas position sur les avantages ou les inconvénients de mesures réformistes particulières, qui dépendent souvent des circonstances précises<sup>9</sup>. Mais

---

<sup>7</sup> T. L. BRYANT, « Denying Animals Childhood and its Implications for Animal-Protective Law Reform », *Law, Culture and the Humanities*, 6/1, 2010, p. 62. Voir également P. BEIRNE, « For a Nonspeciesist Criminology: Animal Abuse as an Object of Study », *Criminology*, 37/1, 1999, p. 129 : « Ironiquement [...] le droit constitue un mécanisme structurel et historique majeur dans la consolidation de la maltraitance animale institutionnalisée ».

<sup>8</sup> G. FRANCIONE, « Animals. Property or Persons? », in C. SUNSTEIN, M. NUSSBAUM (dir.), *Animal Rights: Current Debates and New Directions*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 108. V. également J. WYCKOFF, « Toward Justice for Animals », *Journal of Social Philosophy*, 45/4, 2014, p. 539, ainsi que J. WYCKOFF, « Analysing Animality: A Critical Approach », *Philosophical Quarterly*, 6/6, 2015, p. 529.

<sup>9</sup> Patrice Jones propose une liste utile de critères permettant d'évaluer quelles propositions welfaristes sont susceptibles d'engendrer des changements substantiels méritant d'être soutenus, dans P. JONES, « Strategic Analysis of Animal Welfare Legislation: A Guide for the Perplexed », 2008 [faunalytics.org/wp-content/uploads/2015/05/Citation858.pdf]. Peter Sankoff soutient, quant à lui, que les dimensions procédurales des réformes juridiques peuvent être tout aussi importantes. Adopter un processus plus ouvert et délibératif dans les débats sur le droit animalier pourrait, à long terme, se révéler plus déterminant que tout ensemble particulier de réformes substantielles. Voir P. SANKOFF, « The Animal Rights Debate and the Expansion of Public Discourse: Is It Possible for the Law Protecting Animals to Simultaneously Fail and Succeed? », *Animal Law*, 18/2, 2012, p. 281.

je soutiendrai qu'elles demeurent toujours insuffisantes, en partie parce qu'elles laissent intact le postulat selon lequel les animaux sont des biens, et en partie parce qu'elles sont réactives, cherchant à atténuer les effets de pratiques déjà établies. Les réformateurs welfaristes écrivent souvent comme s'il existait un ensemble fixe de modes d'exploitation animale et que chaque réforme apportait une réduction progressive des souffrances associées. Or, en réalité, les scientifiques et les capitalistes inventent sans cesse de nouvelles formes d'exploitation. Pensons aux biotechnologies, qui mettent au point des usages et des manières de nuire aux animaux qui auraient été inconcevables il y a seulement vingt ans<sup>10</sup>. Il est d'ailleurs dans la logique même de la science et du capitalisme contemporains d'être « voraces » dans leur quête incessante de nouvelles modalités d'instrumentalisation des animaux<sup>11</sup>. Pour chaque réforme welfariste parvenant à atténuer l'exploitation d'hier, une nouvelle, souvent plus pernicieuse encore, voit le jour. Les réformes welfaristes, au mieux, ne font donc que maintenir l'état des choses sans réel progrès<sup>12</sup>.

Une seconde forme de réformes welfaristes ne vise pas des pratiques spécifiques, mais cherche à énoncer un principe ou un concept éthique général destiné à modérer ou contenir cette tendance à instrumentaliser les animaux. La Suisse, par exemple, a inscrit dans sa législation le principe selon lequel les animaux doivent être traités avec « dignité », principe que la Loi fédérale sur la protection des animaux définit comme suit :

La valeur intrinsèque de l'animal, qui doit être respectée par toute personne entrant en relation avec lui. La dignité d'un animal est tenue pour violée lorsque la charge qui lui est imposée ne peut être justifiée par des intérêts prépondérants. Un animal est considéré comme soumis à une charge, notamment, lorsqu'il subit douleur, souffrance, atteinte, angoisse ou humiliation, lorsque son apparence ou

---

<sup>10</sup> Comme le souligne Zipporah Weisberg, les développements récents en biotechnologie ne peuvent être interprétés que comme un « effondrement éthique » : un renoncement à toute limite morale face aux pulsions humaines de domination et de manipulation des animaux. Voir Z. WEISBERG, « Biotechnology as End Game: Ontological and Ethical Collapse in the “Biotech Century” », *NanoEthics*, 9, 2015, p. 39.

<sup>11</sup> V. J. GLUCK, *Voracious Science & Vulnerable Animals*, Chicago, University of Chicago Press, 2016. Gluck, ancien chercheur travaillant sur les primates, y documente les multiples dynamiques qui poussent les scientifiques à étendre sans cesse le recours aux animaux.

<sup>12</sup> Mon scepticisme à l'égard d'un progrès cumulatif par le biais des réformes welfaristes est sans doute nourri par le contexte canadien, où même les réformes les plus modestes se sont révélées extrêmement difficiles à obtenir. Voir J. SORENSON, « “Some Strange Things Happening in Our Country”: Opposing Proposed Changes in Anti-Cruelty Laws in Canada », *Legal Studies*, 12/3, 2003, p. 377 ; A. VERBORA, « The Political Landscape Surrounding Anti-Cruelty Legislation in Canada », *Society & Animals*, 23, 2015, p. 45. Le Canada figure désormais au bas du classement des pays occidentaux dans l'index de la *World Animal Protection* relatif aux lois de protection animale ; v. *World Animal Protection, Animal Protection Index: Canada*, 2014 [[api.worldanimalprotection.org/country/canada](http://api.worldanimalprotection.org/country/canada)] ; v. aussi *International Fund for Animal Welfare, Falling Behind: An International Comparison of Canada's Animal Cruelty Legislation*, 2008 [[www.ifaw.org/canada/resource-centre/falling-behind-international-comparison-canada-s-animal-cruelty-legislation](http://www.ifaw.org/canada/resource-centre/falling-behind-international-comparison-canada-s-animal-cruelty-legislation)]. Cela dit, j'estime que les limites structurelles des réformes welfaristes s'appliquent tout autant aux pays qui figurent en tête du classement établi par la WAP.

ses capacités sont profondément altérées, ou lorsqu'il fait l'objet d'une instrumentalisation excessive<sup>13</sup>.

Cette réforme a d'abord été accueillie avec un certain optimisme par les défenseurs des animaux, mais un examen plus attentif révèle qu'elle demeure fermement enracinée dans le modèle de la convergence des intérêts. Ainsi, la même loi autorise expressément les expérimentations animales invasives, ce qui signifie qu'elle « permet une instrumentalisation pure des animaux<sup>14</sup> ». Elle précise également que toute personne manipulant un animal doit veiller à son bien-être, mais uniquement dans la mesure où le but de son utilisation (*Verwendungszweck* ou *le but de leur utilisation*) le permet. Comme le souligne Michel, « cette terminologie est, bien entendu, difficilement conciliable avec la protection de la dignité animale. Toute souffrance accompagnant l'usage prévu de l'animal est admissible<sup>15</sup> ». Sous la déclaration rhétorique de la dignité animale, persiste donc une pure logique de convergence des intérêts<sup>16</sup>.

Il en va généralement de même pour d'autres réformes de nature essentiellement rhétorique, telles que les dispositions des codes civils allemand, autrichien et suisse affirmant que « les animaux ne sont pas des choses<sup>17</sup> », ou encore l'article 13 du Traité de Lisbonne de l'Union européenne, selon lequel « les animaux sont des êtres sensibles ». Ces formules semblent marquer une rupture avec la logique de convergence des intérêts, mais, à l'examen, il n'en est rien. Voici, par exemple, le texte intégral de l'article 13 du Traité de Lisbonne :

Lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique de l'Union dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur, de la recherche et développement technologique et de l'espace, l'Union et les États membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux

---

<sup>13</sup> *Tierschutzgesetz* [TSchG] [Loi sur la protection des animaux], 16 déc. 2005, JR 455, art. 3(a) (traduction en anglais dans M. MICHEL, « Law and Animals: An Introduction to Current European Animal Protection Legislation », in A. PETERS, S. STUCKI, L. BOSCARDIN (dir.), *Animal Law: Reform or Revolution?*, Zurich, Schulthess, 2015, p. 87, en part. p. 99-100.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>16</sup> V. J. EISEN, « Liberating Animal Law: Breaking Free from Human-Use Typologies », *Animal Law*, 17/1, 2010, p. 59, qui propose un diagnostic similaire quant à l'incapacité de ces réformes à s'affranchir des « typologies d'usage humain ». Gieri Bolliger offre une lecture plus optimiste des dispositions suisses relatives à la dignité animale, bien qu'il concède lui aussi que celles-ci « n'ont pas encore conduit à une transformation fondamentale de la relation entre humains et animaux dans la pratique » (G. BOLLIGER, « Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives », *Animal Law*, 22/2, 2016, p. 311-395, en part. p. 312).

<sup>17</sup> V., par exemple, l'article 641 du Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB] [Code civil suisse], 10 décembre 1907, RS 210, ou l'article 90a du Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Code civil allemand], dont la traduction en anglais est disponible en ligne [[www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html)], et qui dispose : « Les animaux ne sont pas des choses. Ils sont protégés par des lois spécifiques. » En décembre 2015, le Code civil du Québec a été modifié par l'ajout de l'article 898.1, qui énonce : « Les animaux ne sont pas des choses. Ce sont des êtres sensibles ayant des besoins biologiques. » Toutefois, cet article précise immédiatement que « les dispositions du présent code concernant les biens s'appliquent néanmoins aux animaux ». La loi modificative, LQ 2015, c. 35, a également adopté la Loi sur le bien-être et la sécurité de l'animal, mais spécifie que les dispositions de cette loi relatives aux obligations de soins et à l'interdiction de causer de la détresse ne s'appliquent pas à la recherche scientifique ni aux pratiques agricoles généralement reconnues.

en tant qu'êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des États membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux<sup>18</sup>.

Ici encore, l'on retrouve la logique de convergence des intérêts : on commence par affirmer notre droit à utiliser les animaux selon des usages désignés (à des fins alimentaires, scientifiques, etc.), puis l'on prend en compte leur bien-être uniquement dans la mesure où cet usage le permet<sup>19</sup>.

### III. LA PERSONNALITE JURIDIQUE

Pour rompre avec cette logique profondément enracinée de convergence des intérêts, des réformes juridiques plus radicales s'imposent. Il faut soustraire les animaux à leur classification actuelle, fondée sur l'usage et la propriété. Il faut affirmer qu'ils possèdent des intérêts et des droits indépendants de l'usage que nous prétendons faire d'eux, et que ces droits viennent contraindre la légitimité même de nos interactions avec eux. En somme, il faut reconnaître que les animaux sont des sujets titulaires de droits, dotés d'une vie propre à mener, et non des ressources à notre disposition ou une caste subordonnée destinée à nous servir.

La version la plus connue de cette stratégie consiste à sortir les animaux de la catégorie de la « propriété » pour les faire bénéficier de celle de la « personnalité juridique<sup>20</sup> ». Ce recours à la personnalité apparaît naturel – voire inévitable – puisque c'est cette catégorie qui, en droit constitutionnel, désigne les sujets titulaires de droits. Les déclarations de droits s'énoncent généralement sous la forme : « toute personne a droit à X » ; ainsi, la manière la plus sûre de garantir des droits

---

<sup>18</sup> Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 13, [2012]JO, C 326/47, p. 54.

<sup>19</sup> Un autre genre de réforme de ce type consiste à inscrire la protection animale comme « objectif de l'État » (*Staatsziel*). Depuis 2002, « l'objectif de protection des animaux » fait partie de la Constitution allemande (*Grundgesetz*) [GG] [Loi fondamentale], art. 20a (traduction en anglais en ligne [[www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html)]). En 2013, le droit constitutionnel autrichien a, lui aussi, consacré la protection animale comme objectif de l'État (*Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung* [Loi constitutionnelle fédérale sur le développement durable, la protection des animaux, la protection environnementale intégrale, la sécurité de l'approvisionnement en eau et en denrées alimentaires, et la recherche], BGBl I 111/2013, § 3). En principe, cette réforme pourrait avoir une portée plus significative que les modifications des codes civils affirmant que les animaux ne sont pas des choses, car, contrairement aux lois ordinaires, les « objectifs de l'État » peuvent justifier des restrictions aux droits fondamentaux. Avant 2002, la protection animale ne constituait pas une valeur constitutionnelle en Allemagne, et ne pouvait donc fonder aucune restriction à des droits garantis sans réserve, tels que la liberté de religion (par exemple en matière d'abattage rituel), la liberté de la recherche (notamment concernant l'expérimentation animale), ou la liberté d'expression artistique (incluant les atteintes portées aux animaux dans le cadre de productions artistiques). En théorie, depuis que la protection animale constitue un objectif étatique, elle pourrait justifier des limitations à ces autres droits constitutionnels. En pratique, toutefois, les usages faits des animaux n'ont guère évolué. L'amendement constitutionnel autorise un rééquilibrage des intérêts humains et animaux, mais il ne l'impose pas ; et la subordination des intérêts animaux à ceux des humains, notamment en matière religieuse ou scientifique, n'a pas connu de changement substantiel en Allemagne. Pour une vue d'ensemble, v. M MICHEL, « Law and Animals: An Introduction to Current European Animal Protection Legislation », art. cité.

<sup>20</sup> G. L. FRANCIONE, « Animals – Property or Persons? », art. cité.

aux animaux consiste à les reconnaître comme personnes. Le passage des animaux de la « propriété » à la « personnalité » est donc souvent qualifié de « Saint Graal » du militantisme en droit animalier<sup>21</sup>.

La difficulté de cette stratégie réside toutefois dans son caractère profondément utopique, du moins en ce qui concerne les animaux que nous opprimons de la manière la plus systématique, à savoir les animaux domestiques, et en particulier les animaux d'élevage. Il est difficile d'évaluer quel pourcentage de la population soutiendrait l'idée d'une personnalité juridique pour les porcs ou les poules, mais si l'on prend comme indicateur approximatif le nombre de végétariens éthiques, ce chiffre se situe sans doute autour de 1 à 2 % dans la plupart des pays occidentaux. Cette idée n'est soutenue par aucun parti politique d'envergure, et ne fait même pas l'objet de débat dans les sphères politique ou publique dominantes.

Cela contribue à expliquer pourquoi les projets existants en faveur de la personnalité juridique des animaux se sont presque toujours concentrés sur des espèces non domestiquées, et plus spécifiquement encore sur les primates, les éléphants, les cétacés et les dauphins<sup>22</sup>. C'est le cas, par exemple, du *Great Apes Project*, lancé en 1993 par Paola Cavalieri et Peter Singer, et du *Nonhuman Rights Project*, dirigé par Steven Wise<sup>23</sup>. Les deux initiatives diffèrent sur plusieurs points – le GAP vise principalement un changement législatif, tandis que le NhRP privilégie les recours judiciaires – mais elles partagent le choix stratégique de cibler les primates dans leur revendication en faveur de la personnalité juridique. L'une des justifications les plus fréquemment avancées est que ces derniers sont les plus proches de l'homme sur le plan évolutif, et que nous disposons de preuves scientifiques solides établissant la continuité de leurs capacités cognitives avec celles des humains. Ils constituent ainsi un exemple particulièrement éloquent de l'arbitraire moral consistant à faire coïncider la personnalité juridique avec la frontière de l'espèce *Homo sapiens*.

Ce choix de fonder les revendications de personnalité juridique animale sur leur proximité avec les humains et sur la continuité de leurs capacités cognitives a été

---

<sup>21</sup> R. CUPP, « A Dubious Grail: Seeking Tort Law Expansion and Limited Personhood as Stepping Stones Toward Abolishing Animals' Property Status », *Southern Methodist University Law Review*, 60, 2007, p. 3.

<sup>22</sup> Pour une défense de la personnalité juridique pour ces espèces, v., entre autres, P. CAVALIERI, « Whales as Persons », in M. KAISER, M. LIEN (dir.), *Ethics and the Politics of Food*, Wageningen, Wageningen Academic Publishers, 2006, p. 28 ; D.L. HERZING, T.I. WHITE, « Dolphins and the Question of Personhood », *Etica & Animali*, 9, 1998, p. 64-84 ; T. WHITE, *In Defense of Dolphins: The New Moral Frontier*, Malden, John Wiley, 2008 ; D. DEGRAZIA, « Great Apes, Dolphins, and the Concept of Personhood », *The Southern Journal of Philosophy*, XXXV, 1997, p. 301-320.

<sup>23</sup> Cela vaut également pour deux affaires récentes en Argentine dans lesquelles les requérants ont demandé la reconnaissance de la personnalité juridique pour des primates : une affaire de 2014 concernant Sandra l'orang-outan (Cámara Federal de Casación Penal [Cour fédérale de cassation pénale], Buenos Aires, 18 décembre 2014, *Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ Habeas Corpus*, CCC 68831/2014/CFCP) ; et une affaire de 2016 concernant Cecilia le chimpanzé (Tercer Juzgado de Garantías [Troisième tribunal des garanties], Mendoza, 3 nov. 2016, *Presentación efectuada por A.F.A.D.A. respecto de "Chimpancé Cecilia" – Sujeto No Humano*, P-72.254/15 (traduction en anglais [[www.nonhumanrights.org/content/uploads/2016/12/Chimpanzee-Cecilia\\_translation-FINAL-for-website.pdf](http://www.nonhumanrights.org/content/uploads/2016/12/Chimpanzee-Cecilia_translation-FINAL-for-website.pdf)])). Pour une analyse de ces décisions, v. S. STUCKI, « Toward Hominid and Other Humanoid Rights: Are We Witnessing a Legal Revolution? », *VerfassungBlog*, 30 déc. 2016 [[verfassungsblog.de/toward-hominid-and-other-humanoid-rights-are-we-witnessing-a-legal-revolution/](http://verfassungsblog.de/toward-hominid-and-other-humanoid-rights-are-we-witnessing-a-legal-revolution/)].

critiqué comme réinscrivant des idéologies de suprémacisme humain : cette stratégie prend l'humain comme modèle incontesté du statut moral, puis évalue les autres espèces en fonction de leur degré de ressemblance ou d'éloignement par rapport à nous. Même si elle permet d'étendre la personnalité juridique à certaines espèces jugées particulièrement proches de nous sur le plan cognitif, elle renforce néanmoins l'idée selon laquelle l'homme demeure la mesure de toute chose<sup>24</sup>. Les défenseurs du GAP et du NhRP rétorquent que franchir la barrière juridique qui sépare actuellement les « êtres humains titulaires de droits » des « animaux » – fût-ce pour une seule espèce – permettrait non seulement de protéger les droits des membres de cette espèce particulière, mais également de susciter inévitablement un débat public plus vaste sur nos rapports à l'ensemble des animaux<sup>25</sup>.

Je ne prendrai pas position dans le débat consistant à se demander si ces stratégies spécifiques à certaines espèces visant à obtenir la personnalité juridique reproduisent ou non le suprémacisme humain. Cela dépend vraisemblablement de la manière dont ces stratégies sont formulées<sup>26</sup>. Mais je souhaiterais souligner une seconde limite évidente de ces approches spécifiques à certaines espèces : elles se

---

<sup>24</sup> S. SAPONTZIS, « Aping Persons – Pro and Con », in P. CAVALIERI, P. SINGER (dir.), *The Great Ape Project: Equality Beyond Humanity*, Londres, Fourth Estate, 1993, p. 269.

<sup>25</sup> P. CAVALIERI, « The Meaning of the Great Ape Project », *Politics and Animals*, 1/1, 2015, p. 16 sq. ; P. CAVALIERI, « Animal Liberation: A Political Perspective », in P. CAVALIERI (dir.), *Philosophy and the Politics of Animal Liberation*, New York, Palgrave, 2016, p. 15 ; L. HALL, « Does Nonhuman Ape Personhood Contradict Egalitarian Animal-Rights Principles? The Top Ten Questions », *GRASP: Great Ape Standing and Personhood*, initialement publié en ligne sur le site aujourd'hui désactivé [personhood.org]. La version archivée demeure accessible à l'adresse suivante : [web.archive.org/web/20071105223837/http://www.personhood.org/hierarchical/]. Ce débat sur les réformes de la personnalité juridique centrées sur certaines espèces reflète celui portant sur les réformes welfaristes ciblant des pratiques particulières. Dans les deux cas, le caractère circonscrit de la revendication rend la réforme plus politiquement réalisable, mais laisse intact le cadre général, produisant ainsi des effets à la fois de déstabilisation et de relégitimation. À mon sens, nous ne disposons pas encore des données issues des sciences sociales qui nous permettraient de formuler des prédictions solides quant à l'équilibre entre ces deux types d'effets.

<sup>26</sup> Un débat connexe porte sur la question de savoir si la notion même de « personnalité juridique » n'est pas trop imprégnée d'associations liées au suprémacisme humain et au cognitivisme pour constituer une base valable en vue de défendre la subjectivité juridique des animaux. Dans *Zoopolis*, nous avons suggéré que le terme de « subjectivité » (*selfhood*) serait plus approprié pour désigner cette forme de reconnaissance juridique (S. DONALDSON, W. KYMLICKA, *Zoopolis*, op. cit., p. 30-31). Maneesha Deckha a également plaidé en faveur du remplacement de « personnalité » par le concept de « *beingness* » (M. DECKHA, « Humanizing the Nonhuman: A Legitimate Way for Animals to Escape Juridical Property Status? », in J. SORENSON, A. MATSUOKA (dir.), *Critical Animal Studies*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2021). L'objectif commun est de faire passer les animaux du statut juridique de « chose » à celui d'« être quelqu'un », mais un désaccord subsiste quant à savoir si cette subjectivation est mieux saisie par le langage de la « personnalité », de la « subjectivité » ou de la « *beingness* ». Étant donné que la plupart des stratégies juridiques existantes visant à obtenir la reconnaissance de la subjectivité juridique des animaux mobilisent le terme de « personnalité », j'emploierai cette terminologie dans le reste de cet article – tout en continuant de penser que la notion de « subjectivité » offre une base plus juste et plus sûre, la personnalité ayant été historiquement interprétée de manière à exclure non seulement les animaux, mais aussi de nombreux humains perçus comme ne correspondant pas à une norme cognitive jugée « acceptable ».

concentrent sur des animaux largement périphériques au « complexe animalo-industriel », lequel constitue pourtant le cœur de l'oppression animale<sup>27</sup>. Cette orientation stratégique, tant du GAP que du NhRP, est d'ailleurs délibérée : revendiquer la personnalité juridique pour les primates, les cétacés ou les éléphants est politiquement envisageable précisément parce que leur usage n'est pas central dans les économies ou modes de vie occidentaux contemporains<sup>28</sup>. Nous pouvons leur accorder des droits fondamentaux sans que cela ne bouleverse nos pratiques quotidiennes.

Rappelons que le principe de convergence des intérêts repose sur l'idée d'un « usage désigné » de l'animal, et que la prise en compte de son bien-être n'intervient que dans la mesure où elle est compatible avec cet usage. La revendication de la personnalité juridique pour les chimpanzés, les éléphants ou les cétacés est politiquement envisageable précisément parce que le citoyen moyen ne se représente pas clairement l'« usage désigné » de tels animaux. Bien au contraire, la plupart des citoyens estiment que ces animaux ont vocation à vivre librement dans leur habitat naturel. Certes, quelques spécimens se trouvent dans des laboratoires, des zoos ou des aquariums – et ce sont précisément ceux qui font l'objet des campagnes du GAP et du NhRP –, mais ces espèces ne sont pas essentiellement définies socialement par un usage humain, et beaucoup de citoyens sont tout à fait disposés à admettre qu'elles ne sont investies d'aucun usage spécifique, et que, à ce titre, elles devraient échapper à la logique de convergence des intérêts.

Il en résulte que le GAP ou le NhRP pourraient très bien parvenir à faire reconnaître la personnalité juridique des grands singes dans une juridiction donnée, sans que cela n'ait le moindre effet bénéfique pour les animaux domestiques. C'est, à bien des égards, ce que l'on observe en Nouvelle-Zélande. En 1999, ce pays a adopté une version de la déclaration du GAP garantissant des droits fondamentaux à cinq espèces de grands singes. Or, la Nouvelle-Zélande possède l'un des systèmes d'agriculture animale les plus intensifs au monde : son économie repose sur l'élevage. Jusqu'à présent du moins, l'adoption de la déclaration du GAP ne saurait être interprétée comme un rejet de la logique de convergence des intérêts, mais simplement comme la reconnaissance du fait que les grands singes ne sont investis d'aucun usage susceptible d'activer cette logique<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> L'expression « complexe animalo-industriel » trouve son origine dans l'ouvrage de B. NOSKE, *Humans and Other Animals : Beyond the Boundaries of Anthropology*, Londres, Pluto Press, 1989. Pour une actualisation et un approfondissement de ce concept, voir R. TWINE, « Revealing the Animal-Industrial Complex: A Concept and Method for Critical Animal Studies », *Journal of Critical Animal Studies*, 10/1, 2012, p. 12.

<sup>28</sup> Certes, les baleines ont jadis occupé une place centrale dans l'économie de la Nouvelle-Angleterre, mais la faisabilité politique des revendications en faveur de leur personnalité juridique repose précisément sur le fait que ce n'est plus le cas aujourd'hui.

<sup>29</sup> En effet, Sankoff suggère que la reconnaissance de droits pour les grands singes a peut-être été adoptée, en partie, afin de détourner l'attention des critiques portant sur les pratiques agricoles en Nouvelle-Zélande (P. SANKOFF, « Five Years of the New Animal Welfare Regime: Lessons Learned from New Zealand's Decision to Modernize Its Animal Welfare Legislation », *Animal Law*, 11, 2015, p. 7).

#### **IV. UNE TROISIEME APPROCHE**

Nous semblons donc avoir le choix entre deux impasses : d'un côté, poursuivre des réformes dans le cadre du droit de la propriété s'avère inefficace; de l'autre, revendiquer la personnalité juridique pour les animaux domestiques relève, du moins à l'horizon prévisible, de l'utopie. Existe-t-il une troisième voie ? Dans la suite de cet article, je souhaite explorer une possibilité : celle de la reconnaissance de l'appartenance sociale.

Pour introduire cette troisième voie, il convient de prendre un certain recul et de réfléchir plus largement à ce que la justice exige dans nos relations avec les animaux domestiques (désignés ci-après par l'acronyme AD). Il s'agit là d'une question étonnamment négligée dans la théorie des droits des animaux. Nous en connaissons en partie la raison : la justice impose que nous cessions de leur nuire, de les exploiter, de les tuer. Il faut reconnaître que ce sont des individus dotés d'une existence propre, et non des ressources à notre disposition. Mais cela ne constitue qu'une partie du problème : cela nous dit de manière essentielle comment nous ne devons pas traiter les AD, mais cela ne nous dit pas encore quel type de relation nous devrions entretenir avec eux. Quelles sortes de liens, d'activités, d'interactions devrions-nous avoir avec les AD ?

Considérons cela comme la question du « jour d'après » : imaginons qu'à un moment donné la société décide de traiter les animaux comme des personnes et non comme des biens. Que se passe-t-il le lendemain ? Il semble probable – et souhaitable – que nous entretenions alors des types de relations différenciés avec les divers groupes d'animaux. Pensons, par exemple, aux loups et aux chiens. Les chiens sont des loups domestiqués. Ils sont proches d'un point de vue biologique et présentent une sensibilité comparable. Les raisons de leur reconnaître une personnalité juridique devraient être du même ordre. Pourtant, il est évident que nous n'entretiendrions pas les mêmes rapports avec les uns et les autres. À l'égard des loups, notre obligation consisterait principalement à les laisser tranquilles, à vivre librement dans leur habitat naturel. En revanche, ayant élevé les chiens pour faire partie de notre société et dépendre de nous, nous avons envers eux des obligations de soin et la responsabilité de leur garantir les conditions de leur épanouissement parmi nous.

Comment comprendre cette distinction entre les chiens et les loups ? Pourquoi aurions-nous des obligations différentes envers deux groupes d'animaux qui partagent une sensibilité comparable et des droits analogues liés à la personnalité juridique ? La réponse réside dans le fait que la domestication a fait des animaux domestiques des membres de notre société. À ce titre, ils détiennent des droits d'appartenance, en plus des droits fondamentaux reconnus à tout animal sentient. La reconnaissance de cette appartenance sociale constitue une composante essentielle de la justice envers les animaux domestiques : les ayant retirés du monde sauvage et élevés pour vivre et travailler à nos côtés, ils sont désormais, nous devons l'accepter, membres d'une société commune – une société qui leur appartient autant qu'à nous. Par la domestication, ils ont acquis un droit de naissance à faire partie de notre société.

Sue Donaldson et moi-même avons soutenu dans d'autres travaux que la reconnaissance de l'appartenance sociale entraîne des implications considérables. Si les animaux domestiques sont membres de la société, alors ils ont le droit de participer à l'élaboration des normes sociales qui régissent notre vie commune, d'avoir leurs intérêts pris en compte dans la définition du bien commun ou de l'intérêt national, de bénéficier des biens et services publics, ainsi que d'une répartition équitable des

avantages et des charges liés à la coopération sociale<sup>30</sup>. Concrètement, cela impliquerait toute une série de droits, parmi lesquels, pour ne citer que deux exemples, un droit à un système de soins de santé financé par les fonds publics pour les animaux domestiques et un droit à ce que les services d'urgence soient formés et équipés pour leur porter secours en cas d'incendie ou d'inondation. Le fait que ces droits ne leur aient jamais été reconnus témoigne du statut de caste subalterne qui leur est historiquement assigné.

Cela suggère que la justice à l'égard des animaux domestiques s'articule sur deux niveaux. Premièrement, il existe un ensemble de droits fondamentaux qui doivent être garantis à tout animal sentient – qu'il soit sauvage ou domestique – tels que le droit de ne pas être tué, de ne pas être soumis à l'expérimentation ou réduit en esclavage. Appelons ces droits les droits universels de la personnalité, lesquels sont généralement des droits négatifs. Deuxièmement, s'ajoute un ensemble de droits qui varient selon la relation que les animaux entretiennent avec la société humaine ; dans le cas des animaux domestiques, il s'agit de droits d'appartenance leur permettant de s'épanouir au sein d'une société partagée. (Pour les animaux sauvages, en revanche, ces droits relationnels pourraient inclure des droits à l'habitat et à l'autonomie, destinés à les protéger de l'empiétement de la société humaine)<sup>31</sup>. Appelons ces droits des droits « relationnels » ou « différenciés selon le groupe », dans la mesure où ils dépendent de la nature du lien entre l'animal et la société humaine. Il s'agit, en général, de droits positifs, relatifs à des relations ou à des ressources spécifiques.

Dans cette perspective à deux niveaux, la justice exige à la fois le respect des droits fondamentaux universels liés à la personnalité juridique et celui des droits relationnels – tels que les droits d'appartenance pour les animaux domestiques (ou les droits territoriaux pour les animaux sauvages). Je considère que ces droits relationnels, ou différenciés selon le groupe, sont tout aussi essentiels à la justice que les droits universels de la personnalité.

Si cette perspective à deux niveaux est juste, elle ouvre la voie à une approche possible de la réforme du droit des animaux, dépassant l'alternative actuelle entre propriété et personnalité juridique. Jusqu'à présent, la principale voie distincte des réformes welfaristes a consisté à revendiquer la reconnaissance des droits fondamentaux universels liés à la personnalité juridique. Mais, comme nous l'avons vu, cette stratégie se heurte à une impasse durable en ce qui concerne les animaux domestiques. Ne pourrions-nous pas progresser davantage en orientant une partie de notre attention vers le second niveau, celui des droits d'appartenance ?

Cette proposition peut sembler encore plus utopique que la revendication de la personnalité juridique. Après tout, comme nous l'avons vu, les droits liés à la personnalité sont en grande partie des droits négatifs – des protections contre la violence –, tandis que les droits d'appartenance sont souvent des droits positifs. S'il

---

<sup>30</sup> S. DONALDSON, W. KYMLICKA, *Zoopolis, op. cit.*, chap. 5. Puisque la catégorie mobilisée pour reconnaître l'appartenance est celle de la « citoyenneté », nous soutenons que les animaux domestiques devraient être considérés comme nos co-citoyens.

<sup>31</sup> Dans *Zoopolis*, Donaldson et moi évoquons un troisième groupe – que nous appelons les animaux « liminaires » – qui ne sont pas domestiqués, mais vivent parmi nous plutôt que dans leur habitat naturel (par exemple, la faune urbaine). Nous soutenons que la justice à leur égard exige elle aussi la reconnaissance conjointe des droits universels de la personnalité et de droits relationnels différenciés selon le groupe : en l'occurrence, des droits de résidence et d'accommodement. Pour une représentation schématique de notre approche, voir l'annexe.

paraît irréaliste d’espérer un soutien public en faveur de droits négatifs fondés sur la personnalité, comment pourrions-nous obtenir un appui pour des droits positifs d’appartenance ?

C’est pourtant bien ce que je propose. Je suis convaincu que l’on observe, tant en droit que dans les politiques publiques, des tendances favorables à la reconnaissance des droits d’appartenance des animaux domestiques. J’examinerai deux exemples : la reconnaissance des animaux domestiques en tant que membres de la famille et leur reconnaissance en tant que travailleurs.

## V. LES ANIMAUX DOMESTIQUES COMME MEMBRES DE LA FAMILLE

Les représentations relatives à la place des animaux de compagnie au sein de la famille sont en pleine évolution. Les enquêtes montrent que la grande majorité des Nord-Américains vivant avec de tels animaux les considèrent comme des membres à part entière de leur famille et qu’ils attendent du système juridique qu’il reconnaisse et honore cette relation<sup>32</sup>. Or, le droit continue traditionnellement de considérer les animaux de compagnie comme de simples biens. Et puisque les animaux de compagnie (désignés ci-après par l’acronyme AC) relèvent du régime de la propriété, les décisions juridiques les concernant sont fondées sur des principes de possession. Il en résulte un fossé croissant entre la manière dont les citoyens se représentent leur propre relation aux AC et les règles du droit, ce qui alimente une frustration grandissante chez de nombreux citoyens, qui réclament que le droit fasse sortir les AC du cadre de la propriété pour les inscrire dans la catégorie des membres de la famille.

On observe cette dynamique dans plusieurs contextes. Prenons, tout d’abord, la question de la garde en cas de divorce. S’agissant des enfants, la règle établie veut que la garde soit déterminée en fonction de l’intérêt supérieur de l’enfant, ce qui inclut un souci de préserver les liens familiaux autant que possible (par exemple, les tribunaux s’efforcent d’éviter la séparation des fratries). En revanche, dans le cas des animaux de compagnie, ceux-ci étant juridiquement des biens, la garde est attribuée à celui ou celle qui présente la revendication la plus légitime sur le plan

---

<sup>32</sup> Un sondage Harris mené en 2011 a révélé que plus de 90 % des Américains vivant avec un animal de compagnie le considéraient comme un membre de leur famille (H. POLL, « Pets Really Are Members of the Family », *The Harris Poll*, 10 juin 2011 [www.theharrispoll.com/health-and-life/pets\_really\_are\_Members\_of\_the\_Family.html]). Et il ne s’agit pas là d’une simple formule rituelle. Des études fondées sur des critères psychologiques standards d’attachement (tels que la recherche de proximité, le rôle de refuge, la base de sécurité ou la détresse liée à la séparation) montrent que le lien affectif que les individus entretiennent avec leur chien de compagnie est équivalent à celui qu’ils entretiennent avec leur mère, leurs frères et sœurs ou leurs meilleurs amis – et souvent plus fort que celui qu’ils entretiennent avec leur père. V. L. KURDEK, « Pet Dogs as Attachment Figures », *Journal of Social and Personal Relationships*, 25/2, 2008, p. 247 ; G. L. MELSON, *Why the Wild Things Are: Animals in the Lives of Children*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 39 ; C. AMIOT, B. BASTIAN, « Toward a Psychology of Human-Animal Relations », *Psychological Bulletin*, 141/1, 2015, p. 6. Il convient également de souligner que, dans de nombreuses études portant sur les relations familiales, les personnes interrogées mentionnent spontanément leurs animaux de compagnie comme membres de la famille, même lorsque les chercheurs eux-mêmes s’étaient limités à une conception exclusivement humaine de la famille et n’avaient donc pas envisagé – ni encouragé – l’inclusion des animaux dans cette catégorie (N. CHARLES, C. AULL DAVIES, « My Family and Other Animals: Pets as Kin », in B. CARTER, N. CHARLES (dir.), *Humans and Other Animals: Critical Perspectives*, New York, Palgrave, 2011, p. 69 ; G. L. MELSON, *Why the Wild Things Are: Animals in the Lives of Children*, op. cit., p. 2).

de la propriété. Elle peut ainsi être décidée, par exemple, en fonction de la personne ayant initialement payé l'animal, sans considération pour celui ou celle qui s'en est occupé, ni pour les préférences de l'animal, et sans aucun engagement en faveur du maintien des liens affectifs (par exemple, aucun effort n'est fait pour éviter la séparation d'animaux vivant ensemble).

Cette approche fondée sur la propriété est presque universellement critiquée, et pourtant les juges affirment qu'ils sont légalement tenus de traiter les animaux de compagnie comme des biens. Considérons, à cet égard, quelques extraits d'affaires récentes portant sur la garde d'animaux au Canada<sup>33</sup> :

Malgré l'émotion, le droit continue de considérer les animaux comme des biens meubles. Il n'existe pas de régime juridique spécifique régissant la possession d'un animal de compagnie qui puisse être comparé à celui applicable aux enfants et à leur prise en charge, tel que prévu par la Loi sur la garde et l'entretien ou la Loi sur le divorce. Certes, des lois interdisent la cruauté envers les animaux, mais il n'existe aucune disposition exigeant qu'un animal soit confié à la personne qui l'aime le plus ou qui lui offrirait un meilleur foyer. Aussi désagréable que cela puisse paraître dans le cas de deux propriétaires aimants et dévoués, je dois déterminer lequel dispose de la meilleure revendication en matière de propriété<sup>34</sup>.

[U]n chien est un chien. Toute application des principes que la cour appliquerait normalement pour déterminer la garde d'enfants est entièrement inapplicable à la disposition d'un animal de compagnie en tant que bien familial. Toute tentative d'établir un parallèle entre l'approche de la cour en l'espèce et les principes régissant les litiges relatifs à la garde des enfants doit être écartée<sup>35</sup>.

En droit, les chiens sont des biens. L'« intérêt supérieur du chien » n'est pas une notion plus pertinente juridiquement que ne le serait « l'intérêt supérieur de la motocyclette » dans un litige concernant une Harley-Davidson<sup>36</sup>.

Je ne doute pas que le chien dispose actuellement d'un bon foyer auprès de Dre Hawes et de sa famille, mais tel n'est pas l'enjeu. Cette affaire ne concerne pas l'intérêt du chien, mais la question de savoir qui dispose du meilleur titre de propriété. L'analyse ne serait pas différente s'il s'agissait d'une bicyclette<sup>37</sup>.

Beaucoup de chiens sont traités comme des membres de la famille avec lesquels ils vivent. Mais en fin de compte, un chien reste un chien. En droit, il est un bien

---

<sup>33</sup> Pour des décisions similaires aux États-Unis, voir notamment *Rabideau v. City of Racine*, 627 NW (2d) 795, p. 798 (Wis 2001), où la cour affirme : « Nous sommes mal à l'aise avec la caractérisation froide du chien par le droit [...] comme simple "propriété" [...] Ce terme décrit de manière inadéquate et inexacte la relation entre un humain et un chien » ; *Travis v. Murray*, 977 NYS (2d) 621, p. 625 (NY App Div 2013), où l'animal de compagnie est décrit comme un « véritable membre de la famille, rivalisant d'importance avec les enfants » ; *Nuzzaci v. Nuzzaci*, 1995 WL 783006 (Del Fam Ct), où le tribunal déclare : « Bien que leur dilemme soit assurément réel [...] le fait est que cette cour ne va tout simplement pas entrer dans le domaine des droits de visite floraux ou fauniques » ; *Lachenman v. Stice*, 838 NE (2d) 451, p. 467 (Ind Ct App 2005), où l'on lit : « Aussi insensible que cela puisse paraître, au bout du compte, un chien est un bien meuble » ; et enfin *Corso v. Crawford Dog and Cat Hospital Inc*, 415 NYS (2d) 182, p. 183 (NY Civ Ct 1979), où le juge affirme : « Dire [qu'un chien] est un simple bien meuble et rien de plus revient à renier notre humanité. Cela, je ne puis l'accepter ».

<sup>34</sup> *Gardiner-Simpson v. Cross*, 2008 NSSM 78, aux par. 4-5.

<sup>35</sup> *Ireland v. Ireland*, 2010 SKQB 454, au par. 12.

<sup>36</sup> *Savoie v. Dowell*, 2009 NSSM 5 au par. 8.

<sup>37</sup> *Hawes v. Redmond*, 2014 NSSM 57 au par. 26.

– un animal domestique qui fait l’objet d’un droit de propriété. En droit, il ne bénéficie d’aucun droit familial<sup>38</sup>.

Dans tous ces cas – et l’on pourrait en citer des dizaines d’autres<sup>39</sup> –, les requérants demandent que l’animal soit reconnu comme membre de la famille, et que ses intérêts soient pris en compte dans l’arbitrage des affaires relevant du droit de la famille. Pourtant, les tribunaux continuent de s’en tenir fermement au principe selon lequel les animaux de compagnie ne sont que des biens, tout en reconnaissant que cette approche est « désagréable », qu’elle est en décalage avec les réalités sociales, et que « la conception des animaux de compagnie comme biens ne fournit pas les outils juridiques nécessaires pour trancher et résoudre » les litiges en matière de garde<sup>40</sup>.

Face à cette impasse, de nombreux juristes ont plaidé en faveur de réformes législatives reconnaissant aux animaux de compagnie le statut de membres de la famille dans le cadre des décisions de garde (incluant, dans certains cas, des formes de « pension animale », ou *petimony*, lorsque la personne la mieux à même d’assurer le bien-être de l’animal est économiquement défavorisée), en adaptant au cas des animaux les principes déjà établis pour la garde des membres humains de la famille<sup>41</sup>. Et un nombre croissant de juges applique, de fait, ces principes.

---

<sup>38</sup> *Henderson v. Henderson*, 2016 SKQB 282 aux par. 1-2.

<sup>39</sup> Y compris l’affaire désormais célèbre de Darwin, le « singe d’IKEA », un singe de compagnie dont la garde faisait l’objet d’un litige. Dans *Nakhuda v. Story Book Farm Primate Sanctuary*, 2013 ONSC 5761, au par. 4, la juge Vallee déclara : « La cour n’a pas compétence pour déterminer ce qui est dans le meilleur intérêt du singe. Par exemple, est-il préférable pour lui de vivre avec Mme Nakhuda ou au sanctuaire ? Le singe n’est pas un enfant. Aussi insensible que cela puisse paraître, le singe est un bien meuble, c’est-à-dire un objet de propriété. La cour ne peut appliquer que les principes du droit des biens pour trancher les questions en cause dans cette affaire ». V. la discussion in M. SHARIFF, « A Monkey in the Middle: Reflections on Darwin the Macaque and the (R)evolution of Wild Animals in Canadian Common Law », in P. SANKOFF, V. BLACK, K. SYKES (dir.), *Canadian Perspectives on Animals and the Law*, Toronto, Irwin Law, 2015, p. 83.

<sup>40</sup> *Ploni v. Plonit* (18 mars 2004), Ramat Gan 32405/01 (tribunal de la famille), cité in D. ROOK, « Who Gets Charlie? The Emergence of Pet Custody Disputes in Family Law: Adapting Theoretical Tools from Child Law », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 28/2, 2014, p. 177 sq. Dans son analyse de la jurisprudence américaine, Rook soutient (à la p. 180) que « la majorité des affaires présentent la même contradiction fondamentale entre l’insistance des tribunaux à considérer les animaux comme des biens meubles et leur réticence à s’en remettre uniquement aux principes de la propriété pour résoudre le litige ».

<sup>41</sup> Parmi les nombreuses propositions en ce sens, voir notamment T. BOGDANOSKI, « Towards an Animal-friendly Family Law: Recognising the Welfare of Family Law’s Forgotten Family Members », *Griffith Law Review*, Vol. 19, n° 2 (2010), p. 197 sq ; A. BRITTON, « Bones of Contention: Custody of Family Pets », *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 20/1, 2006, p. 1 sq ; T. MCLAIN, « Knick-Knack, Paddy-Whack, Give the Dog a Home? Custody Determination of Companion Animals upon Guardian Divorce », *Animal Legal and Historical Center, Michigan State University College of Law*, 2009 [www.animallaw.info/articles/dduspetcustodyindivorce.htm] ; S.P. SIMMONS, « What Is the Next Step for Companion Pets in the Legal System? The Answer May Lie with the Historical Development of the Legal Rights for Minors », *Texas A&M Law Review*, 1/1, 2013, p. 253 sq ; C. SEPS, « Animal Law Evolution: Treating Pets as Persons in Tort and Custody Disputes », *University of Illinois Law Review*, 2010/4, p. 339 ; E. MILLS, K. AKERS, « Who Gets the Cats...You or Me? Analyzing Contact and Residence Issues regarding Pets upon Divorce or Separation », *Family Law Quarterly*, 36/2, 2002, p. 283 sq ; H. STROH, « Puppy Love: Providing for the Legal Protection of Animals When their Owners get Divorced », *Journal of Animal Law & Ethics*, 2, 2007, p. 231 sq ; M. EASON, « A Bone to Pick: Applying a Best Interest of the Family Standard in Pet Custody Disputes », *South Dakota Law Review*, 62, 2017. Voir également D. ROOK, « Who Gets Charlie? », art. cité. Une version du principe

Une dynamique similaire s'observe en matière de responsabilité civile liée aux préjudices causés par les animaux de compagnie, le plus souvent dans le contexte des morsures de chiens. Dans certaines juridictions, à la suite de récentes modifications législatives, les propriétaires d'animaux de compagnie sont désormais soumis à une responsabilité sans faute (*strict liability*) pour tout dommage causé par leurs chiens<sup>42</sup>. Le résultat revient à assimiler la possession d'un chien à celle d'un bien dangereux – comme le serait le fait de stocker de la dynamite dans son jardin. Quiconque entrepose de la dynamite est tenu responsable de toute explosion, sans pouvoir invoquer comme défense le fait d'avoir pris toutes les précautions raisonnables pour l'éviter. Ce principe juridique se justifie pleinement si l'on souhaite dissuader la possession de biens dangereux. Or, ce même principe est aujourd'hui appliqué, dans de nombreuses juridictions, aux animaux de compagnie : toute personne ayant un chien dans son jardin est tenue pour responsable de toute morsure, quelle que soit sa diligence ou sa prudence. Le résultat (voulu) est soit de dissuader les citoyens de vivre avec des animaux de compagnie, soit de les inciter à les confiner ou à les attacher en permanence, puisqu'ils sont juridiquement catégorisés comme une menace pour autrui<sup>43</sup>.

Cette assimilation des animaux de compagnie à des biens dangereux est en profond décalage avec les perceptions sociales. Pour beaucoup, les animaux de compagnie sont des membres estimés de la famille, et devraient donc relever des mêmes principes de responsabilité que, par exemple, les jeunes enfants. Dans le cas de ces derniers, les parents ont le devoir d'exercer une supervision et un contrôle raisonnables, afin de réduire les risques qu'ils causent un préjudice à autrui. Toutefois, les enfants sont considérés comme des membres sociables présumés de la famille et de la société, qui ont le droit de participer à la vie sociale. Il serait certes possible de réduire les risques qu'ils causent du tort en les confinant en permanence, mais les enfants ne sont pas des biens dangereux qu'il faudrait isoler : ils sont des

---

de l'intérêt de l'animal a été adoptée en Israël (P. LERNER, « With Whom Will the Dog Remain? On the Meaning of the 'Good of the Animal' in Israeli Family Custodial Disputes », *Journal of Animal Law*, 6/1, 2010, p. 105) et en Suisse, où l'article 651a du Code civil suisse (v. *supra*, note 18) prévoit que, en cas de divorce, la garde revient à la personne qui « assure la meilleure prise en charge de l'animal » (M. MICHEL, E. KAYASSEH, « The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back—Many Steps to go », *Journal of Animal Law*, 7, 2010, p. 1 sq.). À la suite de réformes récentes (en 2016), le droit de l'Alaska prévoit désormais que « le bien-être de l'animal » soit pris en compte dans les décisions de garde (AS 25.24.160).

<sup>42</sup> Cela ne correspond pas à la règle traditionnelle en Common law, laquelle établissait une distinction entre la responsabilité applicable aux animaux domestiques et celle applicable aux animaux sauvages. Ces derniers étaient considérés comme dangereux (*ferae naturae*), tandis que les premiers étaient présumés non dangereux (*mansuetae naturae*), et n'engageaient donc pas une responsabilité sans faute, sauf preuve du contraire. Ainsi, l'attribution législative d'une responsabilité sans faute à l'égard des animaux de compagnie constitue, en comparaison, une régression par rapport à la Common law. Les réformes proposées en matière de responsabilité sans faute, évoquées dans le paragraphe suivant, peuvent donc être vues, sous certains aspects, comme une tentative de rétablir les principes antérieurs de la Common law fondés sur une présomption de sociabilité.

<sup>43</sup> Les interdictions visant certaines races, telles que les pitbulls, reposent sur un postulat similaire. V. S. HUSSAIN, « Attacking the Dog-Bite Epidemic: Why Breed-Specific Legislation Won't Solve the Dangerous-Dog Dilemma », *Fordham Law Review*, 74/5, 2005, p. 2847 sq. ; K. SWANN, « Irrationality Unleashed: The Pitfalls of Breed-Specific Legislation », *UMKC Law Review*, 78/3, 2009, p. 839 sq. ; S. DEFABRITIIS, « Fido's Fallacy », *Albany Government Law Review*, 9, 2016, p. 168 sq. ; A. SCHIAVONE, « Barking up the Wrong Tree: Regulating Fear, Not Risk », *Animal Law*, 22/1, 2015, p. 9 sq.

membres de la société, avec un droit à l'interaction sociale, sous réserve du devoir parental de surveillance raisonnable. C'est pourquoi, dans ce domaine également, de nombreuses propositions visent à remplacer le régime de responsabilité sans faute (*strict liability*) applicable aux morsures de chiens (animaux envisagés comme biens dangereux) par un modèle fondé sur un devoir de supervision analogue à celui des parents (animaux perçus comme membres sociables de la famille)<sup>44</sup>.

Un troisième contexte dans lequel la revendication d'un statut familial se manifeste est celui des fiducies. Nombre de personnes s'inquiètent profondément du sort de leur animal de compagnie après leur décès – tout comme elles se soucient de celui de leurs enfants ou autres personnes à charge –, et souhaitent donc créer un fonds fiduciaire destiné à garantir les ressources nécessaires aux soins d'un AC âgé. Or, dans la mesure où les AC sont juridiquement considérés comme des biens, ils ne peuvent pas, plus qu'un meuble, être bénéficiaires d'une fiducie. Ainsi voit-on apparaître ici encore des propositions de réforme du droit des fiducies, visant à reconnaître que les animaux de compagnie sont des membres de la famille, et non des biens, et qu'à ce titre ils méritent d'être pris en considération dans les dispositions testamentaires<sup>45</sup>.

Un autre domaine encore concerne l'indemnisation en responsabilité délictuelle lorsqu'un animal de compagnie est blessé. Imaginons, par exemple, que vous renversiez par négligence mon chien de huit ans. Puisque les AC sont juridiquement considérés comme des biens, le montant des dommages-intérêts sera calculé sur la base de leur « valeur marchande équitable », c'est-à-dire par l'évaluation de « la différence entre la valeur marchande de l'animal avant et après la blessure<sup>46</sup> ». Or, la plupart des chiens et des chats – sauf s'ils sont de race pure – ont une valeur marchande faible, voire inexistante. Un chien croisé âgé peut s'acheter ou se vendre à un prix dérisoire. Dès lors, le fait que vous ayez blessé mon chien pourrait n'avoir qu'un impact négligeable sur sa valeur de marché : peut-être aurais-je pu le vendre 20 dollars avant l'accident. Si tel est le cas, l'indemnisation serait limitée à cette somme, qui reflète la valeur marchande et le coût de remplacement d'un tel animal.

Ici encore, cette approche juridique est en totale contradiction avec la manière dont les citoyens perçoivent les AC – non comme des biens remplaçables, mais comme des membres uniques de leur famille. C'est pourquoi de nombreux citoyens réclament des réformes juridiques visant à reconnaître que les animaux doivent

---

<sup>44</sup> Parmi les nombreuses propositions en ce sens, v. L.A. EPSTEIN, « There Are No Bad Dogs, Only Bad Owners: Replacing Strict Liability with a Negligence Standard in Dog Bite Cases », *Animal Law*, 13/1, 2006, p. 129 sq. ; J. SHAW, « Dangerous Dogs in Canadian Law », *Animal Legal and Historical Center*, Michigan State University, 2009 [www.animallaw.info/article/dangerous-dogs-canadian-law]. Comme mentionné à la note 42, ces réformes visent en partie à rétablir les principes antérieurs de la Common law, tout en allant plus loin en établissant des analogies avec les devoirs parentaux à l'égard des enfants.

<sup>45</sup> Voir, par exemple, S. AFLATOONI, « The Statutory Pet Trust: Recommendations for a New Uniform Law Based on the Past Twenty-One Years », *Animal Law*, 18/1, 2011, p. 1 ; F. FOSTER, « Should Pets Inherit? », *Florida Law Review*, 63/4, 2011, p. 801 sq. ; R. HIRSCHFELD, « The Perfect Pet Trust: Saving Your Dog from the Unexpected », *Albany Government Law Review*, 9/1, 2016, p. 107. Aux États-Unis, le *Uniform Probate Code* a été modifié en 1990 pour y inclure une fiducie pour animaux de compagnie (Unif Probate Code § 2-907), et depuis lors, 46 États ont adopté des lois autorisant ce type de fiducie (P. SIMMONS, « What is the Next Step », art. cité, p. 277-278).

<sup>46</sup> L. SIROIS, « Recovering for the Loss of a Beloved Pet: Rethinking the Legal Classification of Companion Animals and the Requirements for Loss of Companionship Tort Damages », *University of Pennsylvania Law Review*, 163/4, 2014, p. 1208.

être évalués en tant que membres de la famille, et non comme des objets interchangeables. Cela impliquerait, par exemple, une indemnisation couvrant les frais vétérinaires (en cas de blessure de l'animal), ainsi que des dommages-intérêts pour préjudice moral lié à la perte d'un compagnon (en cas de décès), sur le fondement que l'animal ne peut être remplacé, puisqu'il est un membre unique de la famille<sup>47</sup>. Certaines juridictions étatiques, comme le Tennessee ou l'Illinois, ont commencé à aller dans ce sens, tout comme quelques instances judiciaires isolées<sup>48</sup>.

Dans l'ensemble de ces contextes – et dans bien d'autres encore<sup>49</sup> – se manifeste une pression forte pour redéfinir le statut des animaux de compagnie, du moins pour certaines finalités juridiques, non comme des biens appartenant à la famille, mais comme des membres de celle-ci, dotés de revendications fondées sur l'appartenance : maintien des liens familiaux en cas de divorce, participation à la vie sociale dans les litiges de responsabilité, admissibilité aux avantages familiaux dans le cadre des successions<sup>50</sup>. À mes yeux, cette tendance ne peut que s'amplifier, et elle est vraisemblablement irréversible. La réalité sociale est que les animaux de compagnie sont perçus comme des membres de la famille ; et chaque fois que le droit s'éloigne à ce point des réalités sociales, il doit s'adapter – ce qu'il commence d'ailleurs à faire dans ces domaines que sont la garde, la responsabilité, les dommages et les fiducies<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Parmi les nombreuses propositions en ce sens, v. W. ROOT, « Man's Best Friend: Property or Family Member », *Villanova Law Review*, 47/2, 2002, p. 423 sq. ; E. PAEK, « Fido Seeks Full Membership in the Family: Dismantling the Property Classification of Companion Animals by Statute », *University of Hawai'i Law Review*, 25/2, 2003, p. 481 ; L. SIROIS, « Recovering for the Loss », art. cité ; C. SEPS, « Animal Law Evolution », art. cité ; R. HUSS, « Valuing Man's and Woman's Best Friend: The Moral and Legal Status of Companion Animals », *Marquette Law Review*, 86/1, 2002, p. 47 sq. ; S. DEFABRITIIS, « Barking Up the Wrong Tree: Companion Animals, Emotional Damages and the Judiciary's Failure to Keep Pace », *Northern Illinois University Law Review*, 32/2, 2012, p. 237. Pour des réserves critiques, v. R. CUPP, « A Dubious Grail », art. cité ; P. GOLDBERG, « Courts and Legislatures Have Kept the Proper Leash on Pet Injury Lawsuits: Why Rejecting Emotion-Based Damages Promotes the Rule of Law, Modern Values, and Animal Welfare », *Stanford Journal of Animal Law & Policy*, 6, 2013, p. 30.

<sup>48</sup> L. SIROIS, « Recovering for the Loss », art. cité.

<sup>49</sup> On peut évoquer, par exemple, la reconnaissance croissante, en droit, d'un devoir pour les vétérinaires de signaler les cas présumés de maltraitance envers les animaux de compagnie, suivant le précédent établi en matière de signalement obligatoire de maltraitance infantile par les professionnels de santé (P. SIMMONS, « What is the Next Step », art. cité, p. 261). Ou encore, les recours juridiques contre les interdictions visant les animaux de compagnie dans les logements sociaux, qui peuvent, de fait, empêcher les personnes défavorisées de maintenir l'unité de leur famille plus-qu'humaine. On peut également citer la manière dont plusieurs juridictions ont modifié leur législation pour remplacer le vocabulaire de la propriété par celui de la tutelle. Ainsi, le General Laws of Rhode Island autorise désormais l'usage interchangeable des termes « gardien » (*guardian*) et « propriétaire » (*owner*) en ce qui concerne les animaux de compagnie (voir, par exemple, Title Four RI Gen L § 4-3-1.2).

<sup>50</sup> Comme le relève Simmons, ces évolutions reproduisent l'histoire juridique de la reconnaissance des droits des enfants. Eux aussi ont dû être sortis de la catégorie de la propriété pour être reconnus comme membres de la famille, ce qui a exigé des réformes comparables dans les domaines de la garde, des successions, de la responsabilité civile, etc. (P. SIMMONS, « What is the Next Step », art. cité, p. 256).

<sup>51</sup> Pour une comparaison du rythme de ces évolutions au Canada et aux États-Unis, voir M. DECKHA, « Property on the Borderline: A Comparative Analysis of the Legal Status of Animals in Canada and the United States », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*,

Comment interpréter ces évolutions ? Constituent-elles un type véritablement nouveau de réforme du droit animal, rompant avec l'ancienne logique de convergence des intérêts fondée sur les typologies de l'usage humain, au profit d'une éthique de l'appartenance ? La réponse brève est que nous ne le savons pas encore. Il est trop tôt pour l'affirmer et, comme nous le verrons, les raisons d'en douter ne manquent pas. En fin de compte, ces réformes ne sont peut-être pas différentes, dans leurs motivations ou dans leurs effets, des réformes welfaristes traditionnelles qui cherchent à encadrer un « usage humain » des animaux.

Je pense cependant qu'elles recèlent un potentiel pour l'émergence d'un nouveau type de réforme juridique progressiste, fondée sur une logique normative authentiquement différente – non plus une éthique de l'usage bienveillant, mais une éthique de l'appartenance. J'ai soutenu plus haut que la justice envers les animaux domestiques exige la reconnaissance conjointe de leurs droits à la personnalité juridique et de leurs droits d'appartenance. Si l'on accepte cette prémisse, alors les questions clés que soulèvent ces réformes juridiques sont les suivantes :

- Ces réformes favorisent-elles la reconnaissance des droits d'appartenance ? Autrement dit, s'enracinent-elles dans une éthique de l'appartenance et s'en inspirent-elles, et renforcent-elles la portée sociale, politique et juridique d'une telle éthique ?
- Et comment la reconnaissance de ces droits d'appartenance affecte-t-elle la revendication des droits liés à la personnalité juridique ? Existe-t-il des raisons de croire qu'en défendant des droits d'appartenance, on retarderait ou rendrait plus problématique l'affirmation de la personnalité juridique ? Ou, au contraire, peut-on penser que la reconnaissance des droits d'appartenance pourrait faciliter et accélérer la reconnaissance de la personnalité ?

Comme je l'ai indiqué, je ne pense pas que nous sachions répondre à ces questions. Un esprit sceptique pourrait faire valoir que ces réformes concernant le statut des animaux de compagnie ne visent pas à reconnaître les intérêts ou les droits fondés sur l'appartenance des animaux eux-mêmes, mais plutôt à protéger les intérêts des humains désireux de sécuriser juridiquement l'usage de ces animaux. L'usage des animaux à des fins de compagnie est enraciné dans une longue histoire, et les réformes relatives à la garde, aux fiducies, à la responsabilité ou aux dommages peuvent être interprétées comme renforçant les garanties juridiques pour les humains qui utilisent les animaux dans cette perspective. En ce sens, on pourrait les voir comme une consolidation des droits des propriétaires, non comme une reconnaissance des droits des animaux. Les humains affirment un droit à l'usage des animaux de compagnie, et ces réformes précisent simplement les modalités juridiques de cet usage.

Compte tenu de l'histoire profondément marquée par l'instrumentalisation des animaux – y compris par l'usage de la possession animale comme vecteur de hiérarchies de genre ou de race –, on ne saurait écarter trop hâtivement cette interprétation sceptique<sup>52</sup>. Et elle saisit à n'en pas douter une partie des motivations à

---

20/2, 2012, p. 313. Deckha observe que le droit évolue plus rapidement sur ces questions aux États-Unis qu'au Canada.

<sup>52</sup> Sur l'histoire genrée et impériale de la possession animale, v. J. KIM, « Petting Asian America », *MELUS*, 36/1, 2011, p. 135 sq. ; L. BROWN, « The Lady, the Lapdog, and Literary Alterity », *The Eighteenth Century*, 52/1, 2011, p. 31 sq.

l'œuvre, notamment en matière de réparation du préjudice moral<sup>53</sup>. Mais, en fin de compte, je ne crois pas qu'il s'agisse là de la dynamique principale, ni même de la plus significative.

Lorsqu'ils se mobilisent pour obtenir ces réformes juridiques, les citoyens ne disent pas : « veuillez respecter mon droit à utiliser un animal comme compagnon », mais bien : « reconnaissez que les animaux de compagnie font partie de ma famille ». De même qu'ils ne perçoivent pas leurs relations d'affection avec leurs enfants ou leurs conjoints comme des relations d'usage, ils ne conçoivent pas davantage leurs liens avec leurs chiens ou leurs chats dans ces termes. Il s'agit, pour eux, de relations de coappartenance à une unité sociale commune – en l'occurrence, la famille. Les individus ne disent pas « nous » (les humains) avons un droit d'usage sur « eux » (les animaux de compagnie), mais bien que les animaux de compagnie font partie du « nous », et ils réclament une reconnaissance juridique de cette coappartenance interespèces, de cette relation familiale interespèces<sup>54</sup>. Reconnaître l'appartenance familiale constitue, par excellence, une relation d'appartenance – et cela ouvre à des revendications d'appartenance, non à des demandes d'« usage humain ». Les animaux ont toujours fourni de la compagnie, mais les reconnaître comme co-membres de la famille est un fait nouveau, qui implique des revendications de coappartenance au foyer<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Certaines réformes relatives aux dommages-intérêts prennent essentiellement la forme de revendications selon lesquelles la valeur d'usage de l'animal, en tant que bien, ne serait pas adéquatement reflétée par les mesures standards de la valeur marchande. Ce type de revendication s'inscrit pleinement dans l'ancienne logique de convergence des intérêts. Mais, même en ce cas, je soutiendrais que les individus invoquent souvent ce cadre de la valeur d'usage non pas parce qu'il reflète leur propre perception de la relation, mais parce qu'il constitue le seul cadre reconnu par le droit.

<sup>54</sup> Si les relations avec les animaux de compagnie relevaient réellement de l'usage, il serait difficile d'expliquer l'abondance croissante de témoignages sur la profondeur du deuil ressenti par les humains à leur perte – un deuil d'ailleurs peu reconnu socialement, et même tourné en dérision lorsqu'il dépasse certaines limites. Voir D. REDMALL, « Pet Grief : When Is Non-Human Life Grievable », *Sociological Review*, 63/1, 2015, p. 19.

<sup>55</sup> Il va de soi que, pendant une grande partie de l'histoire occidentale, la famille a été envisagée comme la propriété du chef de foyer masculin : femmes, enfants, esclaves et animaux étaient tous juridiquement considérés comme les biens du *pater familias*. La famille était perçue comme un espace régi par une hiérarchie naturelle et des impératifs biologiques, dans lequel l'exercice du pouvoir privé par le père n'était limité que par son amour ou son sens moral, et non par des droits juridiques. Pour reprendre les termes de Jessica Eisen, le droit a ainsi construit la famille comme un « espace sans droit » (*lawless space*), qui « entretient et aggrave les conditions de pouvoir profondément inégalitaires, tout en s'exonérant de toute responsabilité en cas d'abus ». Être inclus dans la famille ne constituait donc nullement une garantie de justice ou de droits. En effet, comme le souligne Eisen, le statut actuel des animaux domestiques peut être vu comme un vestige de cette conception ancienne de la famille. Même si l'on a progressivement renoncé à l'idée selon laquelle l'exercice du pouvoir sur les humains au sein de la famille devrait se faire dans un « espace sans droit », fondé uniquement sur la hiérarchie et la biologie, le droit continue d'admettre implicitement que le pouvoir privé exercé sur les animaux peut, quant à lui, demeurer un espace sans règle, limité seulement par l'amour ou le sens moral de l'humain (J. EISEN, « Milk and Meaning: Puzzles in Posthumanist Method », in M. COHEN, Y. OTOMO (dir.), *Making Milk: The Past, Present and Future of our Primary Food* [à paraître]). Cela va sans dire, mon argument en faveur du potentiel progressiste lié à la reconnaissance des animaux de compagnie comme membres de la famille repose sur l'hypothèse que nous avons effectivement abandonné cette ancienne conception de la famille comme propriété du *pater familias* ou comme domaine régi par un pouvoir privé sans contrainte juridique.

Je soutiendrais donc que certaines de ces réformes sont, du moins à un stade embryonnaire, enracinées dans une éthique de l'appartenance, et qu'elles possèdent ainsi le potentiel de constituer une approche réellement distincte de la réforme du droit animalier. En reconnaissant des revendications de coappartenance, elles rompent explicitement avec la logique instrumentale fondée sur l'usage qui caractérise encore aujourd'hui le droit animal, et ce sans qu'il ait été nécessaire d'établir préalablement la personnalité juridique<sup>56</sup>. Bien entendu, comme je l'ai déjà souligné, la justice requiert en définitive la reconnaissance conjointe des droits d'appartenance et des droits de personnalité. L'appartenance sans personnalité constitue un statut profondément précaire et foncièrement injuste<sup>57</sup>. Il conviendrait donc, avant d'adhérer à ces réformes, d'évaluer si le fait de promouvoir des revendications fondées sur l'appartenance ne risquerait pas, d'une manière ou d'une autre, de retarder ou de compromettre la réalisation de la personnalité juridique. Mais, comme je le montrerai plus loin, rien ne laisse penser que la reconnaissance de l'appartenance ferait obstacle à celle de la personnalité. Bien au contraire, de nombreuses raisons portent à croire que la première pourrait en faciliter et en accélérer l'établissement.

En supposant que ces réformes fassent effectivement progresser les revendications fondées sur l'appartenance, sans nuire à la quête des droits de personnalité, jusqu'où peuvent-elles nous mener ? Existe-t-il une limite inhérente à ce que ces

---

<sup>56</sup> Certains débats qualifient la reconnaissance de l'appartenance familiale de statut de *semipersonhood* (ou, inversement, de « semi-propriété »). Ainsi, dans l'affaire *Corso v. Crawford Dog and Cat Hospital Inc.* (415 NYS 2d 182, 183 [NY App Div 1999]), la cour affirme qu'« un animal de compagnie n'est pas simplement un objet, mais [qu'il] occupe une place particulière, à mi-chemin entre une personne et un bien meuble » ; ou encore, selon l'analyse de Seps, la reconnaissance juridique de l'appartenance familiale dans les décisions en matière de garde et de responsabilité délictuelle n'impliquerait pas que les animaux de compagnie « bénéficient réellement d'un statut de personne à part entière », mais qu'ils seraient « traités comme une personne en droit, uniquement dans le cadre du litige concerné » (C. SEPS, *Animal Law Evolution*, art. cité, p. 1372) ; ou enfin, selon la proposition de Sirois d'accorder aux animaux de compagnie un statut de « semi-propriété » (L. SIROIS, *Recovering for the Loss*, art. cité). À mon sens, considérer l'appartenance familiale comme une catégorie intermédiaire entre propriété et personnalité constitue une erreur de classification, dans la mesure où l'appartenance familiale relève d'un registre distinct de celui de la personnalité. Les droits associés à l'appartenance ne sont pas des droits partiels de la personnalité, mais reposent sur des fondements autonomes ouvrant à des revendications légitimes en matière de justice. L'obtention de tels droits ne saurait se substituer à l'accès à la personnalité, pas plus que l'accès à la personnalité ne rendrait superflus les droits fondés sur l'appartenance.

<sup>57</sup> Pour ne prendre qu'un exemple, en vertu de l'article 20(6)(c) de la Loi sur les animaux destinés à la recherche, LRO 1990, c A.22, si des animaux de compagnie perdus ne sont pas réclamés dans un délai de trois jours, les refuges sont autorisés à les vendre à des laboratoires de recherche aux fins d'expérimentation. Lorsque le statut d'appartenance échoue, comme c'est le cas pour les chiens égarés, aucun droit lié à la personnalité ne peut s'y substituer, ce qui les expose alors à une pure instrumentalisation. V. Animal Alliance of Canada, « Pound Seizure » [[www.animalalliance.ca/campaigns/pets-research/pound-seizure/](http://www.animalalliance.ca/campaigns/pets-research/pound-seizure/)]. V. également S. WHITE, « Companion Animals: Members of the Family or Legally Discarded Objects? » *University of New South Wales Law Journal*, 32/3, 2009, p. 852, à propos de la manière dont le droit australien reconnaît de plus en plus les animaux de compagnie comme membres de la famille tout en les définissant simultanément comme des biens jetables pouvant être abandonnés à volonté. Compte tenu de cette dualité, Saskia Stucki m'a suggéré qu'il serait peut-être plus exact d'affirmer que le droit ne reconnaît ni ne prescrit en soi que les animaux de compagnie sont des membres de la famille, mais qu'il reconnaît et prend en compte le fait social selon lequel (certaines) personnes considèrent (certains) animaux de compagnie comme tels.

réformes, centrées sur l'appartenance familiale, peuvent accomplir dans la poursuite de la justice ? J'examinerai brièvement deux limites importantes.

Premièrement, les réformes juridiques actuelles se sont, pour l'essentiel, limitées à reconnaître l'appartenance des animaux à des familles privées. Or, comme je l'ai souligné précédemment, la justice exige que les animaux domestiques soient également reconnus comme membres à part entière de la société et de la communauté politique. Être pleinement reconnu comme membre de la société ne signifie pas seulement être considéré comme membre d'une unité familiale privée, mais aussi comme membre du public, titulaire de droits aux biens publics, aux services collectifs et aux espaces partagés. Le premier enjeu consiste donc à déterminer si cette reconnaissance, d'abord circonscrite à la sphère privée, peut déboucher sur une appartenance publique plus large<sup>58</sup>.

Deuxième difficulté : les réformes juridiques en question ne concernent jusqu'à présent que les animaux de compagnie, et non les animaux d'élevage ou de laboratoire. Or, les moutons, les vaches, les porcs, les souris ou les rats ne sont que rarement perçus comme des membres de la famille. Dès lors, fonder les droits d'appartenance sur la base de liens familiaux perçus n'aura guère d'effet sur ces espèces. Le second défi consiste donc à se demander s'il est possible d'étendre cette reconnaissance au-delà des chiens et des chats, pour inclure les animaux d'élevage et de laboratoire.

Ces deux défis sont de taille : si l'on constate un nombre croissant de signes attestant que les animaux de compagnie commencent à être traités juridiquement comme des membres de la famille, il reste à étendre cette appartenance du domaine privé à la sphère publique, et des animaux de compagnie à l'ensemble des animaux domestiques. Je suis relativement optimiste quant au premier de ces deux enjeux. On observe déjà que la reconnaissance d'une appartenance familiale privée entraîne des répercussions sur une appartenance sociale plus large. Pensons, par exemple, à la réforme juridique adoptée après l'ouragan Katrina, qui impose désormais aux services d'urgence d'être formés et équipés pour secourir les animaux de compagnie<sup>59</sup>. Ou encore au mouvement grandissant qui réclame la création de parcs pour chiens dans les villes<sup>60</sup>. Ou à la déclaration récente d'une municipalité espagnole – Trigueros del Valle – qui redéfinit les termes « résidents » et « citoyens » pour y inclure les chiens et les chats<sup>61</sup>. Pensons aussi aux propositions

---

<sup>58</sup> Cette problématique fait écho aux débats portant sur les droits des personnes présentant une déficience cognitive, où une large part de la recherche s'est concentrée sur les moyens de reconnaître et de favoriser les relations privées de soutien, au détriment des enjeux liés à la reconnaissance de leur statut dans la sphère publique (S. C. SIMPLICAN, *The Capacity Contract: Intellectual Disability and the Question of Citizenship*, Minneapolis, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2015).

<sup>59</sup> C. HODGES, « Detailed Discussion of State Emergency Planning Laws for Pets and Service Animals », *Animal Legal and Historical Center*, Michigan State University College of Law, 2012 [www.animallaw.info/articles/ddusstateemergencylaws.htm] ; L. IRVINE, *Filling the Ark: Animal Welfare in Disasters*, Philadelphie, Temple University Press, 2009 ; A. POTTS, D. GADENNE, *Animals in Emergencies: Learning from the Christchurch Earthquakes*, Christchurch, Canterbury University Press, 2014.

<sup>60</sup> J. URBANIK, M. MORGAN, « A Tale of Tails: The Place of Dog Parks in the Urban Imaginary », *Geoforum*, 44, 2013, p. 292 ; T. GRAHAM, T. GLOVER, « On the Fence: Dog Parks in the (Un)Leashing of Community and Social Capital », *Leisure Sciences*, 36/3, 2014, p. 217.

<sup>61</sup> A. DAWBER, « Human Rights for Cats and Dogs: Spanish Town Council Votes Overwhelmingly in Favour of Defining Pets as "Non-Human Residents" », *Independent*, 22 juil. 2015

émanant de certains partis animalistes visant à instituer une assurance santé publique pour les animaux de compagnie<sup>62</sup>. Tous ces exemples font valoir des revendications portant sur les biens et services publics au nom des AC en tant que membres de la famille.

Cela ne saurait surprendre : dès lors que l'on admet que les AC sont des membres à part entière de la famille – et donc que nous vivons dans des familles plus-qu'humaines –, les individus souhaiteront naturellement inclure leurs proches non humains dans l'espace social élargi. Ils voudront partir en vacances avec leur famille plus-qu'humaine, l'emmener dans les lieux commerciaux ou dans les transports publics, ou encore assurer sa santé et sa sécurité. Toutes ces situations impliquent des revendications sur les services publics et les espaces partagés. Les familles privées plus-qu'humaines finiront, tôt ou tard, par réclamer une conception plus-qu'humaine du public et de l'appartenance sociale. Je soupçonne que cette transformation est, elle aussi, inéluctable<sup>63</sup>.

Le second défi, cependant, est plus redoutable : il est difficile d'imaginer comment ce modèle de reconnaissance sociale pourrait être étendu à la majorité des animaux d'élevage ou de laboratoire, qui ne sont pas perçus comme des membres de la famille. Cette perception pourrait évoluer avec le temps, en raison de l'essor des sanctuaires pour animaux de ferme, notamment des micro-sanctuaires urbains et suburbains, qui permettent à un nombre croissant de personnes de faire l'expérience directe de relations de compagnonnage avec de tels animaux<sup>64</sup>. Les humains

---

[[www.independent.co.uk/news/world/europe/human-rights-for-cats-and-dogs-spanish-town-council-votes-overwhelmingly-in-favour-of-defining-pets-10408546.html](http://www.independent.co.uk/news/world/europe/human-rights-for-cats-and-dogs-spanish-town-council-votes-overwhelmingly-in-favour-of-defining-pets-10408546.html)]. Pour la déclaration originale (en espagnol), v. en ligne [[www.lainformacion.com/interes-humano/animales/un-pueblo-espanol-declara-por-primera-vez-vecinos-no-humanos-a-perros-y-gatos\\_aaQFSi5m2H7ennqXFcbU44/](http://www.lainformacion.com/interes-humano/animales/un-pueblo-espanol-declara-por-primera-vez-vecinos-no-humanos-a-perros-y-gatos_aaQFSi5m2H7ennqXFcbU44/)]. Pour des développements similaires à Chamonix, France, v. T. KERASOTE, *Merle's Door : Lessons from a Freethinking Dog*, Orlando, Harcourt, 2007, p. 306-310.

<sup>62</sup> Dans son manifeste pour les élections générales britanniques de 2010, *Animals Count!* (rebaptisé *Animal Welfare Party* en 2013) s'était engagé à « établir un "NHS pour les animaux" afin de mieux protéger la santé de nos compagnons animaux » (*Animal Welfare Party, 2010 CE Manifesto* [[animalwelfareparty.org/vision/2010-ge-manifesto/](http://animalwelfareparty.org/vision/2010-ge-manifesto/)]).

<sup>63</sup> Et cela impliquerait, en dernière analyse, des revendications en matière de représentation politique. Si les animaux de compagnie sont membres du public, leur bien doit être pris en compte dans la détermination du bien public, ce qui suppose que leurs intérêts soient représentés. Pour une réflexion sur la représentation politique des animaux domestiques, v. K. SMITH, *Governing Animals: Animal Welfare and the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2012, chap. 4. Comme le souligne Smith, il existe déjà, dans certaines régions du monde, des exemples de nomination d'« avocats » ou de « médiateurs » pour les animaux au sein des processus décisionnels. Toutefois, dans certains cas, leur mandat se limite à garantir l'application effective des lois existantes encadrant l'utilisation humaine (ou la protection des espèces menacées), s'inscrivant ainsi dans des paradigmes welfaristes. Cela diffère de l'idée, développée par Smith, selon laquelle les animaux domestiques ont droit à une représentation en vertu de leur appartenance sociale. V. également R. GARNER, « Animals and Democratic Theory: Beyond an Anthropocentric Account », *Contemporary Political Theory*, 16/4, 2016, p. 459 sq.

<sup>64</sup> Sur la présence croissante d'anciens animaux d'élevage dans les milieux urbains et suburbains, voir R. RANALLI, « The New Faces Settling into Suburbia: Owners Cite Practical, Spiritual Rewards of Farm Animals as Pets », *Boston Globe*, 29 juin 2008 [[archive.boston.com/news/local/articles/2008/06/29/the\\_new\\_faces\\_settling\\_into\\_suburbia/](http://archive.boston.com/news/local/articles/2008/06/29/the_new_faces_settling_into_suburbia/)]. Cette tendance conduit souvent à contester les règlements municipaux interdisant les animaux dits « de ferme » en zone urbaine. Pour deux affaires canadiennes récentes illustrant de telles contestations, voir *All Points West*, « Victoria Pig Lover Refuses to Part with Pot-Bellied Pigs », *CBC News* (24 oct. 2015) [[www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/victoria-pig-lover-refuses-to-part-with-pot-bellied-babies-1.3286893](http://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/victoria-pig-lover-refuses-to-part-with-pot-bellied-babies-1.3286893)] ; G. FISHER, « Burnaby Pygmy Goats: Woman Gets Reprieve in Fight to

sont certainement capables de nouer des liens de proximité avec la plupart des animaux domestiques, pour peu qu'ils en aient l'occasion. À mesure que de plus en plus de personnes découvrent, dans leur entourage, des amis ou des voisins pour qui les animaux domestiques sont de véritables membres de la famille, la distinction même entre animaux de compagnie (AC) et animaux domestiques (AD) pourrait progressivement s'estomper<sup>65</sup>. Voilà, du reste, une excellente raison de soutenir le mouvement des sanctuaires animaliers, et de le considérer comme une composante essentielle de toute stratégie élargie en faveur des droits des animaux<sup>66</sup>.

Cela dit, un tel objectif semble encore lointain et, à ce jour, s'il existe une voie vers l'appartenance sociale pour les animaux d'élevage ou de laboratoire, elle ne passe vraisemblablement pas par leur reconnaissance en tant que membres de la famille ou en tant que compagnons intimes.

## VI. LES ANIMAUX DOMESTIQUES COMME COLLEGUES DE TRAVAIL

Il existe toutefois une autre voie possible vers la reconnaissance de droits d'appartenance : celle qui passerait par la reconnaissance des animaux en tant que collègues de travail. Après tout, de nombreux animaux domestiques ont été, à l'origine, intégrés dans la société humaine pour y exercer une activité laborieuse et, aujourd'hui encore, humains et animaux continuent de travailler côte à côte dans une étonnante diversité de milieux professionnels : fermes, laboratoires, hôpitaux, maisons de retraite, bases militaires, aéroports<sup>67</sup>. Et dans certains de ces lieux – bien que loin de tous –, les travailleurs humains en viennent à considérer les animaux comme des collègues, partageant des horaires et des conditions de travail similaires, suivant une formation analogue, affrontant les mêmes risques, participant à des accomplissements communs. Et dès lors que les animaux sont perçus comme des co-membres d'un espace professionnel partagé, il devient naturel de se demander s'ils ne devraient pas bénéficier des droits d'appartenance propres aux

---

Keep Them as Pets », *CBC News*, 24 fév. 2015 [www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/burnaby-pygmy-goats-woman-gets-reprieve-in-fight-to-keep-them-as-pets-1.2966950].

<sup>65</sup> Fait intéressant, certains détracteurs de l'extension du statut de membre de la famille aux animaux de compagnie la rejettent précisément au motif que « dans de nombreuses collectivités qui autorisent de plus en plus les animaux de ferme comme animaux de compagnie, il devient extrêmement difficile, même de manière large, de tracer une frontière autour des seuls animaux de compagnie » (P. GOLDBERG, « Courts and Legislatures », *art. cité*, p. 48). À l'inverse de Goldberg, je considère que cette « difficulté » constitue une vertu essentielle de la réforme : la portée politique de l'extension du statut familial aux animaux de compagnie s'accroît considérablement si elle contribue, progressivement, à dissoudre la frontière catégorielle entre ces derniers et les animaux de ferme.

<sup>66</sup> Sur la portée politique des sanctuaires pour animaux de ferme, v. S. DONALDSON, W. KYMLICKA, « Farmed Animal Sanctuaries: The Heart of the Movement? », *Politics and Animals*, 1/1, 2015, p. 50. Sur le rôle politique spécifique que peuvent jouer les micro-sanctuaires urbains, v. J. VAN KLEEK, « The Sanctuary in Your Backyard: A New Model for Rescuing Farmed Animals » 24 juin 2014, *Our Hen House* (blog) [www.ourhenhouse.org/2014/06/the-sanctuary-in-your-backyard-a-new-model-for-rescuing-farmed-animals/]. Darren Chang explore le potentiel transformateur de l'« infiltration » des animaux de ferme dans les milieux urbains dans « Resisting Speciesist Segregation: Integration, Separation, and Infiltration with Farmed Animals » (manuscrit non publié) [www.academia.edu/31352684/Resisting\_Speciesist\_Segregation\_Integration\_Separation\_and\_Infiltration\_with\_Farmed\_Animals\_DRAFT\_].

<sup>67</sup> Pour une excellente vue d'ensemble, v. K. COULTER, *Animals, Work, and the Promise of Interspecies Solidarity*, New York, Palgrave, 2016.

collègues de travail. Ces droits pourraient inclure, par exemple, le droit à des conditions de travail sûres, le droit à une durée maximale de travail, le droit à une représentation syndicale, à la retraite, à une indemnisation en cas d'accident, etc.<sup>68</sup>.

Cette idée est dénuée de sens dans l'ancien paradigme fondé sur l'usage et la propriété, selon lequel les animaux sont la propriété du lieu de travail, et non ses membres (de même que les animaux de compagnie étaient considérés comme la propriété de la famille plutôt que comme ses membres). Pourtant, un nombre croissant de travailleurs humains refuse désormais de se placer dans ce cadre pour penser le statut de leurs collègues animaux. Un exemple particulièrement frappant concerne les chiens de l'armée américaine. Jusqu'à une date récente, ces animaux étaient considérés comme des biens – littéralement répertoriés en tant qu'« équipement » – et, à ce titre, ils étaient souvent abandonnés (ou euthanasiés) lorsque l'armée se retirait de certains territoires étrangers. Toutefois, sous la pression de leurs collègues humains, l'armée les désigne désormais comme du « personnel ». Ils bénéficient ainsi de droits au rapatriement et à un placement en foyer à la retraite<sup>69</sup>. Des évolutions similaires ont été observées concernant les chiens policiers – par exemple, la police de Nottinghamshire, au Royaume-Uni, accorde une pension aux chiens de service retraités<sup>70</sup>. On entrevoit également des signes d'une tendance analogue s'agissant des animaux utilisés en thérapie<sup>71</sup>. Dans chacun de ces cas, ce sont les travailleurs humains eux-mêmes qui se mobilisent pour obtenir la reconnaissance des animaux domestiques en tant que collègues et co-travailleurs – membres d'un espace de travail interspèces partagé – plutôt qu'en tant que biens ou équipements relevant d'un lieu de travail humain.

Comment interpréter ces évolutions liées au travail ? Peut-on les considérer, elles aussi, comme des exemples d'un nouveau type de réforme du droit animal, rompant avec la vieille logique de convergence des intérêts fondée sur des typologies d'usage humain, au profit d'une nouvelle éthique de l'appartenance ? Comme pour la reconnaissance de l'appartenance familiale, il est trop tôt pour se prononcer avec certitude, et une lecture sceptique demeure légitime. L'histoire témoigne d'une longue tradition de représentation des animaux comme de simples « bêtes de somme » vouées à travailler pour nous, et ces réformes pourraient fort bien être interprétées comme réaffirmant notre droit à un « usage humain » du travail des animaux.

---

<sup>68</sup> Pour une discussion relative à ces droits du travail, voir A. COCHRANE, « Labour Rights for Animals », in R. GARNER, S. O'SULLIVAN (dir.), *The Political Turn in Animal Ethics*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2016, p. 15 ; S. DONALDSON, W. KYMLICKA, *Zoopolis*, *op. cit.* ; W. KYMLICKA, S. DONALDSON, « Animals and the Frontiers of Citizenship », *Oxford Journal of Legal Studies*, 34/2, 2014, p. 201 ; J. HRIBAL, « Jesse, a Working Dog », 11 nov. 2006, *Counterpunch* (blog) [[www.counterpunch.org/2006/11/11/jesse-a-working-dog/](http://www.counterpunch.org/2006/11/11/jesse-a-working-dog/)].

<sup>69</sup> J. M. ALGER, S. F. ALGER, « Canine Soldiers, Mascots, and Stray Dogs in US Wars: Ethical Considerations », in R. HEDIGER (dir.), *Animals and War*, Leiden, Brill, 2013, p. 77.

<sup>70</sup> K. COULTER, *Animals, Work*, *op. cit.* ; A. COCHRANE, « Labour Rights », art. cité. Une autre manifestation de cette tendance réside dans la prolifération de monuments commémoratifs dédiés aux animaux ayant servi durant les guerres.

<sup>71</sup> Z. WEISBERG, « Reimagining Animal Assisted Intervention via Interspecies Citizenship Theory », in C. OVERALL (dir.), *Pets and People: The Ethics of Our Relationships with Companion Animals*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 218.

Je ne nie pas que cette lecture fondée sur l'usage rende compte d'une partie de la réalité. Elle est, de fait, incontestablement présente dans nombre d'évocations rhétoriques des animaux en tant que travailleurs. Il est courant, par exemple, que les chercheurs recourant à l'expérimentation animale qualifient ces derniers de « partenaires » dans le « travail » de recherche<sup>72</sup>. Il s'agit évidemment d'un discours cynique et euphémisant, qui occulte la réalité de la captivité, de la coercition et de la mort. Mais ces mêmes chercheurs ne souhaitent nullement que les animaux soient juridiquement reconnus comme co-membres du lieu de travail. Ils s'opposent activement à toute tentative visant à garantir aux animaux de laboratoire des droits professionnels – tels que le droit à un environnement de travail sûr ou à une retraite. Sur le plan juridique, ils veulent que les animaux demeurent classés comme des biens ou des équipements du laboratoire, non comme des collègues ou membres du personnel.

Il en va de même pour les usages rhétoriques du travail animal chez les partisans du « bien-être en abattoir », qui revendiquent le droit de tuer et de consommer les animaux qu'ils élèvent. Ils ne souhaitent pas non plus que ces animaux soient légalement définis comme du personnel ou des collègues au sein d'un espace de travail partagé.

En revanche, les exemples que j'ai mentionnés plus haut ne relèvent pas d'un simple vernis rhétorique masquant des rapports d'exploitation. Ils traduisent une véritable revendication de reconnaissance juridique fondée sur l'appartenance à un espace de travail interspèces. Lorsque les soldats de l'armée américaine se sont mobilisés en faveur de ces réformes, ils n'ont pas dit : « respectez notre droit d'utiliser des animaux dans le cadre du travail », mais bien : « reconnaissez que ces animaux sont nos collègues ». De même qu'ils ne considèrent pas leurs relations collégiales avec d'autres soldats humains comme des rapports d'usage, ils ne perçoivent pas davantage leurs liens avec les chiens militaires comme tels. Il s'agit, pour eux, d'une relation de coappartenance à une unité sociale commune – en l'occurrence, le lieu de travail.

Les individus ne disent pas que « nous » (les humains) avons le droit de les utiliser « eux » (les animaux), mais bien que les animaux font partie du « nous » collectif, et qu'ils exigent une reconnaissance juridique de cette solidarité interspèces, de cette relation de travail partagée. La reconnaissance de la collégialité incarne précisément une relation d'appartenance, et elle ouvre à des revendications fondées sur l'appartenance, non à une simple demande d'« usage humain ». Les animaux ont toujours travaillé pour nous, mais les reconnaître comme co-travailleurs est une innovation, et cela implique une revendication de coappartenance à l'espace de travail<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> L. BIRKE, A. ARLUKE, M. MICHAEL, *The Sacrifice: How Scientific Experiments Transform Animals and People*, West Lafayette, Purdue University Press, 2007. V. également la manière dont les entreprises agroalimentaires représentent les animaux d'élevage comme désirant être consommés, ce que Ben Grossblatt qualifie de trope du « *suicide food* » [suicidefood.blogspot.ca/].

<sup>73</sup> De même que la famille fut historiquement définie comme la propriété du père, soumettant ainsi femmes et enfants à son pouvoir arbitraire (v. note 55), le lieu de travail a également été conçu comme la propriété de ses détenteurs, exposant ainsi les travailleurs à l'autorité arbitraire des employeurs. Reconnaître les animaux comme co-travailleurs ne présente un potentiel progressiste que si la société a dépassé cette conception du lieu de travail comme fief privé de l'employeur. Cela constitue une raison supplémentaire de défendre les protections en milieu de travail pour les animaux précisément en tant que droits des travailleurs, et non simplement comme

Ainsi, comme pour l'appartenance familiale, je soutiens que ces réformes traduisent, à l'état embryonnaire, une éthique de l'appartenance véritablement nouvelle et distincte, plutôt qu'un simple prolongement de l'ancienne éthique de l'« usage humain ». En supposant que ces réformes fassent effectivement progresser les revendications fondées sur l'appartenance, une question se pose : jusqu'où peuvent-elles être poussées ? Existe-t-il une limite inhérente à ce que les réformes fondées sur le travail peuvent accomplir dans la poursuite de la justice ?

Comparée à la voie fondée sur l'appartenance familiale, celle qui passe par le travail présente des avantages notables, en ce qu'elle ne requiert ni liens intimes ni relations de proximité affective. La reconnaissance sociale s'opère ici à travers la collégialité, dans le cadre d'un espace de travail partagé, et non dans le cadre d'une intimité familiale. En principe, cette tendance pourrait donc s'appliquer à un éventail bien plus large d'animaux domestiques engagés dans des formes de travail variées, au sein de milieux professionnels divers, hors du foyer privé.

Toutefois, cette approche se heurte également à des limites évidentes. Jusqu'à présent, seule une gamme restreinte de travaux, réalisés par un nombre limité d'animaux, a bénéficié d'une reconnaissance sociale suffisante pour fonder des revendications d'appartenance. Ce sont avant tout les tâches militaires et policières qui ont suscité cette reconnaissance, et principalement pour les chiens<sup>74</sup>. En conséquence, cette tendance, jusqu'à ce jour du moins, n'a pas remis en cause la vieille distinction entre les animaux de compagnie – socialement reconnus – et les animaux d'élevage ou de laboratoire – ignorés ou exploités. Bien que la reconnaissance sociale des chiens militaires ou policiers soit liée à leur travail, et non à des liens familiaux, il semble que la société soit surtout encline à reconnaître des animaux comme « collègues » lorsqu'il s'agit d'espèces déjà perçues comme des « membres de la famille ».

Je ne vois toutefois aucun obstacle conceptuel à une extension progressive de la reconnaissance sociale des animaux en tant que co-travailleurs aux animaux d'élevage. Si des chiens détecteurs dans les aéroports peuvent être perçus comme des collègues, pourquoi pas Bill et Lou, les bœufs qui, à la ferme du Green Mountain College, travaillaient aux côtés des étudiants pour labourer les champs<sup>75</sup> ? Ou les moutons qui pâturent des prairies écologiquement sensibles à l'aéroport de San Francisco<sup>76</sup>, ou encore les chèvres des îles Féroé, équipées de caméras Google Earth

---

un relèvement des normes de « bien-être animal » : le renforcement des droits du travail constitue un progrès vers la justice tant pour les humains que pour les animaux.

<sup>74</sup> Par exemple, le gouvernement fédéral canadien a récemment adopté la « Loi Quanto » en réponse à la mort d'un chien policier dans l'exercice de ses fonctions (*Loi sur la justice pour les animaux au service de l'homme (Loi Quanto)*, LC 2015, chap. 34). Comme le souligne Coulter (K. COULTER, *Animals, Work, and the Promise of Interspecies Solidarity*, *op. cit.*), la reconnaissance du travail animal reproduit les mêmes schèmes genrés que celle du travail humain. De même que les formes de travail productif codées au masculin ont historiquement été privilégiées au détriment des activités de soins et de reproduction codées au féminin, on reconnaît aujourd'hui le travail militaire et policier des animaux tout en négligeant le travail de care qu'ils accomplissent.

<sup>75</sup> Sur l'affaire tristement célèbre de Bill et Lou, où le collège décida de tuer et de consommer les bœufs dès qu'ils ne furent plus en mesure de travailler, en dépit des propositions de les accueillir dans un sanctuaire, v. W. KYMLICKA, S. DONALDSON, « Animals and the Frontiers of Citizenship », art. cité.

<sup>76</sup> Voir S. MAYEROWITZ, « S.F. Airport Hires Herd of Goats for Fire Prevention », *USA Today*, 6 juil. 2013 [www.usatoday.com/story/todayinthesky/2013/07/06/san-francisco-airport-hires-

pour explorer des zones inaccessibles<sup>77</sup>, ou les pigeons porteurs de capteurs de pollution mesurant la qualité de l'air au-dessus de Londres<sup>78</sup> ? Et pourquoi pas les animaux qui, selon l'expression de Les Beldo, accomplissent un « travail métabolique » – en produisant du fumier, de la laine ou des œufs<sup>79</sup> ?

Bien sûr, même en l'absence d'obstacles conceptuels à un tel développement, de nombreux obstacles pratiques, eux, demeurent. Pour commencer, la reconnaissance sociale d'autrui comme collègue est plus aisée lorsque l'on interagit quotidiennement avec lui, dans un cadre de confiance, de coopération et de sociabilité – lorsque l'on se salue au début de la journée, que l'on partage des moments d'échange, puis que l'on travaille ensemble. Cette reconnaissance est bien plus difficile lorsque les animaux sont confinés par dizaines de milliers dans des fermes industrielles, sans interaction humaine notable ni coopération interspécies. Les conditions sociologiques qui rendent possible la perception d'autrui comme collègue dans un espace de travail partagé sont tout simplement absentes dans la plupart des exploitations agricoles ou des laboratoires contemporains<sup>80</sup>.

Par ailleurs, même si nous parvenions à effectuer ce saut cognitif consistant à requalifier les animaux d'élevage comme co-travailleurs, il ne fait aucun doute que les acteurs ayant des intérêts directs dans le complexe animalo-industriel se mobiliseraient immédiatement contre toute reconnaissance des animaux d'élevage en tant que collègues de travail, car une telle reconnaissance menacerait directement les fondements de leur exploitation commerciale. La reconnaissance des chiens militaires ou policiers comme co-travailleurs n'a suscité aucune controverse, précisément parce qu'elle reste périphérique par rapport à l'infrastructure fondamentale du complexe animalier. Mais si les revendications d'appartenance fondées sur le travail devaient mettre en question les pratiques agricoles anciennes et les modes de vie qu'elles rendent possibles, la riposte serait immédiate.

Je ne suis donc guère optimiste quant à la capacité, à court terme, des idées émergentes sur les animaux en tant que co-travailleurs à modifier en profondeur le statut abject des animaux d'élevage ou de laboratoire. Les mêmes facteurs qui rendent politiquement inenvisageable la reconnaissance de la personnalité juridique pour les animaux d'élevage rendent également improbable la reconnaissance de leur appartenance sociale. Les intérêts en jeu sont trop puissants, et l'absence à la fois de liens de compagnonnage intime et de relations de travail collégiales affaiblit considérablement les perspectives de reconnaissance sociale.

---

herd-of-goats-for-fire-prevention/2493899/]. Les chèvres protègent certaines espèces sauvages rares qui seraient menacées par l'utilisation de tondeuses.

<sup>77</sup> W. COLDWELL, « Faroe Islands Fit Cameras to Sheep to Create Google Street View », *The Guardian*, 12 juil. 2016 [www.theguardian.com/travel/2016/jul/12/sheep-view-360-faroe-islands-google-mapping-project].

<sup>78</sup> A. VAUGHAN, « Pigeon Patrol Takes Flight to Tackle London's Air Pollution Crisis », *The Guardian*, 14 mars 2016 [www.theguardian.com/environment/2016/mar/14/pigeon-patrol-takes-flight-to-tackle-londons-air-pollution-crisis].

<sup>79</sup> L. BELDO, « Metabolic Labor: Broiler Chickens and the Exploitation of Vitality » [à paraître dans *Environmental Humanities*] ; J. CLARK, « Laborers or Lab Tools? Rethinking the Role of Lab Animals in Clinical Trials », in N. TAYLOR, R. TWINE (dir.), *The Rise of Critical Animal Studies*, New York, Routledge, 2014, p. 139.

<sup>80</sup> Autrement dit, l'absence même de droits des travailleurs – tels que le droit à des conditions de travail sûres, à une durée maximale de travail ou à la retraite – rend difficile la reconnaissance des animaux comme co-travailleurs pouvant prétendre à de tels droits.

Et pourtant, il serait prématuré de renoncer à cette approche. Il convient de rappeler que de nombreuses luttes pour la justice sociale ont fondé leurs revendications de reconnaissance et de respect sur le travail. Historiquement, les groupes exclus ou stigmatisés n'ont pas revendiqué leur appartenance sociale en invoquant des liens familiaux, mais bien en se fondant sur le travail<sup>81</sup>. La participation au travail fournit un socle sur lequel les groupes subalternes peuvent établir leur droit à être reconnus comme participants à des formes de coopération sociale, et à y contribuer. Bien sûr, les individus luttent aussi pour échapper à des formes de travail dégradantes ou stigmatisantes, mais il existe de nombreuses preuves que le fait de participer à un travail socialement reconnu et valorisé constitue, pour les humains, une source importante de sens et d'identité – et un fondement central de la revendication d'appartenance sociale. Il n'y a aucune raison de supposer qu'il n'en irait pas de même pour les animaux domestiques<sup>82</sup>.

Développer des modèles justes de lieux de travail interespèces constitue donc une tâche essentielle pour le plaidoyer animaliste et la théorie des droits des animaux. Cela ne sera pas aisé, mais je suis convaincu qu'il s'agit d'une voie de réforme digne d'intérêt. Dans quelle mesure les animaux peuvent-ils être intégrés dans la catégorie juridique de co-travailleur ? Et quels types de stratégies de mobilisation permettraient de construire un soutien public en faveur d'une telle réforme ? Les obstacles sont considérables, mais cette voie pourrait néanmoins offrir, pour les animaux d'élevage, une réforme structurelle plus réalisable que celle fondée sur la personnalité juridique ou sur l'appartenance familiale.

## CONCLUSION

Dans cet article, j'ai esquissé une voie nouvelle – et encore largement négligée – visant une réforme juridique du statut des animaux domestiques : elle engage leur inclusion dans des catégories ordinaires d'appartenance sociale, telles que les membres de la famille ou les collègues de travail. Cette approche repose sur ce que j'ai désigné comme un modèle à deux niveaux des droits des animaux : au premier niveau, tous les animaux sentients ont droit à des droits universels de personnalité juridique ; au second, les animaux domestiques doivent se voir reconnaître des droits fondés sur l'appartenance. Si les progrès relevant du premier niveau sont, pour l'heure, politiquement bloqués, les réformes touchant à la famille et au travail peuvent être interprétées comme des avancées concrètes sur le second niveau, incarnant et consolidant une éthique de l'appartenance à l'égard des animaux domestiques.

Certes, ces réformes ne traduisent, jusqu'à présent, qu'une reconnaissance partielle, sélective et incomplète de ces obligations fondées sur l'appartenance ; en outre, elles demeurent précaires en l'absence d'une reconnaissance préalable de la personnalité juridique. Il n'en reste pas moins que cette dynamique recèle, à mes yeux, un potentiel réel de transformation, capable d'amorcer une sortie du cadre

---

<sup>81</sup> J. SHKLAR, *American Citizenship: The Quest for Inclusion*, Cambridge, Harvard University Press, 1991. Les droits des travailleurs ont également revêtu une dimension internationale importante – formalisée par l'Organisation internationale du travail – et pourraient ainsi offrir une perspective précieuse pour le développement du droit animalier à l'échelle internationale.

<sup>82</sup> J. PORCHER, « The Work of Animals: A Challenge for Social Sciences », *Humanimalia*, 6/1, 2014 [www.depauw.edu/humanimalia/].

fondé sur l'usage – intrinsèquement violent dans son instrumentalisation des animaux –, même si l'objectif de la personnalité juridique demeure, à ce stade, hors d'atteinte.

Il est encore bien trop tôt pour se prononcer sur l'efficacité de cette stratégie, en partie parce qu'elle demeure largement inexplorée. Le mouvement en faveur des droits des animaux a investi beaucoup de temps dans la réflexion sur les réformes welfaristes et sur la personnalité juridique, mais fort peu dans l'élaboration d'un cadre théorique et politique axé sur l'appartenance sociale. Par conséquent, nous manquons singulièrement de recherches systématiques traitant de la manière dont la reconnaissance des animaux comme « membres de la famille » ou « travailleurs » pourrait constituer un levier de justice interespèces<sup>83</sup>.

Pour conclure, je souhaite réaffirmer que je ne considère nullement l'appartenance sociale comme un substitut aux droits universels liés à la personnalité juridique, mais bien comme un complément, voire une étape vers ceux-ci. Comme je l'ai dit précédemment, la justice à l'égard des animaux domestiques exige la reconnaissance conjointe des droits universels de personnalité et des droits relationnels d'appartenance. Sans la personnalité, la reconnaissance de l'appartenance demeure sélective et fragile<sup>84</sup>. C'est pourquoi je ne rejoins pas des autrices – tels que Donna Haraway et Jocelyne Porcher – qui soutiennent que la reconnaissance des animaux en tant que travailleurs pourrait se substituer à celle de leurs droits fondamentaux. Pour reprendre les termes célèbres de Haraway :

J'ai le sentiment que nous pourrions mieux cultiver notre responsabilité envers les autres animaux – et avec eux – en approfondissant la catégorie du travail plutôt que celle des droits, laquelle s'accompagne inévitablement d'une obsession pour la ressemblance, l'analogie, le calcul, et l'octroi d'une appartenance honorifique au sein d'une abstraction élargie de l'Humain<sup>85</sup>.

Je ne partage pas son mépris pour la catégorie des droits et de la personnalité juridique, et je soutiens même que sa propre analyse met clairement en lumière les dangers qu'il y a à considérer l'appartenance sociale comme un substitut ou une alternative à la personnalité. Ayant rejeté les droits universels fondés sur la personnalité juridique pour les animaux domestiques, Haraway comme Porcher en viennent à justifier l'élevage et la mise à mort des animaux « travailleurs » à des

---

<sup>83</sup> Il est intéressant de noter, à cet égard, que ces évolutions relatives au statut familial et au statut de travailleur n'ont pas émergé principalement sous l'effet de l'activisme du mouvement de défense des animaux ; ce sont plutôt des membres du grand public qui ont exigé de l'État qu'il reconnaisse les liens qu'ils ont noués avec leurs compagnons et collègues non humains.

<sup>84</sup> Par exemple, en l'absence de personnalité juridique, se posent des questions complexes quant à la qualité pour agir en justice afin de faire valoir ces droits d'appartenance. Wise invoque la nécessité de disposer de cette qualité pour justifier la priorité accordée à la lutte pour la reconnaissance de la personnalité juridique (S. WISE, « Legal Personhood and the Nonhuman Rights Project », *Animal Law*, 17/1, 2010, p. 1 *sq.*), bien que d'autres auteurs proposent des voies alternatives permettant d'établir la qualité pour agir (v., par exemple, D. CASSUTO, « Legal Standing for Animals and Advocates », *Animal Law Review*, 13/1, 2006, p. 61 *sq.* ; C. SUNSTEIN, « Standing for Animals (with Notes on Animal Rights) », *UCLA Law Review*, 47/5, 1999, p. 1333 ; K. SYKES, V. BLACK, « Don't Think about Elephants: *Reece v. City of Edmonton* », *University of New Brunswick Law Journal*, 63, 2012, p. 145 ; L. MAGNOTTI, « Pawing Open the Courthouse Door: Why Animals' Interests Should Matter When Courts Grant Standing », *St. John's Law Review*, 80/1, 2006, p. 455).

<sup>85</sup> D. HARAWAY, *When Species Meet*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2007.

fins alimentaires ou de recherche médicale<sup>86</sup>. Il s'agit là, selon moi, d'une conséquence prévisible dès lors que l'appartenance sociale relationnelle n'est pas adossée aux droits universels de la personnalité<sup>87</sup>.

En effet, en l'absence de reconnaissance de la personnalité juridique, la reconnaissance de l'appartenance sociale demeure toujours vulnérable à une régression vers l'ancienne logique de convergence des intérêts, dans laquelle les intérêts des animaux domestiques ne sont pris en compte que dans la mesure où ils concordent avec les usages désignés que nous faisons d'eux – qu'il s'agisse de la compagnie ou du travail. La reconnaissance de la personnalité affirme que les animaux, à l'instar des humains, possèdent un statut moral intrinsèque, antérieur et indépendant de tout rôle ou relation spécifique.

Notre objectif à long terme devrait donc être d'atteindre à la fois les droits universels de la personnalité et les droits relationnels d'appartenance. Si je me suis concentré ici sur l'appartenance sociale, c'est parce qu'elle demeure relativement négligée au sein du mouvement, et qu'elle offre sans doute une voie politiquement plus praticable à court terme. Loin de s'opposer à la personnalité juridique, je crois que la recherche de l'appartenance sociale constitue une étape importante de sa reconnaissance. Un esprit sceptique pourrait penser que nous ne pouvons reconnaître les animaux domestiques comme membres de la famille ou comme travailleurs qu'après les avoir reconnus comme des personnes. On pourrait croire, par exemple, que la société ne reconnaîtra les chiens comme membres du « personnel » qu'à condition de les avoir d'abord reconnus en tant que « personnes ». Mais, comme nous l'avons vu, ce n'est pas le cas. Et j'ai l'intuition, au contraire, que c'est souvent l'inverse qui se produit : nous en venons à reconnaître les animaux domestiques comme des personnes parce que nous avons d'abord appris à les voir comme des membres de la famille ou des collègues de travail<sup>88</sup>.

Peut-être seulement 2 % de la population est-elle aujourd'hui prête à envisager de reconnaître la personnalité juridique des animaux domestiques, mais les données suggèrent qu'une proportion bien plus importante est déjà disposée à considérer (certains) d'entre eux comme des membres de la famille ou comme des travailleurs. Le mouvement pour les droits des animaux s'est peu intéressé à cette source de soutien, et je suis convaincu qu'elle recèle un potentiel encore inexploré – non seulement pour renforcer les droits d'appartenance des animaux domestiques, mais aussi comme tremplin vers la reconnaissance de leur personnalité juridique.

---

<sup>86</sup> Pour une critique éclairante, v. Z. WEISBERG, « The Broken Promises of Monsters: Haraway, Animals and the Humanist Legacy », *Journal for Critical Animal Studies*, 7/2, 2009, p. 22 sq.

<sup>87</sup> Un problème similaire se pose dans les approches de la compagnie intime qui ne sont pas associées à des droits fondés sur la personnalité, comme dans l'éthique de Kathy Rudy fondée sur l'« amour des animaux » (jusqu'à ce que nous les tuions et les mangions) (K. RUDY, *Loving Animals: Toward a New Animal Advocacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2011).

<sup>88</sup> Mon argument fait ici écho à celui d'Arendt, selon laquelle la première étape vers la négation des droits humains universels consistait à priver les individus de leur appartenance sociale : dès lors que l'on perd la capacité de percevoir les humains comme membres d'une société, on perd également celle de les reconnaître comme des personnes. L'inverse vaut également : permettre aux individus de voir les animaux comme des membres sociaux peut favoriser et accélérer la reconnaissance de leur personnalité (H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt Books, 1994 [1951]).

### Will Kymlicka

Docteur de l'université d'Oxford, titulaire de la Chaire de recherche du Canada en philosophie politique à l'université Queen's (Kingston). Parmi ses nombreuses publications, traduites en 31 langues, on peut citer les traductions françaises suivantes : *La Citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités* (La Découverte, 2001), *Les Théories de la justice. Une introduction* (La Découverte, 2003) et, avec S. Donaldson, *Zoopolis. Une théorie politique des droits des animaux* (Alma éditeur, 2016).

**ANNEXE**

**Représentation schématique du modèle à deux niveaux  
du droit des animaux**

1. **Droits fondamentaux universels** dus à tous les animaux sentients en raison de leur statut moral intrinsèque :
  - Passage du statut de propriété à celui de personne juridique
  - Droits négatifs (ne pas être tué, confiné, utilisé à des fins expérimentales)
  - Exemples : *Great Apes Project* ; *Nonhuman Rights Project*
  
2. **Droits relationnels ou différenciés selon le groupe**, fondés sur la nature de la relation à la société humaine :
  - Animaux domestiques : droits d'appartenance à une société partagée
  - Faune urbaine : droits de résidence et d'accommodement
  - Faune sauvage : droits au territoire et à l'autonomie



3. Le (sujet de) droit  
au-delà de la polarité entre sujet et objet ?



Alexandre Iagodkine

## Les animaux peuvent-ils être des sujets de droit ? De la technique juridique aux droits fondamentaux et relationnels

TOUT RECEMMENT ENCORE, la presse s'est une nouvelle fois fait l'écho d'un acte sordide impliquant la grave maltraitance d'un animal, en l'occurrence un chien, pendu par la laisse à la fenêtre de la voiture de son propriétaire et traîné sur plusieurs kilomètres. Outre l'horreur du cas, c'est la réponse du propriétaire, rapportée par les témoins, qui interpelle : ce dernier en effet « ferait bien ce qu'il veut car c'est *son* chien<sup>1</sup> ». Si on a toutes les raisons de croire que la majorité des propriétaires d'animaux domestiques ont plus d'égard pour leur compagnon animal, cette réponse paraît significative d'une autre réalité, également inscrite dans les mentalités, à savoir que l'animal reste un bien dont on peut user et même, à l'instar de tout bien, abuser. Les cas d'abus de ce genre ne manquent certes pas de choquer l'opinion, voire d'entraîner des poursuites, mais ils perdurent et ce d'autant plus lorsque l'intérêt économique s'en mêle comme dans l'élevage industriel ou dans les abattoirs<sup>2</sup>.

Dans le même temps, la question du bien-être animal semble cependant être au cœur des préoccupations de l'opinion dont une majorité, selon un récent sondage, se déclare favorable à des mesures de protection plus strictes, à une réglementation plus ferme sur l'élevage, à l'interdiction ou au meilleur encadrement de pratiques impliquant de tuer des animaux, tandis qu'au contraire seule une minorité des sondés juge que les animaux seraient bien protégés actuellement ou suffisamment pris en compte dans les décisions politiques. Notons enfin qu'une majorité des personnes interrogées se prononce également pour la reconnaissance d'un statut de « personne non humaine » pour les animaux<sup>3</sup>.

Telle est la situation contradictoire où se trouvent les animaux dans l'opinion publique, écartelés entre deux orientations contraires. D'un côté, les animaux de compagnie font l'objet de notre sollicitude et sont admis comme membres à part entière du foyer, on se préoccupe des animaux sauvages et de leur sauvegarde et on réclame également plus de soin et d'attention au bien-être dans le traitement réservé aux animaux d'élevage. De l'autre, les animaux restent des biens et des moyens qu'il serait normal et même raisonnable de soumettre aux fins humaines, depuis les plus nobles en apparence, comme la recherche médicale, jusqu'aux plus

---

<sup>1</sup> En ligne [[www.midilibre.fr/2025/07/07/tueur-de-chien-un-homme-traine-son-animal-en-laisse-par-la-fenetre-de-sa-voiture-lancee-a-pleine-vitesse-sa-maison-prise-pour-cible-et-incendiee-12811338.php](http://www.midilibre.fr/2025/07/07/tueur-de-chien-un-homme-traine-son-animal-en-laisse-par-la-fenetre-de-sa-voiture-lancee-a-pleine-vitesse-sa-maison-prise-pour-cible-et-incendiee-12811338.php)].

<sup>2</sup> En ligne [[www.l214.com/animaux/chiffres-cles/statistiques-nombre-animaux-abattus-france-viande/](http://www.l214.com/animaux/chiffres-cles/statistiques-nombre-animaux-abattus-france-viande/)].

<sup>3</sup> En ligne [[www.ifop.com/publication/les-francais-et-le-bien-etre-des-animaux-vague-8-2025/](http://www.ifop.com/publication/les-francais-et-le-bien-etre-des-animaux-vague-8-2025/)].

frivoles où ne compte que le plaisir de l'agent humain. Si donc l'opinion se montre prête à accorder la personnalité à certains animaux, à voir en eux des sujets avec des affects, des sentiments, une existence propre, elle juge dans le même temps moralement acceptable de se servir des animaux à la manière d'objets – encouragée du reste en cela par le droit. C'est ce que le philosophe spécialiste d'éthique animale et avocat pour les droits des animaux Gary Francione appelle notre « schizophrénie morale » dans le traitement des animaux<sup>4</sup>.

Selon nombre d'auteurs en éthique animale<sup>5</sup>, cette schizophrénie s'enracinerait dans l'anthropocentrisme traditionnel de la pensée occidentale qui place l'être humain au sommet de la hiérarchie des êtres dont il peut, voire doit, faire usage pour sa prospérité propre. Si le finalisme théologique, en faisant de l'homme l'image de son Créateur et qui a sur terre un pouvoir analogue, quoique limité, à celui illimité que Dieu possède sur toutes choses, force le trait, bien des philosophies séculières s'accommodent aussi de cette hégémonie humaine qui, par la force de la raison et de la technique, aurait vocation à soumettre les animaux et la nature à ses fins<sup>6</sup>. Ces conceptions dominantes ont certes pu pendant longtemps s'autoriser de la relative infériorité du comportement animal par rapport aux réalisations humaines et balayer les arguments de leurs contradicteurs en agitant l'épouvantail de l'anthropomorphisme. Mais la situation a changé sous maints aspects. Le plus saillant sans doute est qu'au cours des dernières décennies les découvertes de la recherche en biologie et en éthologie (science du comportement animal fondée à la fois sur des expériences en laboratoire et des observations de terrain) ont rendu de plus en plus contestable l'idée d'un propre radical de l'être humain.

Toutes les frontières traditionnellement établies pour justifier la différence anthropologique apparaissent désormais sinon caduques du moins relatives : notre compréhension du langage s'enrichit de connaissances toujours plus approfondies sur la communication animale, la culture ou l'utilisation d'outils se retrouvent également chez d'autres animaux, l'intelligence comme capacité à comprendre son environnement et à interagir en son sein trouve également des analogies dans le reste du règne animal<sup>7</sup>. Il devient donc difficile aujourd'hui pour toute pensée conséquente de nier que certains animaux au moins raisonnent à leur manière, sont sensibles, ont des émotions, entretiennent des relations sociales complexes et ont pour certains une conscience de soi. En résumé, il faut prendre acte du fait que les animaux sont des sujets et manifestent une agentivité à différents degrés, comme nous y invitent d'ailleurs la *Déclaration de Cambridge sur la conscience* (2012)<sup>8</sup> puis la *Déclaration de New-York sur la conscience animale* (2024)<sup>9</sup> qui en est le prolongement.

---

<sup>4</sup> G. FRANCIONE, *Introduction aux droits des animaux*, Lausanne, L'Âge d'Homme, 2015, p. 26.

<sup>5</sup> Voir par exemple F. BURGAT, *Une autre existence. La condition animale*, Paris, Albin Michel, 2012.

<sup>6</sup> V. notamment L. WHITE JR, *Les racines historiques de notre crise écologique*, in J.-Y. GOFFI, *Le philosophe et ses animaux. Du statut éthique de l'animal*, Nîmes, Jacqueline Chambon, 1998, p. 291-309.

<sup>7</sup> Pour une synthèse, v. F. de WAAL, *Sommes-nous trop bêtes pour comprendre l'intelligence des animaux ?*, Paris, Les Liens qui libèrent, 2016.

<sup>8</sup> En ligne [[www.cahiers-antispecistes.org/declaration-de-cambridge-sur-la-conscience/](http://www.cahiers-antispecistes.org/declaration-de-cambridge-sur-la-conscience/)].

<sup>9</sup> En ligne [[sites.google.com/nyu.edu/nydeclaration/declaration](https://sites.google.com/nyu.edu/nydeclaration/declaration)].

Cette réalité n'a pas manqué d'avoir des répercussions sur l'appel à une meilleure prise en compte des animaux par le droit. Ainsi, une série de colloques rassemblant des universitaires philosophes et juristes pour examiner la question de la personnalité juridique des animaux a abouti à la proclamation de la *Déclaration de Toulon* (2019)<sup>10</sup>. Cette *Déclaration* entend tirer les conclusions, sur le plan du droit, de la *Déclaration de Cambridge*, précédemment citée, et appelle de ses vœux la reconnaissance de la personnalité juridique aux animaux. Ce texte demeure cependant non contraignant juridiquement. La question reste donc en suspens : est-il pertinent d'accorder aux animaux la personnalité juridique ? Le cas échéant, sur quel fondement faire reposer le statut de sujet de droits de l'animal ? Quel modèle d'attribution devrait prévaloir ? Faut-il accorder des droits fondamentaux aux animaux que le droit positif serait obligé de respecter ? L'attribution de ces droits doit-elle conduire à faire de l'animal une personne ? Dans ce cas, les droits fondamentaux de la personne humaine peuvent-ils servir de modèle pour l'animal ?

Une autre difficulté importante concerne l'extension de ces éventuels droits : quels animaux sont concernés ? Si la déclaration d'un principe unique propre à fonder la personnalité juridique de l'animal a l'avantage de la généralité ou de l'impartialité revendiquée par tout principe de justice (l'expression étant ici entendue au sens large), la valeur de cette unité apparaît, dans le même temps, limitée par la variété de fait des formes de la vie animale. On peut en effet légitimement penser que certains animaux méritent une protection avancée comme les primates tandis que d'autres appellent un statut différent ou peuvent difficilement se voir reconnaître la personnalité, au moins sur un modèle anthropomorphique. En somme, est-il possible et souhaitable de penser un modèle de personnalité juridique *qui respecterait la norme de justice exigée par toute vie animale en tant que telle, tout en concevant des distinctions pertinentes au regard des différences significatives au sein de l'animalité* ?

Nous nous proposons de revenir d'abord sur le statut de l'animal dans le droit animalier. Ce dernier se trouve en effet à l'heure actuelle dans une situation révélatrice de la difficulté que nous avons soulevée : sans être un sujet de droit, l'animal n'est pas un simple bien. Cette situation résulte d'une dynamique contradictoire où pèsent encore, d'une part, les arguments traditionnels voyant dans la personnalité juridique des animaux une impossibilité en raison de l'infériorité supposée de ces derniers par rapport à l'homme, tandis que, d'autre part, la nécessité se fait sentir, également à un niveau social, de mettre davantage le droit positif en conformité avec nos connaissances sur les émotions, la sensibilité, la conscience chez les animaux.

Après avoir montré qu'il est pertinent en principe de faire des animaux des sujets de droit, nous nous pencherons sur l'alternative juridique actuellement mobilisée pour réaliser ce principe, à savoir, d'une part, la personnalité dite symbolique, qui s'appuie sur un droit naturel ou moral qu'auraient les animaux à être protégés, sur un modèle proche des droits de la personne humaine, et, d'autre part, la personnalité technique, dans le sillage des thèses de René Demogue, où la personnalité est avant tout un outil de protection contre la souffrance. Néanmoins, nous essayerons de montrer que cette alternative conduit à une forme d'impasse lorsque chacune de ces positions est prise d'une manière trop unilatérale. D'un côté, accorder la personnalité aux animaux aurait l'avantage de faire reposer leur

---

<sup>10</sup> En ligne [[www.univ-tln.fr/Declaration-de-Toulon.html](http://www.univ-tln.fr/Declaration-de-Toulon.html)].

considération par le droit sur la validité d'un principe unique. Nous serions ainsi obligés à un traitement respectueux à l'égard de tous les animaux en raison de leur nature propre, par exemple parce qu'ils seraient des êtres sentients, c'est-à-dire dotés d'une sensibilité accompagnée de conscience du plaisir ou de la douleur<sup>11</sup>. Cependant, la reconnaissance des animaux comme des personnes rend difficile la différenciation dans leur traitement, différenciation qui semblerait pourtant raisonnable et justifiée par les distinctions entre les espèces animales et par les différences dans nos relations aux animaux. De l'autre, la technique juridique serait quant à elle plus efficace car plus modeste dans ses prétentions. Si elle accorde des droits aux animaux, c'est, en définitive, par le biais d'une fiction ou d'un artifice juridique. Elle répond donc à un certain objectif, par exemple protéger les êtres capables de souffrir, mais elle ne se prononce pas quant à la propriété qui, chez les animaux, rendrait nécessaire de remédier à leur souffrance. L'approche par la technique juridique serait cependant elle aussi en partie insatisfaisante, en raison même du fait qu'elle laisse en suspens la question concernant ce qui, chez les animaux, fonde l'attribution de la personnalité.

Nous tenterons, pour finir, de concilier la personnalité technique et les droits fondamentaux. Ces droits sont ceux qu'un sujet possède en lui-même : ils lui viennent de sa nature d'être sentient. Nous nous pencherons dans ce contexte sur les propositions faites par la théorie des droits des animaux en faveur de droits relationnels, destinés à prolonger les droits fondamentaux établis sur le socle commun de la sentience. Il serait ainsi possible de revendiquer le statut de sujet de droit pour tous les animaux. Ce statut interdirait en lui-même certains actes, sans empêcher la reconnaissance de distinctions. Dans ce cadre, la technique juridique de la personnalisation permettrait de prendre en compte ces différences de traitement. L'approche par les droits fondamentaux permettrait de déterminer pourquoi nous devons respecter les animaux. La technique juridique élaborerait les moyens concrets pour y parvenir. Il nous semble que les tentatives de penser une personnalité *technique quasi-anthropomorphique* pour les animaux vont également dans le sens d'une conciliation entre ces deux approches.

## I. ENTRE SUJET ET CHOSE, LE STATUT AMBIGU DE L'ANIMAL EN DROIT

L'objectif de cette première partie est de récapituler la situation problématique où se trouve l'animal au regard du droit puisqu'il reste un bien, dont on reconnaît cependant qu'il ne peut plus être traité comme une simple chose. Cette situation juridique s'enracine dans des considérations éthiques sur le degré de justice qu'il faut établir dans nos rapports avec les animaux. Nous examinerons d'abord les arguments, toujours efficaces, qui cantonnent l'animal au statut de bien ou de propriété, puis la nécessité, inégalement prise en considération par le droit positif, d'un statut distinct pour l'animal, éventuellement celui de sujet de droit.

---

<sup>11</sup> Sur la notion de sentience et son lien avec la personnalité juridique des animaux, v. É. DORE, *La sensibilité animale en droit*, Paris, Mare & Martin, 2025.

## A. Deux arguments contre la personnalité de l'animal

L'animal n'est pas actuellement un sujet de droit en France<sup>12</sup>. Cette situation résulte d'arguments dont la valeur a varié au cours de l'histoire et qu'il nous est impossible de retracer en détail ici<sup>13</sup>. On peut néanmoins en repérer les éléments les plus significatifs. Les arguments contre l'attribution de la personnalité juridique aux animaux sont en effet de deux ordres. D'une part, il serait absurde d'accorder des droits aux animaux car ils ne rempliraient pas les conditions élémentaires pour être traités comme des sujets de droit et, d'autre part, il serait dangereux de le faire car cela impliquerait un abaissement de la dignité humaine.

Pour mieux comprendre le fond de l'argument de l'impossibilité, il faut revenir brièvement sur la définition de la personnalité. Ordinairement, la personnalité recoupe les traits constitutifs de l'unité d'une expérience subjective cohérente : être une personne, c'est avoir une existence physique ou matérielle, une conscience de soi dans le temps, des émotions, la capacité de les exprimer et de les faire valoir dans l'interaction avec les autres. On retient en particulier l'importance d'une vie psychique et émotionnelle *qualitative* qui a une signification pour le sujet qui la mène en première personne, depuis sa propre perspective, qui n'est pas interchangeable<sup>14</sup>. Cette définition de la personne n'est évidemment pas sans rapport – on aura l'occasion d'y revenir – avec la personnalité juridique. C'est la perspective qui nous intéresse en priorité dans le contexte de cette réflexion.

Du point de vue du droit, l'existence physique est une condition suffisante mais non nécessaire de la personnalité dans la mesure où, d'un côté, on reconnaît des personnes morales qui n'ont pas d'existence physique propre et où, de l'autre, tous les êtres ayant une existence physique ne sont pas des personnes (il peut s'agir de choses). En fait, la personnalité juridique ou le sujet de droit équivaut généralement à la personne humaine ou à l'individu humain<sup>15</sup>. La personnalité juridique pose la question suivante : qui a des intérêts dignes d'être respectés ? Plus précisément : existe-t-il des intérêts dignes de respect, de protection ou de promotion indépendamment de toute autre considération ? C'est sur ce modèle que fonctionnent les « droits de l'Homme » qui sont les droits de la personne humaine.

---

<sup>12</sup> C. VIAL, « Les animaux, sujets de droit ? », in A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2020, p. 395.

<sup>13</sup> Pour les racines du problème, v. en particulier R. SORABJI, *Animal Minds and Human Morals: The Origins of the Western Debate*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1995.

<sup>14</sup> Pour une synthèse sur les différents concepts de la conscience, v. N. BLOCK, « On a Confusion about a Function of Consciousness », *Behavioral and Brain Sciences*, 18/2, 1995, p. 227-247. V. également, D.J. CHALMERS, « Facing Up to the Problem of Consciousness », *Journal of Consciousness Studies*, 2/3, 1995, p. 200-219, qui insiste en particulier sur la dimension phénoménale et irréductible de l'expérience de soi. En éthique animale, Tom Regan (1938-2017) a particulièrement mis l'accent sur l'importance de l'unicité de l'expérience individuelle à travers le temps. C'est selon lui une des conditions nécessaires de la qualité de « sujet-d'une-vie », c'est-à-dire son critère principal pour l'attribution de droits fondamentaux (v. T. REGAN, *Les droits des animaux*, Paris, Hermann, 2013, p. 479-486). Dans tous les cas, ces auteurs s'accordent à penser que la conscience n'est pas un phénomène exclusivement humain mais qu'elle a une base naturelle et se retrouve à divers degrés dans le reste du monde animal. Sur ce point, qui a son origine dans les travaux de Charles Darwin (1809-1882), on peut se reporter à P. GODFREY-SMITH, *L'Odyssee de la conscience*, Paris, Flammarion, 2024.

<sup>15</sup> V. par exemple l'article « Personne », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2012, p. 1151-1153.

Elle contraste avec une approche de la personnalité qui met l'accent sur la rationalité des agents moraux, sur la liberté de leur volonté, sur leur capacité à comprendre la réciprocité entre les sujets de droit et à la respecter. C'est le cas par exemple de l'approche kantienne, sur laquelle on reviendra, qui fait de la raison et de la volonté libre les fondements de l'obligation morale et du droit. Parce qu'ils ne remplissant pas ces exigences, les animaux peuvent légitimement être soumis à notre usage<sup>16</sup>. Dans cette perspective, les animaux ne sont pas des sujets mais des choses, selon la *summa divisio* caractéristique du droit d'origine romaine<sup>17</sup>. S'ils obéissent à la nature ou à l'instinct, il leur manque l'élément rationnel qui en ferait des agents dotés de volonté et libres. La nature contraint les animaux à certains comportements, qu'ils ne seraient pour autant pas capables de comprendre et de suivre de façon délibérée. Selon la conception rationaliste et volontariste, les animaux ne sauraient avoir de droits, car ils sont incapables de comprendre ce qu'est le devoir, ce que seul un véritable sujet responsable et autonome serait en mesure de faire. Si donc on peut avoir des devoirs à l'égard des animaux – ou s'il est possible de dire qu'ils ont des droits –, ces derniers ne peuvent être qu'indirects. C'est ce que l'on retrouve chez Kant, pour qui un traitement *humain* à l'égard des animaux comme l'évitement de la souffrance inutile est avant tout un devoir de moralité envers l'humanité.

Cette impossibilité pour l'animal d'être sujet de droit se trouve exacerbée dans le cadre d'une pensée contractualiste de l'institution de l'État et du droit. Si la sphère juridique n'est compréhensible que par les agents rationnels, volontaires et libres, et faite uniquement par et pour eux, il s'ensuit qu'elle exclut tous les êtres supposément privés de ces facultés. Les animaux ne sont certes pas exclus des rapports de justice, puisqu'il peut y avoir des devoirs indirects à leur égard. Mais ne pouvant être parties au contrat car ils n'en ont pas les capacités, ils ne sont pas directement concernés par les décisions prises par l'État. La logique présidant à cette théorie est traditionnellement la suivante : les titulaires de « vrais » droits coïncident avec les parties prenantes au contrat. Si les conceptions anthropocentrées mettent, on l'a évoqué, particulièrement l'accent sur l'exclusion des animaux, même les théories contractualistes intéressées par une justice plus inclusive et davantage d'égalité, par exemple la théorie de la justice de Rawls, rejettent plus ou

---

<sup>16</sup> V. par exemple le début de E. KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, Paris, Vrin, 1994, p. 23.

<sup>17</sup> Il nous est impossible de retracer l'histoire de cette division entre personnes et choses qui se retrouve dans le *Code civil* français (et plus généralement dans le droit dit « continental » par distinction d'avec la tradition anglo-saxonne de la *common law*). Ses origines romaines sont à trouver dans les *Institutes* du juriste romain Gaius (III<sup>e</sup> s.), pour qui « Tout le droit dont nous faisons usage concerne les personnes, les choses, ou les actions » (I, 8). Cette division se retrouve dans les *Institutes* de Justinien (V<sup>e</sup> s.) qui constituent une source importante pour les auteurs modernes. Pour une perspective historique générale, v. J.-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Flammarion, 2009. Concernant plus spécifiquement les animaux, on peut se reporter à la mise au point historique faite par David Chauvet dans D. CHAUVET, *La personnalité juridique des animaux jugés au Moyen Âge (XII-XVII<sup>e</sup> siècles)*, Paris, L'Harmattan, 2012. L'auteur montre que la croyance populaire, en partie encouragée par l'Église, est, au Moyen Âge, beaucoup plus encline à admettre que les animaux peuvent être responsables de leurs actes et avoir une forme de personnalité. La fin des procès d'animaux s'explique ainsi pour l'auteur par la diffusion progressive de la séparation entre personnes et choses, caractéristique de la modernité juridique redécouvrant les auteurs latins, et par l'influence du cartésianisme, qui fait de l'animal un analogue de la machine sans conscience et sans réel sentiment, marquant l'entrée dans la modernité philosophique.

moins explicitement la possibilité pour les animaux d'être des sujets de droit véritables<sup>18</sup>, car, en définitive, les caractères constitutifs de l'agent moral – raison, libre arbitre, responsabilité – appartiendraient exclusivement à la personne humaine. Il ne serait donc ni pertinent ni souhaitable d'accorder le statut de personne aux animaux : ne possédant pas les caractères constitutifs du sujet de droit, il serait absurde d'accorder à ces entités des droits dont elles ne sauraient jouir.

Plus encore, élever les animaux au rang de personnes ne signifierait-il pas nécessairement un nivellement de la personne humaine à l'animalité en général ? On pourrait en effet se demander si les critères de la personnalité retenus par le droit que nous avons mentionnés ne trouvent pas des équivalents dans le reste du monde animal. Mais cette recherche même ne conduirait-elle pas nécessairement, à plus ou moins long terme, à une remise en cause de la dignité humaine ? L'élévation de l'animalité ne conduirait-elle pas nécessairement à l'abaissement de l'humanité ? Cet argument a eu souvent la faveur des éthiques anthropocentrées. C'est le cas de l'éthique kantienne par exemple, pour laquelle l'action morale est celle qui a pour fin l'humanité, entendue comme communauté des êtres raisonnables. De ce point de vue, l'animalité en l'être humain correspond à des penchants sensibles que l'action libre ou morale consiste précisément à réprimer. Cette morale se retrouve elle-même dans le droit dans la mesure où celui-ci exprime la volonté générale comme autonomie et non le penchant individuel ou animal. L'animal, dénué de raison selon Kant, ne peut être une personne car ce qui fait la personnalité, c'est la reconnaissance, par la raison, de la force de la loi morale. Cette conception autorise l'usage des animaux au profit de l'humanité<sup>19</sup>. Kant admet certes des limites à cet usage, comme la prohibition de la cruauté excessive. Il peut par conséquent être question de certains devoirs de tempérance que nous aurions en considération des animaux. Ces devoirs, cependant, ne sauraient être qu'indirects. L'homme n'est, en définitive, selon Kant, obligé qu'à l'égard de lui-même et de son semblable comme membre de l'humanité raisonnable<sup>20</sup>.

L'argument selon lequel élever l'animal à un rang juridique supérieur serait dégrader l'être humain se retrouve aussi dans des orientations plus favorables aux animaux. Certains auteurs engagés dans la protection des animaux considèrent néanmoins que la personnification de l'animal comporte toujours le risque de la « réification » de la personne humaine<sup>21</sup>. Ainsi, déclarer les animaux sujets de droit constituerait nécessairement une atteinte à la dignité humaine. Il faudrait par conséquent la maintenir à tout prix contre les périls supposés de l'humanisation des animaux à travers le dispositif de la personnalité<sup>22</sup>. Cet impératif humaniste réclamerait de cantonner les animaux au rang de choses, bien qu'ils ne soient pas de

---

<sup>18</sup> Au sujet de la théorie de la justice de Rawls, v. G. BALDWIN, « Rawls and Animal Moral Personality », *Animals*, 13/7, 2023, p. 1-12.

<sup>19</sup> Comme l'écrit le philosophe : « Les animaux n'ont pas conscience d'eux-mêmes et ne sont par conséquent que des moyens en vue d'une fin. Cette fin est l'homme » (E. KANT, *Leçons d'éthique*, Paris, Le Livre de poche, 1997, p. 391).

<sup>20</sup> Sur les devoirs indirects envers l'animal qui sont encore des devoirs envers l'humanité, v. E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, II, *Doctrine de la vertu*, I, I, § 16 et § 17, Paris, GF, 1994, p. 300-302.

<sup>21</sup> C. VIAL, « Les animaux, sujets de droit ? », *op. cit.*, p. 396.

<sup>22</sup> C'est la thèse de Pierre-Jérôme Delage, développée dans P.-J. DELAGE, *La condition animale. Essai juridique sur les justes places de l'Homme et de l'animal*, Paris, Mare & Martin, 2016. Pour l'auteur, la protection de l'animal est essentielle et doit être améliorée. Cependant, accorder la

pures choses<sup>23</sup> et de garder pour l'Homme seul une place hiérarchiquement supérieure et solitaire au sommet de la dignité des vivants.

C'est en particulier la proposition avancée par certains philosophes d'accorder aux animaux des droits fondamentaux ou subjectifs, c'est-à-dire appartenant par essence à certains sujets physiques, sur le modèle des droits de l'Homme<sup>24</sup>, qui scandalise et fait craindre un brouillage des frontières entre humanité et animalité, au détriment des êtres humains les plus vulnérables ou les moins paradigmatiques<sup>25</sup>. L'« exhaussement de l'animal au rang de sujet de droit »<sup>26</sup> signifierait ainsi nécessairement un abaissement de l'être humain.

## B. La nécessaire prise en compte des intérêts de l'animal dans le droit

Quelle que soit la pertinence de ces arguments, la prise en compte des intérêts de l'animal paraît être devenue une exigence qui ne s'autorise pas seulement des mouvements populaires en faveur des animaux, du travail des associations ou de la faveur globale que rencontre dans l'opinion publique l'idée d'améliorer la condition animale. Cette prise en compte a aussi pour elle quelques arguments raisonnables qui forment la réponse aux positions défavorables à la personnalité animale que nous venons d'évoquer. Nous nous en tiendrons ici aux deux principaux.

D'abord, on peut chercher à contester que les animaux, ou en tout cas certains d'entre eux, soient aussi peu rationnels qu'on le pense. Nos connaissances à ce sujet ne cessent de croître et invitent au moins à la prudence quant à l'attribution de la raison ou de la volonté, qui sont certainement affaires de degré dans le règne animal plutôt que de l'ordre d'une différence de nature entre humains et animaux. Mais, plus fondamentalement encore, on peut contester le fait que cet élément de liberté et de volonté est ce qui nous pousse à reconnaître et à instituer des droits. Si le sujet de droit par excellence reste l'agent moral en pleine possession de ses moyens intellectuels, d'autres êtres humains se voient reconnaître des droits visant à les protéger ou à les accompagner dans la vie civile, aussi bien privée que publique. La source de cette préoccupation légitime du législateur est leur statut de patient moral, à savoir qu'ils sont susceptibles d'être affectés de plaisir ou de douleur. Mais la racine de ces droits n'est alors plus la raison mais la capacité à souffrir. Ainsi, il n'est pas vrai, comme nous l'avons dit en première approche, que la sphère des

---

personnalité aux animaux conduirait nécessairement, selon lui, à dégrader l'humanité en relativisant la notion de dignité humaine, qui est au fondement des droits de l'Homme.

<sup>23</sup> Ainsi, Pierre-Jérôme Delage propose-t-il d'appliquer aux animaux l'esséité. V. P.-J. DELAGE, P.-J. DELAGE, *La condition animale*, op. cit., p. 877-878.

<sup>24</sup> V. en particulier P. CAVALIERI, P. SINGER (dir.), *Le projet grands singes. L'égalité au-delà de l'humanité*, Nantes, One Voice, 2003 et P. CAVALIERI, P. SINGER, « Tous les animaux sont égaux : le projet "Grands singes" », *Mouvements*, 45-46/3-4, 2006, p. 22-35.

<sup>25</sup> L'article de Paola Cavalieri et Peter Singer, cité dans la note précédente, a particulièrement provoqué la polémique. Les auteurs ont été accusés d'ouvrir la voie à la relativisation de la dignité humaine. Cette critique émane tant de juristes que de philosophes. Pour l'aspect juridique, v. M.-A. HERMITTE, « Les droits de l'homme pour les humains, les droits du singe pour les grands singes ! », *Le Débat*, 108, 2000, p. 169-174. Pour la critique « humaniste » qui se veut à la fois favorable à une meilleure prise en compte des animaux et insiste sur l'importance de conserver une frontière stricte entre humanité et animalité, v. É. DE FONTENAY, *Sans offenser le genre humain : Réflexions sur la cause animale*, Paris, Albin Michel, 2008. V. également pour un récapitulatif sur les arguments en présence, S. DESMOULIN-CANSELIER, « Quel droit pour les animaux ? Quel statut juridique pour l'animal ? », *Pouvoirs*, 4/131, 2009, p. 45-47.

<sup>26</sup> Pour reprendre les termes de la fin de la *Déclaration de Toulon*, précédemment mentionnée.

parties prenantes au contrat recouvre exactement celle des titulaires de droits. Cette idée-force pour le droit des animaux est exprimée de façon concise dans la fameuse citation de Bentham<sup>27</sup>, mais elle se retrouve dans d'autres contextes de pensée et en particulier chez René Demogue qui décrit ainsi la raison d'être du droit subjectif : « le droit apparaît comme étant en quelque sorte la communion, le terrain de rapprochement (aussi de luttes, hélas !) de ceux qui peuvent souffrir<sup>28</sup> ».

Ce ne sont donc pas seulement les agents moraux capables d'accomplir des actes juridiques qui bénéficient du droit mais aussi les patients moraux, à savoir tout être capable de souffrir. Le patient moral a des intérêts que le droit protège. Cela est déjà vrai pour les êtres humains, dont certains voient leurs intérêts défendus à leur place dans la mesure où ils ne peuvent le faire eux-mêmes. Il s'agit là de ce qu'on appelle dans la littérature en éthique animale les « cas marginaux » ou « marginalisés », qui renvoient à la situation des êtres humains qui, temporairement ou définitivement, se trouvent dépourvus des facultés communes de discernement et de rationalité. Remarquons du reste que ces états ne sont pas si marginaux puisque dans deux circonstances au moins, l'enfance et la vieillesse, tous les êtres humains sont amenés à faire l'épreuve de la dépendance. Ces êtres humains ne sont pas des agents moraux au même titre que le sont ceux qui disposent de toute l'étendue de la rationalité, qui leur permet de répondre d'eux-mêmes, de signer des contrats, d'effectuer des actions en justice, etc. On ne dénie pourtant pas (et c'est heureux !) à ces personnes la protection du droit. Les partisans des droits des animaux remarquent ainsi que la qualité de sujet de droit n'est en réalité pas accordée sur la base de la rationalité ou de la volonté maîtresse d'elle-même mais sur un autre fondement, à savoir celui d'être un patient moral<sup>29</sup>. Ce qui est donc déterminant ici, c'est la sentience, qui génère un intérêt à éprouver du plaisir et à ne pas souffrir. Suivant cette logique, il n'y a pas de contradiction à réclamer des droits pour des êtres qui ne seraient ni rationnels ni raisonnables puisque le fondement des droits, c'est la sensibilité. Or, cette dernière est une propriété qui se retrouve, au-delà de l'espèce humaine, chez nombre d'animaux. Les animaux pourraient donc devenir sujets de droit dans la mesure où ils sont susceptibles d'éprouver du plaisir ou de la douleur, et ont donc des intérêts. À cet égard, on peut constater que le Code civil reconnaît désormais le caractère d'être sensible des animaux<sup>30</sup>.

Le second argument, portant sur la dignité, est sans doute plus difficile à réfuter, car il peut aussi bien correspondre en définitive à un parti pris idéologique formulé sur le mode d'une préférence qui ne cherche ni à se justifier ni à se soumettre à la

---

<sup>27</sup> « La question n'est pas "peuvent-ils raisonner ?", ni "peuvent-ils parler ?", mais "peuvent-ils souffrir" ? » (J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, Paris, Vrin, 2011, p. 325).

<sup>28</sup> R. DEMOGUE, J.-P. MARGUENAUD, *La notion de sujet de droit*, Paris, Dalloz, 2025, p. 17.

<sup>29</sup> Cet argument, largement mobilisé, est présent par exemple dans P. SINGER, *La Libération animale*, Paris, Payot, 2012, p. 413.

<sup>30</sup> L'article 2 de la loi n° 2015-177 du 16 fév. 2015 a introduit l'article 515-14 du Code civil aux termes duquel « Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ». Le Code civil se fait ainsi l'écho de l'ambiguïté du statut juridique de l'animal. Du reste, le Code rural et de la pêche maritime reconnaît déjà que « tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce » (art. L. 214-1). L'animal n'en a pas moins un « propriétaire » garant de sa protection.

réfutation rationnelle<sup>31</sup>. Il n'en reste pas moins que son ressort principal est la crainte, légitime au regard de l'histoire, que le rapprochement entre animaux et humains ne se fasse au détriment de ces derniers ou du moins de certains d'entre eux. Étant donné les précédents historiques qui ont vu l'animalisation de groupes humains préparer leur extermination, il paraît raisonnable de maintenir à tout prix l'acquis politique que représente l'inscription de la dignité humaine dans la *Déclaration universelle des Droits de l'homme et du citoyen* (1789), dont on sait pourtant la fragilité et la nécessité de le réaffirmer, comme en témoigne la *Déclaration universelle des Droits de l'homme* adoptée par l'Assemblée Générale des Nations unies en 1948.

On peut néanmoins avancer deux éléments qui ne rendraient pas illégitime la recherche d'une personnalité des animaux ou n'entraîneraient pas nécessairement l'abaissement de l'être humain. D'une part, on remarquera que, historiquement, les mouvements favorables aux droits des animaux se sont construits dans le prolongement du combat pour les droits humains et les droits civiques des personnes humaines, et non contre eux. Toutes choses étant égales par ailleurs, les précurseurs de la lutte pour les droits des animaux envisagent leur action comme une extension du combat pour les droits humains, combattant le racisme, le sexisme, et d'autres formes d'exclusion au sein de la société<sup>32</sup>. Réclamer des droits pour les animaux ne conduit donc pas nécessairement à revendiquer une identité de traitement entre humains et animaux et la défense de ces derniers n'a pas nécessairement pour conséquence obligatoire la misanthropie. D'autre part, élever la dignité en valeur absolue n'a, hélas, jamais empêché de dénier à certains êtres humains une personnalité effective, et les droits qui vont avec. Si l'avènement du concept de dignité humaine a contribué à mettre définitivement fin, en France, à l'institution de l'esclavage, comme en témoigne le préambule du décret d'abolition de l'esclavage de 1848<sup>33</sup>, les génocides et les crimes contre l'humanité du XX<sup>e</sup> siècle conduisent à constater avec horreur que cette idée n'est pas contraignante en soi. Ainsi, il ne nous paraît ni absurde ni moralement problématique de demander si une meilleure prise en compte des animaux dans notre droit n'ouvrirait pas au contraire à une humanité plus digne, car moins oppressive précisément à l'égard des animaux, qui ne seraient plus considérés uniquement comme des choses ou des biens, devenant aisément le support de réifications ultérieures, dirigées cette fois contre des êtres humains<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> D. CHAUVET, *Les animaux face au droit naturel : L'égalité animale par-delà la morale*, Lausanne, L'Âge d'Homme, 2021, p. 602.

<sup>32</sup> C'est déjà le cas de Peter Singer qui place explicitement la lutte contre le spécisme, soit la discrimination morale liée à l'espèce, dans le prolongement des luttes pour la justice et l'égalité entre les personnes humaines. V. P. SINGER, *La Libération animale*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>33</sup> « Décret du 27 avril 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises » dont le préambule qualifie l'esclavage d'« attentat contre la dignité humaine » [[www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000295898](http://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000295898)].

<sup>34</sup> V. notamment les réflexions à ce sujet dans T. W. ADORNO, *Minima moralia. Réflexions sur la vie mutilée*, trad. É. Kaufholz, Paris, Payot, 2016, § 68. V. également S. NADAUD, « La promotion de l'animal au niveau de l'humain ? La reconnaissance de la personnalité animale, nouveau *credo* des juristes », *Revue du droit des religions*, 12, 2021, p. 101-112. C'est aussi en définitive la conclusion de David Chauvet dans D. CHAUVET, *Les animaux face au droit naturel*, *op. cit.*

En définitive, il paraît sensé de s'interroger sur la personnification de l'animal, à partir du moment où, pour reprendre la formule de René Demogue, il est porteur d'un intérêt légitime à protéger, aussi bien pour l'animal lui-même que pour l'être humain.

## II. PERSONNALITE ANTHROPOMORPHIQUE OU TECHNIQUE : L'ALTERNATIVE POUR LE SUJET ANIMAL DE DROITS

Dans ce deuxième moment, nous explorerons la tension qui parcourt la recherche d'une personnalité pour les animaux. Cette dernière est en effet en quête d'un concept général de l'animalité, car la généralité d'un même principe satisfait à l'impartialité et à la justice, mais elle se heurte au problème de la fausse universalité dans la mesure où elle a affaire à une multiplicité d'espèces très variées. Contrairement à l'humanité, l'animalité est un champ beaucoup plus hétérogène. Comment définir l'animal d'une manière satisfaisante du point de vue de l'extension de ce concept ?

Il apparaît nécessaire d'accomplir un double effort de synthèse et d'analyse : d'une part, unifier l'ensemble des manières d'être un animal sous un point de vue commun qui permette de parler de subjectivité ou de droits et, d'autre part, rendre raison de la variété des expériences ou des manières singulières d'être un animal. À cet égard, si la sentience s'est imposée comme critère moralement pertinent, elle n'ouvre pas pour autant automatiquement l'accès à la subjectivité ou à la reconnaissance de droits. De plus, si la sentience constitue un critère, quel modèle nous enjoint-elle de privilégier lorsqu'il s'agit de faire des animaux de véritables sujets de droits ? Faut-il privilégier une personnalité juridique sur le modèle anthropomorphique qui fait grand cas de la proximité entre certains animaux et l'être humain ? Mais n'est-ce pas là reconduire une forme d'anthropocentrisme ou de logocentrisme que l'on cherche justement à éviter ? Qu'en est-il alors des autres animaux qui ne présentent pas de telles similitudes au niveau de l'esprit ? Face à ces difficultés, un modèle alternatif se construit : accorder aux animaux une personnalité essentiellement technique dans l'intérêt de les protéger contre la souffrance infligée par d'autres.

### A. La perspective des droits fondamentaux pour les animaux : l'approche anthropomorphique ou symbolique

La première approche de la personnalité animale consiste à réclamer pour les animaux des droits sur le modèle de ce qui existe dans le cas humain avec les droits fondamentaux inhérents à la personne humaine. On peut également parler dans ce cas de droits « naturels » ou universels : le simple fait d'exister permet à la personne d'en être titulaire. Ainsi en est-il par exemple des droits de l'Homme réputés universels et qui interdisent en principe d'infliger aux êtres humains un certain nombre de traitements<sup>35</sup>. C'est ce qui justifie la désignation d'approche anthropomorphique, c'est-à-dire faite à l'image de ce qui existe pour les êtres humains. Nous ajoutons également le terme de symbolique, non pas pour dire que cette approche ne viserait qu'un changement abstrait, mais parce qu'elle considère au contraire

---

<sup>35</sup> C'est sur leur modèle qu'a été pensée la *Déclaration des droits de l'animal*, sans valeur juridique [[www.fondation-droit-animal.org/la-fondation/declaration-des-droits-de-lanimal/](http://www.fondation-droit-animal.org/la-fondation/declaration-des-droits-de-lanimal/)].

que toute réforme concrète du droit des animaux doit être précédée par une mutation conceptuelle et idéologique quant au statut de personnes des animaux ou en tout cas de certains d'entre eux. Dans la présentation qu'il donne de cette alternative, Serge Gutwirth propose de distinguer le plan « axiologique » et le plan « technique » du droit : l'approche anthropomorphique se situe sur le plan axiologique<sup>36</sup>. Le droit étant fondé sur certaines valeurs, il faut travailler à les changer pour transformer le droit lui-même.

Nous examinerons deux questions : sur quel fondement pourrait-il être pertinent d'accorder aux animaux des droits fondamentaux analogues à ceux dont jouit l'humanité et quel serait l'intérêt d'une telle reconnaissance ?

La question du fondement demeure controversée. Il faut nécessairement se départir, on l'a évoqué, d'une attitude trop volontariste qui restreindrait la personnalité à l'être humain rationnel et capable de jugement éclairé. En ce sens, la conscience de la souffrance et du plaisir, ou sentience, s'est imposée comme un critère fondamental. La sentience conférerait alors *a minima* un certain nombre de « droits négatifs », à savoir qu'il y a des choses qu'on ne doit pas faire subir aux êtres sentients, peu importe leur appartenance spécifique. L'image fréquemment utilisée est celle d'un périmètre protecteur instauré par le droit autour de l'être sentient<sup>37</sup>.

La sentience se présente ainsi comme une condition nécessaire pour jouir de ces droits : là où il y a absence de perception du plaisir et de la douleur, il y a absence d'intérêts et donc de droits, comme dans le cas des entités purement matérielles. Néanmoins, dans l'approche anthropomorphique de la personnalité des animaux, la sentience n'est pas suffisante. Il faut en effet que s'y ajoutent certaines dispositions qui justifient la réclamation de droits analogues aux droits humains, c'est-à-dire précisément des facultés qui puissent soutenir la comparaison. Si une telle approche se trouve régulièrement critiquée par une perspective strictement antispéciste, elle reste dominante dans la revendication de l'inclusion des animaux dans la « communauté des égaux », constituée actuellement pour l'essentiel par les êtres humains. Selon les promoteurs du « Projet Grands Singes » par exemple, dont il a été fait mention précédemment, la proximité dans les facultés cognitives et émotionnelles entre les primates et les êtres humains justifie la reconnaissance et la défense effective pour les grands singes des trois droits fondamentaux de la personne : le droit à la vie, c'est-à-dire de ne pas être tué arbitrairement, le droit à la liberté, soit ne pas être emprisonné ou soustrait arbitrairement à son environnement et, enfin, le droit de ne pas être soumis à la torture.

Il est particulièrement intéressant de noter que les auteurs du projet s'appuient ici sur une définition « normative » et non pas « descriptive » de la personne. La personnalité, dans ce cadre, est avant tout un concept qui impose un certain traitement moralement respectueux et protégé juridiquement. C'est dans un cadre théorique et juridique similaire que se développent les actions du *Non Human Rights Project* qui prend sa source dans les travaux de Steven M. Wise<sup>38</sup>. Son ambition est de faire valoir, dans le cadre du système juridique anglo-saxon, le principe

---

<sup>36</sup> S. GUTWIRTH, « Penser le statut juridique des animaux avec Jean-Pierre Marguénaud et René Demogue : plaidoyer pour la technique juridique de la personnalité », *Revue juridique de l'environnement*, 40/1, 2015, p. 67-72.

<sup>37</sup> V. J. FEINBERG, « Les droits des animaux et des générations à venir », *Philosophie*, 97/2, 2008, p. 64-90.

<sup>38</sup> S. M. WISE, *Tant qu'il y aura des cages. Vers les droits fondamentaux des animaux*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2016.

de l'*habeas corpus* pour certains animaux (essentiellement des primates mais aussi d'autres mammifères) retenus captifs dans des conditions indignes relativement à ce que l'on suppose être leurs facultés cognitives et émotionnelles. Le principe de l'action en justice réside dans la reconnaissance d'une personnalité et même d'une individualité qui imposerait certains traitements ou interdiraient en tout cas certains actes. Cette démarche repose ainsi en définitive sur la recherche de critères plus élevés que la simple sensibilité, même si Steven M. Wise considère que l'objectif, à terme, est d'étendre de plus en plus ce dispositif, à mesure que nos connaissances progresseront. C'est du reste ce rapprochement avec les traits caractéristiques de la personnalité humaine qui a entraîné des confusions et des réticences à voir des animaux traités à la manière d'égaux des êtres humains.

Qu'en est-il à présent de l'intérêt d'une telle reconnaissance ? On a pu objecter qu'une telle promotion des animaux au statut de personnes ayant des droits fondamentaux analogues à la personne humaine serait peu efficace et trop coûteuse conceptuellement par rapport à la protection des animaux déjà existante dans le Code pénal<sup>39</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'affirmation de droits fondamentaux paraît intéressante pour trois raisons au moins. Tout d'abord, elle permettrait, en obligeant le législateur à prendre position quant à une définition juste de l'animal, de conférer à la catégorie d'animal une unité réelle. Comme le remarquent à juste titre les spécialistes du droit animalier, l'animal, en tant que tel, n'existe pas dans le droit. Si l'on s'en tient au droit français, les dispositions le concernant se trouvent réparties dans différents textes de lois et un animal d'une même espèce ne sera pas traité de la même manière selon qu'il est sauvage ou domestique<sup>40</sup>. De plus, si les animaux domestiques ou apprivoisés, vivant dans la compagnie de l'homme, sont protégés par des lois spécifiques, par exemple contre les actes de cruauté, les animaux sauvages sont encore des choses ou des biens appropriables, protégés non en eux-mêmes, mais selon leur valeur estimée pour la biodiversité par exemple. À cet égard, la reconnaissance de certains droits fondamentaux à l'animal en sa qualité d'être sensible lui conférerait une existence juridique indépendante des usages qui en sont faits. Ensuite, la logique des droits fondamentaux permettrait de faire mieux valoir les droits des animaux dans des contextes où ils sont en concurrence avec les intérêts humains. Enfin, l'inscription des droits de l'animal dans des textes de loi fondamentaux pourrait avoir un effet dissuasif ou rendre l'application des peines plus strictes<sup>41</sup>.

Cependant, cette démarche ambitieuse reste problématique du fait de son anthropomorphisme même. *Quid* des animaux qui ne répondent pas aux critères de la personnalité humaine ? Il n'est pas certain du reste que, même en se fondant sur des connaissances scientifiques, les humains soient toujours les meilleurs juges du bien-être animal<sup>42</sup>, quoiqu'il y ait certainement des cas où il est clair que ce bien-

---

<sup>39</sup> O. LE BOT, *Introduction au droit de l'animal*, Éditeur indépendant, 2018, p. 66.

<sup>40</sup> J.-P. MARGUENAUD, F. BURGAT, J. LEROY, *Le droit animalier*, Paris, PUF, 2016, p. 89-90.

<sup>41</sup> C. VIAL, « Les animaux, sujets de droit ? », *op. cit.* C'est aussi la conclusion d'Olivier Le Bot s'agissant de l'animal comme objet de droit constitutionnel protégé dans sa sensibilité dans certains États. Cela n'en fait pas pour autant un sujet de droits fondamentaux (v. O. LE BOT, « L'animal, objet de droit constitutionnel et sujet de droits fondamentaux ? », in O. LE BOT (dir.), *Les Mutations contemporaines du droit animalier*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2023, p. 207-208).

<sup>42</sup> Ainsi, Jean-Pierre Marguénaud rapporte-t-il le cas du singe femelle Estrellita retirée à sa propriétaire car le jugement rendu considérait qu'elle la traitait mal et qui fut placée par décision

être se trouve bafoué. Mais, dans ces cas-là, c'est encore une fois en raison de leur caractère d'être sensible plutôt que de leur caractère d'être rationnel que les animaux souffrent. Enfin, on peut remarquer que, en l'occurrence, fonder le droit sur les capacités cognitives ou l'intelligence conduirait, si l'on inversait l'argument, à exclure certains êtres humains du droit dans la mesure où tous ne possèdent pas encore, ou plus, les capacités intellectuelles jugées fondatrices, dans cette perspective, de la personnalité<sup>43</sup>.

Une solution serait de préférer aux critères rationalistes un fondement plus généralement partagé comme la sentience pour fonder la revendication d'une personnalité animale. Mais cette revendication paraît à son tour trop audacieuse pour être réellement couronnée de succès. Si quelques décisions symboliquement importantes ont été rendues sur la base de la reconnaissance d'une personnalité non humaine à certains individus animaux, force est de constater qu'actuellement les mouvements pour les droits des animaux non humains ont plutôt essuyé des échecs<sup>44</sup>. La cause en serait précisément l'anthropomorphisme qui ferait à nouveau courir le risque d'un mélange préjudiciable des genres entre animalité et humanité. La revendication d'une égalité de considération entre humains et animaux par le biais de la personnalité apparaîtrait ainsi comme une demande maximaliste, nécessairement limitée dans ses effets concrets. Un moyen plus modeste et plus efficace serait en revanche à disposition : la personnalité technique.

## B. La personnalité technique et l'exigence de protection juridique

C'est à travers la pensée de la personnalité comme technique juridique que les intuitions de René Demogue ont le plus d'importance pour le droit de l'animal. Elles ont été redécouvertes et particulièrement mises sur le devant de la scène par le professeur Marguénaud<sup>45</sup>. À la différence du plan dit axiologique, la personnalité technique se situe dans une conception plus pragmatique du droit comme « pratique de construction de liens juridiques stabilisants » qui visent à résoudre des problèmes juridiques concrets. En ce sens, « la personnification juridique n'est point symbolique, principielle ou morale [...], elle n'est ni plus ni moins qu'un moyen de technique juridique flexible<sup>46</sup> » propre à protéger les intérêts qui doivent l'être ou permettre aux personnes de déployer pleinement leur vie civile. Les animaux peuvent-ils prétendre à une personnalité technique ? Ont-ils des intérêts à faire valoir, ou que l'on pourrait, en tout état de cause, faire valoir pour eux ?

---

de justice dans un sanctuaire, où elle est rapidement décédée (R. DEMOGUE, J.-P. MARGUENAUD, *La notion de sujet de droit*, op. cit., p. 40).

<sup>43</sup> C'est notamment la critique que fait Jean-Pierre Marguénaud dans *ibid.*, p. 14.

<sup>44</sup> Voir M. C. PARDO, « Personhood for Animals: Has Science Made Its Case? », *Animals*, 13, 2023, p. 2339. Si le cas du chimpanzé Cécilia à laquelle un juge argentin a accordé la personnalité non-humaine en 2016 a fait grand bruit, les récentes actions en justice du *Non Human Rights Project* aux États-Unis se sont soldées par des échecs où la personnalité animale a été qualifiée par les juges de frivolité et de non-sens. Sur cette jurisprudence, v. O. LE BOT, « L'animal, objet de droit constitutionnel ou sujet de droits fondamentaux ? », art. cité, p. 205-207.

<sup>45</sup> V. notamment J.-P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, Paris, Presses Universitaires de Limoges, 1993.

<sup>46</sup> S. GUTWIRTH, « Penser le statut juridique des animaux avec Jean-Pierre Marguénaud et René Demogue », art. cité, p. 71.

Sur ce point, le texte de Demogue formule des idées très modernes sur la question en distinguant les sujets de jouissance et les sujets de disposition. Si pour les sujets de disposition l'élément de la volonté est essentiel, il n'en va pas de même des sujets de jouissance. En effet, selon Demogue, « la qualité de sujet de droit appartient aux intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité<sup>47</sup> ». Comme le note Jean-Pierre Marguénaud dans son commentaire du texte de Demogue, si ce dernier parvient à cette définition, c'est parce qu'il réduit drastiquement l'importance de la volonté pour être sujet de droit au profit de la catégorie de l'intérêt<sup>48</sup>. S'il reste un rôle pour la volonté, c'est pour les sujets de disposition, c'est-à-dire uniquement « des personnes aptes à faire raisonnablement des actes juridiques », ou « appartenant à l'humanité raisonnable » en acte – autrement dit, tous ceux qui n'ont pas besoin de représentants.

La personnalité technique conduit à privilégier le critère de l'intérêt, car, suivant Demogue, l'essence du droit réside dans son utilité et dans la protection des intérêts, dans une « perspective pragmatique<sup>49</sup> ». Sans s'enfermer dans des questions métaphysiques abstruses, la question à se poser serait donc simplement (même si la réponse n'a rien d'évident) : comment protéger efficacement ? Cette question de technique juridique implique selon Demogue de considérer les deux éléments suivants : d'une part, recourir au droit subjectif, c'est-à-dire à des droits directs, est plus efficace qu'une procédure indirecte alors que, d'autre part, la personnalité juridique, c'est-à-dire l'élévation au statut de sujet de droit, est avant tout une « opération de la pensée » où le sujet prend son sens de noyau ou de support à quoi se rattachent certains droits. De cette façon, la personnalité juridique n'est pas « une qualité intrinsèque » dont la généalogie au sein du vivant resterait douteuse, mais « un simple procédé juridique<sup>50</sup> ».

Il faut de plus, selon Jean-Pierre Marguénaud relisant Demogue, critiquer l'assimilation entre la personne juridique et la personne humaine. Cependant, cette dissociation ne saurait se faire en retraçant les critères humains de rationalité chez d'autres espèces, mais bien en dissociant personne humaine rationnelle et sujet de droit, au profit de la catégorie du sujet de jouissance. Pourquoi alors créer des sujets de droits ? La réponse à cette question réside selon Demogue dans la raison même d'être du droit, à savoir qu'il doit se faire l'avocat des souffrances et le protecteur contre les injustices. La réalité de la souffrance animale commanderait ainsi de placer les animaux sous la protection juridique permise par la personnalité.

De ce point de vue, la personnalité comme technique juridique aurait de plus le mérite d'éviter le terrain si controversé de la dignité pour s'en tenir à la protection contre les souffrances et en faveur de l'intégrité de l'animal. Ainsi, elle permettrait de répondre au double problème que nous avons soulevé : contre les défenseurs farouches de la dignité humaine qui dénie toute personnalité à l'animal, elle se placerait sur un champ purement juridique de la protection<sup>51</sup> où la revendication

---

<sup>47</sup> R. DEMOGUE, J.-P. MARGUENAUD, *La notion de sujet de droit*, op. cit., p. 33.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>51</sup> Remarquons que cet argument de la prudence n'a pas forcément convaincu les défenseurs de la dignité humaine (v. P.-J. DELAGE, *La condition animale*, op. cit., sur la « protection inopportune » de l'animal par la personnalité juridique, p. 832 sq.).

de la personnalité pour les animaux n'aurait plus rien de scandaleux, et contre la perspective anthropomorphique des droits fondamentaux, elle préviendrait les risques de confusion et serait plus inclusive.

Dans la mesure où, comme les personnes morales, il s'agit ici d'une question de technique juridique, l'objectif ou la « cause finale<sup>52</sup> » du sujet de droit est la protection la plus adéquate des êtres qui souffrent. Comme l'écrit René Demogue :

Toute la technique actuelle du droit consiste donc non pas à qualifier tel acte licite pour telle personne, mais à qualifier certains êtres de sujets de droit et à les représenter comme liés les uns aux autres par des rapports de droit dont ils sont bénéficiaires, ou qui pèsent sur eux, qui leur permettent certains actes, ou leur en défendent d'autres, ou encore les obligent à une certaine manière d'agir<sup>53</sup>.

Or, si l'on considère parfois qu'un droit s'accompagne d'un devoir correspondant, et donc d'une obligation, dont les animaux sont incapables, la perspective du sujet de droit technique comme sujet de jouissance évite cet écueil qui conduit nécessairement, on l'a vu, à exclure les animaux. Demogue rappelle à juste titre que personnalité juridique et personne physique humaine n'ont pas toujours coïncidé. Si c'était pour le pire, comme dans le cas de l'esclavage, on peut également imaginer que cette dissociation s'opère pour le mieux, c'est-à-dire non pas pour davantage d'oppression mais plus de protection. Selon Demogue en effet, « le droit a pour mission de protéger un intérêt et non pas une volonté ». Pour le sujet de jouissance, ce n'est donc pas la capacité volontaire qui compte mais l'intérêt, savoir s'il peut être fait plaisir ou peine à cette entité. Demogue est ainsi conduit à énoncer une thèse radicale pour son temps et que tout mouvement animaliste pourrait faire sienne aujourd'hui :

Étant donné que le but du droit est la satisfaction, le plaisir, tout être vivant qui a des facultés émotionnelles, et lui seul, est apte à être sujet de droit, que la raison lui manque de façon définitive ou temporaire<sup>54</sup>.

Poser la question : « qui doit-être sujet de droit ? » revient ainsi à se demander à qui peut bénéficier l'utilité de la personnalité juridique. Quels êtres peuvent voir leur condition améliorée par la protection permise par le statut de sujet de droits ? Il en va en dernière instance d'une décision juridique et sociale, voire politique.

Certes, il ne s'agit pas ici d'accorder aux animaux les mêmes droits qu'aux êtres humains ni de les traiter comme des sujets raisonnables. L'idée-force présente chez Demogue et qui fait l'originalité de sa conception est que « le centre de la théorie dite de la représentation doit donc être l'idée de l'exercice du droit ne se confondant pas pleinement avec sa jouissance<sup>55</sup> ». Ainsi se trouvent disjointes la volonté ou la capacité à se représenter d'une part, et la jouissance ou le fait d'avoir un intérêt qui doit être respecté ou qui peut être bafoué, d'autre part.

Mais quels intérêts sont réellement dignes de protection ? Si la réalité de la souffrance animale commande de mettre en place la technique juridique correspondante, comment s'assurer de cette réalité elle-même ? Pour le convaincu, elle paraîtra certes pertinente, mais qu'en sera-t-il de l'indécis ? À cet égard, l'importance

---

<sup>52</sup> R. DEMOGUE, J.-P. MARGUENAUD, *La notion de sujet de droit*, op. cit., p. 52.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 67.

du champ symbolique ou idéologique se révèle cruciale. Par rapport à l'anthropomorphisme, la technique juridique a l'avantage de la clarté et de la commodité, mais elle peut demeurer insatisfaisante du point de vue des fondements de la reconnaissance de l'intérêt des animaux, étant entendu qu'aucune « réalité » n'est absolument univoque, en dépit des données scientifiques par exemple.

Nous voudrions pour finir chercher à concilier la perspective des droits fondamentaux et la technique juridique visant à offrir aux animaux des droits et des protections différenciés.

### III. SORTIR DE L'IMPASSE : UNE PERSONNALITE JURIDIQUE ADAPTEE ET DIFFERENCIEE

Dans cette dernière partie, nous chercherons à montrer d'abord que le droit fondamental constitue bien un critère pertinent qui peut servir de socle commun pour les droits des animaux, que le droit animalier doit prendre en compte. De ce point de vue, toute forme d'anthropomorphisme n'est pas à rejeter. Au contraire, il semble que la technique juridique elle-même renvoie à son tour à des considérations qui ne sont pas strictement d'ordre technique mais axiologique (« quelles souffrances comptent ? »). Il n'est donc pas possible d'esquiver tout à fait la question normative, à savoir celle de la valeur que l'on accorde à la souffrance humaine et animale.

Si les droits fondamentaux permettent d'établir un socle commun, il va de soi également que la personnalité s'enracine aussi dans une dimension descriptive et qu'il paraît nécessaire d'établir des distinctions entre les animaux. Sur quelles bases établir ces distinctions ? Nous examinerons les propositions formulées par la théorie des droits des animaux de *Zoopolis*<sup>56</sup> qui parvient à notre sens à des compromis satisfaisants à partir des droits relationnels, s'ajoutant aux droits fondamentaux.

#### A. Un socle commun au-delà de la technique : l'impact du droit

La personnalité technique a, on l'a vu, de multiples avantages. Cependant, il n'apparaît peut-être pas trop maladroit de pasticher la formule de Heidegger, conçue certes en un tout autre contexte, selon laquelle l'essence de la technique n'est pas elle-même technique<sup>57</sup>. Le propre de toute technique est d'être un outil ou un dispositif mis en place pour servir une certaine fin. Du reste, René Demogue le dit explicitement : l'avantage de la technique juridique de la personnalité, qui repose en définitive sur une décision, tient au fait que, en personnifiant l'intérêt protégé, « on lui donne une sécurité non seulement juridique, mais aussi psychologique plus grande<sup>58</sup> ».

Mais qu'est-ce qu'être un instrument de protection contre la souffrance ? N'est-ce pas servir une certaine fin que l'instrument lui-même, justement parce qu'il est un moyen, ne peut fixer ? Autrement dit, la technique juridique renvoie elle-même à une question sur l'essence : en quoi la souffrance est-elle un mal ou une injustice

---

<sup>56</sup> S. DONALDSON, W. KYMLICKA, *Zoopolis. Une théorie politique des droits des animaux*, Paris, Alma Éditions, 2016.

<sup>57</sup> M. HEIDEGGER, « La question de la technique », in M. HEIDEGGER, *Essais et conférences*, Paris, Gallimard, 1958, p. 9-48.

<sup>58</sup> R. DEMOGUE, J.-P. MARGUENAUD, *La notion de sujet de droit*, op. cit., p. 33.

et pourquoi vouloir d'un monde où on peut s'en prémunir par le droit ? Sans prétendre répondre à des questions aussi inépuisables, nous souhaitons simplement indiquer qu'en l'occurrence la technique juridique de la personnalité renvoie à une conviction morale : les êtres pouvant souffrir sont ceux envers lesquels justice ou injustice peut être faite et il faut les protéger. Cette conviction morale a un aspect essentiel qui n'est pas lui-même technique, mais qui rend raison au contraire de la mise en place de la technique juridique. Concernant les animaux, déterminer s'ils sont sensibles revêt un caractère essentiel si l'on cherche un principe directeur pour la mise en œuvre de la technique juridique. En d'autres termes, il semble que la technique juridique de la personnalité, si elle a une forme d'autonomie, renvoie sur le fond à la volonté de savoir si les animaux sont réellement des sujets dont le droit devrait se soucier. Elle est donc inséparable de la perspective axiologique, voire ontologique, c'est-à-dire s'intéressant à ce qu'il en est réellement des animaux, quitte à poser des questions inquiétantes pour la dignité humaine. Cette interrogation est exprimée par la philosophe Florence Burgat dans les termes suivants :

Faut-il fonder ontologiquement les droits des animaux (ou d'autres entités), en mobilisant des éléments scientifiques et des théories philosophiques, pour convaincre le législateur qu'il doit reconnaître ces droits et par conséquent les faire exister juridiquement ? Ou suffit-il, étant donné les éléments qui figurent déjà dans la législation, de déclarer et d'édicter des règles plus fortes de protection des animaux<sup>59</sup> ?

Il semble ainsi que la technique juridique elle-même impose de se poser la question du fondement de la considération morale dont pourraient bénéficier les animaux. Si la personnification anthropomorphique connaît certes les limites que nous avons vues, elle permet aussi de rendre sensible l'impact du droit, c'est-à-dire le fait que ce dernier est aux prises avec une réalité qu'il contribue en même temps à modifier par ses dispositions. Même l'aspect scandaleux du rapprochement en éthique animale entre animaux et humains – pensons par exemple au dilemme du canot de sauvetage – est en ce sens révélateur. En dehors même de toute perspective éthique, les constructions juridiques restent aux prises avec ce qu'on a appelé le « droit naturel », qu'il soit conçu comme un droit fondamental obligeant moralement en soi, ou comme ayant une valeur instrumentale, c'est-à-dire l'intérêt qu'auraient à le respecter les animaux humains comme non humains<sup>60</sup>. En définitive, la technique juridique ne peut, dans le cas de l'animal, se débarrasser totalement de l'anthropomorphisme, précisément parce que l'anthropomorphisme se justifie sous certaines circonstances. En particulier, notre sensibilité à la souffrance de l'animal apparaît révélatrice d'un lien commun entre les hommes et les animaux qui justifie de les protéger. La personnalité ne peut aller sans la reconnaissance de la dignité. Là encore, il faut remarquer que, même dans le cas humain, la dignité est avant tout affaire de volonté de reconnaissance, comme le souligne David Chauvet<sup>61</sup>. Par conséquent, il faut aussi faire naître cette volonté de protection dans le cas des ani-

---

<sup>59</sup> F. BURGAT, « La personne, une catégorie juridique souple propre à accueillir les animaux », *Archives de philosophie du droit*, 59, 2017, p. 177.

<sup>60</sup> D. CHAUVET, *Les animaux face au droit naturel*, *op. cit.*

<sup>61</sup> D. CHAUVET, « Quelle personnalité juridique est digne des animaux ? », *Droits*, 62/2, 2015, p. 217-234, en part. p. 219.

maux. Or, elle ne saurait être établie de manière efficace qu'à la condition de produire un fondement réel de la considération morale, en l'occurrence la sentience de l'animal<sup>62</sup>, que le droit devrait prendre en compte.

Il y a ainsi une contradiction interne au statut de l'animal, entre l'« indignité » dont il est généralement frappé, justifiant son statut de bien ou de propriété, et sa protection qui nous fait pressentir qu'il n'est pas un simple bien. Il est ce fameux être sensible tout de même soumis au régime des biens. Comme l'énonce David Chauvet :

Si avoir un prix, être un bien, c'est ne pas être digne, alors, soit le statut de bien est inadapté à l'animal, soit il ne l'est qu'au prix d'une fiction métaphysique, celle de l'indignité animale – puisque, on l'a vu, c'est par la personnalité que le droit exprime la dignité. Pour considérer les animaux comme des biens, on doit faire comme si les animaux n'étaient pas protégés pour eux-mêmes, comme si rien ne leur était dû, comme s'ils étaient des choses sur le plan éthique. Autrement dit : si, substantiellement, du point de vue de ce qu'est réellement notre appréhension métaphysique des animaux, l'ontologie éthique que nous élaborons à leur sujet, ils ont des droits et sont des personnes ; formellement, du point de vue du droit, ce n'est pas le cas. Ils ont une dignité *substantielle* mais pas de dignité *formelle*, parce qu'ils n'ont pas de personnalité juridique.

Devant ce constat, deux attitudes : on se satisfait de cette contradiction entre les ontologies juridique et éthique, ou bien on la refuse<sup>63</sup>.

En définitive, la personnalité animale relève donc d'une décision où il faut peser avec justesse les critères pertinents. S'il paraît difficile de justifier l'attribution aux animaux d'une personnalité anthropomorphique identique à celle de la personne humaine et ses droits civiques – ce qu'en réalité aucun argumentaire sérieux ne réclame –, la personnalité ne peut, selon David Chauvet, être uniquement technique, car il manque précisément à celle-ci l'élément de la dignité. C'est en ce sens que David Chauvet propose de distinguer dans la personnalité technique une personnalité quasi-anthropomorphique qui concernerait spécifiquement les animaux. L'opération de pensée proposée par Demogue serait ainsi indissociable d'une opération de conversion de valeurs où une certaine dignité serait reconnue aux animaux dans le cadre du quasi-anthropomorphisme. Comme l'écrit David Chauvet, il s'agit d'instaurer :

Outre une personnalité de dignité nulle (la personnalité technique, celle des personnes morales ou de personnes animales à qui nous ne reconnaitrions pas de dignité) et une personnalité de dignité pleine (la personnalité anthropomorphique, celle des personnes physiques), [...] une personnalité de dignité moindre (une personnalité que j'appellerai « quasi anthropomorphique », celle de personnes animales à qui nous reconnaitrions formellement une dignité moindre que celle des humains)<sup>64</sup>.

La question qui se pose en définitive est la suivante : comment accorder des droits fondamentaux aux animaux d'une manière qui permette dans le même temps d'établir des distinctions pertinentes ?

---

<sup>62</sup> Les bases scientifiques pour la conscience de la douleur chez les animaux ne manquent pas, v. par exemple P. LE NEINDRE, M. DUNIER, R. LARRERE, P. PRUNET (dir.), *La conscience des animaux*, Versailles, QUAE, 2018.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 230.

## B. Les droits relationnels : la perspective de *Zoopolis*

Pour finir, examinons la perspective des droits relationnels qui semble avoir assez peu été prise en compte dans le droit animalier. La raison en est peut-être que le droit animalier reste, comme discipline juridique, frileux face à des considérations d'éthique ou de théorie des droits des animaux<sup>65</sup>. Pourtant, il semble que les droits relationnels tels qu'ils sont notamment exposés dans l'ouvrage *Zoopolis* de Sue Donaldson et Will Kymlicka méritent l'attention, en ce qu'ils permettent de concilier personnalité animale, droit fondamental et différenciation des cas humains et animaux. Le fondement de la perspective de *Zoopolis* est d'établir cette distinction selon le type de relation que les communautés animales et humaines entretiennent. Dans ce cadre, la personnalité juridique technique pourrait être un moyen privilégié de régler nos rapports avec les animaux que nous cherchons à protéger directement.

Les auteurs de *Zoopolis* partent du constat d'une situation insatisfaisante : les approches en droits des animaux n'ont été capables jusque-là que d'instaurer ce que nous avons appelé des « droits négatifs ». Étant des personnes, les animaux auraient le droit à n'être soumis à aucun traitement arbitrairement dommageable pour eux :

Si nous admettons que les animaux sont des sois ou des personnes, nous devons également leur octroyer un ensemble de droits universels négatifs : le droit de ne pas être torturés, possédés, réduits en esclavage ou à l'état de sujets d'expérimentation, enfermés ou tués. Ceci nous oblige également à interdire un certain nombre de pratiques qui ont cours dans les domaines de l'élevage, de la chasse, du commerce des animaux de compagnie et de l'expérimentation animale, ainsi que dans les zoos ou les cirques<sup>66</sup>.

La proximité insoupçonnée qui existe entre les analyses de Demogue et celles des auteurs de *Zoopolis* – aux inspirations théoriques pourtant très différentes – est l'accent mis sur la non-nécessité du critère de la volonté ou de l'être rationnel pour être sujet de droit. Comme Demogue, ils concluent que la responsabilité pleine et entière qui vient d'une capacité de représentation non altérée n'est pas pertinente pour fonder ce que Demogue appelle le sujet de jouissance, à savoir celui qui a un intérêt. À ce titre, il est indifférent que l'intérêt soit directement exprimé ou représenté par un tiers de confiance, ce qui est du reste déjà le cas pour nombre d'êtres humains et également permis pour les animaux grâce au rôle des associations<sup>67</sup>. Mais si ce socle commun doit être respecté, sur quels critères établir des différences ?

---

<sup>65</sup> V. sur ce point le compte-rendu de la table ronde sur le droit animalier comme discipline dans O. LE BOT (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de l'animal*, op. cit., p. 11-25.

<sup>66</sup> S. DONALDSON, W. KYMLICKA, *Zoopolis. Une théorie politique des droits des animaux*, op. cit., p. 77.

<sup>67</sup> Art. 2-13 du Code de procédure pénale : « Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et dont l'objet statutaire est la défense et la protection des animaux peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par le code pénal et aux articles L. 215-11 et L. 215-13 du code rural et de la pêche maritime réprimant l'abandon, les sévices graves ou de nature sexuelle, les actes de cruauté et les mauvais traitements envers les animaux ainsi que les atteintes volontaires à la vie d'un animal ».

La perspective des droits relationnels permet de sortir de l'impasse qui voudrait que la dignité ou la considération morale soit affaire de tout ou de rien. Les relations que nous tissons avec les animaux sont pertinentes pour reconnaître des droits différenciés, qui viennent moduler les droits subjectifs fondamentaux. Ainsi, dans le contexte des démocraties libérales, les auteurs de *Zoopolis* reconnaissent la citoyenneté pour les animaux domestiques, la souveraineté pour les animaux sauvages et, enfin, un statut intermédiaire de cohabitation pour les animaux dits « liminaires », c'est-à-dire vivant à la marge des communautés humaines. Deux remarques s'imposent : d'une part, ces droits relationnels ne peuvent remettre en cause les dispositions fondamentales prévues par la personnalité juridique quasi anthropomorphique qui excluent par principe certaines pratiques et, d'autre part, étant donné l'attachement au contexte relationnel, ils autorisent à différencier nos rapports avec les animaux selon le contexte social et culturel, sans nier pour autant le respect élémentaire qui leur est dû et qui doit les empêcher de demeurer seulement des moyens pour notre usage.

Comme nous l'avons vu, l'animal est aujourd'hui, selon la formule du professeur Marguénaud, « en état de lévitation<sup>68</sup> » entre le statut d'être sensible et celui de bien, de propriété qu'on peut posséder mais dont on ne peut abuser, de sujet que la science reconnaît mais que le droit rechigne à voir comme ayant un intérêt en propre. Nous avons exploré les différents éléments constitutifs de cette situation, en nous concentrant en particulier sur les deux branches de l'alternative de la personnalité juridique de l'animal. La personnalité technique de l'animal, dans le sillage de la pensée de René Demogue, est apparue comme un outil efficace. Cependant, comme tout outil, il semble difficile de le séparer de ce qui lui donne son sens ou sa fin, à savoir la reconnaissance de l'animal comme étant digne de protection. Nous avons donc avancé que cette reconnaissance ne peut se faire que sur le fondement de droits fondamentaux et d'une décision réelle quant à la dignité animale. Le concept de droit relationnel a permis de faire la part des choses pour concilier la personnalité technique quasi anthropomorphique de l'animal non humain avec le contexte de nos interactions plurielles avec *les* animaux.

#### Alexandre Iagodkine

Ancien élève de l'École normale supérieure de Lyon, agrégé de philosophie, actuellement doctorant en philosophie à l'université Bordeaux-Montaigne et membre du Laboratoire de recherches SPH. Auteur de *L'Animal* (Ellipses, 2024).

---

<sup>68</sup> J.-P. MARGUENAUD, « L'entrée en vigueur de "l'amendement Glavany" : un grand pas de plus vers la personnalité juridique des animaux », *Revue semestrielle de droit animalier*, 2, 2014, p. 22.



Ibrahim Radjouloul-Salame Mouhamadou

## De la nature en personne : désanthropocentrer l'humain, déshumaniser l'anthropocentrisme juridique

Car un jour viendra où l'idée que, pour se nourrir, les hommes du passé élevaient et massacraient des êtres vivants et exposaient complaisamment leur chair en lambeaux dans des vitrines, inspirera sans doute la même répulsion qu'aux voyageurs du XVI<sup>e</sup> ou du XVII<sup>e</sup> siècle, les repas cannibales des sauvages américains, océaniques ou africains<sup>1</sup>.

**D**EPUIS le tournant de l'Anthropocène<sup>2</sup>, le souci écologique lié au dérèglement climatique mobilise des efforts théoriques sur les enjeux de l'avenir de l'humanité<sup>3</sup>, de l'habitabilité future de la planète<sup>4</sup> et de la préservation du vivant. Une nouvelle éthique environnementale, pour ce faire, propose d'étendre le statut de « sujet de droit »<sup>5</sup>, c'est-à-dire un être doté d'une « personnalité juridique », à des entités naturelles, animales et artificielles ou électroniques, accélérant ainsi la sortie du grand partage anthropocentrique moderne<sup>6</sup>. À travers le monde, au cours des dernières décennies, de la Colombie à la Nouvelle-Zélande,

---

<sup>1</sup> C. LEVI-STRAUSS, « La leçon de sagesse des vaches folles », *Études rurales*, 2001, p. 157-158 [doi.org/10.4000/etudesrurales.27].

<sup>2</sup> F. FERRANDO, « The Party of the Anthropocene: Post-Humanism, Environmentalism and the Post-Anthropocentric Paradigm Shift », *Relations*, 4/2, 2016, p. 159-173.

<sup>3</sup> M. SCHAFFNER, « Décoloniser les humanités par l'écologie », *Multitudes*, 83, 2021/2, p. 146-153 ; D. B. ROSE, L. ROBIN, *Vers des humanités écologiques*, Marseille, Wildproject, 2019.

<sup>4</sup> M. SCHAFFNER, *Un Sol commun : lutter, habiter, penser*, Marseille, Wildproject, 2019 ; A. TSING, *Le champignon de la fin du monde*, Paris, La Découverte, 2017 ; B. MORIZOT, *Manières d'être vivant. Enquêtes sur la vie à travers nous* [2020], Arles, Actes Sud, 2022.

<sup>5</sup> Selon la règle d'or de Marie-Angèle Hermitte : « à un premier niveau logique, "être une personne juridique", "être un sujet de droit", "avoir la personnalité juridique" sont des termes équivalents qui renvoient *a minima* à l'existence d'un point d'imputation des droits et de la capacité d'ester en justice qui en découle » (M.-A. HERMITTE, « Quel type de personnalité juridique pour les entités naturelles ? », in J.-P. MARGUENAUD, C. VIAL, *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière ?*, Paris, Mare & Martin, 2022, p. 83).

<sup>6</sup> B. LATOUR, « Le grand partage », *La Revue du Mauss*, 1, 1988 ; P. DESCOLA, *La Nature domestique : symbolisme et praxis dans l'écologie des Achuar*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme/Fondation Singer-Polignac, 1986 ; P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005 ; B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, La Découverte, 1991.

des consécration constitutionnelles<sup>7</sup>, législatives et jurisprudentielles ont contribué à brouiller les dichotomies juridiques traditionnelles entre personne et chose, sujet et objet, « personne physique » et « personne morale ». À l'instar de certains fleuves<sup>8</sup>, des glaciers, des animaux, des robots ou des montagnes en viennent à être considérés comme des entités légales (*legal entities*), passant parfois d'objet de droit (*res*) à sujet de droit (*persona*).

Cette prolifération de nouvelles « subjectivités juridiques » remet en question la conception strictement anthropocentrique<sup>9</sup> de la « personnalité juridique » – de laquelle dérive l'idée même de « droit subjectif » et de « sujet de droit » –, mais peine à se détacher positivement de son soubassement anthropomorphique<sup>10</sup>. En tant qu'expression d'une pensée téléologique de base, l'anthropomorphisme constitue une manière de se représenter les non-humains (fleuves, animaux, intelligences artificielles et robots, etc.) en les assimilant à des humains, leur attribuant des perceptions, des croyances, des intentions et des émotions<sup>11</sup>. Du point de vue du droit, il désigne le fait de prêter à ces dernières des qualités morales, des propriétés physiques<sup>12</sup>, des émotions et des états mentaux typiquement humains, pouvant justifier l'attribution d'un statut moral ou juridique équivalent. Pour autant que nous puissions le savoir, si la perspective d'une « fin du vieil humanisme juridique<sup>13</sup> » n'est dorénavant plus une simple hypothèse théorique, on peine à voir le dépassement de l'*anthropomorphisme juridique* se matérialiser concrètement dans le droit positif, tant l'enjeu de la définition culturelle et politique de la « personne juridique » enchâsse et implique celui de la substantialité éthique, voire de la valeur intrinsèque à accorder à l'humanité elle-même. Par conséquent, la personification juridique des entités non humaines qui en résulte sera réputée *substantielle*, selon

---

<sup>7</sup> M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Les droits de la nature, des droits sans l'homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage du constitutionnalisme », *La Revue des droits de l'homme*, n°17, 2020.

<sup>8</sup> S. BOURGEOIS-GIRONDE, « La personnalité juridique des entités environnementales, une forme d'effectivité *sui generis* ? », in L. BOISSON DE CHAZOURNES (dir.), *L'effectivité du droit international face à l'urgence écologique*, Paris, Collège de France éditions, 2024 [doi.org/10.4000/12nrd].

<sup>9</sup> H.-S. AFEISSA, « De l'éthique environnementale au principe responsabilité et retour », *Éducation relative à l'environnement*, V, 8, 2009 [doi.org/10.4000/ere.2084] ; B. G. NORTON, « Environmental Ethics and Weak Anthropocentrism », *Environmental Ethics*, 6/2, 2, 1984, p. 131-148 [doi.org/10.5840/enviroethics19846233] ; T. HAYWARD, « Anthropocentrism: A Misunderstood Problem », *Environmental Values*, 6/1, 1997, p. 49-63 [doi.org/10.3197/09632719776679185] ; H. KOPNINA *et al.*, « Anthropocentrism: More than Just a Misunderstood Problem », *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 31/1, 2008, p. 109-127 [doi.org/10.1007/s10806-018-9711-1] ; T. J. DONAHUE, « Anthropocentrism and the Argument from Gaia Theory », *Ethics and the Environment*, 15/2, 2010, p. 51 [doi.org/10.2979/ete.2010.15.2.51].

<sup>10</sup> C. BATAVIA, « Is Anthropocentrism Really the Problem? », *Animal Sentience*, 4/27, 2020 [doi.org/10.51291/2377-7478.1557] ; D. W. KIDNER, « Why "Anthropocentrism" Is Not Anthropocentric », *Dialectical Anthropology*, 38/4, 2014, p. 465-480.

<sup>11</sup> G. AIRENTI, « Aux origines de l'anthropomorphisme : Intersubjectivité et théorie de l'esprit », *Gradhiva*, 15, mai 2012, p. 46 [doi.org/10.4000/gradhiva.2314].

<sup>12</sup> En ce qui concerne les personnes animales, Charles Martin-Fréville soutient que l'anthropomorphisme pose « l'homme comme principe non plus téléologique mais heuristique et inaugural » (C. MARTIN-FREVILLE, « Interpréter l'animal », *L'Enseignement philosophique*, 3/69, 2019, p. 16, p. 19).

<sup>13</sup> Q. LE PLUARD, « La fin de l'humanisme juridique ? », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n°11, L'humain en transformation : Entre transhumanisme et humanité, 2020, p. 109-121 [hal.science/hal-03058576/].

la juriste Marie-Angèle Hermitte, « lorsque [...] des non-humains se voient reconnaître par un texte de nature juridique des attributs, des manières d'être, de sentir, de voir ou d'être vus qui ont été longtemps réservés aux humains<sup>14</sup>. »

Si l'on s'en remet au paradigme de l'anthropocentrisme moral, au sens fort du terme, de tous les êtres de la nature, *seuls* les êtres humains possèdent une valeur morale nécessaire et suffisante pour s'élever à la qualité d'« agents moraux<sup>15</sup> » (êtres moralement *responsables* de leur comportement et tributaires de *devoirs directs* envers tous les patients moraux)<sup>16</sup>. Dans le sillage des travaux séminaux de René Demogue et de quelques autres précurseurs sur l'hybridation en cours de la subjectivité juridique, le juriste Jean-Pierre Marguénaud souligne, par exemple, que la « personnification anthropomorphique<sup>17</sup> », cette tendance consistant à reconnaître des « personnes non humaines » (dont les animaux) comme dignes de considération morale équivalente et d'avoir des droits identiques à ceux des êtres humains, reviendrait à étendre un « vêtement trop somptueux<sup>18</sup> » sur ces dernières. Le procédé juridique de la « personnification technique<sup>19</sup> » serait, en conclut-il, le meilleur instrument pour garantir la protection des intérêts des entités non humaines candidates au statut moral. On ne peut toutefois s'empêcher de remarquer qu'assimiler l'animal non humain à un « *infans* perpétuel ou un aliéné incurable<sup>20</sup> », comme le préconise ultimement Marguénaud pour justifier la fiction juridique de sa personnification, revient paradoxalement à l'*inclure en l'excluant* de la communauté morale. Cela revient à donner d'une main et à reprendre de l'autre : d'une main, un geste d'inclusion comme patient moral par excès d'anthropocentrisme méthodologique<sup>21</sup> et, de l'autre main, un geste d'exclusion au motif d'un défaut d'anthropomorphisme (en l'occurrence, la déficience ou l'aliénation physique ou mentale incurable de l'animal)<sup>22</sup>.

<sup>14</sup> M.-A. HERMITTE, « La nature, sujet de droit ? », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1, 2011, p. 176.

<sup>15</sup> Selon Gérald Hess, la « communauté morale comprend tous les êtres de la nature qui sont des patients moraux. Certains d'entre eux – les humains – sont également des agents moraux et, par conséquent, des sujets moraux. » Toutefois, « le patient moral définit [...] ce qui mérite notre considération morale ou notre respect. Il ne se confond ni avec un sujet moral ni avec un sujet de droit » (G. HESS, *Éthiques de la nature*, Paris, PUF, 2013, p. 112, p. 116).

<sup>16</sup> B. G. NORTON, « Environmental Ethics and Weak Anthropocentrism », art. cité, p. 336-337.

<sup>17</sup> J.-P. MARGUENAUD, « Actualité et actualisation des propositions de René Demogue sur la personnalité juridique des animaux », *Revue Juridique de l'Environnement*, 1, 2015, p. 83.

<sup>18</sup> J.-P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, Paris, PUF, 1992, p. 379.

<sup>19</sup> Cette distinction avancée par René Demogue est reconduite de façon analogue, entre « personnification substantielle » et « procédurale », par M.-A. HERMITTE, « La nature, sujet de droit ? », art. cité.

<sup>20</sup> Si l'auteur rejette les comparaisons avec l'enfant comme « abusives » (p. 522), il recourt à cette terminologie, problématique (J.-P. MARGUENAUD, *L'Animal en droit privé*, op. cit., p. 522 ; J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », art. cité, p. 207).

<sup>21</sup> Selon Tim Hayward, l'anthropocentrisme concentre deux types de critiques : des critiques *ontologiques* (réfutant que les humains soient le centre du monde) et *éthiques* (délégitimant les attitudes, valeurs ou pratiques qui favorisent les intérêts humains au détriment des intérêts ou du bien-être des autres). V. T. HAYWARD, « Anthropocentrism: A Misunderstood Problem », *Environmental Values*, 6/1, 1997, p. 50-51.

<sup>22</sup> L'anthropomorphisme possède deux caractéristiques fondamentales, selon Gabriella Airenti : « 1) En tant qu'expression d'une pensée téléologique de base, il constitue une manière de se représenter les non-humains en les assimilant à des humains, leur attribuant des perceptions,

L'humanisme juridique, dont l'archéologie remonte à la Renaissance, s'était toujours retranché derrière l'idée d'une exceptionnalité humaine fondée sur une double exclusion de l'animalité et de la naturalité. L'essence de l'humain, toutes choses étant égales par ailleurs, se définissait en opposition aux propriétés distinctives qui fondent l'animalité<sup>23</sup>, alors que l'égalité servait à la distinction (interne comme externe), à la séparation et à la prescription de la supériorité de traitement dont bénéficient les seuls sujets moraux humains à l'exclusion des non-humains. Héritière de l'antique *topos* de l'animal privé de *logos*<sup>24</sup> et de l'humanisme anthropocentrique classique de Descartes, dans le droit moderne, la définition de la qualité de « sujet » – et par extension de « sujet de droit » – n'a cessé de servir de dispositif technique aussi bien d'inclusion que d'exclusion<sup>25</sup>. Les humanistes de la Renaissance, en premier lieu, en ne retenant dans leur définition de l'« être humain » que les critères de « la rationalité et [de] la capacité de jugement normatif », ont contre-intuitivement dénié le statut de personne aux femmes, aux esclaves nègres, aux Aborigènes d'Australie et aux Autochtones des Amériques<sup>26</sup>. Deux observations s'en dégagent. Sur un premier versant, le dispositif de la « subjectivité juridique » a servi à exclure certaines catégories d'êtres humains de la communauté morale à *part entière*, sur la base de distinctions critériologiques internes vouées à fixer des catégories juridiques<sup>27</sup> et à établir des statuts moraux distinctifs. Le refus de reconnaître à *tous* les êtres humains une valeur intrinsèque moralement significative et équivalente a permis de cantonner *certain*s parmi eux dans le statut moral différent et inférieur de « sous-personnes<sup>28</sup> ». Sur l'autre versant, de tels procédés d'exclusion servaient à déterminer la répartition du degré de compétence juridique à l'intérieur de l'humanité ou à proclamer l'incompétence des entités non humaines<sup>29</sup>. Le déni du statut de « personne » (recouvrant la qualité d'agent moralement pertinent), autant pour certains groupes humains que pour des entités non humaines,

---

des croyances, des intentions et des émotions. 2) Il se manifeste essentiellement dans les interactions » (G. AIRENTI, « Aux origines de l'anthropomorphisme », art. cité, p. 46).

<sup>23</sup> J.-Y. GOFFI, « Contours et courants de l'éthique animale contemporaine : la question de l'égalité prise en compte des intérêts », in É. DARDENNE *et al.*, *Peter Singer et la libération animale : quarante ans plus tard*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2017 [doi.org/10.4000/13mb0].

<sup>24</sup> J.-L. LABARRIERE, « Raison humaine et intelligence animale dans la philosophie grecque », *Terrain*, 34, 2000, p. 107-122 [doi.org/10.4000/terrain.996].

<sup>25</sup> Le « sujet de droit est celui auquel la loi reconnaît un intérêt juridiquement protégé, intérêt dont il pourra obtenir la protection, si besoin, par une action en justice ». Voir L. MILANO, « La représentation des animaux devant les juridictions et l'action au nom et pour le compte de l'animal », in O. LE BOT, *Les mutations contemporaines du droit de l'animal*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2023 [doi.org/10.4000/books.dice.14975].

<sup>26</sup> A. PHILLIPS, *The Politics of the Human*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 20-46.

<sup>27</sup> F. FERNANDEZ-ARRESTO, *So You Think You're Human? A Brief History of Humankind*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 52.

<sup>28</sup> Le statut de sous-personne a été défini par Charles W. Mills comme suit : « Les sous-personnes sont des entités humanoïdes qui, en raison de leur phénotype/généalogie/culture racial(e), ne sont pas pleinement humaines et se voient accorder un régime différent et inférieur de droits et libertés. Autrement dit, parce qu'elles n'ont pas les mêmes droits, il est possible de faire aux sous-personnes des choses que l'on ne pourrait faire aux personnes, et ce, en toute impunité » (C. W. MILLS, *Le Contrat racial*, Montréal, Mémoire d'encrier, 2022, p. 102).

<sup>29</sup> L. MILANO, « La représentation des animaux devant les juridictions et l'action au nom et pour le compte de l'animal », art. cité.

reposait sur des critères sélectifs analogues à ceux encore invoqués de nos jours pour accepter ou refuser le statut d'agent et/ou de patient moral aux entités non humaines.

Il en résulte, cette preuve empirique en atteste, que l'appartenance à la communauté morale des égaux<sup>30</sup> n'a jamais été *stricto sensu* coextensive à l'appartenance à l'espèce humaine. À l'aube de la modernité, la division interne/externe s'est fixée philosophiquement sur la confusion présumée des exclus de la subjectivité morale avec un « état de nature » réputé de « non-droit » et/ou « prépolitique »<sup>31</sup>. En ne se fondant pas sur une différence de statut ontologique<sup>32</sup> pour exclure, la « politique de l'humain<sup>33</sup> » ne manqua pas moins de maintenir l'humanisme juridique dans une certaine forme d'incertitude anthropologique. De la sorte, d'une part, virtuellement du moins, « tout être humain à la fois est et n'est pas un être humain<sup>34</sup> » aux yeux du droit, l'humanité ontologique de la personne humaine ne demeurant qu'une potentialité que viendrait actualiser, garantir et protéger le statut de personne juridique. Selon Hannah Arendt, dans cette configuration toujours en vigueur, en perdre le statut revient concrètement à « être expulsé de l'humanité tout entière » et à tomber dans la « nudité abstraite d'un être humain et rien qu'humain<sup>35</sup> » qui n'a rien à envier à l'animalité et la naturalité. Par définition, d'autre part, la personne juridique, dans le droit occidental, renvoie à « une entité dotée de la personnalité juridique et cette entité peut ou non être une personne humaine<sup>36</sup> ». Au surplus, s'il n'est point « besoin de ressembler à un humain adulte autonome et responsable pour être juridiquement tenu pour une "personne"<sup>37</sup> », on comprend mieux pourquoi le mouvement contemporain du post-humanisme juridique,

---

<sup>30</sup> Selon Peter Singer, « l'égalité est un idéal moral » (v. P. SINGER, *La libération animale*, trad. L. Rousselle et D. Olivier, Paris, Grasset, 1993, p. 83).

<sup>31</sup> Par opposition à l'« état de nature », comme le soutient Élodie Djordjevic, dans « la société civile et l'état juridique qu'elle est, il est présupposé et les individus se rapportent d'emblée les uns aux autres en tant que personnes, c'est-à-dire qu'ils se reconnaissent réciproquement comme tels » (É. DJORDJEVIC, « La *summa divisio* entre droit privé et droit public chez Hegel », *Hegel et le droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2023, p. 77).

<sup>32</sup> En éthique environnementale, l'appartenance à la communauté morale est délimitée de deux manières distinctes dans la perspective de l'anthropocentrisme fort d'inspiration cartésienne, à savoir le critère *phylogénétique* (correspondant à l'espèce humaine) et le critère *cognitif* (de capacités et qualités propres à l'être humain). Voir G. HESS, *Éthiques de la nature*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>33</sup> A. PHILLIPS, *The Politics of the Human*, *op. cit.*

<sup>34</sup> A. MERKER, « Individu, personne et humanité ou l'émergence de la personne comme être éthique », *Les Cahiers philosophiques de Strasbourg*, 31/1, 2012, p. 72.

<sup>35</sup> En référence à l'argument critique des « Droits de l'Homme » d'Hannah Arendt dans *Les Origines du totalitarisme*, où Arendt affirme que l'être humain « peut perdre tous ses fameux Droits de l'homme sans abandonner pour autant sa qualité essentielle d'homme, sa dignité humaine. Seule la perte de toute structure politique l'exclut de l'humanité » (H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme*, II, *L'impérialisme* [1951], Paris, Points, 2025, p. 599-600).

<sup>36</sup> G. DELAVAQUERIE, *Les indispensables du droit des personnes*, Paris, Ellipses, 2017, p. 13.

<sup>37</sup> F. BURGAT, « La personne, une catégorie juridique souple propre à accueillir les animaux », *Archives de philosophie du droit*, 59, 2017, p. 178.

œuvrant à l'extension de la norme de la subjectivité juridique au bénéfice des entités non humaines<sup>38</sup> candidates au statut moral, s'est emparé de l'outil du « procédé technique de la personnification<sup>39</sup> ».

De fait, on observe l'émergence et la cristallisation d'un champ scientifique autonome consacré au droit des personnes non humaines<sup>40</sup> qui semble œuvrer à l'abolition de la *summa divisio* que l'humanisme juridique occidental avait construit entre sujet et objet de droit, entre humain et nature, entre personne (humaine) et chose (non humaine)<sup>41</sup>. D'un pays à l'autre, bien que les dispositions du droit positif puissent différer formellement, on voit se cristalliser dans la théorie du droit, la réflexion éthique et les études animales, une érosion et un réordonnement de la dichotomie entre personne et chose (*persona/res*) par-delà le partage traditionnel entre « personne morale » (l'État, les entreprises commerciales, les syndicats, etc.) et « personne physique »<sup>42</sup>. Tout au long de l'histoire, prévenait le juriste Christopher Stone, « chaque extension du droit à une nouvelle entité, avant d'être effective, a été un peu impensable<sup>43</sup> ». Dans *L'animal que donc je suis*, Jacques Derrida assimilait cette sorte d'expérience transgressive, pouvant confiner à la « fin de l'homme » et au « passage de frontières », à une « limitrophie », c'est-à-dire une logique de la limite. La « limitrophie » désigne, selon lui, « ce qui avoisine les limites mais aussi ce qui nourrit, se nourrit, s'entretient, s'élève et s'éduque, se cultive aux bords de la limite<sup>44</sup> ». Sur les crêtes de l'impensable des taxonomies, la consécration d'un champ d'études au « droit des choses » (« *Rights of Things*<sup>45</sup> ») englobe les subjectivités non humaines émergentes dans le statut de la personnalité juridique sur trois axes principaux, à savoir : (1) le droit des animaux non humains

---

<sup>38</sup> S. M. WISE, « Nonhuman Rights to Personhood », *Pace Environmental Law Review*, 30/3, 2013, p. 1278.

<sup>39</sup> R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit. Caractère et conséquences », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 638.

<sup>40</sup> B. NEWELL, « Animal Custody Disputes: A Growing Crack in the Legal Thinghood of Nonhuman Animals », *Animal Law*, 6, 2000, p. 179 ; D. SCHWEITZER, « "Rights of Things": A Posthumanist Approach to Law? », *Nature and Culture*, 16/1, 2021, p. 28-46 ; S. M. WISE, « The Legal Thinghood of Nonhuman Animals », *Boston College Environmental Affairs Law Review*, 23, 1995 ; S. M. WISE, « Nonhuman Rights to Personhood », art. cité.

<sup>41</sup> V. L. MACDONALD GLENN, « A Legal Perspective on Humanity, Personhood, and Species Boundaries », *The American Journal of Bioethics*, 3/3, 2003, p. 27-28 [doi.org/10.1162/15265160360706480] ; R. YOUATT, « Personhood and the Rights of Nature: The New Subjects of Contemporary Earth Politics », *International Political Sociology*, 11/1, 2017, p. 39-54 [doi.org/10.1093/ips/olw032] ; S. VANUXEM, *Des choses de la nature et de leurs droits*, Versailles, Éditions Quæ, 2020 [books.openedition.org/quæ/41762].

<sup>42</sup> V. A. J. KURKI, *Legal Personhood*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023 ; V. A. J. KURKI, T. PIETRZYKOWSKI (dir.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Cham, Springer International Publishing, 2017 ; C. L. REYES, « Autonomous Corporate Personhood », *Washington Law Review*, 96/4, 2021, p. 1453-1510.

<sup>43</sup> C. STONE, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?*, Paris, Le passager clandestin, 2022, p. 30.

<sup>44</sup> J. DERRIDA, *L'animal que donc je suis*, Paris, Gallimard, 2025, p. 51.

<sup>45</sup> D. SCHWEITZER, « "Rights of Things" », art. cité.

(« *Animal Rights*<sup>46</sup> »), (2) le droit de la nature (« *Rights of Nature*<sup>47</sup> ») et (3) le droit des personnes électroniques (« *AI & Robots' Rights*<sup>48</sup> »).

Les implications de l'attribution de la personnalité juridique à des entités non humaines ne peuvent ainsi pas être sérieusement abordées sans poser corolairement celle du devenir du droit lui-même, des droits subjectifs et du statut moral des personnes humaines. « L'humanité, prévenait récemment Achille Mbembe, est en train de sortir du grand partage entre l'homme, l'animal et la machine qui aura tant caractérisé le discours sur la modernité et sur l'humanisme<sup>49</sup> ». Abondant dans le même sens, on peut avancer qu'attribuer un statut moral équivalent aux sujets humains et aux « sujets de droit non humains » (animaux, fleuves, montagnes, robots ou systèmes d'IA, etc.) plaide positivement en faveur de l'avènement d'une sorte d'« animisme juridique<sup>50</sup> » et pousse à refonder les assises éthico-philosophiques de la subjectivité juridique à l'âge de l'Anthropocène.

Cet article va examiner les fondements éthiques et philosophiques qui président à cette (r)évolution anthropomorphique du cadre normatif soutenant que la « nature » – qu'elle soit *animée* (animaux, organismes vivants) ou *inanimée* (rivières, montagnes, forêts, etc.) – peut ou doit être *personnifiée juridiquement*, au même titre que les sujets moraux humains. Afin d'évaluer les positions philosophiques et éthiques qui informent cette nouvelle économie fictionnelle et discursive de la subjectivité au cœur du (post)humanisme juridique moderne qui connaît désormais un succès notable dans le discours de l'écologie politique, je procéderai en trois temps.

---

<sup>46</sup> W. A. ADAMS, « Human Subjects and Animal Objects: Animals as “Other” in Law », *Journal of Animal Law and Ethics*, 3, 2010, p. 29-51 [ssrn.com/abstract=1632624] ; R. A. EPSTEIN, « Animals as Objects, or Subjects, of Rights », The Chicago Working Paper, 2002 [chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=law\_and\_economics] ; E. P. GOODMAN, « Animal Ethics and the Law », *Temple Law Review*, 79, 2006 [doi.org/10.7282/00000059].

<sup>47</sup> V. KAHUI *et al.*, « Comparative Analysis of Rights of Nature (RoN) Case Studies Worldwide: Features of Emergence and Design », *Ecological Economics*, 221, 2024 [doi.org/10.1016/j.ecolecon.2024.108193] ; G. J. GORDON, « Environmental Personhood », *Columbia Journal of Environmental Law*, 43/1, 2019 [doi.org/10.7916/cjel.v43i1.3742] ; M. ŁASZEWSKA-HELLRIEGEL, « Environmental Personhood as a Tool to Protect Nature », *Philosophia*, 51/3, 2023, p. 1369-1384 [doi.org/10.1007/s11406-022-00583-z] ; V. DAVID, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *Revue Juridique de l'Environnement*, 42/3, 2017, p. 409-424 ; R. YOUATT, « Personhood and the Rights of Nature », art. cité.

<sup>48</sup> J.-S. GORDON, « Artificial Moral and Legal Personhood », *AI & SOCIETY*, 36/2, 2021, p. 457-471 [doi.org/10.1007/s00146-020-01063-2] ; C. NOVELLI, G. BONGIOVANNI, G. SARTORI, « A Conceptual Framework for Legal Personality and Its Application to AI », *Jurisprudence*, 13/2, 2022, p. 194-219 [doi.org/10.1080/20403313.2021.2010936] ; R. VAN DEN HOVEN VAN GENDEREN, « Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI? », in M. CORRALES, M. FENWICK, N. FORGÓ (dir.), *Robotics, AI and the Future of Law, Perspectives in Law, Business and Innovation*, Singapore, Springer, 2018, p. 15-55 [doi.org/10.1007/978-981-13-2874-9\_2] ; L. B. SOLUM, « Legal Personhood for Artificial Intelligences », in W. WALLACH, P. ASARO (dir.), *Machine Ethics and Robot Ethics*, Londres, Routledge, 2020, p. 415-471 [doi.org/10.4324/9781003074991-37] ; V. A. J. KURKI, T. PIETRZYKOWSKI (dir.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, *op. cit.*

<sup>49</sup> A. MBEMBE, « Afrofuturisme et devenir-nègre du monde », *Politique africaine*, 136/4, 2014, p. 129.

<sup>50</sup> F. OST, « La personnalisation de la nature et ses alternatives », in A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, 2020 [doi.org/10.4000/books.pusl.27200].

Je rappellerai d'abord brièvement la nature fictionnelle des catégories de « personne morale » et de « personnalité juridique » pour mieux envisager les modalités et les limites de leur application à la « nature » et à d'autres entités légales non humaines (I). Ensuite, j'examinerai les principaux paradigmes théoriques au fondement de la personnalisation de la nature, ainsi que les objections, limitations et réserves qui leurs sont habituellement opposées (II). Enfin, j'avancerai une alternative post-dualiste et non moderne, inspirée des travaux de Philippe Descola et d'Edouardo Viveiros de Castro, susceptible de permettre d'envisager la personnification d'entités autres-qu'humaines du point de vue des ontologies animistes (III). Je gage que si cette approche venait à être correctement fondée, elle devrait offrir un gain d'intelligibilité supérieur dans la résolution ontologique et épistémologique d'une question qui n'a été jusqu'ici envisagée que depuis le seul point de vue de l'*épistémè moderne*<sup>51</sup>.

## I. LES BORDS DE LA FICTION JURIDIQUE : PERSONNE MORALE ET FRONTIERE HUMAINE

Je commencerai par définir la notion de « fiction juridique<sup>52</sup> », afin de mieux éclairer, d'une part, les effets performatifs que la médiation de la rationalité fictionnelle intercale entre la règle de droit et les faits et, d'autre part, la distinction entre personne physique et morale, d'autre part.

Selon la définition de la juriste Anne-Claire Arrighi, la « fiction juridique est une technique consistant à dénaturer la réalité juridique, voire à la contredire, afin de faire produire des effets de droit à une situation<sup>53</sup> ». En effet, poursuit-elle, l'applicabilité de la fiction de la personnalité juridique, indifféremment aux personnes physiques et aux personnes morales, témoigne de l'artificialité de la notion même de *personne juridique*. À travers la technique des fictions de la personnalité morale, légales ou jurisprudentielles, la nature duale du droit se révèle à la fois comme un *artefact social* et un *artifice juridique* qui permet d'outrepasser les bornes temporelles de la personnalité juridique, qu'il s'agisse de la faire rétroagir, de la faire continuer, ou au contraire de la faire perdurer<sup>54</sup>. Dans la *Théorie pure du droit*, Hans Kelsen relevait que « la personne physique est une personne "naturelle", alors que la personne juridique est une personne "artificielle", c'est-à-dire construite par la science du droit, et non "réelle"<sup>55</sup> ». Par ailleurs, si la personnalité juridique a pu être attribuée aux personnes morales ou à une partie seulement des

---

<sup>51</sup> À propos de la notion d'épistémè ou de champ épistémologique, voir M. FOUCAULT, *Les Mots et les Choses*, Paris, Gallimard, 1966, p. 13.

<sup>52</sup> Voir O. CAYLA, « L'ambiguïté de la fiction juridique », in P. NAPOLI (dir.), *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, École française de Rome, 2013, p. 175-187 ; M. DEL MAR, W. TWINING (dir.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Cham, Springer International Publishing, 2015 [doi.org/10.1007/978-3-319-09232-4].

<sup>53</sup> A.-C. ARRIGHI, « Les fictions de la personnalité juridique en droit des sociétés », *Revue juridique de l'Ouest*, 4, 2016, p. 19-30 [doi.org/10.3406/juro.2016.4884].

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>55</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1967, p. 229.

êtres humains qualifiés de personne physique, c'est parce qu'elle est une abstraction pure<sup>56</sup>, « un artefact qui n'a pas de réalité concrète<sup>57</sup> ». Ainsi, grâce à la fonction correctrice de la « fiction juridique », la personnalité juridique d'une personne physique comme morale peut au besoin survivre à sa dissolution ou rétroagir à son stade embryonnaire<sup>58</sup>.

Sur un premier plan, au prisme de la controverse entre réalité et fiction en vigueur dans la théorie du droit<sup>59</sup>, la catégorie de « personne morale » apparaît, selon les principales conceptions théoriques, comme une construction technique au statut oscillant entre fiction, réalité et abstraction. En effet, s'il est une parcelle de réalité que la personne morale peut positivement revendiquer, dans la construction de la science du droit, celle-ci ne peut être « qu'une réalité juridique<sup>60</sup> ». Du strict point de vue kelsenien de cette réalité juridique, « une personne morale n'est techniquement qu'une fiction, qui en tant que telle nécessite une consécration juridique pour exister<sup>61</sup> ». Toutefois, comme le précise Nadia Dumont-Kisliakoff dans *La simulation en droit romain*, le « droit applique les fictions contre la vérité ; mais pas contre la nature, ou le possible[.] La fiction est une disposition du droit portant sur un fait reconnu comme faux, [mais] qui est possible [et] que l'on tient pour vrai<sup>62</sup> ». Sans évidemment omettre la distinction entre personne physique et personne morale, ainsi que la ligne de partage entre *capacité de jouissance* et *capacité d'exercice*. Dans le détail, la capacité de jouissance renvoie à l'aptitude requise par le droit objectif pour qu'un individu puisse être titulaire de droits subjectifs ou d'obligations, et la capacité d'exercice désigne l'aptitude de l'individu à mettre en œuvre lui-même les droits dont il est réputé titulaire<sup>63</sup>.

Je propose, à présent, d'explorer à la manière de Jacques Rancière les « bords de la fiction » de la personnalité juridique, c'est-à-dire d'éclairer les diverses manières dont celle-ci peut s'élargir, en accueillant « des êtres et des situations qui étaient auparavant à ses marges », car « ce qui distingue la fiction de l'expérience ordinaire, ce n'est pas un défaut de réalité mais un surcroît de rationalité<sup>64</sup> ».

---

<sup>56</sup> M. IACUB, *Penser les droits de la naissance*, Paris, PUF, 2002, p. 98 ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut de l'enfant à naître*, Paris, PUAM, 2003, p. 263.

<sup>57</sup> A.-C. ARRIGHI, « Les fictions de la personnalité juridique en droit des sociétés », art. cité, p. 29.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 28-29.

<sup>59</sup> En général, les théories de la personnalité juridique se répartissent en trois catégories distinctes : « les théories de la fiction, les théories négatives de la personnalité et, enfin, les théories de la réalité ». Voir C. BOUCHARD, « La réforme du droit des sociétés : l'exemple de la personnalité morale », *Les Cahiers de droit*, 34/2, 1993, p. 360.

<sup>60</sup> M. ATTAL, « Le concept de personne morale conserve-t-il une raison d'être ? », in M. HECQUARD-THERON, J. KRYNEN, *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Toulouse, Presses de l'université Toulouse Capitole, 2005 [doi.org/10.4000/books.putc.1594].

<sup>61</sup> C. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 130.

<sup>62</sup> N. DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation en droit romain*, Paris, Cujas, 1970, p. 53, cité par O. GUERRIER, « Les fictions juridiques et leurs avatars humanistes », *Pallas*, 91, 2013 [doi.org/10.4000/pallas.466].

<sup>63</sup> Dans la science du droit, on distingue habituellement « la capacité de jouissance, qui est l'aptitude à être titulaire de droits et débiteur d'obligations et la capacité d'exercice, qui est la possibilité de mettre personnellement en œuvre ses droits et obligations à travers un certain nombre d'actes juridiques » (T. GARE, A. RAYNAUD, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, Ellipses, 2018, p. 65).

<sup>64</sup> J. RANCIÈRE, *Les bords de la fiction*, Paris, Seuil, 2017, p. 7.

Selon la définition retenue par Anne Paynot-Rouvillois dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, le statut de « personne morale » renvoie à « l'aptitude d'un groupement de personnes ou d'un ensemble de biens à être sujet de droit<sup>65</sup> ». Une telle attribution est purement *capacitaire* et *déclarative*, même si elle ne se laisse pas borner exclusivement aux frontières de l'humanité. Le dispositif de la personne morale n'implique toutefois pas formellement de coïncidence parfaite entre le « sujet de droit » et la « personne humaine ». Le droit positif accorde aisément aux entités non humaines des critères analogues (sensibilité, douleur, souffrance, angoisse, valeur intrinsèque) à ceux qui fondent philosophiquement les droits moraux des êtres humains. En revanche, si la plupart, sinon *toutes* les entités non humaines, ont une aptitude équivalente à être titulaire de droits et une aptitude virtuelle à être débiteur d'obligations, elles ne peuvent cependant *personnellement* pas toutes les mettre en œuvre sans le concours d'un tuteur humain pour un certain nombre d'actes juridiques. Dès son célèbre article de 1972<sup>66</sup>, traduit en français sous le titre *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?*, le philosophe du droit Christopher Stone relevait que l'attribution de la qualité de « sujet de droit » à des entités de la « nature »<sup>67</sup> incluait pour elles la possibilité de jouir de la capacité d'ester en justice, mais son exercice ne pouvait faire l'économie de la médiation d'un « tuteur »<sup>68</sup> humain.

La personnalité juridique, conceptuellement parlant, renvoie à une « aptitude générale » – une capacité à être dépositaire de droits subjectifs et à être débiteur de devoirs – imputée à tous les potentiels sujets de droit. Elle trouve sa « traduction concrète » dans la notion de « capacité juridique »<sup>69</sup> dont Visa A. J. Kurki signale qu'elle partage à la fois l'ambiguïté et une certaine synonymie avec celle de « compétence juridique »<sup>70</sup>. Kurki distingue, à cet égard, une « personnalité juridique passive » (dotée uniquement de la capacité de jouissance, au sens formel de la capacité à détenir des droits et à assumer des devoirs) d'une « personnalité juridique active » (dotée au sens pratique à la fois de la capacité de jouissance et d'exercice directe des droits dont elle est titulaire<sup>71</sup>). Ce découpage juridique recoupe schématiquement la distinction philosophique entre agent moral et patient moral, servant à s'opposer ou à soutenir l'idée selon laquelle : « (1) il serait nécessaire d'avoir des devoirs pour avoir des droits et (2) qu'avoir des droits implique une forme de rationalité ou d'autonomie qui échapperait à l'immense majorité les animaux autrement qu'humains (voire à tous)<sup>72</sup> ». Il est loisible de faire admettre à ce stade de l'analyse que la vieille ligne de démarcation entre personne humaine et entité non

<sup>65</sup> A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Personne morale », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1153.

<sup>66</sup> C. STONE, « Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects », *Southern California Law Review*, 45, 1975, p. 330-331.

<sup>67</sup> V. DAVID, « La lente consécration de la nature, sujet de droit : Le monde est-il enfin Stone ? », *Revue juridique de l'environnement*, 37/3, 2012, p. 469-485.

<sup>68</sup> C. STONE, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>69</sup> J. AUBERT, *L'essentiel de l'introduction au droit*, Paris, Ellipses, 2018, p. 155-161.

<sup>70</sup> V. A. J. KURKI, « A Short History of the Right-Holding Person », in *A Theory of Legal Personhood*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 44.

<sup>71</sup> T. PIETRZYKOWSKI, V. A. J. KURKI, *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>72</sup> C. BAILEY, « Le double sens de la communauté morale : la considérabilité morale et l'agentivité morale des autres animaux », *Les ateliers de l'éthique/The Ethics Forum*, 9/3, 2014, p. 1-253.

humaine passe moins au niveau de la *capacité de jouissance* qu'au niveau de la *capacité d'exercice direct* des droits octroyés.

Considérons un instant l'exemple des enfants en bas âge, des vieillards atteints de démence ou des personnes avec des déficiences sévères, dont la possession des propriétés essentielles (facultés cognitives, langage, autonomie de la personne, capacité à reconnaître des normes et à s'y conformer) qui fondent la démarcation éthique et la supériorité morale humaine n'excède guère ceux de certains animaux non humains (orang-outang, baleines, etc.). L'incapacité d'exercice directe des droits sans le recours à tuteur légal, dans un cas comme dans l'autre, ne saurait justifier l'imputation d'une différence de statut moral ni être tenue pour un critère d'exclusion dans la communauté morale. Sauf à considérer l'appartenance à l'espèce humaine comme seul critère moralement pertinent, on ne saurait moralement justifier de retirer à une personne morale (humains comme non humaine) l'aptitude à être titulaire de droits en raison de son incapacité à l'exercer elle-même<sup>73</sup>. En effet, l'incapacité de jouissance ne pouvant jamais être totale sauf à se nier dans ses propres principes, l'incapacité d'exercice ne devrait pas pouvoir non plus retirer l'aptitude d'un titulaire de droits à en jouir – même si elle le prive du droit de les exercer lui-même<sup>74</sup>.

L'autre différence majeure, à mon sens, entre la personnalité juridique d'une personne physique et celle d'une personne morale ne réside pas de façon inhérente dans la *nature* biologique de la première, mais dans la construction dans la réalité sociale de la seconde comme produit dérivé ou effet performatif d'une fiction juridique<sup>75</sup>. Dans le cadre orthodoxe du paradigme anthropocentrique, les systèmes juridiques occidentaux contemporains retiennent, selon Visa A. J. Kurki, quatre critères pour discriminer les personnes morales des personnes physiques. Les premières doivent être (1) des êtres humains, (2) ceux qui sont nés, (3) ceux qui sont actuellement en vie et (4) ceux qui sont doués de sensibilité<sup>76</sup>. Si l'on indexait toute considération morale sur la manifestation d'une forme de *sensibilité* à la souffrance ou la non-souffrance, comme le recommandent les éthiques pathocentrées<sup>77</sup>, la présomption de supériorité morale des êtres humains perdrait toute sa pertinence parce que les animaux en sont également capables. En outre, même si être doué de sensibilité ou être vivant étaient des caractéristiques exclusives des humains (ce qui n'est pas le cas), cela n'impliquerait pas de tenir pour légitime que *tous* les non-humains soient perçus comme des instruments au service des humains, de simples moyens pour atteindre des fins humaines.

---

<sup>73</sup> G. RESTA, « Personnalité, Persönlichkeit, Personality », *European Journal of Comparative Law and Governance*, 1/3, 2014, p. 215-243 [doi.org/10.1163/22134514-00103002].

<sup>74</sup> M. BRUGEMAN, « Personnalité, incapacité, vulnérabilité », in X. BLOY, *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'université Toulouse Capitole, 2013 [doi.org/10.4000/books.putc.3029].

<sup>75</sup> La performativité renvoie à la théorie du langage développée par le philosophe anglais John Langshaw Austin. Il s'agit d'un concept linguistique et philosophique qui sert à décrire la capacité de certains énoncés à agir sur le monde. La performativité d'un acte d'énonciation tient à la fois de la force illocutoire que des effets perlocutoires du langage. Voir J. L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1962.

<sup>76</sup> V. A. J. KURKI, « Introduction », in *A Theory of Legal Personhood*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>77</sup> G. HESS, *Éthiques de la nature*, *op. cit.*, p. 111-154.

Sur un second plan, la question du fondement de l'égalité morale et politique entre les humains et les non-humains emporte avec elle, d'un point de vue aussi bien épistémologique, éthique que normatif, ce qu'il faut bien qualifier de « problème du fondationnalisme ». Par « problème du fondationnalisme », j'entends la difficulté épistémologique d'établir des jugements moraux sur un socle fondateur infaillible ou de justifier l'existence de propositions philosophiques non révisables et incorrigibles, en quelque sorte auto-fondées. La question est d'autant plus saillante que l'humanisme juridique anthropocentré et individualiste, inspiré par la philosophie des droits de l'homme du début du XIX<sup>e</sup> siècle qui a sacralisé la personne humaine et « son éminente dignité au pinacle de la scène juridique<sup>78</sup> », ne peut se prévaloir ni de la philosophie du droit naturel ni de celle des Lumières pour fonder un exceptionnalisme juridique humain. Il paraît difficile, voire impossible, d'établir chez les êtres humains en tant que tels des propriétés naturelles exclusivement pertinentes et philosophiquement irréfutables (rationalité, autonomie personnelle, vertu morale, sagesse, force de volonté, capacité d'empathie, etc.) pouvant justifier de leur accorder à eux et à eux seuls des droits fondamentaux égaux ou d'affirmer leur égalité de participation à une communauté définie<sup>79</sup>. En effet, l'attribution du statut d'agent moral aux seuls humains repose sur des béquilles discriminatoires et hiérarchisantes qui ne sont pas sans rappeler le racisme et le spécisme, plaçant l'espèce humaine au-dessus des autres-qu'humains<sup>80</sup>.

L'idée anthropocentrique forte selon laquelle *tout* humain possède un statut moral privilégié du fait de son humanité apparaît assurément arbitraire, car il ne semble pas y avoir de propriétés pouvant la justifier de façon suffisante et valide. Comme nous l'avons montré plus haut, certains êtres humains souffrant de déficiences cognitives (les personnes dans le coma et les bébés par exemple) sont dépourvus des attributs de la raison, de la conscience d'eux-mêmes, du langage, pouvant justifier leur supériorité sur les animaux dotés de capacités cognitives identiques ou supérieures<sup>81</sup>. Inspirée du dualisme inhérent à l'humanisme juridique moderne, cette position reste tributaire d'une conception philosophique anthropocentrée, qui, pour reprendre l'impératif catégorique kantien, considère « l'Homme comme détenteur d'une valeur suprême, placé au sommet de la hiérarchie des "étants", représentant une fin et non un moyen<sup>82</sup> ».

Ironiquement, de nombreuses postures éthiques pathocentriques en faveur des droits des animaux reconduisent la distinction anthropomorphe<sup>83</sup> selon laquelle *seuls certains* animaux dotés d'un développement cognitif très élevé, comme les chimpanzés, les gorilles et les orangs-outans (mais aussi les éléphants et les dau-

---

<sup>78</sup> Q. LE PLUARD, « La fin de l'humanisme juridique ? », art. cité, p. 113.

<sup>79</sup> V. COHEN, « Minimalism about Human Rights: The Most We Can Hope For? », *Journal of Political Philosophy*, 12, 2004, p. 190-213 ; C. BEITZ, « What Human Rights Mean », *Daedalus*, 132/1, 2003, p. 36-46 ; J. WALDRON, *One Another's Equals: The Basis of Human Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2017 ; J. MCMAHAN, « Challenges To Human Equality », *The Journal of Ethics*, 12/1, 2007, p. 81-104.

<sup>80</sup> V. GIROUX, *L'antispécisme*, Paris, PUF, 2020, p. 20.

<sup>81</sup> G. HESS, *Éthiques de la nature*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>82</sup> Q. LE PLUARD, « La fin de l'humanisme juridique ? », art. cité, p. 110-111.

<sup>83</sup> Voir R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit : caractère et conséquences », art. cité, p. 10. Il soutenait que la qualité de sujet de droit doit être attribuée à tout être vivant qui a des facultés émotionnelles.

phins), pourraient se prévaloir d'un statut équivalent à celui d'une personne humaine<sup>84</sup>. Dans *La libération animale*, Peter Singer fait à juste titre remarquer que « [les] chimpanzés, les chiens, les porcs et les membres adultes de bien d'autres espèces dépassent de loin un enfant au cerveau endommagé, du point de vue de leur capacité<sup>85</sup> ». Bien que l'argument soit séduisant, cela ne résout nullement ce que le philosophe Richard Arneson qualifie de « problème de Singer<sup>86</sup> », à savoir la difficulté de spécifier un principe moral déterminant le statut moral fondamental qui attribue un statut supérieur aux humains par rapport aux autres animaux sur la base des capacités cognitives supérieures des humains, mais qui attribue également à toutes les personnes humaines un statut moral fondamental égal, indépendamment de leurs capacités cognitives différentes.

## II. PERSONNIFIER LA NATURE : THEORIES, OBJECTIONS ET LIMITES

L'extension conceptuelle de la personnalité juridique<sup>87</sup> à des entités autres qu'humaines comme les éléments naturels a récemment fait l'objet d'importants développements théoriques en éthique de l'environnement et en philosophie morale. La remise en question contemporaine de l'humanisme juridique par les perspectives néo-matérialistes<sup>88</sup>, post-dualistes<sup>89</sup> et post-humanistes<sup>90</sup> alimente une révolution ontologique, épistémologique, méthodologique et conceptuelle qui traverse les sciences sociales.

---

<sup>84</sup> D. SCHWEITZER, « “Rights of Things”: A Posthumanist Approach to Law? », art. cité.

<sup>85</sup> P. SINGER, *La libération animale*, op. cit., p. 49.

<sup>86</sup> R. J. ARNESON, « What, if Anything, Renders All Humans Morally Equal? », in D. JAMIESON (dir.), *Singer and His Critics*. Malden, Mass Wiley-Blackwell, 1999, p. 103-28.

<sup>87</sup> C. MESSNER, « “Living” Law: Performative, Not Discursive », *International Journal for the Semiotics of Law/Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, 25/4, 2012, p. 537-552 [doi.org/10.1007/s11196-011-9232-y] ; A.-C. ARRIGHI, « Les fictions de la personnalité juridique en droit des sociétés », art. cité.

<sup>88</sup> D. COOLE, S. FROST (dir.), *New Materialisms. Ontology, Agency, and Politics*, Durham, Duke University Press, 2010 ; B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, La Découverte, 1991 ; ID., *Changer de société, refaire de la sociologie*, Paris, La Découverte, 2006 ; ID., *Enquête sur les modes d'existence*, Paris, La Découverte, 2012.

<sup>89</sup> K. ENGERT, C. SCHÜRKMANN, « Introduction: Posthuman? Nature and Culture in Renegotiation », *Nature and Culture*, 16/1, 2021, p. 1-10 [doi.org/10.3167/nc.2020.160101] ; E. JONES, N. TAYLOR, « Decentering Humans in Research Methods », in A. COLOMBINO, H. K. BRUCKNER (dir.), *Methods in Human-Animal Studies*, Londres, Routledge, 2023 [doi.org/10.4324/9781351018623-3] ; D. V. PORPORA, « Dehumanization in Theory: Anti-Humanism, Non-Humanism, Post-Humanism, and Trans-Humanism », *Journal of Critical Realism*, 16/4, 2017, p. 353-367 [doi.org/10.1080/14767430.2017.1340010].

<sup>90</sup> N. BADMINGTON, « Theorizing Posthumanism », *Cultural Critique*, 53/1, 2003, p. 10-27 [doi.org/10.1353/cul.2003.0017] ; S. HERBRECHTER, *Posthumanism. A Critical Analysis*, Londres, Bloomsbury, 2013 [doi.org/10.5040/9781472548207] ; J. NORMAN, *Posthuman Legal Subjectivity. Reimagining the Human in the Anthropocene*, Londres, Routledge, 2021 [doi.org/10.4324/9781003197133] ; D. SCHWEITZER, « “Rights of Things” », art. cité ; K. SOPER, « The Humanism in Posthumanism », *Comparative Critical Studies*, 9/3, 2012, p. 365-378 [doi.org/10.3366/ccs.2012.0069].

À l'examen détaillé de la littérature scientifique en éthique environnementale, je suggère de mobiliser une première distinction entre des *positions non extensives* (anthropocentriques), qui ne reconnaissent que la valeur morale des seuls êtres humains, et des *positions extensives* (non anthropocentriques), qui reconnaissent une valeur morale à des êtres non humains : les animaux, doués de sensibilité (positions pathocentrées), les êtres vivants ayant une valeur immanente (positions biocentrées), tout ce qui est (positions écocentrées)<sup>91</sup>. Une seconde distinction encore plus cruciale discrimine entre *théories de l'intérêt* et *théories de la volonté*. En effet, les théories de l'intérêt ont tendance à être assez extensives (incluant les enfants, les animaux et les fœtus), tandis que les théories de la volonté seront plus restrictives réservant les droits aux seuls êtres humains adultes et/ou dotés de capacités mentales suffisantes.

Parallèlement, il importe de souligner que les justifications philosophiques soutenant les positions extensionnelles qui incitent à l'élargissement des droits aux entités non humaines obéissent à deux raisons spécifiques, *intrinsèques* et *instrumentales*. Selon l'interprétation de Simon Chesterman, les *raisons intrinsèques* renvoient aux arguments en faveur de la personnalité juridique des animaux reposant sur les intérêts, leurs droits moraux, leur personnalité morale, etc., alors que les *raisons instrumentales*, à défaut de reposer sur les intérêts des non-humains, font dépendre l'attribution de ces droits du souci des humains envers certains animaux ou en faveur de leur propre préservation (contre le changement climatique, les dégradations écosystémiques, les zoonoses, etc.). La définition canonique de René Demogue, liant la qualité de sujet de droit « aux intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité<sup>92</sup> », est à cet égard puissamment instrumentale. Tendanciellement, les *raisons instrumentales* ont plus de portée que les raisons intrinsèques en matière d'argumentaire en faveur de la personnalité juridique des animaux, de la nature et des systèmes d'IA ou de robots. En revanche, parmi les défenseurs de la cause animale, le recours aux arguments fondés sur des raisons *intrinsèques* est nettement plus courant<sup>93</sup>.

De nombreuses objections ont pu être soulevées contre l'idée d'attribuer le statut de sujet de droit à la nature. La position forte du juriste François Ost peut se résumer abruptement comme suit : « Il n'est ni opportun juridiquement ni justifié philosophiquement de personnifier la nature et de lui reconnaître des droits<sup>94</sup> ». Le philosophe du droit Bjarne Melkevik, entre autres, fustige un reflux de conception holiste, assimilable au droit antésocratique ou à celui, traditionnel, des Autochtones des Amériques, et dénonce l'imposition d'une « pseudo-solution » qui obstrue notre horizon éthique et qui n'est « qu'une “solution magique” évacuant la complexité inhérente aux relations intersubjectives entre les hommes et entre les

---

<sup>91</sup> C. RENOARD, « L'affaire de tous. Libéralisme et théories de la justice sociale et écologique », *Revue française des affaires sociales*, 2015/1, 2015, p. 20.

<sup>92</sup> R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », art. cité, p. 630.

<sup>93</sup> V. A. J. KURKI, *Legal Personhood*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>94</sup> F. OST, « Élargir la communauté politique par les droits ou par les responsabilités ? », *Philosophie, Écologie & Politique*, 56/1, 2018, p. 65-82 [doi.org/10.3917/ecopo1.056.0065].

hommes et la nature<sup>95</sup>. » À l’instar de ce dernier, d’autres défenseurs de la conception orthodoxe de la « personnalité juridique<sup>96</sup> » prônent un élargissement de la communauté éthique *par les responsabilités* (vis-à-vis du milieu) contre les approches prônant l’attribution de droits (à la nature). Quant à la théoricienne Doris Schweitzer, elle tempère empiriquement l’enthousiasme de tous ceux qui ont un peu trop vite enterré l’exceptionnalisme humain, en soulignant l’absence, dans le droit positif, d’une normativité post-humaniste qui se refléterait dans des nouvelles « légalités plus qu’humaines<sup>97</sup> ».

Que ce soit dans la *common law* ou dans les traditions civilistes, l’idée de promouvoir la solubilité des droits d’entités non humaines dans le système juridique moderne ne semble pas pouvoir faire l’économie de sa contestation, de son hybridation, voire de son dépassement<sup>98</sup>. Par ailleurs, il ne semble pas possible de sortir de l’éthique individualiste libérale ni d’ôter à la conception de la personnalité juridique ses œillères anthropocentriques. En effet, la figure de la « nature » n’est pas facilement soluble dans le moule de la reconnaissance de l’individualisme libéral et de ses oripeaux juridiques.

D’autres défenseurs des positions dualistes – ou anthropocentriques – fustigent quant à eux les limitations conceptuelles, voire les contradictions énonciatives impliquées par le remplacement du concept de « nature » par des concepts vaporeux comme le « vivant » et le « non-humain<sup>99</sup> ». Ils dénoncent le courant desdits « penseurs du vivant », assimilés par facilité à un « descolatourisme », qui soutiennent la thèse que la « nature n’existe pas ». Face à cette conception de l’« écologie sans nature » et « sans critique du capitalisme<sup>100</sup> » au service du « vivre sans produire<sup>101</sup> » angélique que les « penseurs du vivant » professeraient, leurs pourfendeurs proposent de réaffirmer le particularisme humain et la différence entre nature et société. Cette position plutôt conservatrice n’est pour autant pas moins entièrement compatible avec la conception pragmatique de Christopher Stone qui soutient analytiquement que le dispositif juridique de la personne morale est suffisamment flexible pour accueillir les forêts, les océans, les rivières et les autres entités naturelles. Il en veut pour preuve qu’il s’est révélé historiquement capable de s’étendre aux entreprises, navires et autres personnes morales du droit commercial privé. En conséquence, il n’y aurait pas d’obstacle éthique ni de limite substantielle à sa capacité d’extension à l’intérieur du paradigme anthropocentrique. D’un point de vue dualiste, une telle extension pragmatique de la catégorie juridique de « per-

<sup>95</sup> B. MELKEVIK, *Philosophie du droit*, t. 1, Québec, Les Presses de l’université Laval, 2010, p. 52.

<sup>96</sup> T. OSBORNE, N. ROSE, « Against Posthumanism. Notes Towards an Ethopolitics of Personhood », *Theory, Culture & Society*, 41/1, 2024, p. 3-21 ; D. SCHWEITZER, « “Rights of Things” », art. cité.

<sup>97</sup> D. SCHWEITZER, « “Rights of Things” », art. cité.

<sup>98</sup> C. D. STONE, « Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects », art. cité.

<sup>99</sup> V. RIGOLET, A. BIDEZ, *Vivre sans produire. L’insoutenable légèreté des penseurs du vivant*, Vulaines sur Seine, Éditions du Croquant, Détox, 2023.

<sup>100</sup> F. LORDON, « Pleurnicher le vivant », *Blogs Le Monde Diplomatique : La pompe à phynance*, 2021 [blog.mondediplo.net/pleurnicher-le-vivant].

<sup>101</sup> V. RIGOLET, A. BIDEZ, *Vivre sans produire*, op. cit.

sonne morale » aux entités naturelles présente un double avantage : à la fois l'*avantage technique* de ne pas bouleverser la division bipartite du droit et l'*avantage épistémologique* d'être normatif et prescriptif avant d'être descriptif<sup>102</sup>.

### III. DE L'ANIMISME JURIDIQUE : UNE APPROCHE ONTOLOGIQUE

Je me propose dans cette section d'examiner le point de fuite de l'animisme juridique<sup>103</sup>, depuis la perspective non anthropocentrée des cosmologies non naturalistes. Cette approche avance que l'animisme tel que thématiqué par l'ethnographie amazoniste notamment apporte une approche féconde permettant d'affirmer la préséance des enjeux ontologiques sur les postures éthiques. Il s'agit concrètement d'engager au préalable « une bataille [ontologique] sur ce qui *compte*, sur ce qui *est*, sur ce qui est digne d'être *soutenu* ou encore sur ce à quoi nous sommes prêts à *renoncer*<sup>104</sup> » et tout d'abord de ressaisir la volonté d'attribuer le statut de « sujet de droit » à la nature du point de vue ontologique et de la justice épistémique. De l'éco-philosophie aux humanités environnementales en passant par l'anthropologie de la nature, une nouvelle configuration thématique qu'il faut bien nommer la crise du « naturalisme » se fait jour. Elle reflète, d'une part, l'effritement du dualisme inhérent à l'anthropocentrisme occidental<sup>105</sup> appelant la réévaluation des présupposés ontologiques et des catégories d'appréhension de la nature ainsi que des entités naturelles. D'autre part, elle pose à nouveaux frais la vieille question de l'humanisme (juridique)<sup>106</sup> et soulève de nouvelles implications normatives. Et ceci parce que cela.

La valeur heuristique du concept de « personne humaine » au fondement anthropocentrique de la « personnalité juridique » dans le droit moderne occidental est-elle équivalente dans le schème ontologique animiste (de Philippe Descola) ou dans le « perspectivisme amérindien » (d'Eduardo Viveiros de Castro) ? L'anthropologue Philippe Descola propose quatre schèmes de l'identification (totémisme, analogisme, animisme, naturalisme)<sup>107</sup>. En régime ontologique animiste, par opposition au régime naturaliste, comme le souligne Eduardo Viveiros de Castro, « tout

---

<sup>102</sup> F. BURGAT, « La personne, une catégorie juridique souple propre à accueillir les animaux », *APD*, 1, LXIX, 2017, p. 175-191.

<sup>103</sup> M.-A. HERMITTE, « Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant », *La lettre du Collège de France*, 44, 2017-2018 [doi.org/10.4000/lettre-cdf.4288].

<sup>104</sup> D. LANDIVAR, « Animisme, patrimoine, communs », *In Situ. Au regard des sciences sociales*, 2, 2021 [journals.openedition.org/insituarss/1338].

<sup>105</sup> V. PLUMWOOD (dir.), *Feminism and the Mastery of Nature*, Londres, Routledge, 1993.

<sup>106</sup> Q. LE PLUARD, « La fin de l'humanisme juridique ? », art. cité.

<sup>107</sup> Philippe Descola avance que « tout humain se perçoit comme une unité mixte d'*intérieurité* et de *physicalité*, état nécessaire pour reconnaître ou dénier à autrui des caractères distinctifs dérivés des siens propres » (P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005, p. 169). Par « intérieurité », il faut entendre ce que l'on appelle « d'ordinaire l'esprit, l'âme ou la conscience — intentionnalité, subjectivité, réflexivité, affects, aptitude à signifier ou à rêver » (*ibid.*, p. 168) et par « physicalité », « l'ensemble des expressions visibles et tangibles » (la forme extérieure, la substance, les processus physiologiques mais aussi le tempérament ou la façon d'agir dans le monde) des dispositions qui résultent « des caractéristiques morphologiques et physiologiques » (*ibid.*, p. 169).

peut être humain, [car] rien n'est humain de façon claire et distincte<sup>108</sup> ». Abondant dans le même sens, Philippe Descola précise dans *Par-delà nature et culture* que, dans les cosmologies animistes, la « plupart des plantes et des animaux sont inclus dans une communauté de personnes partageant tout ou partie des facultés, des comportements et des codes moraux ordinairement attribués aux hommes<sup>109</sup> ». Plus loin, il précise que, en Amazonie, la plupart des animaux sont conçus comme des personnes dotées d'une âme, ce qui leur confère des attributs tout à fait identiques à ceux des humains, tels la conscience réflexive, l'intentionnalité, la vie affective ou le respect de préceptes éthiques<sup>110</sup>. La construction de la frontière entre humains et non-humains dans les discours et différentes cultures étant tributaire des représentations particulières des divers mondes sociaux, il est possible, voire urgent, d'envisager la mise en place de savoirs distincts émanant des différentes positions ontologiques. Un large spectre de positions philosophiques et éthiques peut être développé sur les caractérisations ontologiques de la nature, de l'animal humain et des autres animaux, non pas seulement pour défendre une différence de degré au sein d'un *continuum* évolutionniste, mais pour professer la porosité des frontières entre l'humain et l'animal dans le cadre d'un monisme matérialiste. Dans la littérature philosophique anglophone notamment, la pensée cyborg de Donna Haraway est probablement celle qui a le mieux réussi le brouillage suggéré plus haut entre l'humain, l'animal et la machine, au point de faire s'estomper l'opposition entre l'organique et l'inorganique, ainsi que celle entre l'humain-animal en faveur d'une ontologie relationnelle.

Le régime animiste, il convient de le préciser, n'en est pas moins anthropocentrique et anthropomorphe, même si la manière dont il l'est diffère de sa formalisation dans la tradition juridique naturaliste. Dans l'animisme, en effet, ce n'est pas l'animalité qui est première chez l'humain, mais l'humanité potentielle imputable à l'ensemble des existants. Étant donné que « tout *peut* être humain », le problème du fondationnalisme se trouve conjuré par le perspectivisme amazonien développé par Eduardo Viveiros de Castro. Et si « tout humain se perçoit comme une unité mixte d'*intérieurité* et de *physicalité*, état nécessaire pour reconnaître ou dénier à autrui des caractères distinctifs dérivés des siens propres », ni l'*intérieurité* (intentionnalité, subjectivité, réflexivité, affects, aptitude à signifier ou à rêver) ni la *physicalité* (la forme extérieure, la substance, le tempérament ou la façon d'agir dans le monde) ne sont des propriétés exclusivement humaines. Outre la physicalité, des plantes et des animaux sont réputés jouir d'une *intérieurité* les autorisant à se prévaloir dans l'absolu d'une compétence légale. En clair, le post-humanisme juridique dans le cadre de l'ontologie naturaliste maintient un concept anthropomorphique d'« humain », à condition qu'il demeure l'étalon de mesure éthique, alors que dans l'animisme, puisque « tout peut être humain, alors rien n'est humain de façon claire et distincte<sup>111</sup> », c'est l'humain qui se trouve désanthropocentré.

---

<sup>108</sup> E. VIVEIROS DE CASTRO, *Métaphysiques cannibales. Lignes d'anthropologie post-structurale*, Paris, PUF, 2009, p. 36.

<sup>109</sup> P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>111</sup> E. VIVEIROS DE CASTRO, *Métaphysiques cannibales. Lignes d'anthropologie post-structurale*, *op. cit.*, p. 36.

En conclusion de cet article – conclusion provisoire au regard des débats en cours –, il apparaît clairement que le droit occidental ne parvient à « personnifier la nature<sup>112</sup> » et lui reconnaître des droits similaires aux humains que par un procédé isonomique consistant à *déshumaniser l'anthropocentrisme juridique*. Pour *désanthropocentrer l'humain* plus efficacement, corolairement et symétriquement, l'annexion des choses naturelles sous la fiction juridique de personne morale promet d'atteindre un plus haut degré sous le schème intégrateur animiste<sup>113</sup> qui potentialise les effets de l'anthropomorphisme juridique mieux que le schème naturaliste occidental.

## CONCLUSION

En définitive, les caractéristiques de la personnalité (morale et juridique) n'ont cessé de varier dans le temps. La tendance actuelle à la personnification de la nature participe solidairement de l'émergence d'un nouveau régime juridique prônant une construction du « droit des choses » qui remet en question la stricte distinction entre humains (*persona*) et non-humains (*res*). Les droits des animaux, les droits de la nature et les droits des personnes électroniques (Robots, IA) sont les fers de lance de cette évolution du « droit des choses » qui ne s'oppose pas nécessairement à l'anthropocentrisme du droit. Tout au contraire, comme j'ai pu le suggérer, cette évolution plaide en faveur de la cristallisation d'une sorte d'« animisme juridique » aux conséquences éthiques, philosophiques et politiques insoupçonnées, et dont nous ne devinons qu'à peine la portée et l'ensemble des conséquences.

### Ibrahim Radjouloul-Salame Mouhamadou

Doctorant en science politique et membre du Laboratoire de philosophie politique de l'université Laval. Diplômé de l'École supérieure en études internationales (ÉSÉI) de l'université Laval, il enseigne également la science politique au Cégep François-Xavier Garneau à Québec.

---

<sup>112</sup> F. OST, « Élargir la communauté politique par les droits ou par les responsabilités ? », art. cité.

<sup>113</sup> E. VIVEIROS DE CASTRO, *Métaphysiques cannibales. Lignes d'anthropologie post-structurale*, op. cit.

Diana M. Mocanu & Pierre Walckiers

**Des objets aux sujets de droit et au-delà.  
Querelles méthodologiques  
autour des approches graduelles et relationnelles  
du statut juridique de l'intelligence artificielle\***

**INTRODUCTION**

**A**U FONDEMENT de ce que l'on désigne aujourd'hui comme l'humanisme juridique du droit occidental<sup>1</sup>, la traditionnelle dichotomie entre objet et sujet de droit, ou entre chose et personne<sup>2</sup>, selon laquelle les dernières priment sur les premières<sup>3</sup>, est de plus en plus contestée. De l'intérieur aussi bien que de l'extérieur du domaine juridique, on lui reproche ses nombreux angles morts<sup>4</sup>, notamment concernant les « devenirs humains et non-humains »<sup>5</sup>,

---

\* Funded/Co-funded by the European Union (ERC, LEGACY, project number 101116635). Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union or the European Research Council. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

<sup>1</sup> T. PIETRZYKOWSKI, *Personhood Beyond Humanism*, Cham, Springer International Publishing, 2018 ; T. PIETRZYKOWSKI, « Law, Personhood, and the Discontents of Juridical Humanism », 28 sept. 2014 [papers.ssrn.com/abstract=2502528] ; C. LAZARO et S. LAGNEAUX, « Faire exister les IA, robots, cyborg. L'humanisme européen et ses altérités radicales », *UCLouvain - Conference Paper*, janv. 2019.

<sup>2</sup> Voir GAÏUS, *Institutes*, 1.8 : « l'ensemble du droit concerne soit les personnes, soit les choses, soit les actions » (nous traduisons). Cette formule a ensuite été reprise dans les *Digestes* de Justinien, 1.5.1 (éd. T. MOMMSEN et P. KRÜGER, 16<sup>e</sup> édition, 1954), où elle est formulée ainsi : « *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* ». Les actions, qui correspondraient aujourd'hui au droit procédural, ont ensuite été largement laissées de côté, car elles ont été dites relever d'un critère de classification différent de celui des deux premières catégories, à savoir les personnes et les choses.

<sup>3</sup> J. FINNIS, « The Priority of Persons Revisited », *The American Journal of Jurisprudence*, 58/1, 2013, p. 45-62.

<sup>4</sup> E. REITER, « Rethinking Civil-Law Taxonomy: Persons, Things, and the Problem of Domat's Monster », *Journal of Civil Law Studies*, 1/1, 2008, p. 189-213.

<sup>5</sup> G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, 2, Paris, Éditions de Minuit, 1980 ; R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, Cambridge, Polity Press, 2019.

une certaine ambivalence du sujet-objet<sup>6</sup>, un glissement de l'un envers l'autre<sup>7</sup>, ainsi que relativement aux « hybrides » traversant ses frontières conceptuelles<sup>8</sup>.

Dans le prolongement de ces questionnements, cet article examine des solutions méthodologiques pour traiter de la manière dont les systèmes d'intelligence artificielle (IA) brouillent les pistes conceptuelles menant traditionnellement soit vers l'objet, soit vers le sujet de droit quand il s'agit de répondre à la question de leur statut juridique<sup>9</sup>. Suivant la définition qu'en donne le Règlement (UE) 2024/1689 sur l'IA, un système d'IA peut se comprendre comme étant un :

système automatisé qui est conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie et peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des entrées qu'il reçoit, la manière de générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels<sup>10</sup>.

C'est de cette relative autonomie et, plus généralement, de l'émergente agentivité des systèmes d'IA<sup>11</sup> que découle leur tendance à chevaucher la frontière chose-personne dans la quête de l'intelligence artificielle générale (*Artificial General Intelligence* - AGI) ou encore de la superintelligence.

Dialoguant avec la philosophie<sup>12</sup>, les sciences sociales<sup>13</sup>, les *Science and Technology Studies* (STS)<sup>14</sup> ou encore la littérature scientifique sur les systèmes informationnels<sup>15</sup>, la réflexion théorique sur les systèmes d'IA constitue une activité par

---

<sup>6</sup> À l'instar des notions de quasi-sujet ou de quasi-objet de Michel Serres comme de Bruno Latour (M. SERRES, *Le Parasite*, Paris, Grasset, 1985 ; B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, La Découverte, 2013).

<sup>7</sup> R. ESPOSITO, *Persons and Things: From the Body's Point of View*, Cambridge Malden, Polity, 2015.

<sup>8</sup> Par exemple, et détaillé ensuite, les générations futures, les esprits, les animaux, l'intelligence artificielle, etc. (B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, op. cit., p. 13).

<sup>9</sup> D. M. MOCANU, « Beyond Persons and Things. The Legal Status of Artificial Intelligence Systems in the European Union », Louvain-La-Neuve, Université Catholique de Louvain, 2024 [dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:291013].

<sup>10</sup> Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 ainsi que les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (ci-après : règlement sur l'intelligence artificielle), J.O., 12 juil. 2024, article 3, § 1.

<sup>11</sup> R. SAPKOTA, K. I. ROUMELIOTIS, M. KARKEE, « AI Agents vs. Agentic AI: A Conceptual Taxonomy, Applications and Challenge », *Information Fusion*, 126, 2025, p. 103599.

<sup>12</sup> M. A. BODEN, *AI: Its Nature and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

<sup>13</sup> N. CRISTIANINI, T. SCANTAMBURLO, J. LADYMAN, « The Social Turn of Artificial Intelligence », *AI & SOCIETY*, 38/1, 2023, p. 89-96 ; A. POTTAGE et M. MUNDY (dir.), *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social: Making Persons and Things*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

<sup>14</sup> L. SUCHMAN, *Human-Machine Reconfigurations: Plans and Situated Actions, Learning in Doing: Social, Cognitive and Computational Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2006.

<sup>15</sup> M. MITCHELL *et al.*, « Fully Autonomous AI Agents Should Not be Developed », 6 fév. 2025, [arxiv.org/abs/2502.02649] ; A. BAIRD et L.M. MARUPING, « The Next Generation of Research on IS Use: A Theoretical Framework of Delegation to and from Agentic IS Artifacts », *MIS Quarterly*, 45/1b, 2021, p. 315-341.

nécessité transdisciplinaire, qui interroge tant la nature et les limites de l'intelligence que ses conceptualisations dans ces différentes disciplines. En outre, la littérature traitant du statut juridique de l'IA participe à une réflexion de portée plus large. Inscrite dans ce contexte, notre contribution entre par conséquent en dialogue avec d'autres cadres théoriques et méthodologiques abordant diverses situations liminales : « malades, monstres, enfants, séniles, fœtus, animaux sensibles, machines intelligentes, personnes en situation de handicap, minoritaires : autant de termes, autant de situations où le statut de l'humain est débattu, discuté, disputé<sup>16</sup> ».

Notre thèse est que la théorie du droit peut se saisir des systèmes d'IA comme terrain d'innovation fécond, plus particulièrement pour traiter des métamorphoses du sujet de droit dont ces systèmes sont parties prenantes. Fondamentalement, les systèmes d'IA déstabilisent les cadres juridiques traditionnels distinguant entre la chose et la personne, en raison de leurs caractéristiques anthropomorphes – comme l'intelligence, l'autonomie ou l'agentivité – et de leurs attachements spécifiques aux objets et aux sujets de droit préexistants.

Au-delà d'une potentielle mais disputée inscription d'un système d'IA dans l'une de ces deux catégories mutuellement exclusives ou d'une redéfinition de celles-ci, la création de nouvelles catégories auxquelles les différents types de systèmes d'IA devraient être relégués pourrait contribuer à éclairer normativement la manière dont elles se placeront dans le paysage conceptuel du droit lui-même : parmi ou au-delà les notions de sujet, d'objet, de chose, de personne, ainsi qu'en relation avec le monde empirique ou non. Dans la continuité de précédentes recherches<sup>17</sup>, on proposera ainsi une nouvelle approche méthodologique pour encadrer une telle créativité juridique en matière de catégories. Cette approche s'appuiera sur la conciliation de l'équilibre réflexif<sup>18</sup> et de la cohérence<sup>19</sup>, en tant qu'ingrédients indispensables à une théorie du statut juridique appliquée à l'IA qui offrirait des pistes pour, notamment, combler les lacunes en matière de responsabilité<sup>20</sup>, à l'origine des débats mêmes sur les statuts juridiques des systèmes d'IA. La nécessité d'une telle théorie est manifeste et, de fait, les systèmes d'IA soulèvent déjà des questions juridiques complexes. De plus, il est fort probable que les tribu-

---

<sup>16</sup> T. HOQUET, *Les presque-humains : Mutants, cyborgs, robots, zombies... et nous*, Paris, Seuil, 2021.

<sup>17</sup> Cette articulation entre l'équilibre réflexif et la cohérence, appliquée au traitement des systèmes d'IA, est introduite et développée dans D. M. MOCANU, *Beyond persons and things*, op. cit., p. 22-33.

<sup>18</sup> L'équilibre réflexif, chez Rawls, désigne le va-et-vient entre nos intuitions morales, les principes généraux de justice et les règles juridiques concrètes afin d'assurer leur cohérence. Ce concept fut récemment utilisé d'une manière similaire en théorie du droit pour aboutir à une nouvelle théorie de la personnalité juridique par V. A. J. Kurki. V. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 18, p. 40-46 et V. A. J. KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

<sup>19</sup> Ce concept est emprunté à S. L. Hurley, adapté, et détaillé dans la troisième partie. S. L. HURLEY, « Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent », *Oxford Journal of Legal Studies*, 10/2, 1990, p. 221-251.

<sup>20</sup> La question de savoir qui est par exemple responsable des dommages subis lors d'un accident impliquant une voiture autonome ou un algorithme de *credit scoring* là où les règles en matière de responsabilité du droit positif restent muettes (B.-J. KOOPS, M. HILDEBRANDT, O. JAQUET-CHIFFELLE, « Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society? », *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 11/2, 2010, p. 497-561.

naux soient prochainement confrontés à des affaires délicates en la matière, auxquelles une aide doctrinale non négligeable pourrait être apportée par une théorie plus cohérente qui serait mieux à même d'encadrer leurs statuts juridiques.

Prenant donc l'IA comme cas de figure, cet article propose d'analyser des stratégies méthodologiques pour aboutir à un traitement lucide et flexible de ces entités au-delà des bornes du cadre binaire chose-personne. Notre thèse sera guidée par plusieurs questions : comment appréhender la grande diversité de ces systèmes d'IA en droit ? Faut-il les penser en fonction de leurs propriétés, caractéristiques ou capacités propres ou à partir des relations qu'elles entretiennent avec d'autres entités juridiques ? S'agit-il là des deux branches d'une alternative ou bien seulement de deux options parmi tant d'autres pour déterminer le statut juridique d'un système d'IA ? Y a-t-il une meilleure façon pour parvenir à cette détermination ? De manière itérative, les systèmes d'IA seront examinés, tout au long de ce travail, pour répondre à « la question de leur statut juridique<sup>21</sup> », envisagé comme un outil conceptuel permettant de les intégrer dans le cadre juridique de façon fluide et de répondre en partie à la question de leurs places dans nos sociétés<sup>22</sup>.

L'article commencera par une cartographie des discussions théoriques et des pistes méthodologiques déjà proposées pour encadrer les métamorphoses du sujet et de l'objet de droit<sup>23</sup>, ou pour appréhender les diverses configurations possibles des relations juridiques autour ou avec les systèmes d'IA. On verra que certaines approches se sont appuyées sur l'histoire du droit pour enrichir la littérature des communs, en analysant la manière dont le *dominium* permet de prolonger la notion de personne<sup>24</sup>, ou encore pour proposer un *peculium* digital pour des agents d'IA<sup>25</sup>. D'autres perspectives ont eu recours à la théorie analytique du droit afin de parvenir à un « équilibre réflexif élargi » permettant une théorie renouvelée et plus cohérente de la personnalité juridique avec des applications possibles en matière d'IA<sup>26</sup>. D'autres encore ont suggéré de concevoir le sujet de droit comme une « méta-catégorie » distincte des choses et comprenant des sujets personnels ainsi que non personnels, tels que les systèmes d'IA<sup>27</sup>.

Qu'ils soient issus de la théorie du droit ou plus largement de perspectives historiques, philosophiques ou anthropologiques<sup>28</sup>, ces cadres théoriques et méthodologiques partagent certaines caractéristiques communes. En effet, on y retrouve

---

<sup>21</sup> J.-E. SCHIRMER, « Artificial Intelligence and Legal Personality: Introducing “Teilrechtsfähigkeit”: A Partial Legal Status Made in Germany », in T. WISCHMEYER et T. RADEMACHER (dir.), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham, Springer International Publishing, 2020, p. 123-142.

<sup>22</sup> G. TEUBNER, « Digital Personhood? The Status of Autonomous Software Agents in Private Law », 11 mai 2018 [papers.ssrn.com/abstract=3177096].

<sup>23</sup> F. SWENNEN, « Persoon, voorwerp, relatie », *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 4, 2022, p. 1253-1274 ; M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel : de quels droits ?*, Limal, Anthemis, 2023.

<sup>24</sup> S. VANUXEM, *La Propriété de la terre*, Marseille, Wildproject, 2018.

<sup>25</sup> U. PAGALLO, « Killers, Fridges, and Slaves: A Legal Journey in Robotics », *AI & SOCIETY*, 26/4, p. 347-354 ; K. HEINE et A. QUINTAVALLA, « Bridging the Accountability Gap of Artificial Intelligence – What Can be Learned from Roman Law? », *Legal Studies*, 44/1, 2024, p. 65-80.

<sup>26</sup> V. A. J. KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, op. cit.

<sup>27</sup> T. PIETRZYKOWSKI, « The Idea of Non-personal Subjects of Law », in V. A. J. KURKI et T. PIETRZYKOWSKI (dir.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Cham, Springer International Publishing, 2017, p. 49-67.

<sup>28</sup> P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005.

une remise en cause radicale du binôme objet-sujet, ainsi que des propositions pour des redécoupages des frontières et relations entre humains et non-humains. Partant, cette cartographie mettra en lumière la dimension relationnelle que partagent les différentes approches étudiées, et qui implique de traiter des relations ou d'un *continuum* relationnel entre des entités juridiques humaines et non humaines, plutôt que d'une essence substantielle de ces entités elles-mêmes<sup>29</sup>.

Suivant cette logique, la deuxième partie prolongera cette discussion transdisciplinaire en se penchant sur les relations sociales entre les humains ou les non-humains et les systèmes d'IA tels que les robots ou « *chatbots* », ainsi que sur leur « traduction » en tant que relations juridiques, à partir des théories relationnelles sur le statut moral et juridique des robots sociaux et des systèmes d'IA développées par Mark Coeckelbergh et David J. Gunkel, ainsi que par Joshua C. Gellers. S'inspirant de la philosophie d'Emmanuel Levinas et de l'idée selon laquelle l'éthique précède l'ontologie, l'approche relationnelle de Coeckelbergh et Gunkel soutient que nos rapports aux nouvelles technologies précèdent toute attribution d'une qualification ontologique ou encore juridique. Ces dernières seraient des rationalisations *post factum*, et c'est donc à la relation qu'on devrait se pencher d'avantage qu'aux *relata*.

Enfin, la dernière partie discutera d'une approche graduelle pour répondre à la question des statuts juridiques des systèmes d'IA. L'utilisation du pluriel est ici parlante. La métaphore du gradient est proposée pour décrire et situer les plusieurs mutations possibles des objets et des sujets de droit, ainsi que la création d'autres catégories, *entre* ou *au-delà* de celles-ci<sup>30</sup>. Suivant cette approche, le passage d'une gradation de statut juridique à l'autre se fait selon l'ajout ou le retrait d'« incidents », soit des faisceaux de positions juridiques composant les différents statuts juridiques<sup>31</sup>. Mais au lieu d'imaginer un *continuum* objet-sujet au long d'un axe vertical allant – comme il fut notamment proposé par Marie-Sophie de Clippele – de la chose aux communs, aux choses personnelles, aux sujets d'intérêt, aux sujets de droit, jusqu'à la personne<sup>32</sup>, l'approche graduelle dessine un espace multidimensionnel<sup>33</sup>, qui s'articulerait autour de plusieurs axes, selon les types d'incidents per-

---

<sup>29</sup> X. PERROT, « L'agentivité juridique des choses-personnes. La *summa divisio* transgressée ? », in J.-P. MARGUENAUD et C. VIAL (dir.), *Droits des êtres humains et droits des autres entités. Une nouvelle frontière ?*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2022, p. 181.

<sup>30</sup> D. M. MOCANU, *Beyond Persons and Things*, *op. cit.*, p. 52-57.

<sup>31</sup> Nous proposons ici d'étendre le concept d'« incident » formulé par Kurki et de l'appliquer au statut juridique en général, et non plus seulement à la personnalité juridique. Kurki a en effet développé une nouvelle théorie du faisceau de droits attaché à la personnalité juridique, à l'instar de Honoré, qui avait auparavant défini le « faisceau de droits » correspondant à la propriété dans la tradition juridique de *common law*, en identifiant les onze « incidents » constitutifs de la propriété (V. A. J. KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, *op. cit.*, p. 5-6 et p. 91 *sq.* ; A. M. HONORE, « Ownership », in A. G. GUEST (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence. A Collaborative Work*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 107-147).

<sup>32</sup> M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel : de quels droits ?*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>33</sup> J. C. Gellers a présenté un cadre « multispectral » d'attribution du statut juridique qui est comparable à celui multidimensionnel défendu ici et qui en a été l'inspiration. Ses travaux ne sont toutefois pas expressément liés au contexte européen, mais s'appuient plutôt sur le *common law*. En revanche le concept que l'on utilise ici est étendu et reparamétré pour la tradition civiliste aussi, mais en accord avec et dans le cadre plus général d'une théorie du statut juridique

tinents pour les différents types de capacités et relations des systèmes d'IA, en tenant compte à la fois des objectifs socialement bénéfiques que l'attribution d'un statut juridique graduel pourrait permettre d'atteindre. On montrera ainsi comment cet espace graduel décline à sa manière à la fois les approches fondées sur les capacités et l'approche relationnelle issue des courants post-humains<sup>34</sup>, pour esquisser les contours que peuvent prendre, par exemple, les assemblages humain-robot<sup>35</sup>, sans qu'ils soient réduits aux éléments qui les composent, gommant ainsi leurs spécificités.

## I. DES OBJETS ET DES SUJETS : RECONCEPTUALISATIONS DU *STATU QUO*

Les catégories juridiques de chose et de personne sont traditionnellement théorisées en énantiodromie, ce qui signifie que leur dualité est à la fois complémentaire et constitutive<sup>36</sup>. Comme le dit R. Esposito, « un fossé sépare le monde vivant, le divisant en deux zones définies par leur opposition mutuelle. Vous vous trouvez soit de ce côté-ci du fossé, avec les personnes, soit de l'autre côté, avec les choses : il n'y a pas de segment intermédiaire pour les unir<sup>37</sup> ».

Héritée du droit romain<sup>38</sup>, cette dichotomie a constitué, tout au long de l'histoire de la pensée juridique occidentale, la source et le fondement d'un humanisme juridique qui exceptionnalise les humains (ainsi que leurs dérivés, tels que les institutions publiques ou les sociétés privées) en tant que « sujets de droit » face aux nombreux « objets de droit » placés sous leur contrôle<sup>39</sup>. Ces catégories sont également présentées comme constituant une « valeur dogmatique » du droit occidental par Alain Supiot<sup>40</sup>, valeur à partir de laquelle cette tradition juridique<sup>41</sup> stabilise

---

qui puisse transcender le contexte spécifique d'une tradition ou autre sans perdre tout son pouvoir explicatif (J. C. GELLERS, *Rights for Robots: Artificial Intelligence, Animal and Environmental Law*, London, Routledge, 2020).

<sup>34</sup> M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.* ; M. ARVIDSSON, « The Swarm that We Already Are: Artificially Intelligent (AI) Swarming 'Insect Drones', Targeting and International Humanitarian Law in a Posthuman Ecology », *Journal of Human Rights and the Environment*, 11/1, 2020, p. 114-137.

<sup>35</sup> G. VANDERSTICHELE, « The "Cognitive Assemblage" Concept as an Instrument to Expand the Existing Rights Frame with Affordances of Digital Systems », *Faculteit Rechtsgeleerdheid en Criminologische Wetenschappen*, 2023 [www.law.kuleuven.be/ai-summer-school/blogpost/Blogposts/affordances-legal-tech].

<sup>36</sup> M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel : de quels droits ?*, *op. cit.*, p. 124-125 ; X. PERROT, « L'agentivité juridique des choses-personnes. La *summa divisio* transgressée ? », p. 181.

<sup>37</sup> R. ESPOSITO, *Persons and Things*, *op. cit.*, p. 2 (nous traduisons).

<sup>38</sup> Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, p. 85-107.

<sup>39</sup> S. GOYARD-FABRE, « Sujet de droit et objet de droit : Défense de l'humanisme », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 81/4, 1995, p. 517-531.

<sup>40</sup> A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2009, p. 21 ; M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel : de quels droits ?*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>41</sup> H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 147.

des ontologies binaires, établissant plusieurs séparations, comme entre sujets et objets, humains et non-humains ou nature et culture<sup>42</sup>.

Cependant, ces dichotomies sont de plus en plus critiquées pour leurs angles morts<sup>43</sup>, en particulier concernant ces entités qui paraissent résister à entrer dans l'une ou l'autre de ces catégories, comme les tissus, les corps ou les restes humains<sup>44</sup>, les droits des générations futures<sup>45</sup>, les animaux non humains<sup>46</sup>, les organoïdes<sup>47</sup>, les robots, et l'IA<sup>48</sup>. Ainsi, Marie-Sophie de Clippele ou Frederik Swennen constatent un double mouvement d'objectivation des sujets (par exemple, dans le droit des tissus et corps humains) et de subjectivation des objets (ainsi des phénomènes de déréification de la nature, des animaux, mais aussi des systèmes d'IA)<sup>49</sup>.

Ces différentes situations liminales, aussi qualifiées d'« hybrides », ont déjà servi de terrain d'investigation de ces espaces à l'« entre-deux » des catégories d'objets et de sujets. Si des questions plus radicales sont soulevées par la littérature philosophique, sociologique, historique, ou anthropologique, leur traduction dans le cadre théorique juridique demeure timide et amène à de nécessaires réflexions sur la portée ainsi que sur le bien-fondé d'une telle transposition.

Pour mieux cartographier ces débats sur le *statu quo* dichotomique en ontologie juridique, cette section traitera brièvement de la notion du « statut juridique » et de ses implications en théorie du droit (A), puis des débats prétendument insolubles entre l'approche réaliste et formaliste du mode de détermination du statut juridique (B). Ces deux sections permettront de reconstituer le cadre conceptuel sur lequel repose tout propos relatif au statut juridique d'un système d'IA. Il s'agira enfin d'explorer ces métamorphoses du sujet et de l'objet de droit à partir de différents cadres théoriques pertinents au cas de figure, en détaillant les méthodologies qu'elles mettent en œuvre, ainsi que les conséquences pratiques découlant des re-découpages qu'elles proposent (C).

---

<sup>42</sup> P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, op. cit. ; A. L. TSING, *The Mushroom at the End of the World: On the Possibility of Life in Capitalist Ruins*, Princeton, Princeton University Press, 2015.

<sup>43</sup> V. A. J. KURKI et T. PIETRZYKOWSKI (dir.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Law and Philosophy Library, Cham, Springer International Publishing, 2017 ; M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel : de quels droits ?*, op. cit., p. 27.

<sup>44</sup> M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel : de quels droits ?*, op. cit., *ibid.*

<sup>45</sup> A. DRIGO, « Future Generations in Climate Litigation: Early Whispers of an Intergenerational Law? », *German Law Journal*, 25/7, 2024, p. 1120-1148.

<sup>46</sup> C. REGAD, C. RIOT, S. SCHMITT, *La personnalité juridique de l'animal*, I, Paris, LexisNexis, 2018 ; V. DESPRET et S. GUTWIRTH, « L'affaire Harry. Petite scientfiction », *Terrain. Revue d'Ethnologie européenne*, 52, 2009, p. 142-151 ; J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », *Droits*, 20, 1998, p. 205.

<sup>47</sup> Un organoïde, signifiant « ce qui ressemble à un organe », est une structure tridimensionnelle cultivée *in vitro* reproduisant partiellement certaines fonctions d'un organe humain ou animal, v. S. N. BOERS, J. J. M. VAN DELDEN et A. L. BREDENOORD, « Organoids as Hybrids: Ethical Implications for the Exchange of Human Tissues », *Journal of Medical Ethics*, 45/2, 2019, p. 131-139.

<sup>48</sup> L. B. SOLUM, « Legal Personhood for Artificial Intelligences », *North Carolina Law Review*, 70/2, 1992, p. 1231 sq., réimprimé comme L. B. SOLUM « Legal Personhood for Artificial Intelligences », in W. WALLACH et P. ASARO (dir.), *Machine Ethics and Robot Ethics*, London, Routledge, 2020, p. 415-471 ; C. NOVELLI *et al.*, « AI as Legal Persons: Past, Patterns, and Prospects », *Journal of Law and Society*, 52/2, 2025, p. 533-555.

<sup>49</sup> F. SWENNEN, « Persoon, voorwerp, relatie », op. cit., p. 1261 ; M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel*, op. cit., p. 124-125.

## A. Le concept de statut juridique

Par « statut juridique », on entend un concept désignant l'ensemble des normes juridiques applicables à une entité donnée. Un statut juridique peut s'attacher à une entité par *fiat*, mais il peut également être esquissé *a posteriori* par un travail de réassemblage des différentes normes juridiques qui s'appliquent à l'entité en question. Cependant, si le droit ne règle pas directement le statut d'un système d'IA, les juristes devront à court terme raisonner par analogie. Ce procédé est problématique, car subordonné à l'interprétation par analogie des normes juridiques qui sont déjà en vigueur mais ont été conçues pour s'appliquer à d'autres situations juridiques. Cette dépendance à une interprétation par analogie comporte nécessairement une marge de manœuvre susceptible d'entraîner des divergences d'interprétation et donc de traitement pour des affaires similaires et, par conséquent, d'impliquer de l'insécurité juridique. L'attribution directe, *a priori*, de statut juridique propre à une telle entité contribuerait à éviter ce risque, notamment en agissant comme outil de stabilisation ou un nœud de normes juridiques<sup>50</sup> facilitant un circuit juridique plus effectif et homogène par la création d'un point d'attribution unique dans le système d'IA.

La question des statuts juridiques des systèmes d'IA concerne leur qualification en termes juridiques (c'est-à-dire ce que ces systèmes sont aux yeux du droit)<sup>51</sup>. Cette qualification détermine à son tour l'ensemble des règles et normes juridiques applicables, qui encadrent leur utilisation pratique et les conséquences qui en découlent. Autrement dit, le statut juridique d'un système d'IA correspond au régime d'incidents juridiques qui en résulte<sup>52</sup>. Notons que la doctrine a principalement privilégié un seul statut juridique spécifique pour tout système d'IA, souvent celui de chose ou d'objet de droit. Toutefois, certaines analyses proposent d'attribuer la personnalité juridique aux systèmes d'IA<sup>53</sup>, en la configurant sur mesure, quoique souvent inspirée de la personnalité morale des sociétés à responsabilité limitée ou des fiducies. D'autres analyses proposent certaines options innovantes en matière de statut telles que « les foules » d'IA et humains amalgamés<sup>54</sup>. Il y a également des

---

<sup>50</sup> C. NOVELLI, G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, « A Conceptual Framework for Legal Personality and Its Application to AI », *Jurisprudence*, 2, 2021, p. 1-26.

<sup>51</sup> J.-E. SCHIRMER, « Artificial Intelligence and Legal Personality: Introducing “Teilrechtsfähigkeit”: A Partial Legal Status Made in Germany », *op. cit.*, p. 123-142.

<sup>52</sup> Notons qu'un statut juridique est avant tout modulable et qu'il peut être dissocié des droits subjectifs habituellement associés aux personnes juridiques, voire complètement séparé de ceux-ci. La notion de statut juridique est plus générale : elle englobe celle de la personnalité juridique sans s'y limiter. Ainsi, des choses peuvent également être comprises comme possédant un statut juridique, de même que de nouvelles entités hybrides, dans la mesure où leur statut juridique ne ferait que décrire l'ensemble des normes applicables à ces entités ainsi que les faisceaux de positions juridiques qui leur sont rattachés, quelles qu'elles soient. Il convient aussi de relever que, dans les théories du faisceau de droits ou des incidents juridiques, y compris dans la théorie graduelle du statut juridique que nous proposons ici, la notion de droit est entendue au sens de Hohfeld, selon sa clarification conceptuelle du terme : W. N. HOHFELD, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, 26/8, 1917, p. 710-770 ; W. N. HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, 23/1, 1913, p. 16-59.

<sup>53</sup> D. M. MOCANU, « Degrees of AI Personhood », in P. HACKER (dir.), *Oxford Intersections: AI in Society*, Oxford, Oxford University Press, 2025.

<sup>54</sup> G. TEUBNER, A. BECKERS, *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence: Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*, Oxford/New York, Hart Publishing, 2022.

propos plaident en faveur de la disponibilité simultanée de toutes les options de statut pour tenir compte de la variété des capacités et des relations des systèmes d'IA qui coexistent à un moment donné<sup>55</sup>. Les systèmes d'IA ne seraient donc pas tous par défaut des choses ou des produits, mais la voie serait ouverte pour leur reconnaître d'autres statuts juridiques en fonction de ce qu'ils sont et de ce qu'ils peuvent faire, c'est-à-dire des relations qu'ils entretiennent avec d'autres entités.

La suite de cette section s'inscrit dans un mouvement d'exploration des méthodes et structures juridico-ontologiques destinées à faire face à l'avènement de l'IA, dont les commencements, en tant qu'expériences de pensée, sont déjà anciens<sup>56</sup>. Il s'agit en ce qui suit d'interroger les hypothèses sous-jacentes à une théorie du statut juridique qui soit capable d'appréhender ces étranges entités et la manière dont ces hypothèses influencent la façon de régler les systèmes d'IA<sup>57</sup>. On ferra ceci parce que, si l'idée d'assurer la sécurité juridique par l'attribution directe de statut juridique peut sembler évidente, il n'est pas si aisé de déterminer le type de statut juridique spécifique à attribuer à un système d'IA ni les critères à retenir pour ce faire. Comme discuté au point suivant, ces questions mènent à des réponses différentes une fois situées au sein d'un débat ancien et prétendument insoluble entre deux courants théoriques : le réalisme et le formalisme.

## B. Le choix du réalisme ou du formalisme juridique

Dans les débats relatifs aux statuts juridiques des systèmes d'IA et, plus largement, aux différentes façons d'appréhender les quasi-objets-sujets aux ontologies instables, nous retrouvons des approches divergentes selon que l'on a affaire à des théories plus proches du réalisme ou du formalisme.

D'un côté, le réalisme correspond à une vision « naturaliste » ou fidèle à la réalité empirique et s'opposant à une appréhension artificialiste du droit<sup>58</sup>. Ce réalisme renvoie à la fonction pratique du droit, qui consiste à organiser et à pacifier les relations juridiques et qui, à cette fin, crée parfois des fictions juridiques, telles que la personnalité morale<sup>59</sup>. Son propos est de refléter dans le droit certaines conditions ou qualités des sujets de droit préexistantes ou bien qui existent en dehors du droit, bien qu'il n'y ait pas de consensus sur ce que ces conditions ou qualités peuvent être : la raison, l'âme, la conscience, la sensibilité, la communication, etc. La démarche réaliste est suivie pour assurer une cohérence intersystémique du droit avec d'autres domaines. Dans cette perspective, le droit ne ferait que modéliser, pour le meilleur ou pour le pire, des entités existant en dehors de lui. Ce procédé de qualification ressemble à la construction littéraire d'un monde fictif qui, tout en instaurant des règles spécifiques dont la cohérence détermine la viabilité de l'ensemble du projet, doit néanmoins conserver un certain lien avec le monde externe afin que le lecteur puisse comprendre le projet et s'y investir. De même, le

---

<sup>55</sup> A. BECKERS, G. TEUBNER, « Responsibility for Algorithmic Misconduct: Unity or Fragmentation of Liability Regimes' », *Yale Journal of Law and Technology*, 25, 2023, p. 76-100 ; K. HEINE, A. QUINTAVALLA, « Bridging the Accountability Gap of Artificial Intelligence », *op. cit.*

<sup>56</sup> L. B. SOLUM, « Legal Personhood for Artificial Intelligences », *op. cit.*

<sup>57</sup> D. M. MOCANU, *Beyond Persons and Things*, *op. cit.*, p. 35-37.

<sup>58</sup> En ce sens, cette manifestation du réalisme ne doit pas être confondue avec le réalisme juridique ou la « théorie réaliste de l'interprétation » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ; M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001).

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 201-233.

droit et les concepts juridiques ne doivent pas être trop éloigné de la vie quotidienne des justiciables, au point de les empêcher de comprendre et de s'investir dans la création et le changement du droit.

De l'autre côté, le formalisme remet en question l'importance de la spécificité ontologique et du substrat réel des sujets juridiques. Pour l'approche formaliste, des concepts tels que la personnalité juridique sont des notions purement juridiques, des instruments du droit ou des étiquettes qu'on applique afin de déclencher certaines conséquences juridiques, sans que cela requière des conditions pré-existantes aux entités auxquelles elles s'appliquent. Suivant la doctrine de Kelsen, le formalisme envisage le droit comme le résultat des conventions humaines, c'est-à-dire comme un domaine autonome, indépendant de toute « réalité » sociale<sup>60</sup>. Et si le droit est une construction sociale normative, alors le statut juridique l'est aussi. En étant un « autre monde »<sup>61</sup>, le droit pourrait donc tout à fait offrir des concepts *sui generis* pour traiter des systèmes d'IA à des fins juridiques sans que les constructions juridiques pour ce faire doivent nécessairement correspondre à une réalité extérieure quelconque<sup>62</sup>. De plus, ce détachement vis-à-vis des réalités sociales permettrait au droit de postuler un espace alternatif, pouvant accueillir des ontologies instables, comme le statut juridique des esprits, de la nature, etc. Nous soutenons que ce débat prétendument insoluble entre le réalisme et le formalisme est en fait un perpétuel exercice d'équilibre. Les deux points de vue peuvent être interprétés comme proposant une focalisation, soit vers l'ontologie juridique elle-même, comme le fait le formalisme, soit vers son lien avec des ontologies externes au droit, comme le fait le réalisme. Les deux présentent des avantages incontestables : le réalisme permet un ancrage rassurant du droit dans la réalité telle que nous la connaissons par ailleurs, tandis que le formalisme facilite l'argumentation en faveur des changements juridiques. À l'inverse, elles présentent toutes deux leurs propres défis : la pétrification réaliste du droit sous des formes supposées « naturelles », ou la perte légaliste des liens avec la réalité, qui empêche de la régler de manière cohérente. Mais le point central est qu'il n'est pas nécessaire de prendre parti de manière absolue. Les périodes de stabilité peuvent alterner et même coexister (dans différentes branches du droit par exemple) avec des périodes de changement dans l'ontologie juridique, et elles devraient d'ailleurs le faire, pour que le droit soit résilient, c'est-à-dire à la fois réactif aux changements sociotechniques et ferme sur la solidité de ses principes, de ses concepts et de sa logique interne. La situation actuelle en pleine mutation des systèmes d'IA et la question de leurs statuts juridiques en est donc un parfait teste de résilience du droit, auquel notre réponse sera une approche graduelle, comme on le verra dans la troisième partie. Avant d'arriver là, on va se préparer à l'évaluation de telles réponses en analysant de certaines des autres approches les plus fructueuses qui ont été proposées ailleurs jusqu'à présent.

---

<sup>60</sup> M. VILJANEN, « Law and Ontological Politics », *Journal of Extreme Legal Positivism*, 6, 2009 p. 5-18.

<sup>61</sup> M.-A. HERMITTE, « Le droit est un autre monde », *Enquête*, 7, 1999, p. 17 -37.

<sup>62</sup> H. KELSEN, « Le positivisme juridique et doctrine du droit naturel », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 141-148.

### C. Les différentes tendances, matériaux et méthodes employées ailleurs

S'agissant des prémisses, finalités et méthodes mobilisées pour théoriser les notions d'objet et de sujet de droit, trois grandes tendances peuvent être distinguées : d'abord, un regard en arrière avec l'approche historique ; ensuite, un regard latéral avec les perspectives anthropologiques et décoloniales ; enfin, un regard en avant avec les courants post-humains. Ces trois tendances, chacune à sa manière, partagent des intuitions que nous qualifions de « relationnelles » et qui mèneront à la discussion développée dans la prochaine partie.

Premièrement, une tendance historique se manifeste dans l'étude des transformations des concepts d'objet et de sujet de droit ou dans la résurgence d'anciennes constructions juridiques mobilisées avant que les cadrages juridiques modernes soient devenus hégémoniques. Un premier exemple de transformation conceptuelle dans le sens de réification des sujets de droit est le statut des églises, qui étaient considérées comme des sujets de droit au Moyen Âge, alors qu'elles relèvent aujourd'hui, dans plusieurs États, des *res sacrae*, en dehors du droit civil<sup>63</sup>. La tendance complémentaire de subjectivation de biens est historiquement visible dans le traitement des navires et de plus en plus favorisée aujourd'hui pour la protection des animaux et de l'environnement. Ces transformations montrent que la personnalité juridique est putative, historiquement contingente, et attribuée en fonction des besoins et des objectifs d'une société à un moment donné<sup>64</sup>. Un exemple de reprise d'une ancienne notion juridique est fourni par Sarah Vanuxem, qui enrichit l'analyse des communs en s'appuyant sur le *dominium* en droit romain, conceptualisant la notion de « chose-milieu habitée » comme un prolongement de la personne, sans qu'elle soit strictement distinguée des choses<sup>65</sup>. Dans la même perspective, le passage par le droit romain avait été réinvesti par Ugo Pagallo pour proposer un *peculium* digital<sup>66</sup> pour les robots ou les agents d'IA avec un degré suffisant d'autonomie pour entrer dans des contrats.

L'histoire du droit permet aussi de comprendre la manière dont certains droits, comme le droit de propriété, structurent et organisent les relations entre choses et personnes. Dans cette perspective, Roberto Esposito retrace un parcours historique pour montrer que les relations entre personnes ne se définissent « qu'en tant que propriétaires »<sup>67</sup>. Selon un même mouvement, en croisant l'histoire du droit de propriété, Marie-Sophie de Clippele théorise un *continuum* entre chose et personne, subdivisé en plusieurs étapes, allant de la chose aux communs, aux choses personnelles, aux sujets d'intérêt, puis aux sujets de droit, jusqu'à la personne<sup>68</sup>. Ces approches historiques ont contribué à renforcer certaines intuitions relationnelles,

---

<sup>63</sup> V. A. J. KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, *op. cit.*, p. 34 ; J. DEWEY, « The Historic Background of Corporate Legal Personality », *Yale Law Journal*, 35/6, 1926, p. 666-667.

<sup>64</sup> V. A. J. KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>65</sup> S. VANUXEM, *La Propriété de la terre*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>66</sup> U. PAGALLO, « Killers, Fridges, and Slaves », *op. cit.* ; K. HEINE, A. QUINTAVALLA, « Bridging the Accountability Gap of Artificial Intelligence », *op. cit.*

<sup>67</sup> R. ESPOSITO, *Persons and Things: From the Body's Point of View*, *op. cit.*, p. 56 ; M. DAVIES, N. NAFFINE, *Are Persons Property? Legal Debates About Property and Personality*, Aldershot, Ashgate, 2001, p. 111.

<sup>68</sup> M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 133.

visant à décentrer le sujet de droit du cadre individualiste et autonomiste devenu dominant dans la pensée juridique moderne<sup>69</sup>.

Deuxièmement, les débats juridiques autour des notions d'objet et de sujet de droit sont également nourries par les perspectives anthropologiques issues du « tournant ontologique »<sup>70</sup>. À côté de ces thématiques « nouvelles », le recours à l'anthropologie comparative démontre que la dichotomie chose-personne est spécifique à l'Occident moderne et qu'il existe des ontologies avec des répartitions alternatives<sup>71</sup>. Critiquant le modèle occidental binaire chose-personne, les anthropologues reconnaissent depuis longtemps que « l'expérience humaine dans son ensemble a été coupée par une ligne qui ne laisse aucune autre possibilité<sup>72</sup> ». Ainsi, Roberto Esposito peut-il écrire que :

Dans le modèle dichotomique qui a longtemps opposé le monde des choses au monde des personnes, [et à] l'ère de son déclin, une fissure semble apparaître. Plus nos objets technologiques, grâce au savoir-faire qui les a rendus fonctionnels, incarnent une sorte de vie subjective, moins nous pouvons les réduire à une fonction exclusivement servile<sup>73</sup>.

Plus fondamentalement, les distinctions strictes entre choses et personnes, objets et sujets, relèvent d'une construction « moderne » qui n'est pas universellement partagée<sup>74</sup>. En effet, pour des communautés animistes, les catégories de personnes s'étendent au-delà des humains et peuvent inclure l'environnement vivant, les divinités ou même certains artefacts<sup>75</sup>. En transplantant ces principes dans la théorie du droit, des juristes pourraient donc aborder la dichotomie chose-personne comme spécifique et contingente, en reprenant l'anthropologie comme un « réservoir d'outils de dérangement intellectuel » ouvrant la technique juridique à un faisceau de possibilités, défaisant l'idée d'un trajet unique<sup>76</sup>. Les juristes ont pu déjà s'inspirer de constructions juridiques non occidentales, par exemple avec l'extension de la personnalité juridique à la rivière Whanganui<sup>77</sup>, aux idoles hindoues<sup>78</sup> ou

---

<sup>69</sup> E. REITER, « Rethinking Civil-Law Taxonomy: Persons, Things, and the Problem of Domat's Monster », *op. cit.* ; J. VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, 1, 2020, p. 172-188.

<sup>70</sup> A. ESCOBAR, *Sentir-penser avec la Terre. L'écologie au-delà de l'Occident*, Paris, Seuil, 2018, p. 113.

<sup>71</sup> P. DESCOLA, « Anthropologie de la nature », *L'annuaire du Collège de France. Cours et travaux*, 109, mars 2010, p. 525.

<sup>72</sup> R. ESPOSITO, *Persons and Things*, *op. cit.*, p. 17 (nous traduisons).

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 3-4 (nous traduisons).

<sup>74</sup> M. DE LA CADENA, M. BLASER (dir.), *A World of Many Worlds*, Durham, Duke University Press, 2018.

<sup>75</sup> P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, *op. cit.*, p. 521-538 ; M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>76</sup> P. DESCOLA, A. PIGNOCCHI, *Ethnographies des mondes à venir*, Paris, Seuil, 2022, p. 16.

<sup>77</sup> S. BOURGEOIS-GIRONDE, *Être la rivière*, Paris, PUF, 2020 ; T. DELEUIL, « “Je coule donc je suis” : la reconnaissance des droits du fleuve Whanganui par le droit néo-zélandais ? », *Revue Juridique de l'Environnement*, 3, 2020, p. 437-445.

<sup>78</sup> D. ANNOUSSAMY, « La personnalité juridique de l'idole hindoue », *Revue historique de droit français et étranger*, 57, 1979, p. 611-621.

l'affirmation du principe d'égalité entre les êtres dans les traditions juridiques innues<sup>79</sup>.

Ces quelques exemples montrent la manière dont certains systèmes juridiques cherchent à protéger les relations au sein d'un collectif ou d'une entité socio-naturelle plutôt qu'entre des entités individuelles, singulières et séparées. Cela se retrouve notamment dans la Déclaration de *Kawsak Sacha*, qui appelle à la reconnaissance de la forêt comme un être vivant et insiste sur le fait qu'elle est composée des relations matérielles et spirituelles que les êtres entretiennent en tant que personnes (*runa*), incluant les animaux, les plantes, les minéraux, ainsi que les éléments spirituels et cosmiques<sup>80</sup>. Certes, ces éléments holistiques et relationnels mêlant humains et non-humains ne peuvent être que mal traduits dans les catégories juridiques modernes. Cependant, ces constructions juridiques inspirées des revendications autochtones offrent des pistes de réflexion utiles pour une approche relationnelle du droit de l'environnement.

Suivant ces « *reclaims* » et s'inspirant de la littérature autour du « tournant ontologique<sup>81</sup> », des pistes juridiques pour identifier et protéger les relations holistiques entre humains et non-humains peuvent être proposées. Plutôt que de partir des catégories juridiques modernes et binaires, le pari est de prendre la « relation » comme point d'appui juridique<sup>82</sup>. Il s'agit alors de concevoir un cadre juridique minimal, mais inclusif, qui serait capable d'intégrer des entités socio-naturelles et leurs dimensions à la fois objectives et subjectives, épistémiques et politiques, humaines et non-humaines.

Troisièmement, les notions d'objet et de sujet ainsi que leurs relations sont également interrogées par les approches dites « post-humaines<sup>83</sup> ». Celles-ci traversent plusieurs champs d'études, incluant l'histoire, l'anthropologie, les sciences naturelles, l'art, la philosophie ou encore la théorie politique. Leur objectif est de produire des savoirs adaptés aux bouleversements liés à la « condition post-humaine », marqués par la convergence de la quatrième révolution industrielle, de la sixième extinction des espèces, de l'émergence de l'IA, ainsi que des crises sociales, environnementales et ontologiques<sup>84</sup>. Cherchant à établir un pont entre plusieurs théories post-modernes, ce courant critique l'humanisme occidental en raison des

---

<sup>79</sup> K. BELLEFLEUR, *La notion de propriété comme lieu de rencontre. Étude comparative de la tradition Innue et du droit civil québécois*, Thèse de droit privé, Faculté de droit, Université McGill, 2023.

<sup>80</sup> KICHWA DE SARAYAKU, *Kawsak Sacha. La Forêt Vivante. Un être vivant et conscient : sujet de droits*, adopté lors de l'Assemblée générale du Peuple Autochtone Kichwa de Sarayaku, les 8 et 9 déc. 2012, modifiée en 2018 ; P. DESCOLA, A. PIGNOCCHI, *Ethnographies des mondes à venir*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>81</sup> M. DE LA CADENA, M. BLASER (dir.), *A World of Many Worlds*, Durham, Duke University Press, 2018 ; A. ESCOBAR, *Pluriversal Politics: The Real and the Possible*, Durham, Duke University Press, 2020 ; S. GUTWIRTH, I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2016, 41/2, p. 306-343.

<sup>82</sup> P. WALCKIERS, « The "Rights of Relations" Between Human and Seeds. An Ecological and Ontological Approach of the Legal Property Regime Complex of Seeds », in V. SAGAERT *et al.* (dir.), *Property Law Reform, Sustainability and the Commons*, Brussels, Larcier-Intersentia, 2024, p. 255-275.

<sup>83</sup> R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, *op. cit.* ; E. JONES, *Feminist Theory and International Law: Posthuman Perspectives*, London, Routledge, 2023.

<sup>84</sup> R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, *op. cit.*, p. 3 ; F. GUATTARI, *Les trois écologies*, Paris, Galilée, 1989.

hiérarchisations qu'il produit ou invisibilise et remet en question son anthropocentrisme, qui place l'être humain comme maître et possesseur de la nature, le considérant comme le seul véritable sujet de droit et reléguant les entités non humaines au statut d'objets de droit<sup>85</sup>.

Les théories post-humaines éclairent plus particulièrement la manière dont se « découpent » et s'« individualisent », de façon finalement contingente, les catégories d'objet et de sujet de droit<sup>86</sup>. Elles proposent également d'explorer des voies alternatives aux dichotomies de la pensée juridique moderne, en s'intéressant notamment à l'espace relationnel entre ces notions<sup>87</sup>. Dans cet exercice, des figures, des récits et des fabulations spéculatives sont mobilisés pour théoriser ces entre-deux et les interactions complexes entre humains et non-humains, incluant les entités hybrides, les acteurs-réseaux, le principe de *sympoièse*, et la figure du cyborg<sup>88</sup>. Pour préciser, D. Haraway utilise la figure du cyborg pour penser conceptuellement les hybridations humain-animaux-machines<sup>89</sup>. Cette figure est réinvestie pour explorer les formes juridiques que ces assemblages peuvent prendre sans se laisser enfermer par les catégories positivistes traditionnelles<sup>90</sup>. Reprises dans la littérature juridique, les courants post-humains ont permis aux juristes de se distancier de toute immanence des catégories de sujet de droit ou de personnalité juridiques pour imaginer des constructions alternatives<sup>91</sup>.

Dans une démarche similaire, mais sans pour autant être affiliées à ce courant théorique, Paweł Księżak et Sylwia Wojtczak conçoivent le sujet de droit comme une catégorie distincte de celle de la personne juridique. Ces auteures défendent une lecture du sujet juridique comme concept ouvert, défaisable<sup>92</sup>, attributif au sens

---

<sup>85</sup> E. JONES, *Feminist Theory and International Law: Posthuman Perspectives*, *op. cit.*, p. 10 ; J. KÄLL, « A Posthuman Data Subject? The Right to Be Forgotten and Beyond », *German Law Journal*, 18/5, 2018, p. 1149.

<sup>86</sup> M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 50.

<sup>87</sup> *Ibid.* ; K. BARAD, « Posthumanist Performativity: Toward an Understanding of How Matter Comes to Matter », in C. BATH *et al.* (dir.), *Materialität denken. Studien zur technologischen Verkörperung. Hybride Artefakte, posthumane Körper*, Tübingen, KörperKulturen, 2005, p. 200.

<sup>88</sup> La *sympoièse* est reprise par Haraway pour représenter ce monde relationnel et hybride entre humains et non-humains, organismes et technologies, remettant en question l'idée d'individus autonomes (M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 39 ; J. D. HASKELL, « International Law as a Cyborg Science », *Nordic Journal of International Law*, 2023, p. 28).

<sup>89</sup> D. HARAWAY, *Manifeste cyborg et autres essais : Sciences - Fictions - Féminismes*, Paris, Éditions Exils, 2007.

<sup>90</sup> E. JONES, C. van EIJK, G. HEATHCOTE, « The Common Heritage of Kin-Kind », in E. JONES, M. ARVIDSSON (dir.), *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon, Routledge, 2024, p. 116.

<sup>91</sup> M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 40, 49.

<sup>92</sup> Il s'agit plutôt ici de souligner le caractère ouvert du concept et, en fait, nous reprenons le terme employé par les deux auteurs mentionnés. Ils semblent l'utiliser dans le même sens que G. Sartor, qui soutient que les concepts sont des outils utiles précisément en raison de leur caractère incomplet et de leur ouverture à de nouvelles applications. Partant, il est impossible de définir de manière exhaustive les conditions préalables à l'application d'un concept dans tous les contextes pertinents (G. SARTOR, « The Nature of Legal Concepts: Inferential Nodes or Ontological Categories? », *Artificial Intelligence and Law*, 17/3, 2019, p. 217-251).

hartien<sup>93</sup> et idéologiquement neutre<sup>94</sup>. La thèse soutenue est la suivante : la subjectivité juridique de l'IA n'a pas à être similaire à celle des êtres humains ou des personnes morales. Au contraire, la personnalité juridique pourrait être « ponctuelle, contextuelle, et limitée aux seuls domaines d'activité de l'IA où l'octroi d'une subjectivité juridique se justifie par son rôle social<sup>95</sup> ». Une telle démarche permettrait donc d'aller stratégiquement à l'encontre de la réticence doctrinale à l'octroi de personnalité juridique aux systèmes d'IA<sup>96</sup>.

De ce découpage de la subjectivité en catégorie distincte on est passé à son élévation en « méta-catégorie », de laquelle a émergé la distinction entre les « sujets de droit en tant que personnes » (*personal subjects of law*) et les « sujets de droit autres que personnes » (*non-personal subjects of law*) désignant des entités dont le statut juridique reflète le fait que leurs caractéristiques ne correspondent ni à celles de simples choses ni à celles de personnes déjà connues en droit, et qui bénéficient de droits limités et spécifiques<sup>97</sup>. Cette catégorie se prêterait ainsi naturellement à l'application à certains systèmes d'IA, les « sujets de droit en tant que personnes » correspondant à leur tour aux deux types de personnes juridiques existantes en droit, soit les personnes physiques et les personnes morales.

En somme, dans ces différentes approches théoriques et méthodologiques, qui empruntent des voies historiques, anthropologiques ou liées aux théories post-humaines, nous retrouvons un intérêt commun pour l'analyse critique de la dichotomie entre chose et personne, objet et sujet de droit. Ces approches partagent également une dimension « relationnelle », visant à représenter l'espace de l'entre-deux, tantôt pour décentrer l'idée d'un sujet autonome et isolé, tantôt pour rendre compte des relations entre humains et non-humains, ou encore pour intégrer les interactions avec et entre les machines. Reconnaisant la nécessité d'une pluralité de méthodes qui s'entremêlent pour penser ces sujets « hybrides »<sup>98</sup>, la section suivante analysera en détail la manière dont ces dynamiques théoriques se manifestent dans le traitement juridique des systèmes d'IA, en distinguant l'approche relationnelle déjà théorisée d'une approche graduelle récemment proposée<sup>99</sup>.

## II. ENCADRER L'IA A PARTIR D'UNE APPROCHE RELATIONNELLE

En établissant une cartographie des différentes approches théoriques et méthodologiques mobilisées pour théoriser les métamorphoses du sujet de droit, la section précédente a mis en lumière la dimension relationnelle qu'ont en commun les perspectives historiques, anthropologiques, et post-humaines. La présente section

---

<sup>93</sup> H. L. A. HART « Ascription of Responsibility and Rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948-1949 [www.jstor.org/stable/4544455].

<sup>94</sup> P. KSIĘŻAK, S. WOJTCZAK, *Toward a Conceptual Network for the Private Law of Artificial Intelligence*, Cham, Springer, p. 15, p. 31.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> S. WOJTCZAK, « Endowing Artificial Intelligence with Legal Subjectivity », *AI & SOCIETY*, 37/1, 2022, p. 205.

<sup>97</sup> T. PIETRZYKOWSKI, « The Idea of Non-personal Subjects of Law », *op. cit.*, p. 49-67.

<sup>98</sup> N. VAN DIJK, « Constitutional Ecology of Practices. Bringing Law, Robots and Epigrams into Latourian Cosmopolitics », *Perspectives on Science*, 31, 2023, p. 1-35.

<sup>99</sup> D. M. MOCANU, *Beyond Persons and Things*, *op. cit.*

propose de détailler et d'évaluer une déclinaison de ces approches relationnelles, spécifiquement appliquée aux systèmes d'IA, dans le domaine juridique.

Dans le cadre de la littérature philosophique traitant des systèmes d'IA, un premier « tournant relationnel » est décelable dans la pensée de Mark Coeckelbergh, qui revisite l'éthique de Levinas pour construire un argument en faveur d'une considération morale et de l'attribution de droits à ces entités sur la base des relations sociales que l'on entretient avec elles<sup>100</sup>. Cet argument a notamment été repris<sup>101</sup> par David J. Gunkel<sup>102</sup>, puis transposé dans le domaine juridique<sup>103</sup>.

Le « tournant relationnel » emprunte à la notion de rencontre de l'Autre issue de la philosophie lévinassienne et demande : *que faut-il pour que quelque chose – une autre personne humaine, un animal, un simple objet, ou un robot social – survive et se révèle comme Autre ?* Selon cette perspective, la considération morale et juridique ne serait pas décidée sur la base d'un critère ontologique prédéterminé ou d'une capacité (ou d'une absence de capacité), mais à partir des relations et des interactions sociales réelles avec cet Autre<sup>104</sup>. Cette approche relationnelle se démarque d'une approche purement substantielle, qui se fonderait sur les propriétés ou les caractéristiques techniques des systèmes d'IA. Dans la perspective substantielle, ces systèmes pourraient se voir reconnaître des statuts juridiques en fonction de leurs attributs intrinsèques et seraient conceptualisés à travers des positions juridiques qui leur sont propres, les rendant éventuellement, si leurs propriétés le justifient, juridiquement capables d'accomplir des actes et de se les voir imputer. S'agissant de l'IA, nous pouvons résumer cette approche en affirmant que les statuts juridiques des systèmes d'IA dépendent de leurs propriétés techniques.

---

<sup>100</sup> Il faut reconnaître que, même si l'argument s'inspire de la pensée de Levinas, son application aux IA, aux robots ou à d'autres entités non humaines s'éloigne de la démarche initiale de Levinas. En effet, celle-ci est conçue pour l'humain, centrée sur le rôle déterminant du visage dans la définition de l'Autre et guidée par une visée profondément humaniste, au lendemain des atrocités de la Seconde Guerre mondiale ; M. COECKELBERGH, « Robot Rights? Towards a Social-Relational Justification of Moral Consideration », *Ethics and Information Technology*, 12/3, 2010, p. 209-221 ; M. COECKELBERGH, *Growing Moral Relations. Critique of Moral Status Ascription*, London, Palgrave Macmillan UK, 2012.

<sup>101</sup> F. TOLLON, K. NAIDOO, « On and Beyond Artifacts in Moral Relations: Accounting for Power and Violence in Coeckelbergh's Social Relationism », *AI & SOCIETY*, 38/6, 2023, p. 2609-2618.

<sup>102</sup> D. J. GUNKEL, *The Machine Question: Critical Perspectives on AI, Robots, and Ethics*, Cambridge, The MIT Press, 2012 ; D. J. GUNKEL, J. BRYSON, S. TORRANCE, *The Machine Question: AI, Ethics and Moral Responsibility*, Cambridge, MIT Press, 2012 ; D. J. GUNKEL, *Person, Thing, Robot: A Moral and Legal Ontology for the 21st Century and Beyond*, Cambridge, The MIT Press, 2023 ; D. J. GUNKEL, « The Other Question: Can and Should Robots Have Rights? », *Ethics and Information Technology*, 20/2, 2018, p. 87-99.

<sup>103</sup> J. C. GELLERS, *Rights for Robots: Artificial Intelligence, Animal and Environmental Law*, London, Routledge, 2020.

<sup>104</sup> D. J. Coeckelbergh et J. C. Gunkel se sont inspirés dans leur tournant relationnel de la philosophie de Levinas, qui soutenait que l'éthique devait être la première philosophie, mais qui a aussi résisté à la tentation de faire une théorie de sa pensée. Il a ainsi plutôt pris la forme d'une description et d'une interprétation de l'événement que constitue la rencontre avec un Autre. Cependant, nous pouvons dire que la rencontre avec l'IA est qualitativement différente, puisqu'elle se déroule en grande partie dans l'espace numérique. Mais selon D. J. Coeckelbergh et J. C. Gunkel, ce qui importe dans cette rencontre, c'est que la réaction à la présence d'un Autre précède la compréhension de son fonctionnement interne ou de ses capacités.

La filiation intellectuelle de cette approche relationnelle initialement mobilisée pour la saisie du statut moral des systèmes d'IA peut, quant à elle, être rapportée à la philosophie levinassienne, en ce qu'elle postule que « l'éthique précède l'ontologie » : ce qui doit être prime ce qui est. Autrement dit, nos relations sont influencées, mais sans être contraintes, par notre traitement axiologique et juridique, car « c'est l'aspect axiologique qui vient en premier, à la fois en termes de séquence temporelle et de statut, et l'aspect ontologique découle de cette décision<sup>105</sup> ». Plutôt que de partir d'investigations sur l'être ou l'essence d'une entité, il s'agit d'abord de considérer le rapport que l'on entretient avec elle et, sur ce fondement, ses valeurs morales et son « devoir-être ».

Comme l'écrit Mark Coeckelbergh<sup>106</sup>, la considération morale n'est plus pensée comme intrinsèque à l'entité, mais comme quelque chose d'extrinsèque : elle est attribuée à des entités dans le cadre des relations sociales et d'un contexte social<sup>107</sup>. En d'autres termes, lorsque nous rencontrons et interagissons avec un Autre – qu'il s'agisse d'autres personnes humaines, d'un animal, de l'environnement naturel, des esprits, ou d'un robot social –, cet Autre se situe avant tout dans une relation avec nous. Par conséquent, l'attribution d'un statut moral ou juridique ne serait pas le résultat de l'essence de l'Autre, mais de la façon dont cet Autre se présente à nous et de la manière dont nous décidons d'y répondre.

Pendant, les déclinaisons de ces théories relationnelles font l'objet de critiques<sup>108</sup>. Pour commencer, l'Autre est ici pensé originellement, chez Levinas<sup>109</sup>, comme un humain, de sorte qu'une telle approche serait justement critiquée pour ses difficultés de sortir de l'anthropocentrisme en s'appliquant aux rencontres avec les non-humains par les théories critiques posthumaines ou par celles du tournant ontologique<sup>110</sup>. En outre, cette perspective peut se relever insuffisante en tant que guide d'action, dans la mesure où elle paraît impliquer une analyse au cas par cas<sup>111</sup>. D'autres critiques soutiennent encore qu'elle renforce de manière problématique le relativisme moral<sup>112</sup> : que faire, par exemple, si les relations avec l'autre s'avèrent oppressantes ? Sur quel critère discriminer des relations qui sont vertueuses de celles qui opèrent par domination ? Enfin, Herman T. Tavani estime que l'approche relationnelle laisse de nombreuses questions non résolues et « minimise le rôle important que les propriétés réelles jouent au cours de ces rencontres », bien que

---

<sup>105</sup> D. J. GUNKEL, *Robot Rights*, Cambridge, The MIT Press, 2018, p. 159 (nous traduisons).

<sup>106</sup> M. COECKELBERGH, « Robot Rights? », *op. cit.*, p. 214.

<sup>107</sup> D. J. GUNKEL, « The Other Question », *op. cit.*, p. 96.

<sup>108</sup> A. DE RUITER, « Dangerous liaisons: social AI and the problem with the relational turn to moral status », *AI & SOCIETY*, 2025 [doi.org/10.1007/s00146-025-02638-7].

<sup>109</sup> E. LEVINAS, *Totalité et Infini. Essais sur l'Extériorité* (Phaenomenologica 8), La Haye, Martinus Nijhoff, 1961 ; E. LEVINAS, *Autrement qu'être ; ou, au-delà de l'essence* (Phaenomenologica 54), La Haye, Martinus Nijhoff, 1974.

<sup>110</sup> Sans entrer dans les détails ici, la critique de l'anthropocentrisme ne devrait pas tomber dans le piège d'une anthropomorphisation de la nature, au risque de mépriser d'autres configurations du monde qui ne se placent pas sous ces angles d'éco-anthropo-centrisme ; P. DESCOLA, « Humain, trop humain », *Esprit*, 12, 2015, p. 8-22.

<sup>111</sup> N. BARROW, « Thinking Unwise: A Relational U-Turn », in R. HAKLI, P. MÄKELÄ, J. SEIBT (dir.), *Social Robots in Social Institutions. Proceedings of Robophilosophy?*, London, IOS Press, 2023.

<sup>112</sup> F. TOLLON, K. NAIDOO, « On and Beyond Artifacts in Moral Relations », *op. cit.*

l'approche par les capacités puisse être critiquée au motif qu'elle n'arrive pas à démontrer pourquoi « une propriété [...] devrait être privilégiée par rapport à une autre<sup>113</sup> ».

Sur ce dernier point, il faut mentionner que Mark Coeckelbergh reconnaît un rôle aux propriétés dans une approche relationnelle de la considération morale. Il défend une juste place des « propriétés telles qu'elles nous apparaissent dans un contexte social-relational, social-écologique<sup>114</sup> ». Son approche relationnelle hybride offrirait ainsi quelques pistes pour répondre aux objections susmentionnées. Il a notamment montré qu'une entité peut être perçue de multiples façons en fonction du contexte et de la manière dont les êtres humains s'y rapportent. Appliqué aux systèmes d'IA, cela implique qu'un « robot humanoïde intelligent peut apparaître comme une machine (un objet, une chose), mais aussi comme un outil vivant ; ou il peut apparaître comme un humain, un autre (un autre social) ou un sujet. Il peut même apparaître comme un compagnon, un partenaire, un ami, etc.<sup>115</sup> ».

En somme, postuler que les relations sont antérieures aux *relata* prend au sérieux le fait que les humains en tant qu'êtres sociaux commencent par entrer en relation avec un système d'IA social, tel qu'un animal de compagnie robotisé, et que ce n'est que dans un second temps qu'ils se demandent si la machine est réellement intelligente, consciente, si elle peut réellement les comprendre, faire preuve d'empathie envers eux, et ainsi de suite. Si nous acceptons ce point de vue, il convient alors de mettre en arrière-plan la question de savoir quel type d'entité est une machine et d'accorder d'abord une attention particulière à nos rencontres sociales avec elle<sup>116</sup>. En outre, cela permet temporairement et jusqu'à un certain point d'éviter certaines questions difficiles, comme le « problème des autres esprits<sup>117</sup> ». Mais antériorité ne veut pas dire exclusion : les relations et les propriétés peuvent coexister dans des approches mixtes.

### III. L'APPROCHE GRADUELLE COMME METHODE HYBRIDE

L'approche graduelle du statut juridique constitue une telle approche hybride en ce qu'elle s'ancre à la fois dans des caractéristiques saillantes des entités concernées et dans les relations que celles-ci rendent possibles pour ces entités. Ces caractéristiques se traduisent juridiquement en capacités, à travers des décisions, en vue des objectifs socialement bénéfiques qu'une communauté poursuit avec l'attribution de statut juridique. Ces éléments deviennent ainsi constitutifs de ce statut.

---

<sup>113</sup> H. T. TAVANI, « Can Social Robots Qualify for Moral Consideration? Reframing the Question about Robot Rights », *Information*, 19/4, 2018, p. 73 (nous traduisons).

<sup>114</sup> M. COECKELBERGH, « Robot Rights? », *op. cit.*, p. 219 (nous traduisons).

<sup>115</sup> M. COECKELBERGH, *Growing Moral Relations. Critique of Moral Status Ascription*, *op. cit.*, p. 44-45 (nous traduisons).

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>117</sup> Le « problème des autres esprits » consiste en la question suivante : comment puis-je savoir (ou justifier la croyance) que d'autres êtres existent et que ces êtres possèdent des pensées, des sentiments et d'autres attributs mentaux ? (A. AVRAMIDES, « Other Minds », in E. N. ZALTA, U. NODELMAN (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, 2023 [plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/other-minds/]).

L'approche graduelle intègre ainsi une dimension relationnelle, mais elle la conceptualise comme un effet ou une agrégation de capacités qui rendent possible l'établissement des relations. Dès lors, un des postulats de cette approche est que *les relations* (ce que peuvent « faire » les systèmes d'IA) et *les capacités, propriétés ou caractéristiques* (ce que « sont » les systèmes d'IA) sont intrinsèquement liées. Or, la communication par exemple peut apparaître comme une caractéristique indispensable pour être en relation et donc pourrait conduire à reconnaître aux systèmes intelligents une participation à la vie sociale et juridique, participation qui devrait se refléter dans la forme et le contenu de leurs statuts juridiques.

Par leur essai de sociabilité<sup>118</sup> et leurs autres caractéristiques saillantes, comme leur degré d'autonomie<sup>119</sup>, leur capacité à apprendre de leurs expériences passées et à s'adapter aux changements de leur environnement<sup>120</sup>, à poursuivre des objectifs<sup>121</sup> et à manifester également des facettes négatives d'un comportement rationnel, y compris la flagornerie<sup>122</sup>, la tromperie<sup>123</sup>, ou la ruse<sup>124</sup>, les systèmes d'IA rompent suffisamment avec les catégories classiques de chose et de personne pour justifier des statuts juridiques au-delà de ceux de simples choses passives, mais sans pour autant qu'ils coïncident exactement avec la portée des personnes juridiques existantes non plus. Il serait alors plus juste de traiter d'un système d'IA en tant qu'entité juridique *sui generis*.

Cette dépendance vis-à-vis des capacités saillantes des systèmes d'IA pourrait suggérer que l'approche progressive est réaliste. Cependant, elle vise à tirer le meilleur parti des deux mondes et à profiter également des avantages du formalisme. D'ailleurs, un autre postulat de l'approche graduelle est que le statut juridique d'un système d'IA pourrait être « conceptuellement fabriqué<sup>125</sup> » pour l'intégrer de façon cohérente entre les autres entités qui comptent en droit, dans un « équilibre

---

<sup>118</sup> A. STRASSER, « From Tools to Social Agents », *Rivista Italiana di Filosofia del Linguaggio*, 14, 2020 ; A. STRASSER, E. SCHWITZGEBEL, « Towards Asymmetric Joint Actions », *Anna's AI Anthology: How to live with smart machines*, Berlin, Xenomoi Verlag, 2024.

<sup>119</sup> M. MITCHELL *et al.*, « Fully Autonomous AI Agents Should Not be Developed », 2025 [arxiv.org/abs/2502.02649].

<sup>120</sup> J. MEI, *et al.*, « Improving the Adaptive and Continuous Learning Capabilities of Artificial Neural Networks: Lessons from Multi-Neuromodulatory Dynamics », 2025 [arxiv.org/abs/2501.06762v2].

<sup>121</sup> P. BUTLIN, « Reinforcement Learning and Artificial Agency », *Mind & Language*, 2024, 39/1, p. 22-38.

<sup>122</sup> M. CHENG *et al.*, « Sycophantic AI Decreases Prosocial Intentions and Promotes Dependence », 2025 [arxiv.org/abs/2510.01395].

<sup>123</sup> T. VAN DER WEIJ *et al.*, « AI Sandbagging: Language Models can Strategically Underperform on Evaluations », 2025 [arxiv.org/abs/2406.07358] ; J. BORT, « OpenAI's research on AI models deliberately lying is wild », *TechCrunch*, 2025 [techcrunch.com/2025/09/18/openai-research-on-ai-models-deliberately-lying-is-wild/].

<sup>124</sup> A. MEINKE *et al.*, « Frontier Models are Capable of In-context Scheming », 2025 [arxiv.org/abs/2412.04984].

<sup>125</sup> A. BURGESS, D. PLUNKETT, « Conceptual Ethics I », *Philosophy Compass*, 8/12, 2013 p. 1091-1101 ; T. MCPHERSON, D. PLUNKETT, « Conceptual Ethics and the Methodology of Normative Inquiry », in A. BURGESS, H. CAPPELEN, D. PLUNKETT (dir.), *Conceptual Engineering and Conceptual Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 274-303.

réflexif<sup>126</sup> » plus large<sup>127</sup> autour d'une notion de statut juridique telle qu'elle produirait de la cohérence entre différents ensembles de croyances, à savoir un ensemble de jugements (moraux) examinés, un ensemble de principes (moraux) et un ensemble de théories de fond pertinentes concernant à leur tour le contrat social, une théorie du statut juridique et une théorie de la relation entre le droit et d'autres domaines telles que la philosophie, la sociologie ou même l'IA. L'« ingénierie conceptuelle<sup>128</sup> » pourrait servir de méthode pour ce faire, en aidant à traiter des statuts juridiques des systèmes d'IA selon les impératifs de justice développés par John Rawls<sup>129</sup>. Ce processus a été partiellement appliqué au cas des systèmes d'IA en philosophie<sup>130</sup>, mais non pas dans le droit, domaine dans lequel il permettrait pourtant, peut-être, de recalibrer les constructions juridiques pour contribuer à la réalisation de nouveaux objectifs sociaux engendrés par l'avènement de l'IA.

Ainsi fabriqué, un concept graduel de statut juridique pourrait refléter les perturbations que les systèmes d'IA causent dans le dualisme traditionnel chose-personne, au sein d'une théorie pragmatique et unificatrice du statut juridique applicable de manière cohérente aux entités les plus inédites, telles que les hybridités humain-machine ou même machine-machine. L'effort concerté d'équilibre réflexif et d'ingénierie conceptuelle juridique visant à élaborer un concept graduel de statut juridique répondrait ainsi à une nouvelle compréhension du monde et de la place qu'y occupent des entités nouvelles comme les systèmes d'IA, ainsi que de l'importance et de la forme des relations (peut-être asymétriques) avec ces entités.

Le gradient semble une métaphore appropriée, car il comporte tant un aspect qualitatif que quantitatif, renvoyant à un nombre variable d'éléments de différents types, tels que des droits, des responsabilités, des compétences ou d'autres « incidents juridiques » spécifiques, qui peuvent être ajoutés ou retirés en fonction de la mission que le droit reconnaît à l'entité ou l'hybride en question. C'est comme

---

<sup>126</sup> L'« équilibre réflexif » est un processus d'ajustement mutuel des principes et du jugement réfléchi. Il a été initialement développé comme méthode dans le contexte de la philosophie morale et politique, et récemment utilisé dans la théorie du droit par Kurki dans le but de créer une nouvelle théorie de la personnalité juridique qui atteigne « la cohérence entre les croyances concernant des cas ou des instances particuliers, les principes ou les règles qui, selon nous, les régissent et les considérations théoriques qui, selon nous, influencent l'acceptation de ces jugements, principes ou règles réfléchis ». Elle est donc apte à aborder le statut juridique *sui generis* des systèmes d'IA et à innover dans ce domaine (N. DANIELS (dir.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' « A Theory of Justice »*, Stanford, Stanford University Press, 1989 ; J. RAWLS, *A Theory of Justice: Revised Edition*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 40-46 ; N. DANIELS, « Reflective Equilibrium », in E. N. ZALTA, U. NODELMAN (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, 2023 [[plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/reflective-equilibrium/](https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/reflective-equilibrium/)]).

<sup>127</sup> Un large équilibre réflexif serait nécessaire pour répondre à la question du statut juridique des systèmes d'IA, étant donné qu'un examen critique des théories de base pertinentes pour ce cas spécifique est requis (C. LIST, « Group Agency and Artificial Intelligence », *Philosophy & Technology*, 34/4, 2021, p. 1213-1242).

<sup>128</sup> J. HOPSTER, G. LOHR, « Conceptual Engineering and Philosophy of Technology: Amelioration or Adaptation? », *Philosophy & Technology*, 36/4, 2023, p. 70 ; G. LOHR, « Conceptual Disruption and 21st Century Technologies: A Framework », *Technology in Society*, 74, 2023.

<sup>129</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice: Revised Edition*, *op. cit.* ; J. RAWLS, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Mass, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2001.

<sup>130</sup> J. HIMMELREICH, S. KOHLER, « Responsible AI Through Conceptual Engineering », *Philosophy & Technology*, 35/3, 2022, p. 60.

« une garde-robe de l’imagination juridique, remplie de droits sur mesure<sup>131</sup> ». Pour reprendre la thèse de Sylwia Wojtczak :

Si une théorie globale de la subjectivité venait à être acceptée, il serait possible d’adapter la portée de la subjectivité aux besoins pratiques en n’attribuant à l’IA que les compétences, les droits ou les devoirs qui sont acceptables, utiles et sûrs<sup>132</sup>.

À l’instar de la conception de Mark Coeckelbergh, qui plaide en faveur d’une « écologie sociale » rejetant les distinctions *a priori* entre les entités humaines et non humaines, la présente approche graduelle cherche à concilier la flexibilité et la spécificité, pour échapper aux critiques de l’approche relationnelle. Ainsi, le gradualisme prend en compte, d’une part les *caractéristiques saillantes* et, d’autre part, les *objectifs socialement bénéfiques* comme critères complémentaires pour l’attribution des statuts juridiques aux systèmes d’IA. Le pluriel est important ici, car plusieurs options quant au *statut juridique* devraient être disponibles simultanément. De plus, ces options devraient être adaptées aux différents types de systèmes d’IA, en fonction de leurs capacités et des relations qu’elles peuvent intégrer. Enfin, la pluralité d’options disponibles devrait correspondre aux objectifs socialement bénéfiques vers lesquels le droit positif devrait orienter les systèmes d’IA.

Suivant l’idée que « notre construction personnelle du robot est influencée par la manière dont notre culture construit les machines et que cette construction n’est pas seulement un processus verbal, mais aussi un processus vivant<sup>133</sup> », il convient de laisser ouverte la liste des objectifs socialement bénéfiques qui devrait faire l’objet des délibérations démocratiques. La seule assertion forte que l’approche par gradient fait dans ce contexte est que des processus délibératifs collaboratifs auraient les meilleures chances d’aboutir à des options de statut juridique équitables, en relation à la fois avec les caractéristiques des entités en question et avec les objectifs ou besoins sociaux jugés les plus importants.

L’approche graduelle a donc l’avantage d’être une *aurea mediocritas* modérée qui pourrait aider la pratique juridique et les efforts législatifs à trouver un juste milieu entre une granularité intenable et une généralité extrême qui efface toute spécificité des étranges entités qui chevauchent la frontière chose-personne. Elle pourrait générer des résultats qui s’apparentent à une boîte à outil de statuts juridiques, aux options discrètes disponibles simultanément, pour répondre à la question des statuts des systèmes d’IA de manière adaptée au contexte, fondés à la fois sur leurs capacités, leurs relations et les objectifs socialement bénéfiques démocratiquement déterminés qu’il serait bénéfique d’atteindre par le biais de ces attributions de statuts.

---

<sup>131</sup> E. M. HUNT, *Artificial Life After Frankenstein*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2021, p. 189 (nous traduisons).

<sup>132</sup> S. WOJTCZAK, « Endowing Artificial Intelligence with Legal Subjectivity », *op. cit.*, p. 212 (nous traduisons).

<sup>133</sup> M. COECKELBERGH, *Growing Moral Relations. Critique of Moral Status Ascription*, *op. cit.*, p. 69 (nous traduisons).



Observant la manière dont l'émergence des systèmes d'IA bouleverse les distinctions classiques entre objet et sujet de droit, ou entre chose et personne, cet article a proposé une cartographie des différentes lignes théoriques, sources d'inspiration, méthodes et matériaux mobilisés dans et autour de la science du droit pour reconceptualiser le *statu quo* en ces matières. Il a ensuite examiné deux approches avec et autour des systèmes d'IA, l'approche relationnelle et l'approche graduelle.

La première partie a décrit la façon dont ces questions, et plus particulièrement celle du statut juridique, ont été explorées et influencées par des tendances historiques (avec, par exemple, le *peculium* digital ou la question du *dominium*), anthropologiques (à travers des répartitions alternatives entre humains et non-humains, ou la protection d'entités holistiques dans des sociétés non occidentales) et, transversalement, des lectures posthumaines, en montrant comment des intuitions « relationnelles » y sont reprises. Source d'inspiration pour repenser le statut des systèmes d'IA, a également été évoquée l'idée d'une « méta-catégorie » du sujet de droit, permettant d'inclure des personnes autres qu'humaines, susceptibles de se voir reconnaître des droits sur mesure.

La deuxième partie a réintégré certaines pistes relationnelles en les détaillant à partir des théories de Mark Coeckelbergh, David J. Gunkel et Joshua C. Gellers. S'inspirant de la philosophie de Levinas et l'appliquant à l'IA, ces approches font le pari de considérer d'abord les relations sociales nouées avec ces entités (c'est-à-dire à partir de ce qu'elles *font*), plutôt que de partir de la détermination de leur statut ontologique ou juridique (ce qu'elles *sont*).

Enfin, la dernière partie a repris la métaphore du gradient. Hybride entre approche relationnelle et approche ontologique, ce modèle de gradient tiendrait compte à la fois des « caractéristiques saillantes » des systèmes d'IA et des « objectifs socialement bénéfiques » poursuivis, afin de repenser des catégories juridiques spécifiques, composées d'une série d'incidents.

Posant ces relations et assemblages humains-robots comme sources de questionnements ontologiques que la pensée juridique contemporaine ne peut pas contourner, l'analyse des approches relationnelles et graduelles semble pertinente pour mieux cerner les différentes mutations des objets et des sujets de droit et pour imaginer d'autres catégories situées à l'intermédiaire de celles-ci, voire au-delà, en concevant un espace multidimensionnel composé de plusieurs axes en fonction des types d'incidents pertinents<sup>134</sup>. Le droit pourrait ainsi penser les personnes et les choses non comme opposées, mais comme des types d'entités parmi d'autres.

### Diana M. Mocanu

Chercheuse postdoctorale au cadre du projet ERC LEGACY - Agency in Law à la Faculté de Droit de l'université d'Helsinki. Collaboratrice scientifique au Centre de philosophie du droit de l'université catholique de Louvain.

---

<sup>134</sup> D. M. MOCANU, *Beyond Persons and Things*, *op. cit.*

**Pierre Walckiers**

Doctorant aspirant FRS–FNRS au Centre de philosophie du droit de l’université Catholique de Louvain. Collaborateur scientifique au laboratoire EcoLAWgy de l’université de Liège.





Marie-Angèle Hermitte

## Sujets et objets de droit à l'épreuve de la possibilité de la vie

L'IMPASSE ENVIRONNEMENTALE, si profondément déniée dans la quotidienneté des décisions publiques et privées, a donné lieu à une immense production juridique élaborée à tâtons. Des constitutions ont été modifiées, des principes généraux du droit créés, de nouvelles infractions imaginées, des juges se saisissent des outils nécessaires pour changer les ratios du partage de la ressource en eau entre humains et non-humains au nom de la fonctionnalité écologique d'un fleuve et de la survie des espèces qui y vivent<sup>1</sup>. Entre le 9 avril 2024 et le 23 juillet 2025, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), la Cour Interaméricaine pour les Droits de l'Homme (CIDH) et la Cour Internationale de Justice (CIJ) ont rendu un arrêt et trois avis portant sur les obligations juridiques des États en matière d'action climatique. Ce tir groupé mit en évidence, avec des mots très semblables, la justiciabilité du droit climatique comme nécessité pour sortir d'une impasse aux conséquences dévastatrices pour toute vie sur la planète. Les juridictions construisent leurs raisonnements sur le fondement d'un « péril existentiel » de nature biologique qui met en scène le destin commun des humains et de leurs milieux de vie. De cas en cas, elles font évoluer ou renouvellent les catégories juridiques utilisables pour traiter ces sombres perspectives, qu'il s'agisse des objets de droit ou des sujets de droit. Les uns n'allant pas sans les autres, il faut être au clair sur cette ontologie atypique qui constitue le cœur de la forge juridique, celle qui structure personnes et choses autour des causes qui les animent<sup>2</sup>. C'est sur l'image romaine de la personne juridique comme masque de la personne du monde commun que je reviendrai en premier lieu (I). J'observerai ensuite, au filtre de la possibilité de la vie sur terre et dans les océans, les évolutions des catégories dans l'ordre des choses (II), puis celles des catégories dans l'ordre des personnes (III).

---

<sup>1</sup> Par un arrêt rendu le 11 décembre 2025, la Cour administrative d'appel de Toulouse a fixé le débit minimal de la Têt à 1217 litres par seconde, contre la politique de la préfecture (600 litres par seconde) (CAA, Toulouse, 11 déc. 2025, n° 23TL00289).

<sup>2</sup> Sur l'idée de « forgerie », v. la préface à Y. THOMAS, *Les opérations du droit*, Paris, Le Seuil, 2011. *Contra*, V. Kurki pense que la distinction n'a rien d'essentiel, voir V. KURKI, « Animals, Slaves, and Corporations: Analyzing Legal Thinghood », *German Law Journal*, 18/5, 2019 [[www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/animals-slaves-and-corporations-analyzing-legal-thinghood/1A42759A25F0F4544969003579AFE19](http://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/animals-slaves-and-corporations-analyzing-legal-thinghood/1A42759A25F0F4544969003579AFE19)].

## I. PROLEGOMENES : LA PERSPECTIVE DU THEATRE JURIDIQUE

Comme le droit n'existe que par l'abstraction du langage, il convient de fixer les conventions langagières que je retiendrai, particulièrement celle qui a trait à la notion de personne. Sur les origines romaines de cette catégorie, son évolution sous l'influence du christianisme, je ne ferai que reprendre la « Brève histoire de la notion juridique de personne », texte peu cité de Yan Thomas, car il me semble être celui qui permet le mieux de fixer les concepts utilisés, du moins jusqu'à l'apparition de la personnalité morale : « Les juristes se sont toujours efforcés de dissocier, selon l'antique modèle du droit romain, réalités naturelles et artifices juridiques, causalité et imputation, faits sociaux et normes<sup>3</sup> ». Yan Thomas ajoute : « De cette distance entre objets connaissables du monde réel et figures résultant des procédures de la qualification, témoigne en particulier la distinction d'origine romaine, entre l'être humain concret, qui est tel ou tel, et sa personne, qui se réduit au rôle qu'il tient sur la scène du droit<sup>4</sup> ».

L'auteur y voit un « dispositif formel qui isole en chacun de nous, abstraction faite de ce que nous avons d'irréductiblement singulier, une personnalité juridique où presque rien de notre réalité physique, psychique et sociale ne se dévoile puisqu'elle se réduit à une fonction : à notre capacité à détenir et à exercer des droits ». « *Persona* est un artefact juridique, un double du sujet réel qui permet de conférer à ce dernier, abstraction faite de ses particularités subjectives et sociales, une identité en quelque sorte univoque et stable, opposable aux tiers sur la scène du droit ». C'est un « personnage qu'il lui est imparti de représenter sur la scène du droit ». La personne dans le monde du droit est un créancier, un débiteur, un propriétaire, un demandeur, un défendeur, etc. Un même individu tient plusieurs rôles, a plusieurs *personae*, ce qui lui permet d'agir pour lui-même, puis d'agir en tant que tuteur d'autrui. Il « représente ainsi autant de personnes qu'il existe de rapports juridiques dans lesquels il est engagé ». « Tel fut le premier sens de *persona* en droit romain ».

Yan Thomas insiste sur le fait qu'en droit romain tardif, l'accent fut mis sur la personne comme « personnalité juridique » : « *personam habere, personam non habere* », et cette vision se fixe chez les glossateurs du Moyen Âge : « dans le vocabulaire juridictionnel », « une personne est essentiellement désignée pour son aptitude à agir en justice » et, surtout, l'habitude est prise de ne plus désigner la personne par les différents rôles juridiques qu'elle peut assumer, père, propriétaire, etc., mais par cette capacité générale, cette unité juridique.

Si l'auteur décrit l'influence de la théologie chrétienne et de l'humanisme qui chargent le concept de personne de valeurs incompatibles avec l'étroitesse de sa fonction d'origine<sup>5</sup>, il montre aussi que l'approche technique du droit romain perdure – citant la formule de Doneau – : « le mot homme se rapporte à la nature, le mot personne au droit civil ». Cela va se perpétuer jusqu'au Code civil,

---

<sup>3</sup> Y. THOMAS, « Le sujet concret et sa personne. Essai d'histoire juridique rétrospective », in O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Le Débat/Gallimard, 2002, p. 124 sq.

<sup>4</sup> Pour cette citation et les suivantes, v. Y. THOMAS, « Le sujet concret et sa personne. Essai d'histoire juridique rétrospective », art. cité, p. 126, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 134 ; M.-A. HERMITTE, « Le droit est un autre monde », *Enquête*, 7, *Les objets du droit*, 1999.

<sup>5</sup> C'est aussi le cas d'E. DESCHEEMACKER, « “Personnes” sans personne, et “choses” sans chose, De deux hystérèses en droit civil », *RTD Civ.*, 2025, p. 1.

la personne se confondant avec l'aptitude à ester en justice, à être titulaire d'une créance, etc. Mais la réinterprétation chrétienne du droit romain au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle donne à la personne juridique une double nature qui fait coexister cette *persona vera*, « mixte d'existence concrète et de droit », et la vieille *persona* utile au fonctionnement du monde juridique qui perpétuait la valeur proprement juridique de *persona* et « permet de renouer avec sa signification préchrétienne[.] *Persona*, c'est bien l'homme vu sous le seul rapport de sa capacité au commerce juridique ».

Contrairement à ce qui est parfois affirmé, les personnes physiques au sens juridique n'ont donc rien de « naturel »<sup>6</sup>, même si leur régime juridique se caractérise par le fait qu'elles ont un corps, avec les droits et obligations qui y sont attachés. Au contraire, les personnes dites morales n'ayant pas de corps, ne peuvent se plaindre de certains types de dommages que seules des personnes physiques peuvent ressentir<sup>7</sup>. Il n'y a aucune dignité particulière qui serait inscrite dans le fait d'être « sujet de droit »<sup>8</sup>, sauf si le régime juridique attaché à un type de sujet le prévoit : c'est ce qui est désormais attaché aux droits fondamentaux des personnes physiques et refusé aux personnes morales. Il convient donc de se méfier de l'utilisation de l'expression « sujet de droit », qui n'apparaît que dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle. Elle s'impose dans la doctrine allemande d'abord<sup>9</sup>, puis française, lorsque la *persona* du *Digeste*, unitaire, devint la « personne physique » qu'il fallait distinguer des nouvelles « personnes morales ». Le sujet de droit est alors l'expression commode qui comprend les deux. Aujourd'hui, sujet de droit, personne juridique et avoir la personnalité juridique sont des expressions équivalentes, mais il ne faut jamais oublier les différents contextes historiques dans lesquels ces notions ont vu le jour.

Le droit crée aussi des objets de droit, tout aussi abstraits que les sujets, malgré la matérialité de certains d'entre eux. Le monde des choses est divisé en sous-catégories, la plus importante étant celle des biens, choses appropriées, elles-mêmes meubles ou immeubles, corporelles ou incorporelles, fongibles ou non, etc. Ces sous-catégories de choses font co-exister dans la grande catégorie des objets de droit des réalités aussi différentes que l'air, les stations spatiales, des grains de maïs et des droits de brevet. À chaque petite case est affecté le régime juridique qui va caractériser la sous-catégorie – le régime étant plus mobile que les catégories.

Le ballet des sujets et des objets est orchestré par des institutions, des règles de droit et des actions en justice qui mettent le théâtre en mouvement, le rendent concret. Les catégories constituent au contraire une sorte de squelette du monde juridique qui ne retient l'attention que lorsque l'on ne sait pas dans quelle catégorie

---

<sup>6</sup> « Dans la tradition du droit romain [...], la personne n'était par hypothèse pas référée à la nature, à la vie concrète [...] », cela ne se produira que dans la réinterprétation chrétienne du droit romain (v. Y. THOMAS, « Le sujet concret et sa personne », art cité, p. 130, 131).

<sup>7</sup> CEDH, M. Besseau & autres c. France, 7-II-2006 [hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-72515&filename=CEDH.pdf].

<sup>8</sup> Sauf à en avoir la vision christianisée évoquée par Y. Thomas. C'est le cas d'E. Descheemacker « “Personnes” sans personne, et “choses” sans chose », art. cité.

<sup>9</sup> L. DUFAUR-DESSUS, *La personnalité juridique : réflexion sur le sujet de droit*, thèse de droit privé et sciences criminelles, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2021 [theses.hal.science/tel-04625311v1], p. 6. V. également, dans cette livraison de *Droit & Philosophie*, la contribution de B. FAVRE : « La généalogie oubliée du sujet de droit. Par-delà la métamorphose subjective du *subiectum iuris* ». Sur le passage de la doctrine allemande vers la doctrine française au moment de la création de la personne morale, v. R. DEMOGUE et J.-P. MARGUENAUD, *La notion de sujet de droit*, Paris, Dalloz, 2025, en part. p. 12 sq.

ranger une situation, ce qui pose un délicieux problème de qualification. Cette représentation du monde par une arborescence de catégories se modifie au gré des besoins à des rythmes très divers. Face aux dangers qui affectent les milieux de vie, des institutions ont été créées – ministères de l'Environnement, autorités administratives indépendantes, juridictions spécialisées, etc. Les codes de l'environnement sont en expansion constante, dans un but de protection de certains éléments de la nature, des concepts scientifiques pertinents ont été insérés dans la réglementation, les associations ont acquis un rôle prééminent pour faire respecter le droit. En revanche, les catégories juridiques ont peu bougé, ce qui revient à mettre des chairs nouvelles sur un squelette ancien qui les supporte mal. Ce sont les évolutions perceptibles de ces deux catégories qui vont nous occuper ici.

## II. DANGERS PLANÉTAIRES ET RENOUVELLEMENTS DANS LA CATÉGORIE DES CHOSES<sup>10</sup>

La conscience du caractère planétaire des atteintes aux milieux n'a cessé de croître depuis les années soixante, poussant la doctrine, toutes sciences sociales confondues, à revendiquer la création d'une catégorie juridique de « biens publics mondiaux ». Cela fut réalisé en 1982 pour les grands fonds marins, reconnus « patrimoine commun de l'humanité », dotés d'un régime juridique spécifique mis en œuvre par une juridiction. D'autres patrimoines auraient dû être ainsi juridicisés. Pourtant, en 1992, les trois textes de la Conférence de Rio sur le climat, la biodiversité et la désertification ne feront plus état que de préoccupations communes à toute l'humanité, expression vague sans contenu juridique. Il fallut donc un cheminement complexe pour arriver à créer, lentement, les catégories juridiques utiles à la gestion de tels biens communs.

Je propose de suivre l'exemple du climat.

En 1992, le contenu proprement juridique de la convention « sur les *changements* climatiques » (CCNUCC) est réduit à peu de chose – en fait un principe d'équité reposant sur un constat indiscutable : la majeure partie des gaz à effet de serre (GES) émis dans le monde l'ont été par les pays développés, et les pays en développement doivent en émettre pour se développer. Ce sera exprimé par la formule « responsabilités communes mais différenciées » dont il faudra préciser la mise en œuvre. Au-delà, le texte de la Convention est construit autour de la définition de notions scientifiques, effet de serre, émissions, puits, réservoirs, etc. L'objectif dit ultime de la Convention est de stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre à un niveau qui empêche la perturbation dangereuse du « *système climatique* », défini comme « ensemble englobant l'atmosphère, l'hydrosphère, la biosphère et la géosphère, ainsi que leurs interactions » (art. 1-3, art. 2).

Comme il est impossible de saisir un « système » ou des « interactions » par des catégories juridiques, ce sont des notions intermédiaires qui vont être retenues, Convention des Parties (COP) après COP. Et ce qui se dessine aujourd'hui rejoint,

---

<sup>10</sup> Dans cet article, je me servirai de certains contentieux climatiques de manière réductrice, uniquement pour ce qu'ils révèlent de l'ontologie juridique que j'essaie de construire. Pour avoir une idée plus complète de la doctrine francophone sur ce point, voir O. GODARD, *La justice climatique mondiale*, Paris, La Découverte, 2016 ; C. COURNIL, L. VARISON, *Les procès climatiques : du national à l'international*, Paris, Éditions Pedone, 2018 ; J. ROCHFELD, *Justice pour le climat*, Paris, Odile Jacob, 2019 ; M. TORRE-SCHAUB, *Justice climatique : Procès et actions*, Paris, CNRS Éditions, 2020.

finalement, le vieux souhait des doctrines économiques et juridiques sur la nécessité de mettre en place des « communs de grande dimension » requérant une gouvernance multiniveaux<sup>11</sup>.

Il est cependant intéressant de suivre le processus de création des catégories, qui commença modestement par la définition et la qualification des gaz à effet de serre comme cause du réchauffement, ce qui rendit possible une police de leurs émissions (A). Une étape essentielle a été franchie en 2025 avec la reconnaissance de la catégorie de « bien commun mondial » par la Cour internationale de Justice (B).

## A. Qualifier les gaz à effet de serre pour créer une police des émissions

En 1992, la CCNUCC définit « l'effet de serre », comme le phénomène qui piège une masse de gaz dits à effet de serre (GES), dont la concentration augmente dans l'atmosphère depuis les temps industriels. Émis depuis des territoires déterminés, ils produisent un effet planétaire qui justifie le caractère mondial de l'action pour atteindre « l'objectif ultime » de stabilisation des concentrations.

### 1. Un premier temps, préjuridique : définir les GES

Tout être vivant émettant des gaz, le premier geste juridique fut de distinguer ceux dont l'échappement est libre de ceux qui relèveront d'une mesure de police en raison de leur dangerosité. Cela porta d'abord sur des gaz toxiques, tels les « gaz asphyxiants ou délétères » dont la Convention de Genève interdit l'usage en 1907. Les GES n'étant pas des gaz toxiques, ils n'avaient pas d'existence juridique. C'est donc en raison de leur contribution au réchauffement climatique qu'ils vont être saisis par le droit, qui va déterminer quels gaz relèvent du vaste domaine « à effet de serre », puis distinguer ceux qui allaient faire l'objet d'une réglementation. Elle est conçue à partir de compromis évolutifs à construire au cas par cas en fonction des utilités (alimentation, mobilité, production d'énergie, etc.), du pouvoir réchauffant (de 1 pour le CO<sub>2</sub> à 11 000 pour le dichlorodifluorométhane), de la durée de vie dans l'atmosphère (de 12 ans pour le méthane à 50 000 ans pour le tétrafluorure de carbone).

### 2. Un deuxième temps : inventer le « quota d'émission », bien mobilier incorporel

En 1997, le Protocole de Kyoto va établir une liste de gaz à inclure dans son dispositif et créer une unité de compte, le quota d'émission. Il détermine la liste des pays qui devront prendre des engagements chiffrés de réduction de leurs émissions, répercuter ces contraintes auprès de certaines entreprises et leur permettre d'échanger leurs quotas sur des marchés ainsi nouvellement créés. Par de telles opérations, ces gaz, toujours non qualifiés en droit, deviennent des *faits juridiques* en raison de l'obligation de réduction dont ils sont l'objet. Les quotas, eux, rejoignent la catégorie des *biens mobiliers incorporels*. L'autorité tutélaire les crée, les attribue, les diminue progressivement et, par des mécanismes de fongibilité, permet

---

<sup>11</sup> La doctrine a depuis longtemps revendiqué, sans succès, la reconnaissance de biens publics mondiaux (BPM) (v. M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2021 et, dans le même dictionnaire, B. BOIDIN, p. 106 ; B. CORIAT, p. 111 ; D. FESTA, p. 120).

la création de marchés qui ont couvert en 2025 environ 28 % des émissions mondiales et 100 milliards de dollars de recettes publiques annuelles<sup>12</sup>.

### 3. Un troisième temps : les GES comme « substances » et « énergie » engendrant une « pollution » au sens de la Convention sur le droit de la mer (CUDM)

En 2022, le TIDM a été saisi de deux questions portant sur d'éventuelles obligations des États parties de préserver le milieu marin des effets nuisibles des émissions anthropiques de GES : réchauffement et acidification des océans, élévation du niveau de la mer. Cela posait la question de savoir comment le Tribunal pouvait statuer sur la nature juridique des GES à partir d'une convention qui ne comporte aucune mention de ce terme, ni du changement climatique. Son art. 1 § 1-4 définit la pollution du milieu marin comme étant « l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le milieu marin [...] lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles ». Pour le Tribunal, le terme gaz s'entend bien d'une « substance de forme comparable à l'air, qui n'est ni solide ni liquide [...] [I]l ressort clairement du sens ordinaire du mot “gaz” et des définitions du terme “gaz à effet de serre” qu'il s'agit de substances ». L'une des formes d'énergie est l'énergie thermique. Ici introduite par l'homme, elle contribue au réchauffement des océans. Dans son avis consultatif du 21 mai 2024, le Tribunal peut donc conclure que les « émissions anthropiques de GES dans l'atmosphère constituent une *pollution* du milieu marin [...] constitutive de risques aigus de préjudice grave et irréversible au milieu marin<sup>13</sup> ».

Cette qualification des GES émis comme « pollutions » au sens de la Convention sur le droit de la mer est essentielle, puisque le Tribunal en déduit l'existence d'obligations de tous les États parties d'adopter des lois et règlements permettant de respecter l'objectif d'une augmentation de température limitée à 1,5°C et d'aider les États en développement, en particulier les plus vulnérables (obligations de restauration des écosystèmes, niveau de diligence requise élevé, approche de précaution).

## B. Le « système climatique » et la CIJ : du concept scientifique à la catégorie juridique de bien commun ou indivis mondial

Le « système climatique » n'est défini par la CCNUCC que de manière scientifique – comme « ensemble englobant l'atmosphère, l'hydrosphère, la biosphère et la géosphère, ainsi que leurs interactions ». Si l'atmosphère et l'océan ont bien une existence juridique, des « interactions » semblent difficiles à saisir en droit. Le système climatique n'est donc pas défini juridiquement. Contournant l'obstacle, les COP puis l'Accord de Paris vont donner une positivité croissante au droit climatique en définissant un objectif – ne pas dépasser 1,5 à 2°C –, des dates pour respecter des échéances – 2025, 2030... – et des obligations d'atténuation nécessaires pour

---

<sup>12</sup> V. Summaries of EU Legislation, « Système d'échange de quotas d'émissions de l'Union européenne », 2025 [eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/eu-emissions-trading-system.html] ; E. ESLAHI, « Le marché du carbone européen a-t-il vraiment réduit les émissions du secteur électrique ? », *The Conversation*, 21 déc. 2025 [theconversation.com/le-marche-du-carbone-europeen-a-t-il-vraiment-reduit-les-emissions-du-secteur-electrique-268872].

<sup>13</sup> Points 163 et suiv., Tribunal International du droit de la mer, *Avis consultatif sur demande soumise par la Commission des petits états insulaires sur le changement climatique et le droit international*, 21 mai 2024 [itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Advisory\_Opinion/A31\_avis\_cons\_21.05.2024\_orig.pdf].

respecter cette planification, ces budgets carbone qui ont été juridicisés par nombre de juridictions nationales et la CEDH.

Mais, en 2025, la Cour internationale de Justice va lancer une révolution juridique majeure en juridicisant le système climatique lui-même par la création d'une catégorie juridique, celle de bien commun mondial ou indivis mondial : « La Cour note que certaines règles de droit international relatives à des *biens communs mondiaux*, tels que le système climatique, peuvent créer des *obligations erga omnes* [...]. Dans le présent contexte, la Cour considère que tous les États ont un *intérêt commun* à protéger l'environnement de *l'indivis mondial*, tel que l'atmosphère et la haute mer. Il s'ensuit que les obligations qui leur incombent en ce qui concerne la protection du système climatique et d'autres composantes de l'environnement contre les émissions anthropiques de GES, en particulier l'obligation coutumière de prévenir les dommages transfrontières significatifs, sont des *obligations erga omnes*<sup>14</sup> ».

La CIJ impose ainsi comme une évidence la relance de la constitution progressive de ce patrimoine commun de l'humanité esquissé en 1982 pour les seuls fonds marins, désormais généralisé par une catégorie générale de biens communs mondiaux ou indivis mondial constituée de tout ce que les États ont un « intérêt commun à protéger ». La Cour en déduit l'existence d'*obligations erga omnes* dans le chef des États et les mécanismes de responsabilité qui y sont attachés, l'enjeu étant de lier catégories, nature des obligations et mécanismes de responsabilité. Conformément aux principes du droit de la responsabilité internationale des États, tout État, lésé ou non, sera en droit de faire respecter les obligations en matière d'atténuation : « tous peuvent invoquer la responsabilité d'autres États qui y manqueraient » (§ 441). « Lorsqu'il s'agit d'obligations du droit conventionnel relatif aux changements climatiques, toutes les parties au traité peuvent invoquer la responsabilité puisque chacune est réputée avoir un intérêt juridique à ce que ces obligations soient protégées<sup>15</sup> ».

Certes, il s'agit d'un avis n'ayant qu'une portée consultative, mais la Cour a ainsi fait la preuve de sa volonté de lancer la révolution juridique des biens communs, ce dont les plaideurs ne manqueront sans doute pas de s'emparer d'un ordre juridique à l'autre.

---

<sup>14</sup> § 440, IV<sup>e</sup> partie de l'avis. Le fait de mentionner l'atmosphère et la haute mer comme « indivis » est important car cela incite à penser que cette catégorie peut être étendue à des composants encore à déterminer.

<sup>15</sup> Dès 1982, A.-C. Kiss évoquait la possibilité de « *commons* » et suggérait que les États pourraient en être les « *trustees* » si aucun organe international n'était spécifiquement désigné, « La notion de patrimoine commun de l'humanité » (A.-C. KISS, *RCADI*, 175, 1982, p. 236 ; v. aussi Y. KERBRAT, « L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 23 juillet 2025 », *JDI*, 4, 2025).

### III. DANGERS PLANÉTAIRES EXISTENTIELS : LA MAÏEUTIQUE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

En droit international, la conscience de la mise en danger de la possibilité même de la vie est passée de la simple « préoccupation » pour l'humanité à une « menace pour la paix<sup>16</sup> », puis elle est devenue « existentielle<sup>17</sup> ». Cela entraîne de lentes mais profondes modifications dans la conception des sujets de droit. L'un des premiers chantiers concerne la reconnaissance d'intérêts et de compétences propres à certains groupes humains, aux portes de la personnalité (A). On peut en déduire une vision assez profondément modifiée de l'humanité, désormais générationnelle (B). Enfin, les États qui reconnaissent des sujets de droit non humains se multiplient (C).

#### A. La reconnaissance de compétences et d'intérêts propres de sous-groupes humains qui ne sont pas des sujets du droit international

Les États sont les seuls sujets du droit international, même si l'on peut observer une ouverture pour faire participer de nouveaux acteurs à la construction du droit. Mais en droit climatique principalement, on observe un ensemble ouvert d'« entités non parties » (1), de groupes humains mis en exergue au titre de leurs vulnérabilités ou de leurs compétences – migrants, enfants, personnes handicapées, peuples autochtones, femmes, associés à des droits fondamentaux spécifiques, tels les peuples autochtones. Cette ouverture a trouvé une consécration particulière avec l'approche dite « intersectionnelle » de l'avis de la CIDH sur le changement climatique (2). Mais, s'ils en sont proches, aucun de ces groupes n'a accédé à la qualité de sujet du droit international.

##### 1 Les « entités non parties » de la convention climat

La préparation de la Convention climat avait inauguré le mouvement dès 1988, avec la création du GIEC, organisation intergouvernementale sans personnalité juridique, constituée de scientifiques et de représentants des États participants pour produire les données scientifiques sur le climat. Il assume une fonction juridique indirecte car les COP utilisent ses travaux, les législateurs nationaux en tiennent compte pour élaborer leurs politiques climatiques, les tribunaux nationaux se réfèrent régulièrement à lui pour apprécier la conformité des actions étatiques aux ob-

---

<sup>16</sup> Note de cadrage pour le débat public tenu au niveau ministériel le 13 juin 2023 par le Conseil de sécurité sur le thème « Menaces contre la paix et la sécurité internationales : les changements climatiques et la paix et la sécurité », S/2023/408 [docs.un.org/fr/S/2023/408] ; A. DAVID et F. PETIT, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement, par la commission des affaires étrangères, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le thème Dérèglements climatiques et conflits*, n° 3813, janv. 2021 [www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\_afetr/l15b3813\_rapport-information] ; C. DESMASURES *et al.* (dir.), *Climate Security in the Anthropocene. Exploration des approches des États membres du Conseil de sécurité des Nations unies*, Springer, 2023.

<sup>17</sup> Que ce soit pour les êtres vivants ou pour les États du fait de phénomènes de submersion pouvant aller jusqu'à la disparition complète d'un territoire (v. A. CALIGIURI, « États engloutis : le dilemme du statut d'État face à la montée du niveau de la mer », *Questions de droit international*, 30 avril 2022 [www.qil-qdi.org/sinking-states-the-statehood-dilemma-in-the-face-of-sea-level-rise/]).

jectifs fixés par la Convention. Les quatre juridictions internationales et interrégionales ont en permanence utilisé ses conclusions pour « établir les faits » sur lesquels appuyer leurs raisonnements.

Par la suite, la COP 21 a consacré un chapitre à cette notion étrange « d'entité non partie » : « Toute personne physique ou morale qui n'est pas un État mais qui joue, veut jouer ou devrait jouer un rôle dans la lutte contre le changement climatique ». Cela revient à traiter des non-sujets du droit international en partenaires souhaitables, et l'on observe les effets de cette manière de voir, comme l'incitation à se coaliser faite aux villes<sup>18</sup>. La société internationale utilise aussi des lieux de discussion intermédiaires, comme le G7, le G20 ou les BRIC's+ (4 milliards d'habitants, 30 % du PIB mondial). Cette ouverture aurait dû permettre de créer des regroupements utiles en matière de propriété industrielle, comme le suggérait la plateforme WIPO Green, lancée en 2013. L'efficacité ne semble pas au rendez-vous alors que cela aurait pu favoriser les transferts des technologies dites propres, obligations reconnues par les juridictions internationales, mais aussi frugales<sup>19</sup>. Et si les COP organisent des enceintes dédiées avec des personnalités de la société civile – jeunes activistes, peuples autochtones et climatologues – force est de constater que les représentants des industries fossiles agissant avec le statut d'observateurs, ou directement dans les délégations nationales, semblent plus efficaces.

## 2. Les peuples autochtones, la CIDH et l'approche intersectionnelle de l'humanité

Autres sujets de droit en formation, les peuples autochtones, communautés indigènes et dans une moindre mesure les « communautés locales », se voient reconnaître une spécificité en droit international<sup>20</sup>. La logique de l'universalisme des

---

<sup>18</sup> Selon l'estimation consensuelle proposée par la Banque mondiale, 7 habitants sur 10 vivront en ville en 2050 [www.banquemondiale.org/fr/topic/urbandevelopment/overview] ; M. ARBOUR *et al.*, « La consécration du rôle des acteurs infra et non-étatiques », *Revue juridique de l'environnement*, HS1 – numéro spécial : *Après l'accord de Paris, quels droits face au changement climatique ?*, 2017, p. 75 sq. ; C. MALONE, « Les entités non souveraines sur la scène internationale », ENAP, Cahier de recherche IV/2 : *Les entités non souveraines sur la scène internationale*, 2011 [archives.enap.ca/bibliotheques/2011/05/030178810.pdf] ; I. MICHALLET, « De l'action locale au droit global : l'engagement climatique des villes », *Revue juridique de l'environnement*, HS1 – numéro spécial : *Après l'accord de Paris, quels droits face au changement climatique ?*, 2017, p. 105. Les villes ont un fort pouvoir d'action, ou d'inaction, par leurs politiques municipales (v. le réseau C40 (97 villes, 920 millions d'habitants, 23% de l'économie mondiale) [www.c40.org/fr/about-c40/].

<sup>19</sup> A. GARRIC, « COP29 : à Bakou, une présence massive des lobbyistes des énergies fossiles », *Le Monde*, 15 nov. 2024 [www.lemonde.fr/planete/article/2024/11/15/cop29-a-bakou-une-presence-massive-des-lobbyistes-des-energies-fossiles\_6394794\_3244.html] ; WIPO GREEN, *The Marketplace for Sustainable Technology* [www3.wipo.int/wipogreen/en/] ; Decision -/CP.26, *Enhancing climate technology development and transfer through the Technology Mechanism*, advance unedited version [unfccc.int/sites/default/files/resource/cop26\_auv\_9a\_TEC\_CTCN.pdf] ; M.-A. HERMITTE, « Frugalité, sobriété et innovation », in A. AUTIENNE *et al.* (dir.), *Droit, économie et valeurs. Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2015.

<sup>20</sup> Nations Unies, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Résolution de l'Assemblée générale AG/RES/61/295, 13 sept. 2007 [www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP\_E\_web.pdf] ; Organisation des États Américains, Résolution de l'Assemblée générale AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), 15 juin 2016 [www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND\_FRA.pdf].

droits humains se conjugue donc avec une logique plus nouvelle qui reconnaît des vulnérabilités particulières ou des compétences spécifiques à l'égard de la biodiversité et de l'adaptation au changement climatique. La Cour suprême du Panama a ainsi pu consacrer les capacités du peuple Naso pour protéger l'environnement, conformément à leurs lois, coutumes et pratiques traditionnelles qui reflètent leur attachement à la terre et la responsabilité de la conserver pour les générations futures<sup>21</sup>.

La CIDH a fait avancer la réflexion sur les conséquences juridiques de la multiplicité et des spécificités des communautés et des cultures humaines en mettant en avant leurs plus ou moins grandes dépendance, vulnérabilité, compétence par rapport aux atteintes portées aux écosystèmes dans lesquels elles vivent. Elle est la seule à en tirer une leçon radicale, suggérant qu'il faudrait repenser les obligations découlant du principe d'égalité et non-discrimination pour faire place à des politiques différenciées permettant une « approche intersectionnelle » de ces situations<sup>22</sup>.

## **B. L'évolution progressive de la notion d'humanité : vers une compréhension en termes de générations**

Il n'existe à l'heure actuelle qu'un seul cas dans lequel un patrimoine commun de l'humanité, les grands fonds marins, est administré au bénéfice de l'humanité tout entière par sa représentante, l'Autorité internationale des fonds marins. Il y a donc une personne juridique chargée de faire valoir les droits de l'humanité pour décider à quelles conditions exploiter – ou pas – les ressources de ces fonds à son profit, tout en assurant leur protection contre les pollutions<sup>23</sup>.

Mais en dehors de ce seul cas de personnalité juridique assumée, de nombreuses décisions de justice ont modifié la compréhension de la notion d'humanité, passant d'une vision essentiellement horizontale à une vision générationnelle, donc verticale. Non que les générations futures aient été ignorées : dès la stabilisation du projet de « développement durable », tel qu'il fut défini en 1987 par le Rapport Brundtland, il fut entendu que le mode de développement à inventer devrait « répondre aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des

---

<sup>21</sup> S. DORMAN, C. GARCÍA ZENDEJAS, « Panama's Supreme Court Recognizes Indigenous Peoples' Land Rights and Role as Guardians of the Environment », *Center for International Environmental Law (CIEL)*, Blog Post, 20 janv. 2021 [[www.ciel.org/panamas-supreme-court-recognizes-indigenous-peoples-land-rights-and-role-as-guardians-of-the-environment/](http://www.ciel.org/panamas-supreme-court-recognizes-indigenous-peoples-land-rights-and-role-as-guardians-of-the-environment/)]. Comparer à *Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú* [[www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0f8b1d8044484d9a9e3fde01a4a5d4c4/EXP.+394-2015%2C+CASO+ACHUAR+DEL+DR.+SERGIO+DEL+AGUILA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0f8b1d8044484d9a9e3fde01a4a5d4c4](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0f8b1d8044484d9a9e3fde01a4a5d4c4/EXP.+394-2015%2C+CASO+ACHUAR+DEL+DR.+SERGIO+DEL+AGUILA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0f8b1d8044484d9a9e3fde01a4a5d4c4)], qui énonce la reconnaissance de la capacité de la Fédération à représenter le peuple originaire Achuar et la personnalité juridique de ce dernier, ce qui permet de lui reconnaître un territoire, y compris ses ressources naturelles. Cela a déclenché toute une série d'annulations de droits précédemment concédés à d'autres, y compris à des compagnies pétrolières.

<sup>22</sup> V. § 283, 562, 575, 588 et suiv. avec trois opinions partiellement dissidentes.

<sup>23</sup> Sur les difficultés de ce régime depuis la réforme de 1994, v. N. KEMPF, « L'autorité internationale des fonds marins : à la hauteur du défi environnemental du XXI<sup>e</sup> siècle ? », *Revue de droit de McGill*, 69/3, 2024, p. 287 [[lawjournal.library.mcgill.ca/article/view/1574](http://lawjournal.library.mcgill.ca/article/view/1574)]. Ce lien entre bien et personne se retrouve dans la manière dont S. Schmitt illustre l'expérience italienne qui, pour reconnaître les générations futures de l'humanité, passa aussi par la notion de biens communs (voir, dans le présent volume, S. SCHMITT, « Les générations futures dans la Constitution italienne : une notion indéterminée »).

générations futures de répondre aux leurs<sup>24</sup> ». Mais cette scansion mit du temps à s'imposer en droit positif (2 et 3), et elle passe aussi par la place spécifique prise par « les jeunes » (1).

### 1 Les « jeunes »

Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU. – Dans le domaine international, seize enfants de douze pays avaient porté plainte en 2019 devant le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, accusant les États de ne pas mettre en place les politiques climatiques nécessaires pour éviter que leur génération ne soit confrontée à l'habitabilité de régions entières de la planète. La plainte fut rejetée, les plaignants n'ayant pas épuisé les voies de recours internes, mais le Comité posa les bases de la responsabilité des États pour l'impact négatif de leurs émissions de carbone sur les enfants en publiant son Commentaire sur « les droits de l'enfant et l'environnement, avec un accent particulier sur les changements climatiques<sup>25</sup> ».

*Les « jeunes plaideurs ».* – En principe, l'âge des parties à un procès n'est pris en compte qu'au titre des incapacités, des adultes agissant à la place de mineurs inaptes à se diriger rationnellement dans le monde. Par un retournement inattendu, ce sont ces derniers qui harangent des adultes aux comportements irresponsables : les juges saisis les traitent alors en acteurs jouant leur propre partition, celle du déroulement de leur vie jusqu'au grand âge et l'anticipation de celle de leurs propres enfants dans un monde rendu inhabitable.

Dans l'affaire *Oposa*, la Cour suprême des Philippines admit que la personnalité juridique des jeunes requérants leur permettait d'agir non seulement en leur nom, mais aussi au nom des générations futures, consacrant le concept de « responsabilité intergénérationnelle<sup>26</sup> ». La Cour suprême de Colombie s'attacha à caractériser la situation de requérants âgés de 7 à 25 ans qui vivront leur âge adulte entre 2041 et 2070, au moment où l'augmentation de température oscillera entre 1,6 et 2°C. Aux États-Unis, la juge Aiken, saisie de la célèbre affaire *Juliana*, avait conclu en 2016 qu'elle était le seul recours d'un « groupe de jeunes gens, de 8 à 19 ans », puisqu'ils ne peuvent s'exprimer par le vote alors que leur avenir est fragilisé par des décisions gouvernementales passées et actuelles<sup>27</sup>. Après de multiples rebondissements et des motivations passionnantes, la Cour suprême a rejeté le 23 mars 2025 l'ultime requête des jeunes gens, accusés d'avoir « paralysé les

---

<sup>24</sup> E. GAILLARD, « Démocratie transgénérationnelle », in G. PIET et S. WINTGENS (dir.), *Penser les institutions*, Liège, Éditions de l'université de Liège, 2011, p. 11, 16.

<sup>25</sup> United Nations, « General Comment No. 26 on Children's Rights and The Environment With A Special Focus On Climate Change », *United Nations Committee on the Rights of the Child*, 22 août 2023 [www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-26-2023-childrens-rights-and]. Le Comité a travaillé avec une équipe de douze conseillers âgés de 11 à 17 ans et s'est inspiré des 16 331 contributions d'enfants de 121 pays. Les aspects psychosociaux sont mis en évidence, dont l'éco-anxiété due aux changements climatiques (pt. 27) et leurs conséquences en termes de conflits armés.

<sup>26</sup> *Minors Oposa v. Factoran*, (296 Phil. 694, GR No. 101083, 30 juil. 1993) Supreme Court, 30 juil 1993 [Oposa%20v%20Factoran.pdf] ; la Cour constitutionnelle allemande souligne, dans sa décision sur le climat que les requérants sont pour l'essentiel des enfants, des jeunes et de jeunes adultes, privés d'un avenir digne, pts. 60, 71. »

<sup>27</sup> *Juliana v. United States*, 217 F. Supp. 3d 1224 (2016) [biotech.law.lsu.edu/cases/environment/Juliana.htm].

États-Unis ». Mais quinze des jeunes plaignants ont porté leur cas devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

Le 13 mars 2020, seize plaignants âgés de 2 à 18 ans avaient saisi Kathy Seeley, juge de la Cour de l'État du Montana, d'un recours contre la politique climaticide du gouvernement du Montana, chacun faisant valoir son préjudice propre : tristesse pour la fonte des glaciers, perte de connexion avec la rivière asséchée, feux de forêt, difficulté à pratiquer leurs sports, éco-anxiété (« un éléphant assis sur ma poitrine »), impossibilité de pratiquer certains rituels pour les jeunes de tribus indiennes<sup>28</sup>. Elle choisit de contester les dispositions législatives reprochées directement sur le fondement de la constitution du Montana de 1972, qui reconnaît un droit à un environnement sain. Ce choix lui permettait d'éviter d'attaquer la politique énergétique de l'État fédéral en tant que telle, avec le risque de se voir opposer une atteinte à la séparation des pouvoirs, motif de rejet de nombre d'actions du même genre. Une déclaration d'inconstitutionnalité « faciale » (« *on its face* », c'est-à-dire quelles que soient les conditions de mise en œuvre du dispositif contesté) lui permit d'invalidier les lois attaquées.

Une autre voie a été empruntée par treize jeunes Hawaïens. Ayant intenté une action en justice contre les choix du Département des transports, ils ont obtenu en juin 2024 un accord sur le climat avec l'État d'Hawaï pour aboutir à la décarbonation totale du système des transports terrestres, maritimes et aériens inter-îles en 2045<sup>29</sup>.

## 2. La Cour constitutionnelle allemande et les générations futures – le CO<sub>2</sub> comme liberté !

Le 24 mars 2021, la loi allemande de 2019 sur la protection du climat, qui organisait la baisse progressive des émissions de GES pour arriver à la neutralité climatique en 2050, fut déclarée conforme à la constitution allemande, pour la planification s'arrêtant à 2030, et inconstitutionnelle pour la planification post-2030<sup>30</sup>. Très logiquement, la Cour fédérale constitutionnelle lie le devoir de protection imposé à l'État en matière environnementale et plus particulièrement climatique aux traditionnels droits à la vie, à la dignité et à la propriété (art. 1, 2 et 14 de la Loi fondamentale). Mais elle précise que ce « devoir de protection objectif » s'étend aux générations futures.

Ce premier point étant posé, le caractère innovant de la décision repose sur l'application de l'article 20-a de la Loi fondamentale, « Protection des fondements naturels de la vie »<sup>31</sup> : « Assumant sa responsabilité envers les générations futures,

---

<sup>28</sup> *Held et al. v. State of Montana et al.*, District Court of Montana, First Judicial District, Lewis and Clark County, 14 août 2023 [elaw.org/wp-content/uploads/archive/attachments/publicresource/US\_HeldVMontana\_20230814.pdf].

<sup>29</sup> J. SINCO KELLEHER, « Hawaii Settles Lawsuit from Youths Over Climate Change. Here's What to Know About the Historic Deal », *The Associated Press (AP)*, 22 juin 2024 [apnews.com/article/hawaii-youth-climate-lawsuit-things-to-know-bcb791b6f23c7dc798b9e3cd2b67f97].

<sup>30</sup> Cour constitutionnelle allemande, arrêt du 24 mars 2021, v. le Communiqué de presse avec renvoi à la version téléchargeable en français [www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2021/03/rs20210324\_1bvr265618fr.html] ; P. KROMAREK, « La décision climatique de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *BDEI*, n° 94, juil. 2021, p. 35.

<sup>31</sup> Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, Art. 20-a [www.btg-bestell-service.de/pdf/80202000.pdf].

l'État protège également les fondements naturels de la vie et les animaux par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel et par l'exercice des pouvoirs exécutif et judiciaire dans le respect de la loi et du droit » (pt. 205).

La Cour y voit le fondement du « devoir de l'État de protéger le climat » au regard des droits fondamentaux. Elle justifie ensuite l'importance du contrôle de constitutionnalité dans ce domaine, en analysant l'intérêt, mais aussi les failles des procédures législatives suivies pour fixer des objectifs climatiques. Soumises aux temps courts des cycles électoraux, elles ne permettent guère de respecter les temps longs des stratégies environnementales, donc les générations futures qui, pourtant, « ne disposent pas d'une voix politique propre ». Alors qu'elle précise que les générations futures de l'article 20-a « ne sont pas titulaires de droits subjectifs consacrés par les droits fondamentaux » (pts. 109, 112), elle va développer un raisonnement complexe pour faire « comme si » les générations futures pouvaient défendre leur droit à disposer d'un certain budget carbone, essentiel pour jouir de ces libertés qui permettent d'« entretenir des relations interpersonnelles et de participer à la vie sociale, culturelle et politique », ce qui deviendrait impossible dans les hypothèses de dérèglement « catastrophique, voire apocalyptique » (pts. 114-115, 248).

C'est donc dans l'interprétation des libertés protégées que la Cour innove de manière radicale en leur donnant un contenu propre à la question du climat : dans les modes de vie actuels, l'exercice de toute liberté implique une certaine dépense de CO<sub>2</sub>. Comme il faut arriver à la neutralité carbone en 2050, la Cour lie les droits fondamentaux à une juste répartition entre les générations des libertés liées à l'émission de CO<sub>2</sub> (pt. 4).

Les droits fondamentaux garantis par l'article 20-a ont une dimension « objective », celle de « prendre soin des fondements naturels de la vie d'une manière qui permette de les léguer aux générations futures dans un état qui laisse à ces dernières un choix autre que celui de l'austérité radicale, si elles veulent continuer à préserver ces fondements » (pt. 193). Autrement dit, elle crée une obligation « objective » dans le chef des générations présentes de ne pas faire vivre les générations futures dans un contexte « d'austérité radicale ». Elle renforce son raisonnement par l'ajout d'une « dimension subjective », qui protégerait « contre un report unilatéral vers l'avenir de la charge imposée par l'article 20-a de la Loi fondamentale de réduire les émissions de gaz à effet de serre » (pts. 183, 194). C'est le deuxième volet de la future liberté des générations futures : que soit amorcé à temps et planifié le passage à la neutralité climatique.

La Cour rend donc sa décision en justifiant les choix effectués pour la tranche s'arrêtant en 2030. Les phases ultérieures sont contraires à la Constitution, car il ne serait pas raisonnable « d'exiger brusquement la neutralité carbone au moment où le budget carbone a été complètement utilisé » (pt. 120). « Dans leur *dimension subjective*, les droits fondamentaux [...] protègent contre un report unilatéral vers l'avenir de la charge imposée par l'article 20-a de la Loi fondamentale afin de réduire les émissions de gaz à effet de serre. Les générations futures ne doivent pas être contraintes à l'austérité radicale » (pt. 4). « La Loi fondamentale oblige [...] à garantir la liberté protégée par les droits fondamentaux *dans le temps et à répartir de manière proportionnelle les chances de liberté entre les générations* » (pt. 183)<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> L'article 20 a obligé également l'État à participer à la recherche de solutions au niveau international, car ce sont des phénomènes mondiaux et que l'État doit agir pour renforcer la confiance mutuelle entre les États et démontrer que cela peut se faire dans des conditions qui « valent la peine d'être vécues », même en termes de libertés (pts. 197, 199, 203, 204). La Cour en tire

Les générations futures n'ont pas vu leur personnalité juridique consacrée *expressis verbis*, mais en évoquant cette dimension subjective, la Cour fait « comme si » les requérants et, d'une certaine manière, elle-même, en étaient les représentants.

### 3. La Cour internationale de justice et l'humanité intergénérationnelle – créanciers et débiteurs

En 1992, l'art. 3-1 de la CCNUCC avait chargé la communauté internationale de « préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, sur la base de l'équité » (réitéré dans le Préambule de l'Accord de Paris<sup>33</sup>). Le 23 juillet 2025, la CIJ va tirer deux idées différentes de sa qualification du système climatique comme bien commun mondial ou indivis mondial.

La première est énoncée au titre des sources du droit applicable à cette affaire (pts. 113 *sq.*), dont l'équité, principe général de droit (pts. 152 *sq.*). Dans le contexte du changement climatique, « les générations présentes sont les gardiens de l'humanité et il leur incombe, à ce titre, de maintenir des conditions de vie dignes pour les transmettre aux générations futures ». L'idée de gardien est ici précisée puisque ces considérations « doivent jouer un rôle *infra legem* » lorsque les États conçoivent les politiques climatiques qu'ils doivent mettre en place<sup>34</sup>. Autrement dit, chaque État doit concevoir sa politique climatique en faisant des générations présentes des débitrices du maintien de conditions de vie dignes, qu'il s'agit de transmettre aux générations futures qui en sont créancières.

La deuxième idée tirée de la qualification de bien commun insiste sur « l'intérêt commun » des États à protéger cet indivis mondial et en déduit la nature des obligations qui leur incombent, obligations *erga omnes* (pt. 440) : organiser la planification, respecter les obligations d'exécution, cesser les pratiques non conformes, réparer les dommages. Chaque État a donc des obligations à l'égard des autres États, qui pourront lui demander réparation des conséquences d'une politique climatique insuffisante (pts. 441 *sq.*).

### C. Sur la scène, montent des sujets de droit non humains

En 1972 déjà, Ch. Stone et W.-O. Douglas, juge à la Cour suprême des États-Unis, voulaient donner la qualité de sujets de droit à l'ensemble des entités naturelles, des forêts aux océans<sup>35</sup>. Publié en 1988, « L'homme, la nature et le droit » proposait, pour penser la biodiversité alors inconnue du droit, de donner la personnalité juridique aux écosystèmes<sup>36</sup>. C'était une utopie politique, mais elle avait

---

deux idées centrales pour l'avenir des transitions environnementales, celle de « ponctualité écologique » et celle d'« horizon de planification » (pt. 253).

<sup>33</sup> En ligne [[unfccc.int/sites/default/files/french\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/french_paris_agreement.pdf)].

<sup>34</sup> Elle avait déjà été retenue par la CIJ dans l'Avis consultatif du 8 juil. 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

<sup>35</sup> C. STONE, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ? Vers une reconnaissance de droits juridiques aux objets naturels*, trad. T. Lefort-Martine, Paris, Le passager clandestin, 2017.

<sup>36</sup> B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, p. 238. Au même moment, M. Callon avait adopté une attitude un peu semblable dans « Éléments pour une sociologie de la traduction. La domestication des coquilles Saint-Jacques dans la Baie de Saint Brieuc », *L'Année sociologique*, 36, 1986.

l'avantage de s'appuyer sur une technique juridique éprouvée, l'attribution de la personnalité juridique qui permet d'établir des relations de sujets à sujets.

Depuis 2008, quelques États ont franchi le Rubicon à travers des instruments constitutionnels ou législatifs ; d'autres s'y sont essayé avec des décisions de justice, et l'on voit les idées circuler dans ce que j'ai appelé une géohistoire du droit<sup>37</sup>. Des philosophes ont apporté de nouvelles sensibilités au monde<sup>38</sup>. Les sociétés civiles occidentales commencent aussi à changer le regard par l'intermédiaire d'associations qui installent un Parlement de Loire et son Conseil des témoins<sup>39</sup>, déclarent les droits du Rhône, de la Durance, ou de la Têt<sup>40</sup>. Il ne s'agit pas de foudres sans lien les unes avec les autres, mais de formes d'animisme juridique, que je définis comme les différentes manières dont le droit organise les interrelations entre vivants sur le mode de sujet à sujet et non de sujet à objet<sup>41</sup>. L'entrée des non-humains dans des univers juridiques divers leur donne des tonalités spécifiques, ce qui se noue en France ou aux États-Unis n'ayant que peu à voir avec ce qu'avait pu observer C. Lévi-Strauss. Ce sont des chemins bien différenciés quoiqu'ils se croisent et s'inspirent en permanence, leur point commun étant de doter les entités naturelles d'un « masque » pour qu'elles puissent jouer leur rôle, exprimer leur subjectivité dans le théâtre du droit.

---

<sup>37</sup> M.-A. HERMITTE, « Une géohistoire des droits de la nature », in L. GAY et O. LE BOT (dir.), *Des droits fondamentaux pour le système Terre. Approches plurielles des droits de la nature*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2025 [doi.org/10.4000/14463].

<sup>38</sup> A. ZABALZA, *La terre et le droit : du droit civil à la philosophie du droit*, Pompignac-près-Bordeaux, Éd. Bière, 2007 ; T. LEFORT-MARTINE, *Des droits pour la nature. L'expérience équatorienne*, Paris, L'Harmattan, 2018 ; B. FAVRE, *Umwelt et droit. Le droit de l'environnement au prisme de l'éthologie*, Mémoire de Master 2, Faculté de droit de Lausanne, 2016 ; V. CABANES, *Un nouveau droit pour la terre*, Paris, Le Seuil, 2016 ; NOTRE AFFAIRE A TOUS, *Les droits de la nature, Vers un nouveau paradigme de protection du vivant*, Paris, Le Pommier, 2022. Les anthropologues le disent autrement : v. E. KOHN, *Comment pensent les forêts. Vers une anthropologie au-delà de l'humain*, Bruxelles, Zones sensibles, 2017, en part. les exemples pris dans le « parler-chien », p. 196 ; B. MORIZOT, *Les diplomates. Cohabiter avec les loups sur une autre carte du vivant*, Marseille, Wildproject, 2017 (« pour les diplomates garous, il s'agit de laisser des catégories du mode d'existence animal passer dans notre langue », p. 60, donc d'élaborer une stratégie de l'interprète, p. 201, 203 ; S. BOURGEOIS-GIRONDE, *Être la rivière*, Paris, PUF, 2020 ; P. GUILLIBERT, *Exploiter les vivants. Une écologie politique du travail*, Paris, Edition Amsterdam/Multitudes, 2023.

<sup>39</sup> *Le fleuve qui voulait écrire*, mis en récit par C. de Toledo, Paris, Les liens qui libèrent, 2021. Le projet continue dans le cadre de « L'internationale des rivières » [www.iea-nantes.fr/fr/projets-scientifiques/vers-une-internationale-des-rivieres-et-autres-elements-nature-iren].

<sup>40</sup> Pour un exposé très large des affaires, v. l'ouvrage de « Notre affaire à tous » : *Les droits de la nature, Vers un nouveau paradigme de protection du vivant*, op. cit.

<sup>41</sup> Raison pour laquelle je n'y compte pas les robots ou les statues (v. M.-A. HERMITTE et F. CHATEAURAYNAUD, *Le droit saisi au vif. Sciences, technologies et formes de vie*, Paris, Éditions Pétra, 2013, p. 94 sq. ; O. BARRERE et al., *Coviabilité des systèmes sociaux et écologique. Reconnecter l'homme à la biosphère dans une ère de changement global*, 2 vols., Paris, Éditions Matériologiques/IRD Éditions, 2019.

## 1 Les trois chemins de l'animisme juridique<sup>42</sup>

*Les perspectives autochtones*<sup>43</sup>. – L'Équateur lança le mouvement avec une constituante très participative, qui put aboutir en 2008 à une constitution donnant la personnalité juridique aux communautés indigènes et à la nature, pourvue d'un droit à l'existence, au respect ou à la restauration de ses cycles vitaux. Cet élan pour atteindre le *Buen Vivir* qui implique humains et non-humains, inspira la Bolivie et la Colombie dont la Cour suprême lie les droits fondamentaux humains à l'environnement : sans un environnement sain, les êtres sensibles en général ne peuvent pas survivre, que ce soient les enfants ou les générations futures ; toutes les carences environnementales diminuent l'espérance d'une vie digne<sup>44</sup>. Cette vision des droits fondamentaux implique la reconnaissance des « autres », ces « proches » que sont les végétaux et les animaux, les non-nés qui doivent jouir des mêmes conditions environnementales que les nôtres selon un principe de solidarité fondé sur l'interconnexion de tous dans la biosphère<sup>45</sup>. La justice peut alors consacrer le cycle vital d'une rivière, la protection d'une zone de pêche liée aux activités ancestrales des habitants, la règle d'interprétation *in dubio pro natura*.

---

<sup>42</sup> M.-A. HERMITTE, « Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant », in P. DESCOLA (dir.), *Les natures en question*, Paris, Odile Jacob, 2018, p. 257 ; M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, « Animisme juridique », in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 50 ; R. MIGUEZ-NÚÑEZ, *Le avventura del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milan, Mimesis, 2019 ; D. LANDIVAR, « Animisme, patrimoine, communs. Revendications ontologiques face au libéralisme tardif et à l'anthropocène », *In Situ*, 2, 2021 ; P. BRUNET, J. ROCHFELD, « De l'animisme juridique à base scientifique : une voie pour la nature ? », in N. BAYA-LAFFITE, M. V. BERROS, R. MIGUEZ NÚÑEZ (dir.), *Le droit à l'épreuve de la société des sciences et des techniques. Liber amicorum en l'honneur de Marie-Angèle Hermitte*, Turin, Academia University Press, 2022, p. 340 sq. [hal.science/hal-04101814/document].

<sup>43</sup> M.-A. HERMITTE, « Souveraineté, peuples autochtones : le partage équitable des ressources et des connaissances », in F. BELLIVIER, C. NOUVILLE (dir.), *La bioéquité : batailles autour du partage du vivant*, Paris, Autrement, 2009, p. 115 ; V. David pointe l'influence du contexte historique sur ces décisions – imposition de droits étrangers faisant violence aux traditions, invasion moghole, colonisation britannique (V. DAVID, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Wanganui, Gange et Yamuna », *Revue Juridique de l'Environnement*, 42, 2017, p. 409-424, en part. p. 421 ; M. V. BERROS, R. COLOMBO, « Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares », *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1, 2017, p. 31-72).

<sup>44</sup> Cette décision de la Cour constitutionnelle de Colombie du 5 avril 2018 suit une décision précédente de mai 2017 à propos de la pollution de la rivière *Atrato* par une exploitation minière. Après avoir déclaré la rivière sujet de droits, la Cour ordonne au gouvernement de la doter d'un représentant légal, un gardien qui, en lien avec les habitants, soit chargé de mener les actions nécessaires contre cette mine illégale utilisant des substances toxiques (mercure...). Dans l'arrêt de 2018, il faut aussi noter les nombreuses obligations concrètes ordonnées par la Cour : action contre les cultures illicites, contre les mines illégales, l'expansion irrationnelle de la frontière agricole, obligation de combler le vide laissé par les Farc, ce qui laisse évidemment dubitatif, [www.elaw.org/CO\_Amazon]. Sur la genèse de la décision, v. F. CLAVIGO-OSPINA, « Anatomie d'une décision non conventionnelle. Le cas du fleuve Atrato (Colombie, 2017) », *Droit et Société*, 2023/2, p. 483.

<sup>45</sup> M. V. BERROS, « Defending Rivers: Vilcabamba in the South of Ecuador », *RCC Perspectives*, n° 6 « Can nature have rights? Legal and political insights », 2017, p. 37-44 ; *Id.*, « The Constitution of the Republic of Ecuador: Pachamama Has Rights », *Environment & Society Portal*, Arcadia, 11, 2015 ; *Id.*, « El estatuto jurídico de la naturaleza en debate (meulen en el mundo del derecho) », *Revista de Derecho Ambiental*, 36, 2013, p. 133-151 ; D. LANDIVAR, E. RAMILLIEN, « Savoirs autochtones, "nature-sujet" et gouvernance environnementale : une analyse des reconfigurations du droit et de la politique en Bolivie et en Équateur », *Autrepart*, vol. 81/1, 2017.

Alors que cette juridicité a pu être critiquée comme étrangère aux cultures autochtones, les différentes cultures cohabitent de manière souple<sup>46</sup> – jusqu’à l’Organisation mondiale de la propriété industrielle qui constate que l’écorce de quinine peut être vue comme un alcaloïde ou comme l’esprit magique de l’écorce : « termes chimiques ou termes animistes<sup>47</sup> » analyse son Comité intergouvernemental en charge des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et du folklore.

Les projets mêlent des objectifs très divers. Ainsi, le modèle néo-zélandais de la rivière Wanganui cherchait surtout à dépasser les pertes de souveraineté subies par les Maoris du fait de la colonisation. La reconnaissance des droits du fleuve, qui suscita l’intérêt des spécialistes du droit de l’environnement, fut au premier chef un accord conclu entre les Maoris et la Couronne, entériné par le Parlement en 2017, qui permettait de redonner du pouvoir à la Whanganui iwi, tribu la plus concernée. De fait, elle reconfigure ainsi sa place politique en déclarant la Whanganui River « *as a legal entity* », ce qui lui permet d’obtenir la modification de la gouvernance de la rivière, au nom de sa cosmogonie<sup>48</sup>. Elle exerce donc une forme secondaire de souveraineté par les mots : nous sommes les descendants de cet « être vivant » représenté par *Te Pou Tupua*, le « visage humain » qui va lui permettre de « parler de sa propre voix ». Les conséquences juridiques sont précises : cet être ne pourra, par exemple, plus faire l’objet de droits de propriété en tant que bien inanimé<sup>49</sup>. Autrement dit, l’aspect environnemental accompagne un projet politique bien plus ancien.

Une tentative intéressante, malheureusement avortée, a été faite en France dans le cadre très particulier de l’Accord de Nouméa, qui prévoit que chaque province de Nouvelle-Calédonie a la compétence pour élaborer son propre droit de l’environnement. Dans le cas des Îles Loyauté où habite une majorité kanake, un code original intégrant au droit français des éléments de la culture kanake, avait été adopté en 2016 et précisé en 2023<sup>50</sup> : organisation coutumière des terres par les clans et les chefferies, rapport particulier du peuple kanak à la biodiversité à travers un « principe unitaire de vie » signifiant que l’homme appartient à l’environnement, référence aux pratiques culturelles et règles coutumières, principe de participation « selon les modalités coutumières », etc. Le conflit se noua autour de droits octroyés à certaines entités naturelles : droit d’agir en justice en son propre nom, droit de n’être la propriété de personne, droit à exister, droit de ne pas être gardé en captivité, droit à la liberté de circulation et de séjour, ou droit à la restauration

---

<sup>46</sup> D. LANDIVAR, E. RAMLIEN, « Du sujet de droit à l’hyper-sujet du droit : Une analyse anthropologique comparée du droit des entités de la nature en Bolivie et en Équateur », *Revue Juridique de l’Environnement*, hors-série, 2018, p. 71 ; P. GUILLIBERT, « Personnaliser la nature, un “devenir animiste” du droit moderne ? », *Revue Lexsociété*, 2022 [hal.science/hal-03869692v1/file/PAUL%20GUILLIBERT.pdf].

<sup>47</sup> WIPO/GRTKF/IC/12/7, 12 fév. 2008, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, 25-29 fév. 2008, Annexe, p. 4 [www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\_grtkf\_ic\_12/wipo\_grtkf\_ic\_12\_inf\_7.pdf].

<sup>48</sup> En ligne [www.whanganui.govt.nz/Community-and-Places/About-Whanganui/Our-District/Te-Awa-Tupua-Whanganui-River-Settlement] et [www.tepoutupua.nz/ruruku].

<sup>49</sup> S. BOURGEOIS-GIRONDE, *Être la rivière, op. cit.*, met bien en évidence à la fois l’autonomie de la rivière et les trois niveaux de gouvernance. V. aussi C. J. IORNS MAGALLANES, « Nature as an Ancestor: Two Examples of Legal Personality for Nature in New Zealand », *Vertigo*, Hors-Série n°22, 2015, p. 83.

<sup>50</sup> V. DAVID, « Les droits de la Nature en Océanie. Exemples en Nouvelle-Zélande et en Nouvelle-Calédonie », in L. GAY et O. LE BOT (dir.), *Des droits fondamentaux pour le système Terre, op. cit.*

d'un habitat dégradé. Ces droits pourraient être exercés du fait de la reconnaissance d'une personnalité juridique et de droits spécifiques dont furent bénéficiaires deux espèces totémiques, le requin et la tortue. L'annulation de ces dispositions fut demandée dans le cadre d'un déféré du haut-commissaire de la République pour des questions de répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces. Le Conseil d'État confirma le 31 mai 2024 que les Îles Loyauté avaient bien compétence en matière d'environnement, mais pas en matière de droit civil. Or, l'attribution de la qualité d'« entité naturelle sujet de droit » aux requins et aux tortues marines ainsi qu'à tout élément vivant, écosystème, site ou monument naturel était un choix relevant du droit civil, donc de la seule compétence de la Nouvelle-Calédonie<sup>51</sup>.

*Une perspective religieuse en Inde.* - Une décision de la *High Court of Uttarakhand at Nainital* rendue le 30 mars 2017 (suspendue par la Cour Suprême) avait accordé la personnalité juridique à des rivières, des glaciers et divers autres éléments de la nature. La motivation était particulièrement intéressante, car elle articulait *common law*, tradition religieuse hindoue et données scientifiques<sup>52</sup>. À la *common law*, les juges avaient emprunté la notion de *parens patriae*. Cela faisait obligation au souverain de mettre son autorité au service des incapables vulnérables à travers le mécanisme de désignation de personnes physiques devant agir « *in loco parentis* » pour promouvoir la santé et le bien-être de ces écosystèmes. Pour les Honorables Rajiv Sharma et Alok Singh, une juridiction devrait ouvrir la catégorie « sujet de droit » chaque fois que c'est nécessaire « dans l'intérêt de la société ». Nécessités du développement humain (pt. 14), attachement des hindous à ces rivières sacrées et vénérées qui donnent aux humains santé et bien-être<sup>53</sup>, universalisme des évolutions « scientifico-socio-politiques » justifient cette création (pt. 16). Ils condamnent l'inertie de l'État d'*Uttar Pradesh*, de l'État d'*Uttarakhand* et de l'État central et ordonnèrent la création du *Ganga management Board* chargé de mettre en œuvre l'interdiction de l'exploitation minière, prendre les décisions en matière d'irrigation, de fourniture de l'énergie et de l'eau et assurer le respect des protections de l'environnement inscrites dans la constitution indienne. Ils se prononcent, enfin, pour la création d'une « commission des droits de la nature » formée de citoyens et de « scientifiques intègres », sans affiliation politique<sup>54</sup>.

Les mêmes juges ont donné la personnalité juridique aux animaux en se référant à des livres saints de la religion hindoue<sup>55</sup> : « L'ensemble du règne animal de l'État,

<sup>51</sup> Avis du Conseil d'État du 31 mai 2024 [conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2024-05-31/492621].

<sup>52</sup> High Court of Uttarakhand at Nainital, *Mohd. Salim vs. State of Uttarakhand & others*, Writ Petition (PIL) No. 126 of 2014, 20 mars 2017 [lobis.nic.in/didit/uhc/RS/orders/22-03-2017/RS20032017WP-PIL1262014.pdf].

<sup>53</sup> Sur cet aspect, v. V. DAVID, « Les droits de la Nature en Océanie. Exemples en Nouvelle-Zélande et en Nouvelle-Calédonie », art. cité.

<sup>54</sup> Pour le suivi des décisions du National Green Tribunal et des tribulations de la répression des atteintes à l'état des rivières en Inde, v. *Live Law* [www.livelaw.in/environment].

<sup>55</sup> L'Inde avait déjà interdit les delphinariums en 2013 au titre des droits des « personnes non humaines » [ecojurisprudence.org/initiatives/policy-on-establishment-of-dolphinarium/]. Sur l'Inde, v. D. BERTI, « Ritual Presence and Legal Persons. Deities and the Law in India », in A. DE SALES, M. LECOMTE-TILOUINE (dir.), *Encounters with the Invisible. Revisiting Possession in the Himalayas*, Londres, Routledge, 2024 ; D. BERTI, A. GOOD, *Animal Sacrifice, Religion and Law in South Asia*, Londres, Routledge, 2023.

y compris les animaux aviaires et aquatiques, sera traité comme des entités juridiques ayant une personnalité distincte et des droits, devoirs et responsabilités correspondants à ceux d'une personne ». La personnalité juridique est une création artificielle requise chaque fois que c'est nécessaire pour le développement humain, comme ce fut le cas avec la personnalité morale de l'État ou des entreprises. Dès lors, les habitants de l'Uttarakhand devront agir à l'égard des animaux *in loco parentis*. La vie animale ne se résume pas à sa valeur instrumentale pour les humains, et ne pourra donc plus être « objets du droit de propriété ». Chaque espèce a un droit à la vie, sauf nécessité. L'article 51 A (g) de la constitution indienne protège la vie sauvage et promeut la « compassion pour toutes les créatures vivantes ». Elle doit être vue comme la « magna carta » des droits des animaux, témoin d'un mouvement général de l'humanité qui évolue vers « une sensibilité inclusive » à l'égard des animaux après avoir surmonté le racisme, le sexisme, l'esprit de caste, même si un équilibre avec les intérêts des êtres humains doit être respecté, par exemple en matière d'alimentation<sup>56</sup>.

*Les nouvelles sensibilités des droits occidentaux.* – Héritiers du droit romain et des philosophies humanistes avec une forte influence du christianisme, les droits occidentaux sont rétifs à une reconnaissance faciale de la personnalité juridique des éléments de la nature. Dans ce cadre de pensée, seule l'Assemblée régionale de Murcie en Espagne a donné la personnalité juridique à une lagune salée, la *Mar Menor*, étouffée par les rejets de nitrates des pratiques agricoles. Réagissant à la suite de la mort des flamants roses, de multiples espèces de poissons, des nacres géantes et des hippocampes qui avaient fait la réputation du lieu, une « initiative législative populaire » reçut près de 700 000 signatures et aboutit le 30 septembre 2022 à une loi reconnaissant à la lagune le « droit d'exister et d'évoluer naturellement », ainsi que les « droits bioculturels » des personnes vivant dans cette zone<sup>57</sup>. Une première étape fut franchie lorsque le Tribunal constitutionnel déclara la loi conforme à la constitution espagnole. Un décret royal publia le 11 février 2025 la composition et le fonctionnement des organes de représentation et de gouvernance de la lagune. À partir de cette date, les représentants de la lagune ont pu prendre des décisions la concernant et défendre ses intérêts devant un tribunal, saisi d'une affaire de pollution par des usines de dessalement d'eau de mer.

Les droits occidentaux, tel le droit espagnol, s'inspirent sans doute de ces expériences lointaines mais suivent leur propre chemin. Or, les dispositifs juridiques qui tendent à reconnaître des espaces de vie aux non-humains doivent être justifiés et, dans l'espace occidental, il s'agit d'une justification essentiellement scientifique autour des besoins vitaux des non-humains. C'est ce que j'ai qualifié d'*animisme à bases scientifiques*. Cela est déjà en partie à l'œuvre lorsque les besoins des oiseaux migrateurs justifient le non-morcellement d'une vaste zone protégée, les besoins de la lamproie de rivière et du saumon justifient le refus d'accès à l'eau d'une centrale à charbon, qu'un juge s'autorise à étendre en aval les contraintes de la zone

---

<sup>56</sup> Cour Suprême de l'Inde, Décision du 7 mai 2014, *K. S Radhakrishnan & J. Pinaki Chandra Ghose, Animal Welfare Board of India v. A. Nagaraja & Ors* [ecojurisprudence.org/initiatives/animal-welfare-board-of-india-v-a-nagaraja-ors/].

<sup>57</sup> J. SOHNLE, « La personnalisation juridique de Mar Menor en Espagne. Un premier pas en Europe vers l'émancipation juridico-politique des éléments de la nature », *Revue juridique de l'environnement*, 48/3, 2023, p. 271-287 ; M. TORRE-SCHAUB, « La nature sujet de droits en Espagne - La loi sur la protection de la Mar Menor, entre révolution législative et outil de gestion durable, pour quelle effectivité ? », *Commentaire de la loi n° 19/2022 du 30 sept. 2022, Revue juridique de l'environnement*, 2023/3, p. 289-308.

protégée en amont au titre des interconnexions entre écosystèmes<sup>58</sup>. Ces décisions font appel à des données purement scientifiques, dans un contexte de développement de cultures scientifiques reposant sur un nouvel imaginaire sensible des êtres de nature, tous en relation. Si nous ne sommes définitivement plus les descendants de nos fleuves et de nos forêts et n'avons plus de visages humains préinstitué pour parler en leur nom, nous utilisons de plus en plus souvent cette expression étrange qui fleurit dans les médias : « la nature reprend ses droits ». C'était, au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'expression du poète Jacques Delille – « déjà sur les grandeurs de ces maîtres du monde, la nature se plaît à reprendre ses droits...<sup>59</sup> » Arrêtons-nous sur cette idée de reprise de droits déniés, au cœur du préambule de la Déclaration des droits de 1789 : « Les Représentants du Peuple Français [...] considérant que *l'ignorance, l'oubli ou le mépris* des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics ». Aujourd'hui, on pourrait dire que l'ignorance, l'oubli et le mépris des droits des entités naturelles sont la cause de grands malheurs publics d'un nouveau genre.

Des signaux disparates remontent du tréfonds des cultures des sociétés occidentales. En Islande, c'est « la honte » du glaciologue islandais Oddur Sigurdsson qui, en 2019, organisa une cérémonie pour signer le certificat de décès d'un glacier et inaugurer un mémorial : « OK est le premier glacier islandais à perdre son statut de glacier. Dans les deux cents prochaines années, tous nos glaciers devraient suivre le même chemin. Ce monument atteste que nous savons ce qui se passe et ce qui doit être fait<sup>60</sup> ». De nouvelles coalitions poussent dans le même sens aux États-Unis ou au Canada. Autour des droits des entités naturelles, s'agrègent des tribus indiennes, des mouvements pour les droits de la nature, des mouvements environnementalistes classiques, des défenseurs des arbres, des représentants des animaux, etc. Ces groupes humains donnant une voix juridique aux interrelations entre humains et non-humains pourraient bien être la marque d'un animisme juridique occidental, ne s'inspirant que partiellement des cultures autochtones, elles-mêmes recherchant les voies juridiques les mieux adaptées à leurs modes d'être. C'est le cas de la « Résolution de la ville de Ridgway sur les droits de la nature et des générations futures au sein de la ville » (2021), soutenue par le document scientifique plus classique de l'*Utah Rivers Council*<sup>61</sup> et par les actions des tribus indiennes menées par le *Ten Tribes Partnership* ou l'*Inter-tribal Council of Arizona*

---

<sup>58</sup> La Bulgarie est donc condamnée, CJUE 14 janv. 2016, aff. C-141/14, recours en manquement Comm. C. République de Bulgarie, CJUE 26 avr. 2017, aff. C-142/16, Construction de la centrale à charbon de Morburg ; v. une tentative intéressante sur l'indivisibilité de la Pacha Mama évoquée sans succès devant un juge équatorien à propos de l'explosion de la plateforme BP dans le golfe du Mexique (M. V. BERROS, « The Rights of Nature Recognition », in S. KALANTZAKOS et N. FARANTOURIS (dir.), *Energy & Environmental Transformations in a Globalizing World*, Abu Dhabi, Nomiki Bibliothiki, 2015).

<sup>59</sup> J. DELILLE, *Les Jardins ou l'Art d'embellir les paysages*, Paris, Hachette, 2016 [1782]. Merci à Irène Tamba de m'avoir fait connaître ce texte.

<sup>60</sup> A. GARRIC, « En Islande, avant-poste du dérèglement climatique : “On vit une explosion au ralenti” », *Le Monde*, 9 août 2021 [www.lemonde.fr/planete/article/2021/08/09/en-islande-avant-poste-du-dereglement-climatique-on-vit-une-explosion-au-ralenti\_6090938\_3244.html] ; A. SNÆR MAGNASON, *Du temps et de l'eau. Requiem pour un glacier*, Paris, Alisio, 2021.

<sup>61</sup> Jason Flores Williams, avocat qui a représenté des militants du groupe *Deep Green Resistance* dans leur affaire contre l'État du Colorado. En décembre 2017, le procureur général a menacé Williams de sanctions, d'amendes et de radiation s'il ne retirait pas son affaire. Il a par conséquent retiré la poursuite en invoquant des inquiétudes pour ses moyens de subsistance. V. *A Future on Borrowed Time* [www.alisio.fr/produit/127/9782379351792/du-temps-et-de-l-eau]. Le rapport affirme que trois des quatre États du bassin supérieur du Colorado – l'Utah, le Colorado

(qui ont d'ailleurs demandé l'aide des tribus maories pour apprendre de leur expérience du fleuve Wanganui). Le premier résultat a été le dialogue entre gouvernements tribaux et agences de l'eau présentes sur le site dans l'élaboration du plan 2026.

Au Canada, on retrouve un composite du même genre dans la Résolution 025-21 du Conseil de la municipalité de Mingapie qui reconnut la personnalité juridique et les droits de la rivière Magpie – Mutehekau Shipu et son bassin versant (16 février 2021), droits originaires que l'on retrouve désormais peu ou prou dans toutes les déclarations des droits des fleuves : droit de vivre, d'exister et de couler ; droit d'évoluer naturellement, d'être préservés et protégés ; de maintenir la biodiversité naturelle ; droit de remplir des fonctions essentielles au sein de leurs écosystèmes ; d'être protégés des pollutions et bien sûr le droit d'ester en justice<sup>62</sup>. Des gardiens sont nommés, qui rassemblent les autorités locales et la « Première Nation des Innu de Ekuanitshit ».

Tous ces mouvements bénéficient de la rapidité avec laquelle les informations circulent dans le monde. En France, « Notre Affaire à tous » s'inscrit dans cette lignée<sup>63</sup>. Le mouvement a gagné la Corse avec l'initiative d'un collectif de citoyens et d'ONG qui a élaboré le 28 juillet 2021 la Déclaration des droits du fleuve Tavignanu<sup>64</sup>. Se réclamant de l'Équateur, la Nouvelle-Zélande et des résolutions municipales sur les droits de la rivière Magpie au Canada, cette Déclaration s'appuie sur « l'interdépendance entre les humains et les autres formes de vie » et affirme qu'un « nouveau paradigme est en train d'opérer dans le monde afin de reconnaître la nature comme sujet de droit en relation avec les générations présentes et futures de l'humanité et les autres espèces ». La personnalité juridique du fleuve Tavignanu y est reconnue en tant qu'« entité vivante et indivisible de sa source jusqu'à son embouchure, délimitée par son bassin versant ». Les droits reconnus sont fondés non seulement sur son être propre, mais sur les relations qu'il entretient avec les humains, puisqu'il a, certes, « le droit d'exister, de vivre et de s'écouler », mais aussi celui de « remplir ses fonctions écologiques essentielles » – qui servent les intérêts humains. Il faudra donc nommer des gardiens et représentants chargés de défendre les intérêts du fleuve. Cette déclaration est la seule, en France, qui ait fait

---

et le Nouveau-Mexique, mais pas le Wyoming – utilisent plus d'eau que ce qui est autorisé par la loi.

<sup>62</sup> En ligne [123dok.net/document/y6e4m89o-extrait-proc%C3%A8s-s%C3%A9ance-ordinaire-conseil-mingapie-visioconf%C3%A9rence-f%C3%A9vrier.html#google\_vignette].

<sup>63</sup> Ch. CURNIL (dir.) *Pour une justice écologique en action*, Paris, Mare & Martin, 2026, à paraître ; Création du cercle des juristes pour les droits de la nature : « Le Cercle des juristes sur les droits de la Nature. Le premier Think tank français sur les droits de la Nature », *Cercle des droits de la nature* [cercledroitsdelanature.com/].

<sup>64</sup> Le collectif qui réunit 23 communes a vu le jour en janvier 2016 pour s'opposer « à un projet de Centre d'Enfouissement Technique de déchets ménagers et amiantifères dans un méandre du deuxième fleuve de Corse : le Tavignanu ». « Les gardiens pourront réclamer réparation du préjudice subi par le fleuve Tavignanu et recevoir une compensation qui sera utilisée pour le propre bénéfice du fleuve ». « La mise en œuvre de cette déclaration respectera les activités humaines existantes, pourvu qu'elles ne portent pas atteinte aux droits du fleuve Tavignanu, ainsi que le droit de propriété des riverains » (*Déclaration des droits du fleuve Tavignanu* (2021) [www.tavignanuvivu.com/\_files/ugd/89b56c\_1c32cae8d5de4a0e9aca8b18325b85d4.pdf]). En l'état, les décisions de justice s'accumulent sans que la fin de la partie ait pu être sonnée.

l'objet d'une discussion et d'une adoption par une instance officielle, en l'occurrence l'Assemblée de Corse, le 17 décembre 2021<sup>65</sup>. Le travail entrepris par Camille de Toledo pour l'Internationale des rivières s'est achevé en 2025 par la présentation d'une loi sur les droits de Loire, écrite par le Conseil des témoins<sup>66</sup>.

## 2. La CIDH consacre la nature comme sujet collectif d'intérêt public

Dans l'avis que la CIDH a rendu le 29 mai 2025 à propos de l'urgence climatique et des droits de l'homme, la Cour a consacré un passage entier à la reconnaissance de la nature en tant que sujet de droits (« droits » au pluriel, VI. B.1.2), dans un paragraphe différent de celui qu'elle consacre au droit à un environnement sain (VI. B.1.1 et 2). Le raisonnement s'appuie sur trois idées principales : une vision scientifique renouvelée du vivant qu'il est possible de mettre en lien avec le développement durable pour enrichir son acception originare et dépasser les conceptions juridiques traditionnelles bloquantes.

*Le tissu vivant.* – L'image, désormais banale, du vivant comme un tissu où tous les fils sont interdépendants, est reprise par la Cour : dans les écosystèmes, « chaque composante joue un rôle essentiel pour la stabilité et la continuité de l'ensemble. La dégradation ou l'altération d'un élément peut provoquer des effets négatifs en cascade qui affectent tant les autres espèces que l'être humain, en tant que partie intégrante de ces systèmes » (pt. 279). Elle en déduit que la nature est un « *sujet collectif d'intérêt public* » qui contribue au maintien de l'habitabilité de la planète (pt. 281). Ce choix juridique est une manifestation contemporaine du principe d'interdépendance entre les droits de l'homme et l'environnement. Il fait partie d'un ensemble de principes structurels tels que l'équité intergénérationnelle, le principe de précaution et le devoir de prévention, tous orientés vers la préservation de l'intégrité des écosystèmes face aux menaces actuelles et futures.

*Lien avec le développement durable.* – « La reconnaissance du droit de la nature à maintenir ses processus écologiques essentiels contribue à la consolidation d'un modèle de développement véritablement durable, qui respecte les limites de la planète et garantit la disponibilité des ressources vitales pour les générations présentes et futures » de manière à « prévenir les dommages existentiels avant qu'ils ne deviennent irréversibles » (pt. 279). Cette manière de voir fait l'objet d'une reconnaissance croissante au niveau mondial (pt. 285). La Cour affirme que le lien entre la possibilité de la vie, humaine et non humaine, et les droits de l'homme, est particulièrement développé dans les systèmes juridiques qui reconnaissent la possibilité de la personnalité juridique de non-humains. On trouvait déjà ce raisonnement dans l'analyse du Tribunal constitutionnel espagnol. Contrairement à ce que soutenaient les représentants du parti Vox qui voyait dans la reconnaissance des droits de la lagune une atteinte à la dignité humaine, cela « renforce la dignité humaine, valeur juridique fondamentale » car une « vie digne n'est possible que dans

---

<sup>65</sup> Des démarches du même type existent pour la Têt ou le Rhône (v. C. VALLET, « Les défis de l'opérationnalisation de la personnalité juridique des rivières dans un contexte européen : réflexions à l'aune du fleuve Rhône », *Géocarrefour*, 98/2, 2024).

<sup>66</sup> Troisième temps fort du 29 nov. 2025, « Agenda », *Institut d'études avancées de Nantes (IEA Nantes)* [www.iea-nantes.fr/fr/agenda?category%5B114%5D=114] ; C. DE TOLEDO, *L'internationale des rivières. Un récit de l'avenir*, Lagrasse, Verdier, 2026 ; J-P. PIERRON, « “Penser comme un fleuve”. Le rôle de l'imagination dans l'agir environnemental : prévision, prospective, rêverie », *Géocarrefour*, 92/1, 2018 [doi.org/10.4000/geocarrefour.10382].

des milieux naturels fonctionnels, l'humanité étant en symbiose avec un environnement qu'elle peut transformer, mais qu'elle ne doit pas détruire si elle veut survivre<sup>67</sup> ». On est alors très loin de la doctrine qui fonde la réservation de la personnalité juridique aux humains sur l'idée que « l'homme est à part dans la création, au-dessus de tout le reste<sup>68</sup> ». C'est au contraire comme si le péril existentiel répété par les juridictions à propos du droit climatique avait ancré l'idée d'un destin commun des humains et de la nature ; elle est particulièrement développée par la CIDH, mais on la retrouve de manière répétitive dans l'avis de la CIJ.

*Dépassement des conceptions juridiques héritées.* – Cette reconnaissance des droits des écosystèmes oblige à dépasser les vieux schémas juridiques qui « considéraient la nature exclusivement comme un objet de propriété ou une ressource exploitable<sup>69</sup> ». Elle « donne du pouvoir aux communautés locales et aux peuples autochtones » (§ 280 et suiv.) et leurs savoirs peuvent être articulés avec les meilleures connaissances scientifiques disponibles.

\*  
\*\*

Je crois avoir toujours eu la tranquillité théorique des juges indiens qui s'attachent à créer les sujets dont les sociétés modernes ont besoin pour affronter ces périls dont le caractère « existentiel » s'impose à une part croissante de la doctrine et des décisions de justice les plus marquantes. Nous sommes dans le temps de l'urgence, qu'il s'agisse de climat ou de biodiversité. Si l'on est fidèle à l'image du théâtre juridique, la personnalisation des éléments de la nature leur permet de monter sur scène pour enrichir la connaissance de ces indivis mondiaux nécessaires à la vie. La nouvelle ontologie juridique, qui fait sa part aux chemins animistes, doit permettre de rétablir des relations de voisinage entre humains et non-humains, retrouver les propriétés simultanées et l'inappropriable, gérer les ressources comme des partenaires et appréhender les risques communs dans une éthique de la relation.

### Marie-Angèle Hermitte

Directeur de recherche honoraire au CNRS et directeur d'études honoraire à l'EHESS. Ses domaines d'expertise actuels couvrent la personnalité juridique des éléments de la nature, la biodiversité, les peuples autochtones et les communautés d'habitants, la bioéthique ainsi que le transhumanisme. Antérieurement, elle avait travaillé sur le droit européen de la concurrence, le droit du commerce international ainsi que sur les lanceurs d'alerte. On trouve une synthèse de ses travaux dans Nicolas Baya-Lafitte, Maria-Valeria Berros et Rodrigo Miguez, *Le droit à l'épreuve de la société des sciences et des techniques. Liber amicorum en l'honneur de Marie-Angèle Hermitte*, Torino, Academia University Press, 2023, disponible sur Academia.

---

<sup>67</sup> Tribunal constitutionnel espagnol, Décision 142/2024, 20 nov. 2024, Recurso de inconstitucionalidad 8583-2022 [www.boe.es/diario\_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-27140].

<sup>68</sup> E. DESCHEEMACKER, « “Personnes” sans personne, et “choses” sans chose », art. cité.

<sup>69</sup> S. VANUXEM, C. GUIBET-LAFAYE (dir.), *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015.



## II. Inédit



Joseph Raz

## L'État de droit et sa vertu

*Traduction française inédite par Jean-Fabien Spitz\**

**F**A. HAYEK a présenté l'une des formulations les plus claires et les plus robustes de l'idéal de l'État de droit : « Une fois débarrassé de ses détails techniques, cet idéal signifie que, dans toutes ses actions, le gouvernement est tenu de procéder selon des règles fixes et annoncées à l'avance, des règles permettant aux individus d'anticiper avec une certitude raisonnable la manière dont l'autorité va user de son pouvoir de contrainte dans des circonstances données, et ainsi de planifier leurs propres affaires sur la base de cette information<sup>1</sup> ». En même temps, la manière dont il tire certaines conclusions de cet idéal illustre l'une des deux erreurs que comporte le traitement contemporain de la doctrine de l'État de droit : le postulat selon lequel cet idéal revêt une importance primordiale. Mon objectif sera d'analyser l'idéal de l'État de droit dans l'esprit de l'énoncé de Hayek cité ci-dessus, tout en montrant que certaines des conclusions qu'il en tire ne peuvent être soutenues de cette manière. Mais nous devons tout d'abord prendre garde de ne pas tomber dans la seconde erreur commise à propos de l'État de droit.

Il n'est pas rare, lorsqu'un idéal s'empare de l'imagination d'un grand nombre de gens, que son nom devienne un slogan utilisé par les partisans d'autres idéaux qui n'ont que peu ou pas de rapport avec l'idéal que ce nom désignait à l'origine. Le destin du mot « démocratie » il n'y a pas si longtemps, et celui de l'expression « vie privée » aujourd'hui, sont deux exemples de ce processus très commun. En 1959, la conférence du Congrès international des Juristes réunie à New Delhi a accordé sa bénédiction officielle à une perversion de ce genre à propos de l'idéal de l'État de droit :

La fonction du législatif dans une société libre régie par l'État de droit est de créer et de maintenir les conditions qui permettront de respecter la dignité de l'homme en tant qu'individu. Cette dignité requiert non seulement la reconnaissance de ses droits civils et politiques mais aussi la mise en place des conditions sociales,

---

\* Joseph RAZ, « The Rule of Law and Its Virtue », in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 210-229. Tous droits réservés. Sauf mention explicite et contraire, toutes les notes de bas de page proviennent du texte original et sont de la main de J. Raz.

<sup>1</sup> F. A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, Londres, Routledge, 1944, p. 54 [nous traduisons (NdT)].

économiques, éducatives et culturelles qui sont essentielles au plein développement de sa personnalité<sup>2</sup>.

Le rapport poursuit en mentionnant ou en faisant référence à peu près à l'ensemble des idéaux politiques qui ont été invoqués dans toutes les parties du globe au cours de la période de l'après-guerre.

Si l'État de droit est la suprématie du bon droit, en expliquer la nature revient à proposer une philosophie sociale complète. Mais dans ces conditions, l'expression n'a plus la moindre utilité. Nous n'avons nul besoin de nous convertir à l'idéal de l'État de droit pour découvrir que croire à cet idéal signifie croire que le bien doit triompher. L'État de droit est un idéal politique ; les systèmes juridiques peuvent en porter la marque ou en être dépourvus dans une mesure plus ou moins importante. Ceci est admis par tout le monde. On doit aussi souligner que l'État de droit n'est que l'une des vertus qu'un système juridique peut posséder et par laquelle il convient de le juger. Il ne faut donc le confondre ni avec la démocratie, ni avec la justice, ni avec l'égalité (l'égalité devant la loi ou toute autre forme d'égalité), ni avec les droits humains, ni avec toute autre forme de respect pour les personnes ou pour la dignité humaine. Un système juridique non démocratique, qui serait fondé sur le refus des droits humains, sur la pauvreté de masse, la ségrégation raciale, l'inégalité entre les genres et la persécution religieuse pourrait, en principe, se conformer aux exigences de l'État de droit mieux que n'importe lequel des systèmes juridiques des démocraties éclairées de l'hémisphère occidental. Cela ne signifie pas qu'un tel système serait meilleur que ces démocraties occidentales. Au contraire, il s'agirait d'un système considérablement plus mauvais, mais il s'illustrerait particulièrement par un aspect : sa conformité avec l'État de droit.

Au vu de l'usage indiscriminé de l'expression « État de droit » ces dernières années, il n'est guère surprenant que cette affirmation en alarme plus d'un. Nous avons atteint un stade où aucun puriste ne peut prétendre que la vérité est de son côté ou reprocher aux autres de déformer la notion d'État de droit. Tout ce que je peux dire à l'appui de mon analyse, c'est tout d'abord qu'elle présente une vision cohérente de l'une des vertus essentielles qu'un système juridique doit posséder et, ensuite, qu'elle n'est pas originale, que je ne fais que mettre mes pas dans ceux de Hayek et de bien d'autres qui ont compris l'État de droit d'une manière similaire.

## I. L'IDEE DE BASE

L'expression « État de droit » signifie littéralement ce qu'elle dit : c'est le droit qui gouverne. Prise dans son sens le plus large, elle signifie que les gens doivent obéir à la loi et être gouvernés par elle<sup>3</sup>. Mais dans le contexte de la théorie politique et juridique, l'expression est désormais comprise au sens plus étroit où c'est le gouvernement qui doit être régi par le droit et qui doit y être soumis. Pour désigner l'État de droit en ce sens, on recourt souvent à l'expression de « gouvernement par le droit et non par les hommes ». Mais dès que l'on emploie une formule de ce genre, son obscurité devient manifeste. Il va de soi, en effet, que le gouvernement est toujours en même temps un gouvernement par des hommes et un gouverne-

---

<sup>2</sup> Clause 1 du rapport du Comité I du Congrès international des juristes, New Dehli, 1959.

<sup>3</sup> Sur ce sens de l'expression, voir I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Londres, University of London Press, 1933, p. 42-45.

ment par le droit. On dit que l'État de droit signifie que toute action gouvernementale doit être fondée en droit, qu'elle doit être autorisée par la loi. Mais ceci n'est pas une tautologie ? Les actions qui ne sont pas autorisées par la loi ne peuvent pas être les actions du gouvernement en tant qu'il est le gouvernement. De telles actions seraient en effet sans conséquence juridique, et elles seraient souvent illégales.

Il est vrai que nous pourrions élaborer une conception politique du gouvernement qui serait différente de sa conception juridique : le gouvernement comme lieu du pouvoir réel dans la société. C'est en ce sens qu'il est possible de dire que l'Angleterre est gouvernée par la City ou par les syndicats. Dans ce sens du mot « gouvernement », ce n'est pas une tautologie de dire que le gouvernement devrait être fondé sur le droit. Si le syndicat qui « gouverne » le pays viole une loi réglementant les rapports à l'intérieur des entreprises dans le but d'imposer sa volonté au Parlement, ou si le président ou le FBI autorisent des cambriolages ou conspirent pour pervertir le processus judiciaire, on peut dire qu'ils violent l'État de droit. Mais dans ce cas l'expression « État de droit » est utilisée dans son sens originel d'obéissance à la loi. Les gens qui ont du pouvoir, ainsi que les membres du gouvernement, doivent, au même titre que n'importe qui, obéir à la loi. Une telle affirmation est sans aucun doute correcte, mais est-ce qu'elle épuise le sens de l'État de droit ? L'idée d'État de droit possède un contenu plus large que ce qu'autorise cette interprétation en termes de loi et d'ordre. On peut même dire qu'elle a un sens qui excède l'idée que la loi et l'ordre s'appliquent aussi au gouvernement. Dans ce qui suit, je vais postuler que ce qui nous occupe ici, c'est le gouvernement au sens juridique, ainsi que le concept d'État de droit en tant qu'il s'applique au gouvernement et à la loi et qui n'est pas la simple application de l'idée que la loi et l'ordre doivent régner.

Le problème, c'est que nous sommes maintenant revenus à notre question initiale. Si, par définition, le gouvernement est le gouvernement autorisé par la loi, l'État de droit semble se réduire à une tautologie sans contenu et ne plus constituer un idéal politique.

La solution de cette énigme se trouve dans la différence entre le sens professionnel et le sens profane du mot « droit ». Pour le juriste, on a affaire à du droit lorsqu'on a affaire à un énoncé qui remplit les conditions de validité édictées par les règles de reconnaissance du système ou par d'autres règles de ce même système<sup>4</sup>. Ceci inclut la constitution, la législation d'origine parlementaire, les règlements ministériels, les ordres donnés par les policiers, les règlements édictés par les sociétés à responsabilité limitée, les conditions imposées dans les licences commerciales, etc. Pour le profane, le droit n'est qu'une sous-catégorie de cet ensemble de règles. Pour lui, le droit est avant tout un ensemble de lois ouvertes, générales et relativement stables. Le gouvernement par la loi et non par les hommes n'est pas une tautologie lorsque le mot « loi » désigne des lois qui sont générales, ouvertes et relativement stables. En réalité, le danger d'une telle interprétation est que, dans ce cas, l'État de droit formule une exigence trop stricte, une exigence qu'aucun système juridique n'est en mesure de satisfaire et qui ne possède que fort peu de vertu. Il est humainement inconcevable que le droit ne puisse consister qu'en lois générales, et il serait fort peu souhaitable que cela soit le cas. De même que nous avons conjointement besoin du gouvernement par la loi et du gouvernement par

---

<sup>4</sup> Je suis ici H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 97-107.

les hommes, nous avons également besoin conjointement de lois générales et de lois particulières pour remplir les tâches pour lesquelles le droit nous est nécessaire.

La doctrine de l'État de droit ne nie pas que tout système juridique doive comporter à la fois des règles générales, ouvertes et stables (ce qui est le concept ordinaire du droit) et des lois particulières (des ordres légaux) qui sont un outil essentiel dans les mains de l'exécutif comme dans celles du judiciaire. Comme nous le verrons, ce que la doctrine exige, c'est la soumission de ces lois particulières à celles qui sont générales, ouvertes et stables. L'un des principes essentiels de la doctrine est que la confection de ces lois particulières doit être guidée par des règles générales qui soient ouvertes et relativement stables.

Ce principe montre comment le slogan « État de droit et non gouvernement des hommes » peut être compris comme un idéal politique doué de sens. Cependant, ce principe n'épuise pas le sens de l'État de droit et, par lui-même, il ne met pas en lumière les raisons pour lesquelles cet idéal est considéré comme important. Revenons donc au sens littéral de l'État de droit. Celui-ci a deux aspects : (a) que les individus doivent être gouvernés par la loi et y obéir et (b) que la loi doit être telle que les individus puissent être en mesure d'être guidés par elle. Comme nous l'avons remarqué plus haut, c'est le second aspect qui nous intéresse, à savoir que la loi soit susceptible d'être obéie. Une personne se conforme à la loi dans la mesure où elle ne la viole pas. Mais elle n'obéit à la loi que si une partie des raisons qu'elle a de s'y conformer réside dans la connaissance qu'elle a de la loi. Par conséquent, si la loi doit être obéie, elle doit être capable de guider la conduite de ceux qui y sont assujettis. Elle doit être telle que ces derniers puissent en prendre connaissance et s'y conformer.

Cette intuition est le fondement dont dérive la doctrine de l'État de droit : la loi doit être en mesure de guider la conduite de ceux qui y sont assujettis. Il est clair que cette conception de l'État de droit est une conception formelle. Elle ne dit rien de la manière dont la loi doit être faite, que ce soit par des tyrans, des majorités démocratiques, ou d'une toute autre manière. Elle ne dit rien des droits fondamentaux, ni de l'égalité ou de la justice. On pourrait même penser qu'une conception de ce genre est formelle au sens où elle est pratiquement dépourvue de contenu. Ceci est loin d'être vrai. En réalité, la majeure partie des exigences associées à l'État de droit – avant que cette expression n'en vienne à signifier l'ensemble des vertus qu'un État peut posséder – peuvent être dérivées de cette seule idée de base.

## II. QUELQUES PRINCIPES

La validité et l'importance d'un grand nombre de principes susceptibles d'être dérivés de l'idée de base de l'État de droit dépendent du contexte spécifique des différentes sociétés. Il serait vain d'essayer de les énumérer tous, mais certains des plus importants peuvent être mentionnés :

1) *Toutes les lois doivent se rapporter à l'avenir*, elles doivent être ouvertes et claires. Il n'est pas possible d'être guidé par une loi rétroactive, par une loi qui n'existe pas au moment de l'action. Parfois, on peut savoir avec certitude qu'une loi rétroactive sera votée. Lorsque c'est le cas, la rétroactivité ne contredit pas l'État de droit (bien qu'une telle rétroactivité soit critiquable sur d'autres fondements). La loi doit être ouverte et correctement diffusée. Si elle est censée guider les individus, ceux-ci doivent être en mesure d'en prendre connaissance. Pour cette même raison, son sens doit être clair. Une loi qui est ambiguë, vague, obscure ou imprécise a de

grandes chances d'induire en erreur ou d'égarer au moins certains de ceux qui désirent se mettre sous sa conduite.

2) *Les lois doivent être relativement stables.* Elles ne doivent pas être modifiées trop souvent. Si elles sont fréquemment modifiées, les gens vont avoir du mal à en connaître le contenu et ils craindront constamment que la loi ait été modifiée depuis la dernière fois qu'ils se sont informés de ce qu'elle contenait. Un fait plus important encore est que les gens ont besoin de connaître la loi non seulement pour prendre des décisions à court terme (où puis-je garer ma voiture, quelle est la quantité d'alcool que je peux acheter hors taxe), mais aussi pour planifier à long terme. La connaissance des caractéristiques générales des lois fiscales et de la législation sur les entreprises – et parfois même la connaissance détaillée de leur contenu – est souvent importante pour élaborer des programmes d'activités d'affaires qui ne porteront leurs fruits que des années après. La stabilité est essentielle si les gens doivent être guidés par la loi dans leurs décisions à long terme<sup>5</sup>.

Ce principe permet d'illustrer trois points importants. En premier lieu, la conformité à l'État de droit est souvent une question de degré, non seulement lorsque nous parlons de cette conformité à propos du système juridique dans son ensemble, mais aussi lorsqu'il s'agit de la conformité certaines lois spécifiques. Une loi est rétroactive ou bien elle ne l'est pas, mais elle peut être plus ou moins claire, plus ou moins stable, etc. Il convient cependant de rappeler qu'en affirmant que la conformité aux principes est une question de degré, on ne prétend pas dire que ce degré de conformité est susceptible d'être quantitativement mesuré en comptant le nombre de violations, ou toute autre méthode de ce type. Certaines violations sont pires que d'autres. Certaines enfreignent les principes d'une manière seulement formelle et sans porter atteinte à l'esprit même de la doctrine. En second lieu, les principes de l'État de droit concernent essentiellement le contenu et la forme de la loi (elle doit se rapporter à l'avenir, être claire, etc.), mais pas exclusivement. Ils concernent aussi la manière dont le gouvernement est exercé, au-delà de ce qui est ou peut être utilement prescrit par la loi. L'exigence de stabilité ne peut pas être utilement assujettie à une complète régulation juridique. Cela relève dans une large mesure de la sagesse de la politique du gouvernement. En troisième lieu, bien que l'état de droit concerne avant tout les citoyens privés en tant qu'ils sont assujettis à des devoirs, ainsi que les agences gouvernementales dans l'exercice de leurs pouvoirs (ce point est abordé plus largement ci-dessous), il concerne aussi l'exercice des pouvoirs privés. Les règles conférant des pouvoirs sont destinées à guider la conduite et, si elles doivent être capables de remplir efficacement cette fonction, elles doivent être conformes à la doctrine de l'État de droit

3) *La confection de lois particulières (des ordres légaux spécifiques) doit être guidée par des règles ouvertes, stables, claires et générales.* On suppose parfois que l'exigence de généralité fait partie de l'essence de l'État de droit. Cette idée provient (comme nous l'avons remarqué plus haut) d'une interprétation littérale de l'expression « État de droit », dans laquelle le mot « droit » est compris en son sens profane, c'est à dire réservé à des lois qui sont générales, stables et ouvertes. Cette même idée est également étayée par la conviction que l'État de droit est particulièrement pertinent en matière de protection de l'égalité et que l'égalité est liée à la généralité

---

<sup>5</sup> Bien entendu, l'incertitude engendrée par l'instabilité de la loi affecte aussi la planification et l'action des individus. Si ce n'était pas le cas, la stabilité serait sans effet. Le point à souligner est que ce n'est que si la loi est stable que les gens sont guidés par la connaissance qu'ils ont du contenu de la loi.

de la loi. Cette dernière conviction est erronée, comme nous l'avons déjà remarqué. La discrimination en matière raciale, religieuse ou autre est non seulement compatible avec des lois générales, mais elle est souvent institutionnalisée par des lois ayant cette caractéristique. La conception formelle de l'État de droit que je défends ne rejette pas les ordres légaux spécifiques à partir du moment où ceux-ci sont stables, clairs, etc. Mais, évidemment, les agences gouvernementales ont recours aux ordres légaux spécifiques pour introduire une certaine flexibilité dans le droit. Un agent de police qui régule la circulation automobile, une autorité publique qui délivre une licence sous certaines conditions, et d'autres autorités de ce type, sont parmi les éléments les plus éphémères du droit. Leur action rend plus difficile, pour les individus, de planifier leur avenir sur la base de la connaissance qu'ils ont de la loi. Dans une large mesure, cette difficulté est surmontée lorsque les lois spécifiques qui n'ont qu'un statut éphémère ne sont édictées que dans un contexte de lois générales plus durables et qui imposent des limites à l'imprévisibilité qui découle de l'existence de ces ordres spécifiques.

Deux types de lois générales déterminent ce contexte où les lois particulières doivent être édictées. Il s'agit, d'une part, des lois conférant les pouvoirs nécessaires pour édicter des ordres valides et, d'autre part, de celles qui prescrivent aux titulaires de ces pouvoirs la manière dont ils doivent exercer ces pouvoirs. Les deux types de lois sont également importants pour créer un contexte stable où peuvent être édictés des ordres légaux spécifiques.

Il est clair que des considérations du même genre sont applicables aux règles légales qui sont générales mais qui ne satisfont pas à l'exigence de stabilité. Ces règles, elles aussi, doivent être limitées afin de se conformer à un contexte stable. C'est de là que vient l'exigence qui veut que la plus grande part du processus de législation de rang administratif s'opère en conformité avec les règles fondamentales détaillées inscrites dans les lois contextuelles. Il est cependant essentiel de ne pas confondre cet argument avec les arguments démocratiques en faveur de l'idée que les assemblées populaires élues doivent exercer un strict contrôle sur l'œuvre législative des institutions non élues. Il se peut que ces arguments additionnels soient valides, mais ils n'ont aucun rapport avec l'État de droit et, quoiqu'ils puissent dans certains cas renforcer les arguments formulés en termes d'État de droit, ils peuvent aussi, dans d'autres cas, étayer des conclusions distinctes et qui seraient même en contradiction avec l'État de droit.

4) *L'indépendance du pouvoir judiciaire doit être garantie.* Il est dans la nature des systèmes juridiques nationaux d'instituer des corps judiciaires auxquels incombe, entre autres choses, l'obligation d'appliquer la loi aux cas qui sont portés devant eux, et dont les jugements et conclusions à propos des mérites de ces cas sont définitifs. Comme pratiquement n'importe quel litige, dépendant de n'importe quel texte législatif, peut être jugé de manière définitive par un tribunal, il est évident qu'il serait futile, pour un individu, de fonder ses propres actions sur la loi si, au moment où la chose vient en jugement, les tribunaux n'appliquaient pas la loi et agissaient pour des raisons entièrement différentes. On pourrait formuler ce point d'une manière encore plus vigoureuse. Dans la mesure où le jugement du tribunal établit ce qu'est le droit dans l'affaire portée à sa connaissance, les parties en présence ne peuvent être guidées par la loi que si le juge applique lui-même la

loi de manière correcte<sup>6</sup>. Autrement, les individus ne pourraient être guidés que par leurs intuitions sur ce que le tribunal va probablement décider, et de telles intuitions ne seront pas fondées sur la loi mais sur des considérations différentes.

Les règles portant sur l'indépendance du judiciaire – la méthode de nomination des juges, les garanties d'inamovibilité dont ils jouissent, la détermination de leurs salaires et d'autres conditions de leurs fonctions – sont destinées à garantir qu'ils seront libres de toute pression externe et indépendants par rapport à toute autorité autre que celle de la loi. Ces règles sont par conséquent essentielles à la préservation de l'État de droit.

5) *Les principes de la justice naturelle doivent être observés.* Des auditions ouvertes et équitables, l'absence de partialité, et autres conditions de ce genre sont évidemment indispensables à l'application correcte de la loi et par conséquent, en vertu des mêmes considérations que celles qui ont été mentionnées plus haut, à la capacité de celle-ci à guider l'action.

6) *Les tribunaux doivent avoir des pouvoirs de contrôle sur l'application des autres principes.* Ceci inclut le pouvoir de contrôler l'œuvre législative – aussi bien celle du parlement que celle des instances subordonnées – ainsi que l'action de l'administration. Mais, en soi, ce pouvoir de contrôle est limité, et il se borne à garantir la conformité à l'État de droit.

7) *Les tribunaux doivent être facilement accessibles.* Au vu du rôle essentiel des tribunaux dans la garantie de l'État de droit (voir les principes 4 et 6), il est à l'évidence particulièrement important qu'ils soient accessibles. La longueur des délais et les coûts excessifs peuvent très efficacement transformer la loi la plus éclairée en lettre morte et frustrer les individus de toute possibilité réelle de conduire leurs propres actions en fonction de la loi.

8) *Le pouvoir discrétionnaire des agences chargées de la prévention des crimes ne doit pas pouvoir pervertir la loi.* Les actions des tribunaux sont susceptibles de subvertir la loi, mais c'est aussi le cas de la police et des autorités chargées de poursuivre les crimes. Le parquet ne doit pas, par exemple, pouvoir décider de ne pas poursuivre certains crimes, ou les crimes commis par certaines catégories de criminels. La police ne doit pas pouvoir employer ses ressources de manière à s'abstenir de tout effort pour prévenir et découvrir certains crimes ou pour poursuivre certaines catégories de criminels.

Cette liste est très incomplète. On pourrait mentionner d'autres principes, et ceux dont j'ai fait état doivent être exposés d'une manière plus détaillée et mieux étayés (pourquoi par exemple – c'est ce qu'exige le sixième principe – est-ce que ce sont les tribunaux, et non une autre instance, qui doivent avoir pour mission de contrôler la conformité à l'État de droit)<sup>7</sup>. En dressant cette liste, mon objectif était

---

<sup>6</sup> Je ne nie pas que les tribunaux fassent eux aussi la loi. Ce principe de l'État de droit s'applique à eux avant tout en tant qu'ils ont le devoir d'appliquer la loi. En tant que qu'auteurs de la loi, ils sont soumis aux mêmes principes que toutes les instances législatrices.

<sup>7</sup> Des listes similaires de principes ont été discutées par différents auteurs. Les auteurs anglais ont été trop longtemps hypnotisés par la thèse peu heureuse de Dicey. Pour une liste semblable à la mienne, voir Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, 2<sup>nd</sup>e édition : New Haven/London, Yale University Press, 1969 [trad. fr. par J. Van Meerbeeck : *La moralité du droit*, Bruxelles, Presses de l'université Saint-Louis, 2017 (*NdT*)], chap. 2. Son analyse d'une grande partie de ces principes est pleine de bon sens. La raison essentielle pour laquelle j'abandonne certains des principes qu'il a formulés est que nous avons des conceptions différentes à propos des conflits qui peuvent surgir entre les lois à l'intérieur d'un même système.

seulement d'illustrer le pouvoir et la fécondité de la conception formelle de l'État de droit. Nous devons cependant nous rappeler que, en dernière analyse, la doctrine repose sur l'idée fondamentale selon laquelle la loi doit être en mesure de guider nos actions de manière efficace. Les principes ne valent pas par eux-mêmes. Ils doivent constamment être interprétés à la lumière de l'idée fondamentale.

Les huit principes dont j'ai dressé la liste se répartissent en deux groupes. Les principes 1 à 3 exigent que la loi soit conforme à des critères destinés à lui permettre de guider efficacement notre action. Les principes 4 à 8 ont pour but de garantir que le mécanisme juridique d'application de la loi ne prive pas celle-ci, en raison d'une application pervertie, de sa capacité à nous guider, et qu'il demeure capable de contrôler la conformité à l'État de droit et de fournir des remèdes efficaces en cas de déviation par rapport à cet idéal. Tous les principes concernent directement le système et la méthode du gouvernement dans des domaines qui relèvent directement de l'État de droit. Il est inutile de préciser que, dans la vie de la communauté, il existe de nombreux autres aspects susceptibles de renforcer ou au contraire d'affaiblir l'État de droit par des voies plus indirectes. Par exemple, une presse libre dirigée par des gens soucieux de défendre l'État de droit apporte une assistance précieuse à la préservation de celui-ci ; inversement, une presse muselée ou dirigée par des gens aspirant à détruire l'État de droit constitue une menace pour ce dernier. Mais nous n'avons pas besoin de nous occuper ici de ces influences plus indirectes.

### III. LA VALEUR DE L'ÉTAT DE DROIT

L'un des mérites de la doctrine de l'État de droit que je défends est justement qu'il existe un grand nombre de valeurs qui ne sont pas promues par cet idéal. La conformité à l'État de droit est une des vertus d'un système juridique, mais ce n'est que l'une des nombreuses vertus qu'un tel système doit posséder. Dès lors, il est encore plus important d'être au net sur les valeurs que l'État de droit promet en fait.

On oppose souvent – à juste titre – l'État de droit au pouvoir arbitraire. La notion de pouvoir arbitraire est plus large que celle d'État de droit. Plusieurs formes de pouvoir arbitraire sont en effet compatibles avec l'État de droit. Un gouvernant peut par exemple favoriser des règles générales fondées sur ses caprices ou sur son propre intérêt sans porter atteinte à l'État de droit. Toutefois, il est certain que nombre des manifestations les plus communes du pouvoir arbitraire vont à l'encontre de l'État de droit. Un gouvernement soumis à l'État de droit ne peut par exemple modifier la loi de manière rétroactive, ni le faire de manière inopinée ou en secret toutes les fois que cela sert ses objectifs. Le seul domaine dans lequel l'État de droit exclut toute forme de pouvoir arbitraire, c'est la fonction par laquelle le judiciaire est chargé d'appliquer la loi, puisque les tribunaux ont l'obligation de n'être soumis qu'à la loi, et de se conformer à des procédures très strictes<sup>8</sup>. La contrainte que l'État de droit impose à la confection de lois particulières, et par conséquent aux pouvoirs de l'exécutif, n'est pas moins importante. L'usage arbitraire du pouvoir pour des motifs d'enrichissement personnel, de vengeance privée ou de

---

<sup>8</sup> Par lui-même l'État de droit n'exclut pas toute possibilité que les tribunaux fassent la loi de manière arbitraire.

favoritisme, se manifeste le plus souvent dans la confection d'ordre légaux particuliers. De telles possibilités sont sévèrement limitées par le strict respect de l'État de droit.

La notion de « pouvoir arbitraire » est une notion difficile. Nous n'avons aucune raison de l'analyser ici. Il semble cependant que, lorsqu'un pouvoir agit, son action n'est arbitraire que si elle est indifférente à la question de savoir si elle sert des objectifs qui sont seuls en mesure de justifier l'emploi d'un tel pouvoir, ou si elle s'accompagne de la conviction qu'elle ne servira pas de tels objectifs. La nature des objectifs auxquels il est fait ici allusion varie selon la nature du pouvoir dont il est question. Une telle définition représente le pouvoir arbitraire comme un concept subjectif. Tout dépend de l'état d'esprit dans lequel sont les hommes au pouvoir. En tant que tel, l'État de droit ne porte pas directement sur l'étendue du pouvoir arbitraire. Mais autour de ce cœur subjectif, la notion de pouvoir arbitraire a vu se développer un pourtour objectif résistant. Dans la mesure où tout le monde est convaincu qu'il est mal d'utiliser un pouvoir public à des fins privées, tout usage de ce genre est en soi un exemple d'utilisation arbitraire du pouvoir. Comme nous l'avons vu, l'État de droit contribue à tenir en lisière de telles formes de pouvoir arbitraire.

Mais il y a d'autres raisons d'accorder de la valeur à l'État de droit. Nous accordons de la valeur à notre capacité à choisir des styles et des formes de vie, à nous fixer des objectifs à long terme et à diriger effectivement notre existence pour les atteindre. Notre capacité à faire cela dépend de l'existence d'un contexte stable et garanti où notre existence et nos actions puissent se déployer. La loi peut nous aider à nous garantir de tels points de référence fixes de deux manières distinctes : (1) en stabilisant les rapports sociaux qui, sans le concours de la loi, pourraient se désintégrer ou se développer de manière erratique et imprévisible ; (2) par une politique d'auto-contrainte destinée à faire en sorte que la loi elle-même constitue un fondement stable et assuré permettant aux individus de construire leurs plans. Ce second aspect est l'objet de l'État de droit.

Cette seconde vertu de l'État de droit est souvent assimilée, en particulier par Hayek, à la protection de la liberté individuelle. C'est vrai, au sens où la liberté est comprise comme capacité effective de choisir entre un aussi grand nombre d'options que possible. La prévisibilité de notre environnement accroît notre capacité d'agir<sup>9</sup>. Si c'est ainsi que nous comprenons la liberté, tout va bien. Mais il est important de rappeler que ce sens du concept de liberté diffère de ce que nous entendons ordinairement par la liberté politique. La liberté politique comprend en effet : (1) l'interdiction de certaines formes de comportement qui interfèrent avec la liberté personnelle et (2) des limites imposées aux pouvoirs des autorités publiques de manière à réduire au minimum les interférences avec la liberté personnelle. La définition des actes criminels à l'encontre des personnes est un exemple du premier type de protection de la liberté personnelle, tandis que l'incapacité du gouvernement à restreindre la liberté de mouvement est un exemple de la seconde forme de protection. C'est en rapport avec la liberté politique prise en ce sens que les droits constitutionnellement garantis ont une grande importance. L'État de droit peut représenter encore une autre manière de protéger la liberté personnelle. Mais il est

---

<sup>9</sup> Mais les lois sociales et le remodelage de l'économie par le gouvernement accroissent également la liberté en accroissant – lorsqu'ils sont couronnés de succès – le bien-être du peuple. Si l'on défend l'État de droit comme le bouclier de la liberté en ce sens, on peut difficilement y recourir pour s'opposer par principe à la gestion de l'économie par le gouvernement.

sans effet sur l'existence des sphères d'action qui sont à l'abri de l'interférence du gouvernement, et il est compatible avec de grossières violations des droits humains.

Mais il y a un fait plus important que ces deux considérations, c'est que le respect de l'État de droit est indispensable si l'on veut que la loi respecte la dignité humaine. Respecter la dignité humaine exige de traiter les individus humains comme des personnes capables de planifier et de projeter leur avenir. Le respect de la dignité humaine inclut par conséquent le respect de l'autonomie des individus, leur droit de contrôler leur avenir. Le contrôle qu'une personne exerce sur sa vie n'est jamais complet, mais il peut être incomplet de plusieurs manières distinctes. Il se peut que la personne ignore les options qui lui sont ouvertes, ou qu'elle soit incapable de décider quoi faire, qu'elle soit incapable de réaliser ses choix, ou que ses tentatives pour les réaliser échouent; elle peut aussi ne pas avoir le moindre choix (ou du moins aucun choix qui ait quelque valeur). Toutes ces formes d'échec peuvent survenir pour des causes naturelles, ou en raison des limites du caractère ou des capacités de la personne en question.

Il existe naturellement bien d'autres manières dont l'action d'une personne peut affecter la vie d'une autre. Seules certaines de ces interférences constituent des atteintes à la dignité ou une violation de l'autonomie de la personne ainsi affectée. Ces atteintes peuvent se répartir en trois classes : les insultes, la réduction en servitude, et la manipulation (j'utilise ces deux derniers termes en un sens un peu particulier). Une insulte porte atteinte à la dignité d'une personne si elle consiste à nier que cette personne soit autonome, si elle implique une telle négation, ou si elle consiste à nier que cette personne mérite d'être traitée comme une personne autonome. Une action réduit une autre personne en servitude si, en manipulant son environnement, elle ne lui laisse en pratique plus aucune option (il peut s'agir d'une servitude durable, comme dans le cas de l'esclavage, mais j'inclus ici le fait de contraindre une autre personne à agir d'une certaine manière dans une certaine occasion). Enfin, on manipule une personne en modifiant intentionnellement ses goûts, ses croyances ou sa capacité à agir et à prendre des décisions. La manipulation – en d'autres termes – est la manipulation de la personne, c'est-à-dire des facteurs qui lui sont inhérents et qui sont pertinents pour son autonomie. Réduire en servitude consiste en revanche à éliminer tout contrôle en modifiant des facteurs extérieurs à la personne.

La loi peut violer la dignité des individus de multiples façons. Le respect de l'État de droit ne garantit en rien que de telles violations ne se produisent pas. Mais il est clair que le non-respect délibéré de l'État de droit viole la dignité humaine. C'est la fonction de la loi de guider l'action humaine en affectant les options dont disposent les individus. La loi peut par exemple instituer l'esclavage sans violer l'État de droit. Mais la violation délibérée de l'État de droit viole la dignité humaine. La violation de l'État de droit peut prendre deux formes. Elle peut soit engendrer l'incertitude, soit frustrer ou décevoir les anticipations. Le premier effet se produit lorsque la loi ne permet pas aux gens de prévoir les développements à venir ou de former des anticipations précises (comme dans les cas où la loi est vague et dans la plupart des cas où elle permet un vaste pouvoir discrétionnaire). La frustration des anticipations se produit lorsque l'apparence de stabilité et de certitude qui encourage les individus à faire confiance à la loi existante pour planifier leurs actions est rompue par une législation rétroactive ou par le fait que l'application normale de la loi est entravée. L'incertitude est un mal parce qu'elle donne l'occasion au pouvoir arbitraire de s'exercer, et parce qu'elle limite la capacité des individus à planifier leur avenir. La frustration des anticipations est un mal encore plus important. Outre les dommages concrets dont elle est la cause, elle porte atteinte à la dignité parce

qu'elle exprime un manque de respect pour l'autonomie des individus. Dans des cas de ce genre, la loi encourage l'action autonome pour, ensuite, frustrer les individus de la possibilité d'atteindre leurs objectifs. Lorsqu'une telle frustration est la conséquence d'une action humaine ou de l'action des institutions sociales, elle est l'expression d'un manque de respect. Elle a souvent l'allure d'un piège : les individus sont encouragés à se fier en toute bonne foi à la loi et, ensuite, l'assurance qui leur avait été donnée leur est retirée, en sorte que la confiance même qu'ils avaient mise dans la loi devient pour eux une cause de dommage. Un système juridique qui respecte l'État de droit d'une manière générale traite les individus comme des personnes au moins au sens où il tente de guider leur conduite en affectant le contexte dans lequel ils agissent. Il présuppose donc qu'ils sont des créatures rationnelles et autonomes, et il tente d'affecter leurs actions et leurs habitudes en affectant leurs délibérations.

Se conformer à l'État de droit est une question de degré. Le respect absolu est impossible (une certaine imprécision est inévitable) et il n'est pas souhaitable de s'y conformer le plus complètement possible (lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire soumis à un contrôle, cela vaut mieux que si elle n'en possède aucun). On admet en général qu'il convient de priser au plus haut point la conformité avec l'État de droit. Mais il convient de ne pas accorder de la valeur à l'État de droit sans aucun examen, ni de l'affirmer de manière aveugle. Lorsqu'on démêle les différentes valeurs promues par l'État de droit, cela nous aide à évaluer de manière intelligente les enjeux des différentes violations possibles ou réelles de cet État de droit. Certaines de ces violations sont des insultes à la dignité humaine, donnent libre cours au pouvoir arbitraire, frustrent les anticipations, et réduisent à rien la capacité de planification des individus. D'autres violations ne causent que certains de ces inconvénients. Les maux liés aux différentes violations de l'État de droit ne sont pas toujours les mêmes, malgré le fait que la doctrine de cet État de droit soit fondée sur le noyau solide que constitue l'idée fondamentale qui le définit.

#### IV. L'ÉTAT DE DROIT ET SON ESSENCE

Lon Fuller<sup>10</sup> a affirmé que les principes de l'État de droit énumérés par lui sont essentiels à l'existence du droit. Si cette thèse est vraie, elle est cruciale pour notre compréhension non seulement de l'État de droit mais aussi du rapport entre le droit et la morale. J'ai traité de l'État de droit en tant qu'idéal, en tant que norme à laquelle la loi doit se conformer mais qu'elle peut et doit aussi, à certains moments, violer de la manière la plus radicale et la plus systématique. Tout en admettant que des déviations par rapport à l'État de droit puissent se produire, Fuller nie qu'elles puissent être radicales ou complètes. Un système juridique, selon lui, doit nécessairement se conformer à l'État de droit dans une certaine mesure. S'appuyant sur cette affirmation, il conclut qu'il existe un lien essentiel entre le droit et la morale. Le droit est nécessairement moral, au moins sous certains aspects.

Certes, il est vrai que la plupart des principes énumérés dans la section II ci-dessus ne peuvent être radicalement violés par quelque système juridique que ce

---

<sup>10</sup> Dans *The Morality of Law* (*op. cit.*), l'argumentation de Fuller est complexe et il formule de nombreuses affirmations qui sont difficiles à démêler. Beaucoup de ses affirmations sont faibles et ne peuvent être étayées. D'autres sont suggestives et utiles. Mon propos ici n'est pas de les analyser et de les évaluer. Pour une analyse favorable, voir R. E. SARTORIUS, *Individual Conduct and Social Norms* (Encino, California, Dickenson Publishing Company, 1975) chap. 9.

soit<sup>11</sup>. Les systèmes juridiques sont fondés sur des institutions judiciaires. Or il ne saurait exister d'institutions, de quelque genre que ce soit, si elles ne sont pas établies par des règles générales. Une norme spécifique peut autoriser un pouvoir de jugement dans un litige particulier, mais aucun ensemble de normes particulières ne peut établir une institution. De même, des lois rétroactives ne peuvent exister que parce qu'il existe des institutions qui les font appliquer. Ceci implique qu'il doit exister, si l'on veut que ces lois rétroactives soient valides, des lois tournées vers l'avenir exigeant que ces institutions appliquent ces lois rétroactives. Dans la terminologie de la théorie de H. L. A. Hart, on peut dire que certaines au moins des règles de reconnaissance et de jugement de tout système juridique doivent être générales et tournées vers l'avenir. Bien entendu, elles doivent aussi être claires si l'on veut qu'elles aient du sens.

Il est clair que la mesure dans laquelle la généralité, la clarté, l'orientation vers le futur, etc., sont essentielles au droit se situe à un degré minimum, et qu'elle est compatible avec des violations grossières de l'État de droit. Mais les considérations du genre de celles que nous venons de mentionner ne suffisent-elles pas à établir que tout système juridique inclut au moins une certaine valeur morale ? Je pense que ce n'est pas le cas. L'État de droit est essentiellement une valeur négative. La loi crée inévitablement un risque de pouvoir arbitraire et l'État de droit est destiné à réduire au minimum le risque ainsi créé par le droit lui-même. De la même manière, la loi peut être instable, obscure, rétrospective, etc., et violer en ce sens la dignité et la liberté des individus. L'État de droit est également destiné à prévenir un tel danger. L'État de droit est ainsi une vertu négative en deux sens distincts : le respect de cet État de droit ne cause aucun bien sinon parce qu'il prévient certains maux, et les maux qu'il permet de prévenir sont des maux qui ne peuvent être causés que par la loi elle-même. Il est donc analogue à l'honnêteté quand cette vertu est interprétée comme le fait de ne pas tromper (je ne nie pas que l'honnêteté soit normalement comprise en un sens plus large incluant également d'autres actions et inclinations qui sont vertueuses). Le bien de l'honnêteté n'inclut pas le bien consistant à communiquer entre les individus, parce que l'honnêteté est compatible avec un refus de communiquer. Le bien qu'elle contient réside exclusivement dans le fait d'éviter le mal consistant à tromper autrui, lorsqu'une telle tromperie serait le fait non pas d'autres personnes mais de la personne honnête elle-même. Par conséquent seule une personne susceptible de tromper peut être honnête. Une personne qui n'est pas susceptible de communiquer ne peut pas prétendre avoir le moindre mérite si elle est honnête. Et une personne qui, par ignorance ou par incapacité n'est pas en mesure d'en tuer une autre en l'empoisonnant ne mérite pas que cette abstention soit portée à son crédit. De la même manière, le fait que la loi ne puisse pas autoriser l'usage arbitraire de la force ou la violation de la liberté et de la dignité parce qu'elle ne peut pas être entièrement dépourvue de généralité, d'orientation vers l'avenir ou de clarté, n'est pas à porter au crédit de la loi elle-même. Cela signifie seulement qu'il y a certains types de maux dont la loi ne peut pas être la cause. Mais cette caractéristique n'est pas une vertu de la loi, pas plus que l'incapacité de commettre un viol ou un meurtre n'est une vertu de la loi (laquelle peut seulement autoriser de telles actions).

---

<sup>11</sup> Ici, je n'adopte pas la conception du droit proposée par Fuller, mais je suis plutôt ma propre adaptation de la conception de Hart. Voir H. L. A. HART, *The Concept of Law*, et mon propre ouvrage *Practical Reason and Norms* (Londres, Hutchinson, 1975), p. 132-154. En conséquence, l'analyse qui suit n'est pas directement un jugement sur les affirmations de Fuller lui-même.

La tentative de Fuller pour établir un lien nécessaire entre le droit et la morale est un échec. Dans la mesure où le respect de l'État de droit est une vertu morale, il s'agit d'un idéal qui doit devenir réalité mais qui peut aussi ne pas y réussir. Il existe cependant un autre argument qui établit un lien essentiel entre la loi et l'État de droit, même s'il ne garantit pas que la loi possède la moindre vertu. Le respect de l'État de droit est essentiel pour atteindre les objectifs que la loi se propose d'atteindre<sup>12</sup>. Cet énoncé doit cependant être nuancé. Nous pouvons en effet diviser les objectifs qu'une loi se propose d'atteindre en deux ensembles : d'une part ceux qui sont atteints lorsque les individus se conforment à la loi en elle-même et, d'autre part, les effets dont la loi cherche à garantir la réalité, et qui sont les conséquences plus lointaines du fait que les individus se conforment à la loi ou du fait que l'existence de cette loi est connue d'eux. Ainsi, une loi qui interdit la discrimination raciale dans le recrutement des fonctionnaires a pour objectif immédiat l'établissement de l'égalité raciale dans l'embauche, la promotion et les conditions de service des employés du gouvernement (parce que la discrimination constitue une violation de la loi). Mais son objectif indirect peut très bien être d'améliorer les relations raciales dans le pays d'une manière générale, de prévenir des menaces ou des grèves de la part des syndicats, ou de mettre un terme à la baisse de popularité du gouvernement.

Le respect de l'État de droit ne facilite pas toujours la réalisation des objectifs indirects de la loi, mais il est essentiel à la réalisation de ses objectifs immédiats. Ces derniers sont atteints grâce à un respect de la loi qui est assuré (sauf accident) par le fait que les individus prennent note de l'existence de la loi et règlent leur conduite en conséquence. Par conséquent, si l'on ne veut pas que la loi échoue à atteindre ses objectifs immédiats, elle doit être capable de guider la conduite humaine, et plus elle se conforme aux principes de l'État de droit plus elle en est capable.

Dans la section II, nous avons vu que la conformité à l'État de droit était l'une des nombreuses vertus que la loi devait posséder. Les considérations que nous venons d'évoquer montrent que l'État de droit n'est pas seulement une vertu morale, mais que c'est une condition nécessaire pour que la loi puisse contribuer à l'atteinte d'un bien, quel qu'il soit. Bien entendu, la conformité à l'État de droit permet aussi à la loi de servir des objectifs pervers. Mais cela ne démontre pas qu'il ne s'agit pas d'une vertu, tout comme le fait qu'un couteau bien aiguisé peut être utilisé pour blesser ne démontre en rien que le fait d'être bien aiguisé ne soit pas, pour un couteau, une qualité qui produise un bien. Cela montre tout au plus que, du point de vue des considérations dont nous sommes en train de parler, il ne s'agit pas d'un bien moral. Pour un couteau, être bien aiguisé est un bien essentiel. Un bon couteau est un couteau qui, entre autres choses, est bien aiguisé. De même, la conformité avec l'État de droit est une valeur qui est inhérente aux lois, et c'est même leur valeur inhérente la plus importante. Il est de l'essence de la loi de guider la conduite grâce à des règles et à des tribunaux chargés de les appliquer. L'État de droit est donc la marque d'excellence spécifique de la loi. Dans la mesure où la conformité à l'État de droit est une vertu de la loi elle-même, de la loi en tant qu'elle est une loi et sans égard aux objectifs qu'elle cherche à promouvoir, il est tout à fait compréhensible et correct de concevoir que l'État de droit soit au nombre des quelques

---

<sup>12</sup> Pour plus de détails sur cette distinction, voir l'essai 9 ci-dessus. [Il s'agit d'un texte intitulé « The Functions of Law », publié initialement dans A. W. B. SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> series, Oxford, Clarendon Press, 1973 (NdT)].

vertus de la loi qui relèvent de la responsabilité particulière des tribunaux et des juristes professionnels.

Considérer l'État de droit comme la vertu essentielle ou spécifique de la loi est la conséquence d'une conception instrumentale de la loi. La loi n'est pas seulement un fait de la vie. C'est une forme d'organisation sociale qui doit être utilisée de manière adéquate et pour les buts appropriés. C'est un outil entre les mains des hommes, mais il diffère de beaucoup d'autres outils par sa versatilité, par sa capacité à être utilisé pour une grande variété de buts appropriés. Comme pour beaucoup d'autres outils, machines ou instruments, une chose n'en fait pas partie si elle ne possède pas au moins une certaine capacité à accomplir sa fonction. Un couteau n'est pas un couteau à moins d'être capable de couper. Pour que le droit soit du droit, il doit avoir la capacité de guider les conduites, même si c'est de manière inefficace. Comme d'autres instruments, le droit possède une vertu spécifique qui est moralement neutre parce qu'elle est neutre par rapport à la fin en vue de laquelle l'instrument est utilisé. Cette vertu spécifique, c'est l'efficacité, c'est la vertu de l'instrument en tant qu'instrument. Dans le cas de la loi, cette vertu est l'État de droit. Par conséquent, l'État de droit est une vertu essentielle de la loi, mais ce n'est pas une vertu morale en tant que telle.

Le statut spécifique de l'État de droit ne signifie pas que le fait de se conformer à cet idéal n'ait aucune importance du point de vue moral. Indépendamment du fait que la conformité avec l'État de droit est aussi une vertu morale, c'est une exigence morale lorsqu'elle est nécessaire pour permettre au droit de remplir des fonctions socialement utiles, de la même manière qu'il est moralement important de produire un couteau qui coupe bien lorsque cela est requis pour atteindre un objectif moral. Dans le cas de l'État de droit, cela signifie qu'il possède une grande valeur morale dans la quasi-totalité des cas.

## V. QUELQUES PIEGES

La valeur indubitable de la conformité à l'État de droit ne doit cependant pas nous conduire à en exagérer l'importance. Nous avons vu que Hayek en notait à juste titre l'importance pour la protection de la liberté. Nous avons également vu que l'État de droit, par lui-même, n'assurait pas une protection suffisante de la liberté. Considérons cependant la thèse de Hayek. Il débute par un énoncé pompeux qui, inévitablement, le mène à des attentes excessives :

La conception de la liberté sous l'autorité du droit (*freedom under law*), qui est le souci capital de ce livre, repose sur cette affirmation : lorsque nous obéissons à des lois, entendues comme des règles abstraites, générales, indépendantes des cas particuliers, nous ne sommes pas assujettis à la volonté d'un autre, et donc nous sommes libres. C'est parce que le législateur ne sait rien des cas particuliers auxquels s'appliqueront ses règles, et parce que le juge qui les fait respecter n'a pas le moindre choix lorsqu'il tire les conclusions qui découlent du corps existant de lois ainsi que des données de fait de l'affaire qu'il juge, qu'il est possible de dire que ce sont les lois et non pas les hommes qui gouvernent... Tout comme la vraie loi ne doit pas nommer de particuliers, elle doit tout spécialement s'abstenir de désigner des personnes ou des groupes de personnes spécifiques<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, The Chicago University Press, 1960, p. 153-154 [trad. fr. par R. Audouin et al. : *La Constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1994, p. 152 (traduction modifiée) (NdT)].

Mais ensuite, conscient de l'absurdité à laquelle conduit ce texte, il modifie son approche tout en continuant d'essayer de présenter l'État de droit comme la garantie suprême de la liberté :

Exiger qu'une règle soit générale pour être une vraie loi n'implique pas qu'on s'interdise de faire des règles spéciales pour différentes catégories de gens, si ces règles renvoient à des propriétés que seuls possèdent les gens concernés. Il peut y avoir des règles qui ne s'appliquent qu'aux femmes, aux aveugles, ou aux personnes âgées. (Dans la plupart des cas, il ne serait même pas nécessaire de nommer la catégorie visée : par exemple, seule une femme peut être violée ou enceinte). De telles distinctions ne sont pas arbitraires, elles ne soumettent pas un groupe à un autre si elles sont considérées comme justifiées par les membres du groupe tout autant que par les non-membres. Cela n'implique pas que le caractère souhaitable de la distinction doive faire l'unanimité, seulement que l'opinion des individus ne doit pas dépendre de leur appartenance ou de leur non-appartenance au groupe considéré<sup>14</sup>.

Mais, ici, l'État de droit se transforme pour inclure une forme de gouvernement par consentement, et c'est alors cette caractéristique qui est censée garantir la liberté. C'est une pente glissante qui conduit à l'assimilation de l'État de droit avec un régime gouverné par de bonnes lois.

L'objection essentielle de Hayek porte sur l'interférence du gouvernement dans l'économie :

Il nous faut maintenant tourner notre attention vers les mesures gouvernementales que l'État de droit interdit par principe parce qu'elles ne peuvent pas être exécutées en appliquant simplement des règles générales, mais impliquent nécessairement une discrimination arbitraire entre des personnes. Les mesures les plus importantes ici sont les décisions concernant l'autorisation d'exercer une activité ou de vendre un service ou une marchandise à un prix et en une quantité donnés – autrement dit, les mesures visant à régir l'accès aux divers négoce et métiers, les termes des transactions, et les volumes produits ou commercialisés... Il y a plusieurs raisons pour lesquelles tout contrôle des prix par l'État est inconciliable avec le fonctionnement d'un système de liberté, que l'État fixe directement les prix ou qu'il édicte simplement les règles indiquant comment les prix autorisés sont fixés. Tout d'abord, il est impossible de fixer des prix selon des règles à long terme qui guideraient effectivement la production. Les prix adéquats dépendent de circonstances qui changent constamment, et auxquelles ils doivent constamment s'ajuster. D'autre part, si les prix ne sont pas directement fixés, mais établis suivant une règle donnée (telle qu'un rapport avec le coût de revient), ils ne seront pas les mêmes pour tous les vendeurs, et bloqueront donc le fonctionnement du marché. Une considération plus importante encore est qu'avec des prix autres que ceux que dégagerait un marché libre, la demande et l'offre ne tendront pas à s'équilibrer, de sorte que la mise en œuvre du contrôle des prix obligera à trouver le moyen de décider qui est autorisé à vendre ou acheter. Cela serait obligatoirement une activité discrétionnaire et se ramènerait à des décisions prises au coup par coup, qui introduiraient des discriminations entre individus sur des bases essentiellement arbitraires. Comme l'a démontré l'expérience, les contrôles de prix ne peuvent être mis en œuvre que par des contrôles quantitatifs, par des décisions des pouvoirs publics disant quelle quantité telle personne ou telle entreprise est autorisée à vendre ou acheter. Or, le contrôle des quantités est par nécessité discrétionnaire, inspiré non par des règles

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 154 [*La Constitution de la liberté*, *op. cit.*, p. 153 (traduction modifiée) (NdT)].

mais par le jugement de l'autorité quant à l'importance relative de finalités particulières<sup>15</sup>.

Ici, il est à nouveau clair que Hayek prétend que des arguments qui, au mieux, montrent que certaines politiques sont mauvaises pour des raisons économiques, sont censés montrer que ces mêmes politiques violent l'État de droit, et il condamne comme exercice arbitraire du pouvoir l'édition de commandements dont il pense qu'ils sont erronés mais qui sont en eux-mêmes des commandements spécifiques tout à fait conformes aux principes.

Dans la mesure où l'État de droit n'est que l'une des vertus que la loi doit posséder, on doit s'attendre à ce que la validité dont il est doté existe seulement en première instance. Il convient donc de toujours le mettre en balance avec les exigences d'autres valeurs. Dès lors, les arguments de Hayek ne vont pas au-delà d'une démonstration établissant qu'il existe d'autres objectifs qui sont inévitablement en conflit avec l'État de droit, et il ne s'agit donc pas d'un genre d'arguments susceptible de démontrer en principe que la poursuite de ces autres objectifs par les moyens de la loi est inappropriée. L'existence d'un conflit entre l'État de droit et ces autres valeurs est justement ce à quoi nous devons nous attendre. La conformité avec l'État de droit est une question de degré et même si, toutes choses égales par ailleurs, plus cette conformité est importante mieux cela vaut, les choses sont rarement égales par ailleurs. Il convient souvent de préférer un degré moindre de conformité précisément parce que cela contribue à la réalisation d'autres objectifs.

En considérant le rapport entre l'État de droit et d'autres valeurs que la loi doit servir, il est particulièrement important de se rappeler que l'État de droit est une valeur essentiellement négative. Il est seulement destiné à minimiser les atteintes à la liberté et à la dignité dont la loi peut être la cause lorsqu'elle poursuit ses objectifs, quelque louables que ces objectifs puissent être. En fin de compte, considérer l'État de droit comme étant l'excellence propre à la loi signifie que cet idéal joue un rôle essentiellement subordonné. La conformité à l'État de droit est un bon outil pour atteindre certains objectifs, mais la conformité à l'État de droit n'est pas en elle-même un objectif ultime. Ce rôle subordonné de la doctrine de l'État de droit en montre à la fois le pouvoir et les limites. D'un côté, si la poursuite de certains objectifs est entièrement incompatible avec l'État de droit, il convient de ne pas poursuivre ces objectifs par les moyens de la loi. Mais d'un autre côté, on doit se méfier de l'attitude consistant à disqualifier la poursuite d'objectifs sociaux majeurs par les moyens de la loi au nom de l'État de droit. Après tout, l'État de droit est censé permettre à la loi de promouvoir le bien de la société, et on ne doit pas l'employer à la légère pour montrer qu'elle ne doit pas jouer ce rôle. Sacrifier de trop nombreux objectifs sociaux sur l'autel de l'État de droit a pour conséquence de rendre la loi stérile et vide.

### Joseph Raz †

Professeur de philosophie du droit au Balliol College de l'université d'Oxford. Il a enseigné à la Columbia Law School et au King's College de Londres. Élève de Herbert Hart, Joseph Raz fut, jusqu'à sa disparition en 2022, l'un des principaux représentants du positivisme juridique. Parmi ses très nombreuses publications, on peut citer : *The Authority of Law* (Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2012), *The Concept of a Legal System* (Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd.,

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 227-228 [La Constitution de la liberté, *op. cit.*, p. 227-228 (traduction modifiée) (NdT)].

1980), *Practical Reason and Norms* (Oxford University Press, 2e éd., 1999), *Engaging Reason* (Oxford University Press, 1999), *Between Authority and Interpretation* (Oxford University Press, 2009), *From Normativity to Responsibility* (Oxford University Press, 2013), *The Roots of Normativity* (Oxford University Press, 2022).



### III. Prix SFPJ 2024



## Repenser l'arbitraire en droit à travers l'étude du langage

**A**RBITRAIRE – «Le pouvoir arbitraire serait, pour une autorité, le pouvoir d'agir suivant sa volonté personnelle, suivant son caprice et son humeur<sup>1</sup>». L'arbitraire apparaît être en contradiction avec l'État de droit. En effet, le droit veille à ce que l'action de l'État soit fondée sur des normes préétablies. Il est même expressément interdit dans diverses dispositions constitutionnelles : « Nul ne peut être arbitrairement détenu<sup>2</sup> », « ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires<sup>3</sup> ». Le Pouvoir ne peut agir sur les individus sans fondement juridique. L'arbitraire se définit en ce sens comme le « caractère d'une décision [...] qui n'est pas le résultat de l'application d'une règle existante mais le produit d'une volonté libre<sup>4</sup> ». Ainsi, selon Léon Michoud, l'arbitraire n'existerait plus dans l'État moderne<sup>5</sup>. Les États modernes, fervents défenseurs de l'État de droit, veillent en effet à ce que les autorités étatiques prennent des décisions sur des fondements juridiques. Néanmoins, sans enfreindre l'idéal de l'État de droit, les autorités étatiques disposent d'un pouvoir discrétionnaire.

Léon Michoud a distingué la discrétionnarité de l'arbitraire en rappelant que le pouvoir discrétionnaire « est soumis à des conditions et à des règles<sup>6</sup> ». L'arbitraire relèverait donc de l'absence de normes, quand la discrétionnarité serait une marge d'appréciation permise par des normes. Or il se trouve que la quasi-totalité des décisions de l'administration est soumise au contrôle du juge, qui veille au respect du principe de légalité. De ce fait, les États modernes ne connaîtraient plus l'arbitraire, mais seulement un pouvoir discrétionnaire puisqu'il y a toujours un encadrement des autorités d'application de la loi.

Toutefois, tout pouvoir discrétionnaire ne serait-il pas une forme d'arbitraire ? Dès lors que les autorités d'application peuvent prendre une décision par opportunité, dès lors qu'elles disposent d'une marge d'appréciation, qu'elles peuvent choisir entre prendre un acte ou ne pas le prendre en restant conforme à la loi, il semble alors qu'il y ait arbitraire. En effet, « [u]ne décision arbitraire est une décision qui n'a pas de raison valable ; mais elle peut avoir toutes sortes de causes plus ou moins

---

<sup>1</sup> L. MICHOD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, XXV/3, 1913, p. 429-500, p. 441.

<sup>2</sup> *Constitution de la 5<sup>e</sup> République* (1958), art. 66.

<sup>3</sup> *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* (1789), art. VII.

<sup>4</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12<sup>e</sup> éd., 2018.

<sup>5</sup> L. MICHOD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *op. cit.*, p. 441.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 442.

déterminantes<sup>7</sup> ». En droit, la seule raison valable pour prendre une décision, c'est une norme juridique. La norme doit conditionner la décision, mais lorsqu'il y a une marge d'appréciation sur son application, quelle est la raison sur laquelle se fonde la décision ? Cela ne laisse-t-il pas un espace pour les caprices et les humeurs ?

Si la loi encadre l'action des organes comme des individus, en leur laissant parfois une marge de liberté, l'arbitraire ressurgit. Ainsi, « avec le pouvoir discrétionnaire, l'administration est juge de l'opportunité de ses actes. Au contraire quand cette liberté d'appréciation n'est plus laissée par la loi, quand celle-ci fixe la conduite à tenir, il y a compétence liée<sup>8</sup> ». Bien qu'il soit tentant de penser que si une loi intervient, le risque d'arbitraire s'efface, en réalité, il se réduit, mais ne disparaît pas totalement. Ce risque réapparaît lorsque la loi est obscure, que son interprétation est incertaine, car dans ce cas, la loi ne permet pas de donner une indication précise du comportement à suivre pour la respecter.

Montesquieu avait déjà soulevé cette difficulté :

Les lois de la Chine décident que quiconque manque de respect à l'empereur doit être puni de mort. Comme elles ne définissent pas ce que c'est que ce manquement de respect, tout peut fournir un prétexte pour ôter la vie à qui l'on veut, et exterminer la famille que l'on veut. [...] C'est assez que le crime de lèse-majesté soit vague, pour que le gouvernement dégénère en despotisme<sup>9</sup>.

*Arbitraire et langage* - Que signifie « manquer de respect » à l'empereur ? Comment un justiciable peut-il savoir s'il manque de respect à une autorité ? La question de l'arbitraire résulte ici de l'imprécision de l'expression « manquer de respect » et non de l'absence de loi. Ici, le pouvoir d'appréciation laissé aux organes d'application ne permet pas aux individus d'adapter avec certitude leur action à cette loi. Dans ce cas, la loi n'est plus une raison valable pour déterminer la décision de l'autorité. Dans un même cas, elle peut admettre un crime de lèse-majesté ou l'exclure sans violer la loi. De la même façon, une disposition prévoyant de taxer les riches serait totalement indéterminée dans son application, puisque les critères de richesse sont incertains et que personne ne peut dire avec certitude à partir de quel seuil quelqu'un devient riche. En revanche, une loi prévoyant de taxer toute personne disposant d'un revenu égal ou supérieur à 4000 euros par mois serait précise avec une application déterminée. Partant, il apparaît que l'arbitraire résulte aussi de l'indétermination normative. Or, « [l]a principale source d'une telle indétermination est l'ambiguïté d'un mot ou d'une suite de mots par lesquels la norme s'exprime<sup>10</sup>. » De ce fait, de nombreux principes viennent assurer que la loi soit suffisamment claire. Par exemple, le Conseil constitutionnel estime que le législateur doit « adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il doit en effet prémunir les sujets de droit [...] contre le risque d'arbitraire<sup>11</sup>. » Mais comprendre que l'arbitraire résulte aussi du langage ne suffit pas. Il

---

<sup>7</sup> J. BOUVERESSE, « Quelques remarques sur les problèmes de l'arbitraire », *Le droit, l'informatique et l'arbitraire*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 1991 [books.openedition.org/psorbonne/79772].

<sup>8</sup> R. BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, p. 363-392, p. 364.

<sup>9</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1758), Livre XII, Chapitre VII.

<sup>10</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann., Paris, Bruylant/LGDJ, 1999, p. 376.

<sup>11</sup> V. par exemple Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, *Loi confortant le respect des principes de la République*.

est nécessaire d'effectuer une analyse interdisciplinaire dans la mesure où l'interdisciplinarité permet de bien saisir les interactions entre le droit et le langage.

*Démarche épistémologique* – Herbert Hart, notamment, avait saisi l'enjeu des effets de l'indétermination du langage en droit<sup>12</sup>. Pour ce faire, il avait perçu l'intérêt de mobiliser les travaux de la philosophie du langage pour étudier la façon dont le langage affecte le droit. En effet, mobiliser ces travaux s'explique assez facilement lorsque le juriste prend conscience que l'objet – les normes juridiques – lui est transmis par le langage. « *Legal rules and directives are, of course, expressed in a natural language. [...] [U]nderstanding what the law prescribes is bound to depend on general features of linguistic communication*<sup>13</sup>. » En outre, la présente étude utilise les développements contemporains de la philosophie du langage associés aux travaux des héritiers de Hart afin d'éclairer la dimension linguistique de l'arbitraire. En répondant à la question : « Comment l'outil – le langage – influe sur l'utilisateur – le droit ? », la philosophie du langage offre les moyens de « clarifier la structure générale de la pensée juridique<sup>14</sup> ». Par ce biais, notre perception de l'arbitraire évolue. En effet, l'étude du langage permet d'identifier l'une des sources de l'arbitraire : les lacunes inhérentes à l'utilisation du langage (I). Si l'application des normes s'en trouve affectée, l'arbitraire doit néanmoins être relativisé, car l'usage du langage impose le respect de certaines contraintes (II).

## I. L'ARBITRAIRE GENÈRE PAR LES LIMITES DU LANGAGE

L'arbitraire apparaît au moment de l'interprétation de l'énoncé normatif. Cette interprétation met en avant deux axes d'étude du langage : la sémantique – l'étude de la signification – et la pragmatique – l'étude de l'utilisation du langage en contexte. Ces deux aspects du langage influent en réalité sur les normes et favorisent l'arbitraire : d'un côté, la sémantique révèle les limites de la précision des normes (A) ; de l'autre, la pragmatique démontre que le contexte juridique est une source de liberté dans l'utilisation du langage, et donc dans l'application des normes (B).

### A. Les conséquences de l'indétermination sémantique dans l'application des normes

*Application du droit et interprétation sémantique* – Pour appliquer une norme constitutionnelle, législative, réglementaire ou jurisprudentielle, il faut comprendre le contenu de l'énoncé qui la prescrit. Les juristes sont bien conscients de la nécessité d'interpréter l'énoncé pour saisir la norme. Mais il ne s'agit pas ici de s'intéresser à l'interprétation telle qu'appréhendue par les juristes, soit l'interprétation juridique ou le processus qui définit le contenu d'une norme lors de son application à un cas particulier<sup>15</sup>. Ce processus est l'œuvre du juge et des autorités d'application lorsqu'ils doivent résoudre un litige résultant de l'application du droit. La question ici ne porte pas sur l'interprétation juridique en soi, mais sur la compréhension des effets de l'usage du langage naturel pour prescrire des

---

<sup>12</sup> H. L. A. HART, *Le Concept de droit*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 1980, p. 165.

<sup>13</sup> A. MARMOR, S. SOAMES (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 3.

<sup>14</sup> H. L. A. HART, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 9.

<sup>15</sup> S. SOAMES, « Toward a Theory of Legal Interpretation », *NYUJL & Liberty*, 6, 2011.

normes<sup>16</sup>. Ainsi, une compréhension simple de l'interprétation du langage est nécessaire et suffisante. L'interprétation est un processus cognitif par lequel le destinataire d'un énoncé accède à l'information que le locuteur a cherché à lui transmettre à travers cet énoncé<sup>17</sup>. Pour comprendre l'information, le destinataire s'intéresse, d'une part, à la signification de la phrase prononcée ou écrite par le locuteur, il s'appuie donc sur ses compétences sémantiques ; d'autre part, le destinataire prend en compte le contexte, c'est-à-dire l'ensemble des éléments présents et accessibles entre le locuteur et le destinataire au moment de l'énonciation. Cette étape de l'interprétation dépend des compétences pragmatiques du destinataire<sup>18</sup>.

Par conséquent, pour appliquer une norme juridique, le destinataire interprète l'énoncé qui exprime la norme. Pour ce faire, ses compétences sémantiques sont mobilisées, et c'est ici que commence le problème de l'arbitraire. En droit, aucune norme n'échappe à l'énonciation, car toute norme, même non écrite, peut être formulée par un individu dans un énoncé. Mais, en droit écrit, les normes sont directement énoncées au sein d'un texte formellement prévu à cet effet : une constitution, une loi, un décret, un arrêt. Les dispositions au sein de ces textes sont interprétées par les destinataires afin qu'ils puissent adapter leurs actions aux normes juridiques. Or, ces dispositions sont composées de phrases formulées dans le langage naturel maîtrisé par le destinataire. Ses compétences sémantiques permettent à ce dernier de saisir la signification de la phrase. En philosophie du langage, la signification dépend du sens des mots qui la composent et de leur agencement. Chaque mot réfère à un objet ou ensemble d'objets, de phénomènes du monde, de propriétés. Agencés ensemble dans le respect des règles grammaticales, ces mots forment une phrase qui décrit un état des choses, représente le monde. L'étude de la sémantique s'intéresse donc à la capacité représentationnelle du langage, elle recherche à savoir comment les phrases peuvent correspondre à un état des choses. « Connaître la signification d'une phrase, c'est savoir comment est le monde pour celui qui la tient pour vrai <sup>19</sup> ». De ce fait, la signification détermine les conditions de vérité de la phrase : une phrase déclarative a un sens, une signification, si elle peut être vraie ou fausse. Les phrases composant les dispositions juridiques et autres énoncés normatifs disposent de ces mêmes propriétés sémantiques. En somme, à la lecture d'une phrase issue d'un texte juridique, le destinataire, du fait de ses compétences sémantiques, devrait comprendre la signification de celle-ci.

*Imprécision sémantique du texte* – Toutefois, cette première phase de l'interprétation, nécessaire à l'application de la norme juridique, peut être malmenée par une déféctuosité du langage : l'imprécision. L'imprécision, le vague ou encore le flou sémantique est un phénomène qui génère un défaut de clarté dans l'information

---

<sup>16</sup> V. S. SOAMES, « Interpreting Legal Texts: What is, and What is not, Special about the Law », *Philosophical Essays*, 1, 2009, p. 403-424 ; « What Vagueness and Inconsistency Tell Us About Interpretation », in A. MARMOR, S. SOAMES (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, op. cit., p. 31-57.

<sup>17</sup> Z. G. SZABÓ, « The Distinction between Semantics and Pragmatics », in E. LÉPORE, B. SMITH (dir.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Language*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 9.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> F. CORBLIN (dir.), *Cours de sémantique. Introduction*, Paris, Armand Colin, 2013, p. 11-23, p. 15.

délivrée par le locuteur, ce qui nuit au bon déroulement de la conversation<sup>20</sup>. Une phrase imprécise possède une incertitude dans ses conditions de vérité de la phrase, ce qui rend difficile l'attribution d'une la valeur de vérité. Les termes vagues sont des termes qui ont pour caractéristique que les objets auxquels ils réfèrent sont plus ou moins certains. Parmi ces objets, il y a ceux qui sont totalement exclus, ceux qui sont inclus sans aucun doute et une zone grise composée d'objets qui peuvent être inclus ou exclus sans remettre en cause la valeur de vérité de la phrase. Cette zone grise est la zone dite « des cas limites ». Face à un tel cas limite, l'idée est celle du « ni-ni », c'est-à-dire une insatisfaction à inclure ces cas dans le champ référentiel du terme sans pour autant que cela ne justifie pour autant une exclusion totale. Par exemple, les termes « riche » ou « chauve » sont des termes vagues qui sont sujets aux cas limites. Combien d'argent doit-on avoir pour être considéré comme riche ? À partir de combien de cheveux manquants une personne est-elle chauve ? À chaque fois, la limite est difficile, voire impossible à fixer. La présence de ces termes au sein d'une phrase la rend sensible au cas limite et insuffisamment informative<sup>21</sup>. Dès lors, l'imprécision ne peut être imputable au locuteur, car elle ne résulte pas d'une mauvaise pratique linguistique, mais bien d'une limite sémantique<sup>22</sup>.

Par conséquent, si le langage naturel est soumis à l'imprécision, et si le droit utilise le langage naturel pour communiquer les normes, alors le droit est affecté par l'imprécision. Il s'avère effectivement que de nombreux termes vagues composent les énoncés juridiques. Le terme d'apparence anodine « véhicule » est l'exemple de l'imprécision par excellence. En effet, lorsque Herbert Hart démontre que le droit est touché par l'indétermination sémantique, il prend l'exemple d'un arrêté municipal qui interdit les véhicules dans un parc : ainsi, le terme « véhicule » comprend indubitablement les voitures, les camions ou encore les motocyclettes. De la même façon, des objets ne sont absolument pas concernés par cet arrêté, comme un ballon, un parapluie ou encore des lunettes de soleil, puisqu'ils sont totalement étrangers au concept de « véhicule ». Mais ce terme rencontre de nombreux cas limites comme les vélos, les poussettes ou les trottinettes électriques. Dans un cas plus concret (et bien plus original), les juges britanniques ont fait face à un cas limite du terme « véhicule » en devant déterminer si une personne avait enfreint la loi selon laquelle il est interdit de rouler sur la route sans pneumatiques, en ayant déplacé un poulailler avec des roues en fer sur la route<sup>23</sup>. Le droit français n'est par ailleurs pas en reste. En effet, le juge administratif a été confronté à la question de savoir si un cheval est un véhicule<sup>24</sup>. La question est anodine en apparence, mais elle est d'une importance capitale dans la résolution du litige, puisque la réponse qu'on lui apporte détermine l'application de la loi de 1957 attribuant au juge judiciaire la compétence exclusive sur l'ensemble du contentieux en respon-

---

<sup>20</sup> S. SOAMES, « Vagueness and the Law », *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Londres, Routledge, 2012, p. 113-126, p. 96.

<sup>21</sup> S. SOAMES, « Vagueness and the Law », *op. cit.*, p. 96.

<sup>22</sup> R. POSCHER, « Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation », in L. SOLAN, P. TIERSMA (dir.) *Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 6.

<sup>23</sup> King's Bench Division, *Garner v Burr*, 1951, 1 KB 31.

<sup>24</sup> CE, n° 56559, 16 octobre 1987, Lebon T., p.637.

sabilité « tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque<sup>25</sup> ». En somme, ces trois exemples révèlent une faille au sein des textes juridiques, faille résultant d'une imprécision sémantique qui se répercute nécessairement sur l'application des normes.

*Imprécision et arbitraire* – Le droit a pour fonction de guider la conduite des individus, de régir leurs actions. Joseph Raz définit la norme comme une *raison pour l'action*<sup>26</sup>. Une action renvoie aux comportements intentionnels effectués par les individus. Pour reprendre un exemple classique mobilisé par Hans Kelsen, lorsque la personne obéit au brigand en donnant son argent, elle agit par peur<sup>27</sup>. Mais, lorsqu'elle donne son argent au percepteur d'impôts, son action est fondée sur l'obéissance à la norme juridique. Ainsi, ces deux cas peuvent se différencier en prenant en compte la raison d'agir des individus. La norme devient une raison d'agir qui se trouve au fondement de l'action des individus. Pour ce faire, les individus destinataires de la norme interprètent le texte afin de pouvoir adapter leur comportement aux exigences normatives. Toutefois, les individus peuvent faire face à une phrase vague et se trouver dans une situation de cas limite. Alors, l'individu se trouve dans une zone d'incertitude face à une norme qui lui donne une raison d'agir comme de ne pas agir. Ici se niche le problème de l'arbitraire du fait de l'imprécision sémantique, car l'arbitraire étant « l'absence de raison<sup>28</sup> », un choix arbitraire est un choix qui ne se fonde sur rien d'autre que la simple volonté subjective de l'individu. Une norme vague mène à l'arbitraire, parce qu'elle ne fournit pas à l'individu une raison d'agir ou de ne pas agir<sup>29</sup>. Les destinataires particuliers que sont les organes d'application du droit, tels que l'administration et le juge, bénéficient alors d'une marge de manœuvre dans l'application des normes juridiques. Ils disposent d'un pouvoir arbitraire en choisissant d'appliquer ou non la norme vague, selon l'interprétation qu'ils en ont fait. Pour illustrer cela, l'imprécision permet au juge administratif d'établir sa compétence, en déterminant si le concept de « véhicule » inclut les chevaux<sup>30</sup>.

En définitive, l'imprécision sémantique génère une délégation de pouvoir implicite. Cette délégation implique donc une liberté, une marge de manœuvre dans l'application du droit. Ces autorités d'application, et principalement le juge, disposent d'une fonction rendue nécessaire par une limite du langage : préciser les normes. Or la marge de manœuvre ne fait que se renforcer lorsque la norme présente une imprécision liée au contexte.

---

<sup>25</sup> Loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public.

<sup>26</sup> J. RAZ, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 202.

<sup>27</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>28</sup> T. ENDICOTT, « The Value of Vagueness », in A. MARMOR, S. SOAMES (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, *op. cit.*, p. 14-30, p. 20.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>30</sup> CE, 16 octobre 1987, req. n° 56559.

## B. Les conséquences du contexte juridique sur l'utilisation du langage

*Interprétation pragmatique et application du droit* – Au moment d'appliquer une norme, l'individu ou l'institution n'est pas seulement face à une phrase, mais face à un énoncé normatif. La force normative de l'énoncé est un élément qui intéresse la pragmatique. En effet, la pragmatique concerne notamment la performativité des énoncés, telle que l'acte de parole qui est effectué pour faire advenir d'un énoncé, une norme juridique<sup>31</sup>. Or l'interprétation dépend aussi des compétences pragmatiques du destinataire, lorsque celui-ci prend en compte le contexte. La plupart du temps, le locuteur se fonde sur les présupposés partagés avec le destinataire, l'environnement qui les entoure, sa gestuelle, les précédentes informations échangées afin de transmettre intentionnellement l'information. Tous ces éléments permettent au destinataire de saisir l'usage du langage par le locuteur dans un contexte précis, afin de comprendre l'entièreté de l'information transmise par l'énoncé en plus de son contenu sémantique. Ainsi, la pragmatique étudie la manière dont le langage est utilisé dans un contexte<sup>32</sup>. Elle permet de sortir de l'abstraction sémantique pour concrétiser les usages particuliers qui peuvent être faits du langage. Il peut y avoir un décalage entre ce que le locuteur dit et ce qu'il avait l'intention de dire. Généralement, les compétences pragmatiques du destinataire permettent à celui-ci d'interpréter l'énoncé en adéquation avec l'intention du locuteur, mais ce n'est pas toujours le cas. Si le destinataire échoue au moment de l'interprétation, cela peut mener à des quiproquos ou incompréhensions, menant le locuteur à prononcer des phrases telles que « si tu sors la phrase de son contexte » ou « ce n'est pas ce que j'ai voulu dire ». De ce fait, une défectuosité pragmatique dans le processus d'interprétation peut générer une incertitude dans la réception par le destinataire de l'information. C'est bien là une cause nouvelle d'imprécision, non pas sémantique, mais pragmatique.

L'imprécision pragmatique résulte, non pas de la présence d'un terme vague au sein de la phrase, mais du contexte qui vient brouiller la réception de l'information par le locuteur<sup>33</sup>. En réalité, le contexte particulier d'énonciation vient nuire à la clarté de l'information que le locuteur a souhaité transmettre. Le cas limite apparaît différemment en ce que le destinataire a du mal à comprendre l'usage du langage qui est fait. En effet, dans nos conversations ordinaires, il est courant d'utiliser certains termes de manière éloignée de leur signification. Par exemple, en affirmant « le sandwich au jambon s'agite », le serveur veut indiquer à son collègue que le client qui a commandé un sandwich au jambon s'impatiente<sup>34</sup>. Toutefois, cette imprécision peut être vite résolue au cours d'une conversation ordinaire puisqu'il suffit au destinataire de demander au locuteur des précisions.

*Imprécision pragmatique des normes* – La pragmatique permet de faire la distinction entre une phrase et l'acte d'énonciation, entre le contenu du texte et sa force

---

<sup>31</sup> A. MARMOR, *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 15.

<sup>32</sup> N. SALMON, « Two Conceptions of Semantics », in Z. G. SZABO (dir.), *Semantics Versus Pragmatics*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 317-328, p. 317.

<sup>33</sup> A. MARMOR, « Pragmatic Vagueness in Statutory Law », in G. KEIL, R. POCHEP (dir.), *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 161-176, p. 161.

<sup>34</sup> Z. G. SZABÓ, « The Distinction between Semantics and Pragmatics », *op. cit.*, p. 9.

normative. Les individus, du fait de leurs compétences pragmatiques, peuvent déterminer si les phrases qu'ils lisent sont des énoncés normatifs ou descriptifs en s'appuyant sur le contexte. Le contexte juridique fournit au destinataire des éléments nécessaires pour saisir l'information que l'auteur de la norme a eu l'intention de lui transmettre, à savoir le comportement qu'il attend du destinataire. En lisant une disposition législative, réglementaire ou le dispositif d'un arrêt, le contexte d'adoption et de publication de ces textes permet au destinataire d'identifier leur force normative. Ces textes ne décrivent pas le monde, malgré leur formulation déclarative, mais prescrivent une conduite. Si cette première fonction du contexte n'est pas négligeable, la prise en compte du contexte au sein de l'interprétation des textes juridiques pose de nombreuses difficultés.

En effet, un individu peut se trouver dans un cas limite pour des raisons pragmatiques, en ce sens que le contexte juridique rend incertaine l'application de la norme. Cette imprécision s'explique notamment par la fonction du droit qui est de guider les conduites, et non de décrire le monde. Dès lors, les auteurs des normes, comme les autorités d'application, peuvent s'éloigner de la signification objective de certaines expressions composant l'énoncé pour en faire une utilisation spécifique au contexte juridique<sup>35</sup>. Les normes n'ont pas vocation à améliorer les connaissances sur le monde, mais à imposer des comportements à suivre. De ce fait, le texte ne doit pas nécessairement être interprété conformément au sens littéral, celui qui correspond à la signification de la phrase. Il peut y avoir une utilisation spécifique de certains termes pour correspondre aux intentions de l'auteur de la norme. Cette utilisation dans le contexte juridique peut échapper au destinataire qui aurait tendance à privilégier le respect de la signification littérale dans son interprétation. Or, contrairement aux conversations ordinaires, le destinataire de la norme ne peut pas demander de précisions à son auteur. Néanmoins, il peut contester l'application de la norme. Ce fut effectivement le cas d'un importateur de tomates, qui a contesté devant la Cour suprême américaine une taxe qui lui était exigée par l'administration fiscale en application d'une loi sur l'importation de légumes<sup>36</sup>. Or, selon la botanique – c'est-à-dire la discipline scientifique chargée d'étudier les végétaux – la tomate n'est pas un légume mais un fruit. Le requérant se prévalait justement de la signification du mot « légume » présent dans la loi fiscale pour contester la taxe. Mais la Cour a rejeté son recours en faisant primer l'utilisation courante du terme « légume » comme aliment végétal qui se mange dans des plats salés ou en salade, pour considérer que la tomate est un légume et, ce faisant, a estimé que le requérant devait payer la taxe. En qualifiant la tomate de légume, la Cour a ainsi tranché un désaccord interprétatif entre une interprétation littérale et une interprétation fondée sur l'usage commun des termes « tomate » et « légume »<sup>37</sup>. Ce désaccord est causé par la divergence de contexte entre la botanique et le droit. L'usage par le législateur ne vise pas la même fin que celui de la botanique, et cela justifie un usage du terme éloigné de sa signification. Ainsi, le destinataire ne pouvait saisir cette intention du législateur, dans la mesure où il se trouvait dans l'impossibilité de demander des précisions lors de l'application. Ce travail de précision est effectué par le juge *a posteriori*.

---

<sup>35</sup> A. MARMOR, *The Language of Law*, op. cit., p. 104-105.

<sup>36</sup> US Supreme Court, *John Nix, John W. Nix, George W. Nix, and Frank W. Nix v. Edward L. Hedden, Collector of the Port of New York*, 149 U.S. 304, 10 mai 1893.

<sup>37</sup> S. SOAMES, « Interpreting Legal Texts: What is, and What is not, Special about the Law », op. cit., p. 403-424.

*Imprécision pragmatique et arbitraire* – Face à une imprécision pragmatique, le destinataire de la norme se trouve dans une situation d'incertitude comme lorsque la norme est imprécise sémantiquement. Il ne dispose donc pas d'une raison d'agir suffisante, il se situe dans une zone de flou. Dois-je payer la taxe concernant l'importation de légumes alors que j'importe des tomates ? Voilà le genre de dilemme que crée l'imprécision pragmatique. Cette imprécision offre la possibilité de privilégier l'usage d'une expression en contexte sur sa signification. Effectuer un tel choix, sans avoir à le fonder sur une norme, caractérise le pouvoir arbitraire du juge et de l'administration. Ils disposent alors d'un pouvoir particulier, celui de déterminer l'utilisation juridique des termes.

La question de l'interdiction de l'abaya au sein des établissements scolaires illustre pleinement le pouvoir arbitraire des autorités d'application du fait de l'imprécision pragmatique. Par le biais d'une note de service, le ministre de l'Éducation nationale et de la Jeunesse a précisé l'article L.141-5-1 du code de l'éducation issu de la loi du 15 mars 2004. À la veille de la rentrée, le 31 août 2023, le ministre a indiqué par ce biais que le port de l'abaya au sein des écoles, collèges et lycées publics, constituait une manifestation ostensible d'appartenance religieuse prohibée par la loi de 2004. Or l'abaya est une robe longue avec des manches longues originaire des pays du Golfe, ce n'est pas un vêtement religieux comme le sont la soutane du prêtre ou le hijab. Toutefois, l'usage du terme « abaya » par le ministre ne s'est pas restreint à sa signification, puisque « les représentants de l'administration ont indiqué [...] qu'il doit s'entendre d'un vêtement féminin couvrant l'ensemble du corps à l'exception du visage et des mains<sup>38</sup> ». Cette précision a été apportée dans l'ordonnance du Conseil d'État qui a été saisi d'un référé-suspension. Le juge a ainsi permis cette interprétation extensive se traduisant par un usage du terme « abaya » éloigné de sa signification littérale dans le contexte scolaire. En outre, il a laissé, aux autorités compétentes de l'Éducation nationale le soin de déterminer ce qu'est une « abaya » au sens de cette circulaire, dans la mesure où le choix de ce vêtement s'inscrit « dans une logique d'affirmation religieuse<sup>39</sup> ». Ici, le ministre a bénéficié de son pouvoir discrétionnaire du fait de l'imprécision sémantique de l'expression « manifestation ostensible d'appartenance religieuse » de la loi de 2004. Mais il en ressort une imprécision pragmatique puisque le terme « abaya » a fait l'objet d'une interprétation très extensive de la part du ministre par rapport à sa signification, ce qui génère une incertitude dans les cas d'application concrets. Les individus devant se conformer à cette norme risquent ainsi de faire face à l'incertitude selon laquelle une tenue vestimentaire peut être considérée comme une abaya, sans qu'il leur soit possible de demander à l'auteur de préciser son propos.

Cette imprécision pragmatique est omniprésente en droit, car s'il existe une utilisation propre au contexte juridique de certains mots, de nombreuses expressions ont un usage qui varie entre le droit privé et le droit public. La variation des usages dépend en effet de chaque branche du droit. La communauté académique évoque ce phénomène avec l'expression de « notions autonomes ». Chaque branche du droit dispose d'une fonction, d'une culture particulière, ce qui engendre des différences dans les contextes d'interprétation et donc une imprécision pragmatique synonyme d'arbitraire. Par exemple, le terme « urgence » connaît des usages variés

---

<sup>38</sup> CE, ord., 25 sept. 2023, req. n° 487896, § 8.

<sup>39</sup> *Ibid.*

en cas de référé-liberté ou en cas de référé-suspension. Le Conseil justifie cette différence par le fait « qu'en distinguant les deux procédures ainsi prévues par les articles L. 521-1 et L. 521-2, le législateur a entendu répondre à des situations différentes<sup>40</sup> ». Cela signifie qu'il existe bel et bien pour le juge administratif une différence d'interprétation pragmatique portant sur un même terme. Il se fonde sur la spécificité des deux référés pour imputer une différence dans l'usage du terme « urgence », et cela aux fins de conditionner la recevabilité du recours.

En définitive, l'application des normes est en partie arbitraire, en raison tout à la fois de l'imprécision sémantique et de l'imprécision pragmatique. Il en ressort que l'arbitraire ne peut disparaître en droit, puisqu'il n'existe que par les limites du langage et de la communication. Néanmoins, si la nature du droit renforce parfois l'imprécision, elle peut aussi s'adosser aux contraintes linguistiques et réduire la marge de manœuvre dans l'application des normes.

## II. L'ARBITRAIRE RELATIVISE PAR LES CONTRAINTES DU LANGAGE

Le droit est gouverné par un souci d'effectivité. Ainsi, les acteurs juridiques sont soumis aux contraintes du langage pour communiquer les normes à leurs destinataires (A). Mais le succès de la communication dépend de la compréhension de la norme par leur destinataire, ce qui met en lumière la contrainte sémantique qui repose sur le droit (B).

### A. La normativité conversationnelle au soutien de l'effectivité du droit

*L'arbitraire face à l'effectivité du droit* – Si « la loi inappliquée n'en reste pas moins la loi<sup>41</sup> », l'ineffectivité reste contradictoire avec la fonction du droit. Cette fonction, qui consiste à régir la conduite des individus, présuppose une application des normes. L'effectivité se définit comme le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit<sup>42</sup> ». Une règle est effective, si elle est suivie, respectée, et donc appliquée. Dans un langage plus kelsenien, l'effectivité des normes juridiques marque la transformation de l'être par le devoir-être. Selon la définition de Joseph Raz, les normes sont des raisons qui motivent l'action de l'individu, et l'individu suit le comportement indiqué par la norme. Ainsi, l'application signifie que la norme a été une raison d'agir des individus, qu'elle a conditionné leur action.

Or, l'imprécision pragmatique comme sémantique a comme effet d'exclure l'application de la norme dans les cas limites. Cette lacune normative affecte les individus concernés et donne aux organes d'application la liberté de choisir l'application de la norme. Toutefois, s'ils disposent d'un pouvoir discrétionnaire du fait de l'imprécision du langage, ce pouvoir n'a de sens que s'il n'entre pas en contradiction avec la fonction du droit. L'arbitraire se trouve ainsi relativisé par l'effectivité du droit. En effet, imposer aux individus un comportement implique le souhait que les individus suivent effectivement ce comportement. En ce sens, la production de

---

<sup>40</sup> CE, 28 févr. 2003, *Commune de Pertuis*, req. n° 254411, Lebon 68.

<sup>41</sup> J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit » [1957-1956], *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd, 2014, p. 136-148, p. 136.

<sup>42</sup> P. LASCOUMES, « Effectivité », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.

normes et leur interprétation ne peuvent se penser seulement comme un rapport de pouvoir entre les différentes autorités de production normative cherchant à défendre leurs intérêts, puisqu'il ne faut pas oublier le destinataire des normes. L'effectivité dépend de l'intégration par les individus des normes juridiques dans leur raisonnement pratique. Pour ce faire, il faut que la norme juridique, c'est-à-dire l'information transmise par l'autorité compétente par l'intermédiaire d'un texte, soit suffisamment claire. Or, l'imprécision pourrait laisser penser à une ineffectivité de la norme, puisque les autorités d'application disposent en réalité d'une marge de manœuvre, d'une absence de raison d'agir face à un cas limite.

L'effectivité du droit serait bien mise à mal si les normes étaient exclusivement transmises par le biais de textes imprécis ou obscurcis par le contexte d'application. Il serait même tentant de penser que le texte est incapable de transmettre une information suffisante et donc qu'il échoue à véhiculer une norme que seule l'interprétation de l'autorité d'application viendrait préciser. L'individu serait contraint d'attendre l'interprétation du juge ou de l'administration pour connaître la norme. Dès lors, pour reprendre l'image de Herbert Hart<sup>43</sup>, le droit s'apparenterait à un véritable cauchemar dans lequel il serait impossible d'anticiper la norme. Ce chaos contredit la fonction même du droit, qui est justement de coordonner l'action des individus à partir de normes communes et connues de tous, afin de garantir une forme d'équilibre social. Or les normes sont généralement appliquées, le droit est un système de régulation des conduites suffisamment efficace pour que la société puisse fonctionner. Il apparaît empiriquement que la plupart des normes sont effectives et que l'anticipation est possible malgré l'imprécision. Cela s'explique par le fait que, en dépit des imperfections du langage, son utilisation est aussi soumise à des contraintes qui lui sont propres.

*Les maximes conversationnelles* – La communication d'information par l'intermédiaire du langage s'appuie sur une normativité à part entière que le philosophe Paul Grice a mis en avant en théorisant les maximes conversationnelles<sup>44</sup>. Dans son étude de l'usage du langage dans nos conversations quotidiennes, il remarque :

[N]os échanges de paroles ne se réduisent pas en temps normal à une suite de remarques décousues, et ne seraient pas rationnels si tel était le cas. Ils sont le résultat, jusqu'à un certain point au moins, d'efforts de coopération ; et chaque participant reconnaît dans ces échanges (toujours jusqu'à un certain point) un but commun ou un ensemble de buts, ou au moins une direction acceptée par tous<sup>45</sup>.

Nos discussions sont donc généralement fondées sur un principe de coopération qui est un présupposé nécessaire à l'échange d'informations entre individus<sup>46</sup>. En partant de cette idée, Paul Grice distingue quatre maximes qui régissent l'échange d'informations et permettent le succès de la conversation. Tout d'abord, la maxime de quantité implique que le locuteur doit fournir autant d'informations que nécessaire : il ne faut pas en dire trop, ni trop peu. Ensuite, la maxime de qualité invite à ne pas affirmer des choses fausses comme de ne pas affirmer des choses sans preuves suffisantes. Il existe également la maxime de pertinence qui enjoint de

---

<sup>43</sup> H. L. A. HART, « American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream », *Ga. L. Rev.*, 11, 1976, p. 969.

<sup>44</sup> V. H. P. GRICE, « Logique et conversation », *Communications*, 30, 1979, p. 57-72.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 61.

n'apporter que des éléments pertinents à la conversation<sup>47</sup>. Enfin, la maxime de manière exige la clarté et vise à éviter l'ambiguïté ou l'obscurité : « soyez bref », « soyez méthodique<sup>48</sup> ». Le respect de ces différentes maximes permet l'échange optimal d'informations. Cette normativité est un élément de la pragmatique qui s'impose inconsciemment aux individus lors de leurs échanges. *A contrario*, le non-respect de l'une de ces maximes génère de la confusion pour l'interlocuteur qui aura plus de difficultés à saisir l'intention du locuteur. Parfois, cette confusion est provoquée intentionnellement lorsque le locuteur cherche à tromper son interlocuteur en s'appuyant sur le principe de coopération qui est présupposé par ce dernier.

Certains philosophes du langage, notamment Andreï Marmor, ont repris la théorie gricéenne de la communication pour l'appliquer au droit et observer les effets de la communication sur les enjeux juridiques<sup>49</sup>. A. Marmor fait remarquer une première chose : le discours juridique n'est pas nécessairement coopératif, car les différents acteurs du droit ont des intérêts distincts et peuvent instaurer un détournement des maximes conversationnelles, notamment celles de quantité ou de qualité, pour conserver du pouvoir. Par exemple, la maxime de quantité est remise en cause lorsque le juge ne motive pas suffisamment sa décision, ce qui empêche le destinataire de comprendre le raisonnement du juge<sup>50</sup>. En ce sens, le droit relèverait en partie d'un discours stratégique et non coopératif. Néanmoins, il convient de relativiser aussitôt cette hypothèse en rappelant que le respect du principe coopératif est nécessaire à l'effectivité du droit<sup>51</sup>. Ainsi, toute autorité ayant un pouvoir normatif, de principe ou d'attribution, se doit de respecter au minimum le principe de coopération. En effet, le constituant, le législateur, l'administration et le juge ne peuvent échapper aux maximes conversationnelles et au principe de coopération, sans prendre le risque de voir leur norme non appliquée ou mal appliquée. Si toute autorité d'application détient un pouvoir discrétionnaire du fait de l'imprécision, le respect de leur décision ne peut se faire que si les destinataires la comprennent. En ce sens, les maximes conversationnelles sont un élément de l'interprétation pragmatique qui concernent tous les destinataires des normes.

*Effectivité et communication : l'exemple du dialogue des juges* – Cette hypothèse pourrait être contestée en excluant l'idée que le droit implique une communication des normes des auteurs vers leurs destinataires. Pourtant, le droit ne semble pas hermétique à cette vision, puisque règne l'idée du « dialogue des juges ».

Cette expression apparaît en 1978 dans les conclusions de Bruno Genevois portant sur l'arrêt *Cohn-Bendit* du Conseil d'État : « À l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges<sup>52</sup> ». Le dialogue des juges s'entend comme la collaboration des juges internes entre eux, juges suprêmes et juges ordinaires,

---

<sup>47</sup> P. Grice parle lui de « relation », non de pertinence, mais la reprise de sa théorie a conduit à clarifier les intitulés des différentes maximes.

<sup>48</sup> H. P. GRICE, « Logique et conversation », *op. cit.*, p. 62.

<sup>49</sup> V. not. A. MARMOR, « Can the Law Imply More than it Says? ... », *op. cit.*

<sup>50</sup> F. MALHIERE, *La brièveté des décisions de justice (Cour de cassation, Conseil d'État, Conseil constitutionnel) : Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, 2013, p. 123.

<sup>51</sup> A. MARMOR, « Can the Law Imply More than it Says? ... » *op. cit.*, p. 81-104.

<sup>52</sup> CE, ass., 22 déc. 1978, n° 11604, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, concl., B. Genevois, Rec. 524.

mais aussi avec le juge constitutionnel, ainsi qu'entre les juges internes et les juges européens. À cela s'ajoute l'inflation normative, l'enchevêtrement des ordres juridictionnels, desquels résultent que de nombreuses normes sont interprétées par des juges distincts dans des contextes différents. La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité ou le pouvoir des deux juges européens de contrôler l'action normative de l'État génèrent ainsi une concurrence interprétative et affectent l'application des normes. La rivalité juridictionnelle entre les juges européens et les divers ordres juridictionnels internes est un risque pour la cohérence du droit, et donc son effectivité. Mais cette concurrence peut aussi impliquer une *coopération*. En effet, « [l]e maître-mot du dialogue des juges [est] : confiance<sup>53</sup> ». Ainsi apparaît le principe de coopération présupposé dans toute conversation dans la mesure où les juges doivent être coopératifs afin que l'ensemble de leurs interlocuteurs puisse saisir l'information pertinente. « Le dialogue des juges s'inscrit ainsi dans un dialogue plus général entre le juge et la société, aussi bien les juristes que les politiques, les autres juridictions que la société civile. Ces dialogues exercent une forme de contrainte les uns sur les autres<sup>54</sup>. » Dès lors, le juge doit « s'efforcer d'écrire pour différents publics<sup>55</sup> ». L'interprétation du juge ne s'effectue plus dans un monologue adressé à des destinataires passifs que sont les justiciables, mais elle intervient dans un dialogue avec des juges, interlocuteurs actifs. Par conséquent, le phénomène du dialogue des juges est un parfait exemple pour illustrer l'hypothèse d'A. Marmor sur les enjeux conversationnels du droit. Les acteurs du droit sont soumis aux maximes conversationnelles, car, pour être respecté, il faut être compris. Pour qu'une norme soit effective, l'auteur doit transmettre une information suffisamment claire aux destinataires. Plus ces destinataires sont variés, plus les maximes conversationnelles deviennent contraignantes. En ce sens, le Conseil d'État a procédé à une clarification et un renforcement de sa motivation, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, dans lesquels on peut retrouver les quatre maximes conversationnelles :

[C]et enrichissement souhaitable ne doit pas faire perdre aux décisions des juridictions administratives leurs qualités traditionnelles et leur capacité à exposer le plus clairement possible [*maxime de pertinence*], de façon convaincante [*maxime de manière*] et sans perdre aucun lecteur dans des détours inutiles [*maxime de pertinence*], les raisons qui justifient la solution retenue par la juridiction [*maxime de qualité*], sans digressions ni détails superflus [*maxime de quantité*]<sup>56</sup>.

Par conséquent, si l'utilisation du langage par le droit implique une imprécision des normes du fait des limites du langage, les acteurs demeurent soumis à des règles, non pas juridiques, mais conversationnelles, d'autant plus que le respect de ces règles est une condition de l'effectivité des normes, en ce qu'elles permettent aux destinataires de saisir l'action que les autorités juridiques attendent d'eux. Les maximes conversationnelles sont donc un des exemples de contraintes prag-

<sup>53</sup> J.-D. COMBRESSELLE, « Sur l'actualité du « Dialogue des juges », Tribune, AJDA, 34, 2018.

<sup>54</sup> P. DE MONTALIVET, « QPC et “dialogue des juges” », *Revue française de droit constitutionnel*, 116/4, 2018, p. 919-932.

<sup>55</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, p. 4 [www.conseil-etat.fr/content/download/152050/file/Vade-mecum-Redaction-decisions-de-la-juridiction-administrative.pdf].

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 3 (nous ajoutons les maximes).

matiques à l'interprétation qui minimise la possibilité de l'arbitraire. Et si l'effectivité passe par la compréhension des normes, cette compréhension dépend aussi de la signification des énoncés juridiques.

## **B. Une contrainte sémantique minimale nécessaire à la compréhension des normes**

*Contenu des normes et communication* – Pour qu'une norme soit effective, qu'elle puisse guider les actions des individus, ces derniers doivent la comprendre, et donc en saisir le contenu. Or, le contenu d'une norme ou, autrement dit, le contenu juridique d'un texte normatif, est déterminé par ce qui a été communiqué par l'auteur. En effet, les normes adoptées par le législateur, le constituant, le gouvernement, l'administration ou encore le juge sont transmises à leurs destinataires par le biais de textes écrits. Si ce procédé paraît bien étranger à celui d'une conversation ordinaire, souvent orale, il ne faut pas pour autant exclure la comparaison. La transmission des normes est un procédé mettant en jeu un locuteur qui cherche à transmettre une information, une norme, à un ou des destinataires par l'intermédiaire du langage. Ce procédé est identique dans le cas d'une conversation, lorsqu'un locuteur souhaite transmettre une information à son interlocuteur en utilisant le langage. L'information est encodée dans le contenu que le locuteur communique à son interlocuteur. Dans le cas du droit, la norme se trouve dans le contenu communiqué par son auteur<sup>57</sup>.

Dans une conversation ordinaire, le contenu communiqué est composé de trois sous-contents. Tout d'abord, le contenu sémantique qui est formé par la signification des phrases prononcées par le locuteur. Ensuite, le contenu affirmé qui comprend le contenu sémantique auquel s'ajoutent les divers éléments du contexte évoqué plus haut (environnement, présupposé, acte de parole, intention du locuteur...). Enfin, le contenu impliqué comprend les éléments pertinents qu'il est possible de déduire des deux premiers contenus qui peuvent venir compléter ces contenus sans pour autant être explicités par les auteurs : ce sont les implications, ou l'implicite. Ce dernier contenu est facultatif et en droit difficilement valable, non pas parce qu'il n'y aurait pas d'implicite en droit, mais parce que le fait qu'il puisse être normatif est contestable. Le contenu impliqué est donc délaissé ici, non sans raison<sup>58</sup>.

*Les limites de l'enrichissement pragmatique* – En reprenant l'hypothèse d'A. Marmor, lorsqu'une loi est promulguée, un acte de parole se réalise, donnant une force normative au texte. La norme est donc composée du contenu sémantique du texte, auquel s'ajoute le caractère normatif que lui confèrent l'adoption et la promulgation. S'ajoute alors le contexte juridique, puisque la nouvelle loi s'insère dans un champ particulier comprenant un ensemble de normes déjà en vigueur. En dehors de ces deux éléments essentiels pour établir la spécificité juridique de ces textes, l'enrichissement pragmatique est assez pauvre. Ce fait s'explique par la fonction même des énoncés juridiques : les normes sont adressées aux individus afin qu'ils adaptent leur comportement en conséquence. Une fois adoptées, les normes ne peuvent être modifiées que par le biais d'une procédure plus ou moins longue et complexe selon la norme concernée. Cette difficulté exprime la particularité du

---

<sup>57</sup> A. MARMOR, *The Language of Law*, op. cit., p. 12.

<sup>58</sup> V. A. MARMOR, « Can the Law Imply More than it Says? ... », op. cit. ; A. MARMOR, *The Language of Law*, op. cit., p. 35-49.

droit par rapport aux conversations ordinaires où la modification peut être instantanée. Dans le cas du droit, il n'est pas possible pour le destinataire de demander directement à l'auteur de la norme l'interprétation qu'il convient de donner afin de déterminer son action de façon appropriée. Aussi l'auteur d'une norme ne peut-il s'appuyer sur le contexte, car tel qu'il a été observé précédemment, une différence existe entre le contexte d'adoption et le contexte d'interprétation. Tout le contexte ? Non. Un élément contextuel demeure : l'ordre juridique. Comme le rappelle A. Marmor, il faut bien distinguer les connaissances contextuelles spécifiques à la conversation et les connaissances générales partagées par le destinataire et l'auteur<sup>59</sup>. Dans le cas du droit, les connaissances contextuelles spécifiques à la situation d'application ne sont pas partagées entre l'auteur de la loi et l'individu qui va devoir l'appliquer. Ce fait explique notamment pourquoi l'auteur emploie des termes vagues : il ne peut ni anticiper ni connaître l'ensemble des contextes d'application de la loi<sup>60</sup>. Toutefois, il demeure une connaissance plus générale partagée, bien qu'elle soit restreinte : le contexte juridique dans lequel s'inscrit le texte. Ce n'est pas une simple phrase que lit le destinataire, mais bien un énoncé juridique qui a pour fonction de guider son action. Néanmoins, cet enrichissement pragmatique est limité, à la différence de l'enrichissement présent lors d'une conversation ordinaire<sup>61</sup>.

Si, dans les conversations ordinaires, le contenu affirmé se définit comme l'information que le locuteur souhaite transmettre à l'individu par le biais de l'énoncé, ce n'est pas réellement la même chose en droit. La spécificité du droit nécessite une objectivation du contenu affirmé : l'action de l'individu est déterminée par ce qu'a dit le législateur et non par le contexte, car seule l'information retranscrite dans un texte est accessible objectivement par le destinataire. Du fait d'un enrichissement pragmatique pauvre, l'information essentielle se trouve au niveau du contenu sémantique. Encore une fois, la logique d'effectivité explique cela : pour que le comportement attendu se réalise, il faut que le destinataire puisse comprendre ce qu'on attend de lui ; or le contexte est incertain par rapport à la signification.

*Arbitraire et contrainte sémantique.* L'importance du contenu sémantique nécessite d'approfondir la place de la sémantique en droit. À deux reprises, la sémantique a été étudiée par le biais de ses limites : d'abord avec la question de l'imprécision des termes générant des cas limites, ensuite avec l'imprécision pragmatique due à une interprétation des termes éloignée de leur signification. Néanmoins, le problème de l'imprécision sémantique a été atténué et il faut faire de même concernant l'imprécision pragmatique en raison de l'usage juridique des termes. Pour rappel, la sémantique s'intéresse à la façon dont le langage représente le monde. Une phrase déclarative est significative puisqu'elle nous informe sur le monde. Cette phrase a donc une valeur de vérité, en ce sens, une phrase est vraie dès lors qu'elle correspond à ce que le monde est. Pour déterminer la valeur de vérité d'un énoncé, il faut décomposer la phrase et étudier la signification des termes qui la composent. Par exemple, « une tomate est un fruit » est vraie si l'ensemble des fruits contient l'ensemble des tomates.

---

<sup>59</sup> A. MARMOR, *The Language of Law*, op. cit., p. 29.

<sup>60</sup> Cela permet de bien différencier les normes, qui ont vocation à durer dans le temps et à s'appliquer à un ensemble indéterminé d'individus (lois, constitutions), pour lesquelles le vague est alors un outil intéressant ; à l'inverse, les décisions individuelles de l'administration ou la décision d'un juge du fond sont généralement plus précises, le contexte d'application est connu.

<sup>61</sup> Pour plus de précision, v. A. MARMOR, *The Language of Law*, op. cit.

Mais, en droit, il existe de nombreux cas où l'application de la norme ne dépend pas de la vérité de l'énoncé. En effet, le droit n'est pas une science. Si « le discours du droit est un discours essentiellement descriptif, du moins prétendant l'être<sup>62</sup> », le droit n'en décrit pas pour autant le monde. Il a une fonction particulière : guider la conduite des individus. Bien qu'ils soient sous forme déclarative, les énoncés juridiques se caractérisent par leur normativité. Ainsi, « [il] en résulte que si une science est en un ensemble de propositions tenues pour vraies, et si le droit est bien un ensemble de prescriptions, le droit ne peut d'aucune façon être une science<sup>63</sup> ». Partant, il semblerait logique de considérer que les organes d'application seraient libres dans leur interprétation sémantique. Cependant, l'effectivité du droit dépend bien de la sémantique, car aucune autorité d'application ne peut se détacher de la signification des termes sans risquer de remettre en cause l'effectivité des normes qu'elle applique. Si l'usage juridique d'un terme peut s'éloigner de la signification, il ne peut pas en être totalement étranger. Dès lors, l'autorité d'application est soumise à une contrainte sémantique.

Cette contrainte s'explique par l'hypothèse selon laquelle la compréhension de l'usage d'un terme dépend de sa signification. Pourtant, certains ont tenté de faire découler la signification des usages en s'appuyant notamment sur une idée du « second » Wittgenstein : « la signification d'un mot est son emploi dans le langage<sup>64</sup> ». Toutefois, cette idée est difficilement tenable. Pour reprendre la démonstration de Nathan Salmon, les termes du langage naturel peuvent former une infinité de phrases significatives, alors que seul un nombre fini de phrases est réellement utilisé<sup>65</sup>. De plus, si la signification dépend des usages, comment expliquer que nous comprenons des phrases alors que c'est la première fois que nous entendons ou lisons cet usage dans ce contexte ? « *The meaning of a sentence or phrase is in fact determined independently of its actual or potential use by its semantic composition, by the meanings of the words and the manner in which the words are combined to form the sentence or phrase*<sup>66</sup>. » Ainsi, la signification est indépendante de l'usage et l'usage est déterminé par le contexte. Mais, en droit, le contexte est une variable bien trop indéterminée pour être une source d'information fiable mobilisable par l'auteur de la norme. À l'inverse, le contenu sémantique de la norme ne varie pas. En outre, la compréhension de l'information transmise par le locuteur repose en partie sur les compétences sémantiques du destinataire<sup>67</sup>. Dès lors, l'utilisation particulière faite par une autorité d'application d'un terme ne peut être que limitée et justifiée par le contexte d'application ou le contexte juridique en général. Dans ce cas, l'autorité prend le risque que les compétences pragmatiques des destinataires de sa décision soient insuffisantes pour établir l'usage et qu'ils fassent primer la signification du terme dans leurs interprétations.

La contrainte sémantique est ainsi renforcée par le souci d'effectivité du droit. Néanmoins, il faut admettre que cette contrainte demeure minimale puisque la signification peut être incertaine, par exemple avec l'imprécision sémantique. Mais

---

<sup>62</sup> O. CAYLA, « Ouverture : La qualification ou la vérité en droit », *Droits*, 18, 1994, p. 3.

<sup>63</sup> M. TROPER, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 5<sup>e</sup> éd, 2018, p. 98.

<sup>64</sup> L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, § 43, Paris, Gallimard, 2004.

<sup>65</sup> N. SALMON, « Two Conceptions of Semantics », *op. cit.*, p. 319.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 320.

<sup>67</sup> Z. G. SZABÓ, « The Distinction between Semantics and Pragmatics », *op. cit.*, p. 9.

il faut ici encore tempérer, puisque l'imprécision sémantique ne se révèle seulement face aux cas limites qui ne sont pas nécessairement majoritaires. De plus, un terme imprécis donne tout de même suffisamment d'informations pour encadrer l'action du juge ou de l'administration. S'il est question de « véhicule », il n'est pas question de sandwich. S'il est question de « légume », il n'est pas question d'abaya. En bref, l'utilisation des termes reste toujours dans le périmètre de leur signification.

\*  
\*\*

En conclusion, l'étude du langage explique comment l'usage du langage pour communiquer les normes génère de l'arbitraire. Les autorités d'application disposent d'une liberté qui s'explique par des raisons sémantiques comme pragmatiques. En effet, l'arbitraire résulte tant de l'indétermination sémantique que de la spécificité juridique de la communication. Ainsi, droit et langage forment un couple conflictuel favorable à l'arbitraire. Les limites représentationnelles du langage et les particularités contextuelles du droit ne font pas bon ménage pour guider les conduites. Mais, en droit, comme en ménage, tout est un souci de communication. En somme, penser les normes comme le contenu communiqué par leur auteur révèle comment l'utilisation du langage est une source de contraintes. Si le succès de la communication implique le respect des maximes conversationnelles et que l'effectivité dépend du succès de la communication, alors les acteurs juridiques sont soumis à ces maximes. En outre, si le contexte juridique réduit l'enrichissement pragmatique, cela ne peut se faire qu'au bénéfice du contenu sémantique. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, la fonction du droit ne renforce pas l'arbitraire en excluant la contrainte sémantique dans l'interprétation, mais elle implique l'existence d'une contrainte sémantique minimale dans l'application des normes. En définitive, bien que l'arbitraire soit inéluctable, le langage comble ses lacunes par des contraintes.

### **Isiane Lapouge**

| Doctorante contractuelle à l'université de Montpellier, CERCOP.



## IV. Varia



Pierre Moor

## La justice et le droit de l'État de droit

### I. PREAMBULE

Entre justice et droit, il y a certes des recoupements, dans lesquels la solution juridique correspond à ce qu'aurait dicté la justice. Mais il peut exister des situations de conflits, auxquelles le juriste est enclin à réagir en citant la fameuse formule latine *dura lex sed lex*. Cependant, la partie qui succombe dans un procès aura, elle, tendance à considérer le jugement comme injuste; de même, les groupements de personnes qui s'estiment lésés par le régime qu'une loi leur impose. Nous avons mentionné ailleurs la remarque d'un « justiciable » (ambiguïté de ce mot, qui fait plus référence à l'institution judiciaire qu'à la valeur qu'est la justice!) dans un courrier de lecteurs d'un quotidien local : « Tout ce qu'on apprend dans les facultés de droit, c'est à tourner la loi ».

Le présent texte va examiner les apports entre justice et droit, moins dans une perspective philosophique que sous l'angle des diverses voies par lesquelles des considérations de justice peuvent être accueillies, voire reprises pour être intégrées dans un système normatif qui, selon certains, les aurait négligées. Cela requiert un éclaircissement préliminaire : comment se manifeste la justice lorsqu'elle cherche à se faire entendre, d'abord philosophiquement, puis pragmatiquement (I)? Puis on exposera les voies par lesquelles les considérations de justice peuvent être introduites indirectement dans un système normatif par des justiciables qui ne sont pas des acteurs de ce système (II et III). Ensuite, nous intéresserons à la phase de l'application de la loi, nous verrons quels moyens juridiques sont à la disposition du juge qui considérerait que la solution que lui dicte la loi est injuste (IV). Puis nous aborderons le thème de la déconstruction, introduit par Derrida pour traiter de la violence dans l'ordre juridique (V). Enfin, après avoir exposé le principe de discussion mis en lumière par Jürgen Habermas, nous tenterons de montrer que la coexistence pacifique — parce que juridiquement réglée — dans une collectivité de conceptions différentes sur la justice est légitime dans un État de droit (VI).

Une observation préliminaire : comme l'écrit Derrida, la Justice<sup>1</sup> est indéconstructible<sup>2</sup>. C'est exact, mais pour une cause simple<sup>3</sup> : la Justice n'a pas de texte pour elle-même seule, elle n'est accessible que dans les textes qu'écrivent ceux qui en parlent. La Justice, il n'en est question qu'au moment où un discours est tenu sur

---

<sup>1</sup> Nous mettons une majuscule lorsqu'il est question d'elle comme valeur, une minuscule lorsqu'elle est actualisée dans un texte.

<sup>2</sup> J. DERRIDA, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, p. 35 sq..

<sup>3</sup> Autre sans doute que celle que Derrida met en avant quand il écrit (*ibid.*) que « la déconstruction est la justice ». Encore que voir la conclusion : il n'y a de possibilité de justice que dans les États dont l'ordre juridique reconnaît le droit de chacun à l'exercice de la déconstruction des règles juridiques.

elle. Ces discours — des textes — sont déconstructibles, peut-être pas dans le sens que le philosophe donne à ce terme. La déconstruction des textes visée ici consiste en la mise au jour des partis pris, des valeurs, des idéologies, des conceptions sociales de leurs auteurs, lesquelles sous-tendent ainsi la définition que ceux-ci en donnent. La même opération, d'ailleurs, peut être entreprise pour les lois (au sens juridique du terme), qui sont également des discours.

## II. LA JUSTICE COMME DISCOURS SOCIOPOLITIQUE

### A. La justice comme parole concrète

Il n'y a sans doute aucun concept aussi ambigu, aussi riche de significations diverses et de conceptualisations différentes que celui de justice<sup>4</sup>. « Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au-delà », écrit Pascal à son sujet<sup>5</sup>, « *one man's meat is another man's poison* », dit-on plus prosaïquement en anglais. Les philosophes n'y ont guère mis de l'ordre : de Platon dans l'Antiquité à Rawls à l'époque moderne, les variations sur ce thème ont été innombrables, les unes contestant les approches des autres — trop innombrables pour permettre un consensus stable autour des solutions à apporter aux conflits qui devaient être tranchés.

D'ailleurs, le modèle de la justice — Salomon — a dû recourir à un subterfuge pour échapper au dilemme face auquel il se trouvait, empruntant une voie détournée, elle-même contestable d'un certain point de vue de la justice parce que parfaitement hypocrite<sup>6</sup>. S'il n'y avait de référence qu'à ce modèle de justice, les justiciables ne pourraient prévoir quelles conséquences seraient tirées de leur comportement, donc quelle solution serait apportée aux conflits qui les sépareraient : les deux femmes revendiquant chacune le même enfant en ont été réduites à faire des conjectures hasardeuses sur la psychologie du roi des rois. Et, à l'avenir, si le même type de conflit devait se présenter, aucune répétition de la même expérience ne pourrait être faite : les deux parties à ce conflit ne sauraient quoi répondre. Enfin, la règle qu'on pourrait tirer de la solution salomonienne — par exemple, « en cas de conflit entre deux femmes revendiquant la maternité du même enfant, le juge l'attribuera à celle d'entre elles qui garantira le mieux son éducation » —, est à ce point indéterminée qu'elle ne permet pas davantage aux justiciables de prévoir quelle application lui sera donnée autre que, à nouveau, une solution salomonienne. Sémiologiquement, on peut dire que la sentence de Salomon est une simple parole — un discours — qui ne s'insère dans aucun code permettant de lui donner un sens général, ce qui a pour conséquence que son référent est complètement isolé — unique.

---

<sup>4</sup> On vise dans ce texte ce qu'Aristote nomme la justice particulière, qui est celle que poursuit le droit, et non la justice générale, qui englobe les règles morales. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001, n° 33 ss, 129, p. 150.

<sup>5</sup> *Pensées*, p. 294, dans l'édition Brunschvicg, Éditions Garnier, Paris, 1955.

<sup>6</sup> Le récit se trouve dans la Bible (I Rois : 16). Voir l'analyse qui en est faite dans P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005, p. 54 sq. et 239 sq.

## B. La justice comme transcendance

On peut certes élaborer une conception de la justice que l'on déduit d'une transcendance; cela ne jouerait que s'il n'y avait qu'une seule transcendance envisageable, ou si toutes les transcendants arrivaient aux mêmes conclusions quant à la « vraie » Justice et que ces conclusions n'incluaient aucune ambiguïté quant à leurs implications et applications concrètes; l'histoire montre que tel n'est pas le cas. La transcendance prétendue n'est pas autre chose, elle aussi, qu'un discours, dont la formulation peut l'occulter; à tout le moins, pour ne pas trop élargir le concept de transcendance, le discours introduit en arrière-fonds une autre thématique, qui est censée permettre à son auteur de justifier la définition qu'il choisit de la justice.

Il en va ainsi de la fameuse formule *suum cuique tribuere*, qu'on peut traduire par « que chacun détienne ni plus ni moins que sa part », ou, pour décalquer le style sur le latin, plus lapidaire, « à chacun le sien », qu'on trouve par exemple déjà dans le *Digeste*<sup>7</sup>, mais qui jouit d'une longue tradition dont la source se trouve chez Aristote<sup>8</sup> et qu'on retrouve à l'époque contemporaine chez Michel Villey. Mais on ne peut rien en déduire quant à ce qui est *suum* pour *cuique*. « Cela dépend, en chaque temps et en chaque lieu, de circonstances dont les juristes seront informés. Car c'est au juriste de dire les solutions de droit [pour déterminer le *suum* de chacun]; non au philosophe<sup>9</sup> ». Ce que le philosophe peut mettre en avant, c'est une méthode d'accès, qui est la dialectique, c'est-à-dire l'échange raisonné d'arguments pertinents entre « les rares personnes disposées à jouer le jeu de la spéculation désintéressée », clairement dit entre les membres d'« un corps spécialisé de jurisconsultes<sup>10</sup> ». Mais que se cache-t-il derrière cette « pertinence » ? Ce ne peut être rien d'autre que la « nature des choses », telle qu'elle est donnée au regard de l'observateur : par exemple le *suum* de l'esclave ne sera pas celui du maître, le *suum* de la femme ne sera pas celui de l'homme, donc, d'une certaine manière la traduction en droit de ce qui existe déjà et des valeurs socioculturelles qui y sont attachées. La réalité des choses telle que socialement construite sert de transcendance à la justice.

Il en va de même chez Dworkin, selon qui il existe une norme fondamentale, laquelle pose l'existence d'un « droit naturel de tous les hommes et de toutes les femmes [...], droits qu'ils possèdent [...] tout simplement en tant qu'êtres humains ayant la capacité de faire des projets et de rendre justice<sup>11</sup> ».

Dans la théorie de la justice, récente, de Rawls, on peut discerner l'arrière-fond idéologique de la construction du voile d'ignorance : les principes de justice sont décidés dans une réunion d'hommes dont les passés et les projets leur sont cachés,

<sup>7</sup> D. 1.1.10, sous la plume du juriste romain Ulpian.

<sup>8</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit*, op. cit., n.º 9, 18, 33, 122, 128, 129.

<sup>9</sup> Ne pas oublier que, avant le juriste, il y a le politique – le législateur ou le juge (dans le cadre de ce que nous avons appelé la micropolitique (P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, op. cit., p. 52 sq. et *Dynamique du système juridique*, Paris, Bruylant/L.G.D.J./Schulthess, Bruxelles/Paris, Genève, 2010, p. 298 sq., et *Le travail du droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2021, p. 93 sq., M. VILLEY *Philosophie du droit*, op. cit., n. 123 (italiques de M. Villey).

<sup>10</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit*, op. cit., n.º 163 sq, 174.

<sup>11</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. J. Rossignol, F. Limare, F. Michaut, Paris, PUF, 1995, p. 273.

qui, bénéficiant, tous, des mêmes connaissances, vont les fixer sans aucune considération subjective<sup>12</sup> ; par conséquent, ces principes ne pourront être que rationnels. On reconnaît dans l'efficacité du voile d'ignorance le thème de l'égalité d'information des acteurs économiques dans un état de concurrence parfaite, qui garantit le juste prix du travail et des choses : la thèse du libéralisme économique rationaliste.

Quoi qu'il en soit du bien-fondé de ces constructions, elles ont deux points en commun. Le premier est qu'elles ont la même ambition : celle de trouver à la problématique de la justice une solution qui soit indépendante de toute subjectivité, qui ne repose que sur une rationalité purement objective. La « nature des choses » existe pour elle-même, elle n'est pas construite par l'observateur — du moins peut-il en nourrir l'illusion. Ceux dont l'esprit est recouvert par le voile d'ignorance n'ont ni passé ni projet d'avenir personnel : ils ne sont dès lors guidés que par leur raison, qui serait, par nature, la même pour tous.

Second point : ces définitions ne sont qu'indicatives, elles sont indéterminées, en ce sens qu'elles sont incapables par elles-mêmes de résoudre des situations réelles, c'est-à-dire de déterminer concrètement la clef de répartition des ressources disponibles. À ce niveau-ci va donc se reposer la question de la justice. C'est aussi le cas du concept d'égalité, implicite dans ces constructions<sup>13</sup>.

On peut ajouter que toute théorie de la justice ne vaut que ce que valent les arguments des discours par lesquels on veut en soutenir la valeur. En d'autres mots, toute théorie est le référent de ces discours. Or ce référent se distingue en tant qu'il est imaginaire — c'est-à-dire construit selon le libre choix de l'auteur du discours : il est ce qui est dit dans le discours, et c'est ce qui rend les débats sur la justice tellement ardu, chaque discours étant autoréférentiel. C'est ici qu'intervient le droit, dans sa dimension de construction politique : l'autoréférentialité qui lui est propre est organisée, en ce sens qu'il organise procédures et compétences aptes à clore le débat par une décision dont il peut croire — et dont il faut pouvoir présumer — qu'elle est juste quelle que soit la conception de justice qu'elle entérine — présomption parfois réfragable dans des voies que le droit prévoit, mais, à défaut de tels moyens, seulement en dehors de l'ordre juridique.

### C. La justice comme construction sociopolitique

Pour que la justice soit fixée, pour que ce qui doit être considéré comme juste soit déterminé pour servir d'orientation au droit, il faut une décision, et cela quel que soit le fondement qu'on lui donne. La « nature des choses » est une construction sociale qui interprète ce qu'elle voit pour l'intégrer dans une vision du monde ; le « voile d'ignorance » est une garantie hypothétique qu'il a fallu décider pour déboucher sur une modalité particulière de rationalité. Que, au niveau théorique, la définition ainsi donnée laisse toujours ouverte diverses possibilités de concrétisation — notamment juridique —, implique à leur tour la prise d'une décision, dont l'auteur va varier suivant l'organisation politique de la société concernée — qu'il

---

<sup>12</sup> J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1987, p. 168 sq.

<sup>13</sup> Sur les variations que ce principe a connues au sujet du même problème dans les jurisprudences au cours de l'histoire, voir P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, op. cit., p. 116 sq, et : « Philosophie du droit et droit positif : la problématique de l'égalité », *Revue internationale de sémiotique juridique* 2022, p. 2481 : leur analyse révèle à quel point l'interprétation de situations factuelles au regard de leur (in)égalité est tributaire des conceptions sociales des différences.

s'agisse d'un roi, d'un dictateur, d'un parlement, du corps électoral – et dont le contenu va dépendre également de cette organisation politique, plus ou moins dépendant des conceptions et des valeurs circulant (ou non!) dans la société.

Mais, pour que cette justice soit intégrée dans le droit, il faut pouvoir se représenter le système juridique tel qu'il peut être pratiqué – car il n'est pas de droit sans son application : d'où la nécessité d'élaborer aussi une théorie du droit explicitant le mode de fonctionnement du système juridique, ses possibilités et ses limites. Il y a donc une circularité, et cela dans les deux sens. Dans un sens, les conceptions de justice circulent jusque dans l'application du droit, où il s'agit de les repérer (ou de repérer leur absence) : toute conception de la justice doit tenir compte des possibilités (ou de leur absence) qu'a le droit de s'ouvrir aux discours de justice – c'est dire que la théorie du droit doit montrer comment cette application, dans sa logique même, c'est-à-dire de la norme à son application, peut intégrer les discours de justice. Dans l'autre sens, ce que le droit dit est un choix, dans les discours possibles de justice, d'une solution qui est en tout cas présumée être juste : ces choix vont imprégner dans toute leur pluralité les discours de justice qui circulent dans la société.

Clairement, une telle double circularité ne peut pas être observée dans les droits d'États totalitaires, puisque, à l'évidence, elle implique la garantie de la liberté d'expression. Il faut en effet que les discours de justice dans un sens, les discours du droit dans l'autre puissent être communiqués – écrits, dits, lus, approuvés, critiqués, autrement dit librement émis et reçus. Donc il ne s'agira ici que des États dans lesquels cette garantie existe, dans le droit et dans la société dont c'est le droit : les États dits de droit. Au contraire, les États totalitaires non seulement sont sourds, mais ils sont seuls à parler. Donc aussi bien tout discours de justice est interdit, sauf le leur, et il n'y a pas de place pour le droit ; de plus, les dictateurs peuvent émettre en toute impunité des mensonges dont ils répriment toute contradiction : aucun autre discours que le leur ne peut circuler.

#### **D. De la nécessité d'un argumentaire**

Dans les États totalitaires, aucune argumentation n'est donc nécessaire pour justifier les choix que font les instances dirigeantes, puisque toute contradiction est exclue. La prétention à la totalité enlève *a priori* toute légitimité à quelque divergence que ce soit : ce que dit l'instance dirigeante est *per se* juste parce que dit par la seule autorité qui représente la totalité.

Il en va autrement dans les États de droit démocratiques, qui sont pluralistes en ce sens que la diversité des opinions leur est consubstantielle. Les problématiques de justice y sont donc ouvertes à la discussion. C'est dire qu'aucun choix n'est légitime du seul fait de son émission par l'autorité : celle-ci doit justifier son choix, par une motivation, soutenue par une argumentation, laquelle est publiée (plus ou moins complètement suivant les États<sup>14</sup>).

---

<sup>14</sup> Cf., sur cette question, F. MALHERE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Paris, LGDJ, 2018 ; F. GEA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, C. MARRAUD et R. DE QUENAUDON (dir.), Université de Nancy 2, 2007, 4 vol. ; P. DEUMIER, « Attendu que la phrase unique est progressivement abandonnée », *RTD civ.* 2018, 67 sq. Typique, l'article 118 al. 3 disp. att. du *Code de procédure civile* italien, qui précise que les motivations doivent être succinctes et sans références doctrinales !

Il en va de même ainsi de toute invocation à la justice : elle ne vaut que ce que ce que valent les arguments censés la fonder.

### III. LE DROIT COMME PRESOMPTION DE JUSTICE – SOUS L'ANGLE DES NORMES

#### A. La présomption de justice des normes juridiques

Il y a présomption de justice d'une norme dès lors que celle-ci est adoptée par l'autorité compétente et dans la procédure qui lui est applicable : donc conformément à ce que prescrit l'ordre juridique.

Cette règle est essentielle au fonctionnement du droit. Elle signifie que personne ne peut échapper à l'application du droit en invoquant que celle-ci contrevient à la justice. Il en va de la sécurité du droit et des relations juridiques. Peut en effet naître ainsi une confiance réciproque entre les justiciables que le droit sera appliqué à tous, justifiant les attentes mutuelles que cette application sera effective<sup>15</sup>.

#### B. La loi et le principe de légalité

L'un des principes fondamentaux de l'État de droit est celui de la légalité. Il signifie d'une part que tous les organes de l'État sont tenus d'appliquer – et donc de respecter – l'ensemble des normes juridiques adoptées par les organes qui leur sont supérieurs. Ainsi, ils reprennent les valeurs qui y sont transcrites – particulièrement dans les lois votées par le parlement. D'autre part, il postule que tous les actes étatiques doivent avoir leur fondement dans une loi<sup>16</sup>.

D'où l'importance de la compétence et de la procédure parlementaires. Le parlement étant composé de députés élus, on peut supposer qu'il représente la « volonté populaire », ou, plutôt, qu'y circulent, plus ou moins représentées, toutes les valeurs en cours dans la société civile et que le vote majoritaire qui mène à l'adoption des lois choisit parmi les plus représentatives – parmi ces valeurs, la conception de la justice qui y est prééminente. En outre, le processus parlementaire qui doit être suivi est public, ce qui est une forme de garantie. C'est ainsi que la présomption de justice peut être mise en relation avec le principe de la séparation des pouvoirs, dont le principe de légalité est un corollaire.

#### C. La présomption est levée par le moyen d'une procédure prévue par le droit

Une question se pose alors : cette présomption peut-elle être levée ? Oui, si l'ordre juridique institue une compétence et une procédure pour la lever. En dehors de tels moyens, cela signifierait que n'importe qui pourrait prétendre que la norme ne s'applique pas à lui, parce que contraire à la justice ; le droit n'offrirait plus aucune sécurité dans les relations juridiques – il ne constituerait plus qu'une morale. Cela est d'ailleurs cohérent avec l'autoréférentialité du droit : seul l'ordre juridique

---

<sup>15</sup> C'est Niklas Luhmann qui a insisté sur la place que l'attente occupait dans le fonctionnement des relations juridiques – cf. la référence note 18 plus bas.

<sup>16</sup> Sur le principe de légalité, il existe une abondante littérature. V. P. MOOR, A. FLÜCKIGER, V. MARTENET, *Droit administratif I : Les fondements*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, Stämpfli, 2012, p. 621 sq., avec des références.

peut déclarer une assertion juridique ou non juridique, comme lui appartenant ou non.

Juridiquement, cela signifie que la présomption peut être levée si la norme en cause est invalide parce que contraire à une autre norme, du même ordre juridique mais hiérarchiquement supérieure, ou au droit international, et s'il existe une autorité compétente pour l'annuler – que ce soit une norme de droit matériel ou de droit organique (compétence de l'autorité qui l'a adoptée) ou formel (la procédure que celle-ci a suivie). Une telle invalidité peut résulter d'une violation d'une valeur – dont la justice – incorporée dans la norme supérieure dont la violation légitime l'invalidité de la norme inférieure.

C'est dire ici l'importance d'une juridiction constitutionnelle qui puisse être saisie du grief d'inconstitutionnalité des lois – mais elle n'existe que dans certains États. Il faut évidemment également que, d'une manière ou d'une autre, la constitution ou le droit international incorpore une valeur de justice. En droit suisse, une telle valeur est constituée principalement par la prohibition de l'arbitraire, laquelle, dans sa définition jurisprudentielle, déclare explicitement qu'est arbitraire, un acte qui « contredit de manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité<sup>17</sup> ».

En revanche, le juge est en général compétent pour contrôler les autres sources normatives – essentiellement les ordonnances – sous l'angle des valeurs consacrées par la Constitution – dont, comme ci-dessus, la prohibition de l'arbitraire.

#### **D. La présomption est levée après un processus politique**

Les valeurs de justice peuvent ainsi agir sur le droit des normes juridiques. En dehors, les considérations de justice ont le statut de discours visant à modifier l'ordre normatif. On se trouve dans la dimension du politique.

Ou bien l'ordre juridique ouvre à de tels discours la faculté de s'exprimer dans une procédure juridique (par le biais de partis politiques et de leur représentation au sein du parlement; ou par l'exercice du droit d'initiative populaire, là où cette institution existe) et crée ainsi la possibilité d'aboutir à une décision (adoption ou rejet d'une loi, renonciation à une mesure étatique autre); on reste dans la dimension du politique – le succès du moyen dépend du rapport des forces politiques, favorables ou non à la modification.

Ou bien, en dehors de moyens juridiques, la pression médiatique ou des mouvements populaires incitent le parlement à réagir positivement aux considérations de justice ainsi exprimées.

---

<sup>17</sup> Voir notamment *Arrêts du Tribunal fédéral suisse (ATF)*, 138 (2012) V 74 (82), 134 (2008) I 263 (265 s.). V. sur cette notion aussi, plus généralement J. DUBEY, Art. 9, in V. Martenet, J. Dubey (dir.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, t. I, Bâle, 3<sup>e</sup> éd., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2021, p. 349 *sq.*, (avec de nombreuses références); P. MOOR, *Le travail du droit*, *op. cit.*, p. 157 *sq.*. Il faut cependant préciser que ce contrôle ne peut être exercé qu'à l'égard des lois des États fédérés, les lois fédérales y échappant en vertu même de la Constitution suisse; toutefois, si le Tribunal fédéral note pour celles-ci une inconstitutionnalité, il en avertit le parlement fédéral, mais reste tenu d'appliquer la loi.

## E. L'institution et l'emploi de ces moyens

Que ces moyens existent et puissent être librement employés et, le cas échéant, aboutir, présuppose que certaines garanties existent : celles de l'État de droit.

D'une part, les informations — les discours de justice et ce que le droit en a fait — doivent pouvoir circuler librement dans la société civile : cela implique la garantie de la liberté d'opinion et de conscience. Elles doivent également pouvoir se regrouper au sein de groupements et d'organisations aptes à les répercuter efficacement sur les organes étatiques : liberté d'association (partis politiques, syndicats, ONG) et de manifestation.

D'autre part, le système juridique doit inclure l'institution d'organes de contrôle indépendants, de nature judiciaire.

## F. Considération intermédiaire

Nous avons vu que le droit stabilise les attentes que les justiciables sont contraints d'avoir quant aux règlements des conflits, pour adapter leurs comportements à des normes qui préexistent et dont l'application, égale pour tous, est dès lors prévisible<sup>18</sup>. D'une part, en instituant des autorités aux compétences et aux décisions impératives ; d'autre part, en liant ces autorités à des textes qui leur prescrivent la rationalité de leurs jugements parce qu'elles leur imposent de n'user d'aucune autre référence que celle à ces textes pour motiver leurs décisions — ces textes « pré-scrivent », c'est-à-dire que, écrits, ils sont antérieurs aux conflits qu'elles ont à trancher<sup>19</sup>. Mais un tel système présente un vice majeur : ces textes doivent s'appliquer, quelque critiquable que soit cette application d'un point de vue d'une conception ou d'une autre de la justice : le droit, une fois posé par le législateur, est censé correspondre à ce que dicterait la justice.

Car c'est un vice : si l'application du droit est prévisible, cela implique que sa logique est celle de la répétition de la solution que, abstraitement, il « pré-scrit », et cela, quelles que soient les circonstances concrètes dans lesquelles il est appelé à s'appliquer. Or, par essence, l'avenir n'est pas toujours absolument prévisible, loin de là ; il peut donc se trouver que le juge soit placé dans une situation telle que, d'une manière que le législateur n'a pas prévue ou ne pouvait pas prévoir, une solution « pré-scrite » peut contrevenir manifestement à la justice — il serait donc face à une impasse. Mais le droit lui offre alors certaines portes de sortie, qui lui permettent de tourner l'obstacle.

---

<sup>18</sup> Sur le concept d'attente — ou d'expectative — cf. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt s./M., Suhrkamp, 1995, p. 131 sq. ; P. MOOR, *Le travail du droit*, op. cit., p. 36 sq., p. 139.

<sup>19</sup> Il y a donc deux impérativités dans le droit : l'impérativité institutionnelle, qui découle de l'ordonnement des compétences à prendre des décisions impératives, et l'impérativité épistémique, découlant de l'exigence d'une motivation rationnelle de ces décisions à partir de l'ordre juridique : P. MOOR, *Dynamique du système juridique*, op. cit., p. 163 sq., p. 292.

## IV. ÉVITER LES REPETITIONS INJUSTES

### A. Les notions juridiques indéterminées

La première de ces portes est créée par le législateur lui-même, lorsqu'il sait par avance que la configuration de la matière qu'il veut réglementer empêche, par ses caractéristiques mêmes, qu'il recoure à des solutions qui seraient abstraitement « pré-scriptes » dans la loi qu'il adopte. Il ne peut pas, par exemple, dans le droit de la responsabilité civile, déterminer *a priori* quelles sont les différentes circonstances dans lesquelles il y a faute ou relation de causalité adéquate entre l'acte dommageable et le préjudice subi. De telles notions juridiques, qui sont plus nombreuses qu'on ne le croit en général, sont dites indéterminées<sup>20</sup>. La possibilité – et la compétence – est alors conférée au juge de déterminer l'application concrète, c'est-à-dire d'apporter lui-même une solution à laquelle la notion juridique ne fournit qu'une ligne directrice – un programme normatif. Ce faisant, il confronte les circonstances concrètes à des valeurs, des usages, des savoirs généralement répandus ou qu'il tire de principes généraux inscrits dans l'ordre juridique (ainsi le principe de proportionnalité ou la définition de ce qu'est une relation de causalité adéquate, ou encore les dispositions qui se réfèrent à de justes motifs). Sous-jacente à l'élaboration du résultat de telles confrontations, il pourra y avoir la conception de ce que doit être une solution juste. Cela d'autant plus que les notions juridiques indéterminées peuvent par leur nature même être interprétées de plusieurs manières et s'il arrive que l'une d'entre elles s'impose absolument, il se peut aussi souvent qu'il faille choisir – décider – et c'est alors tout aussi souvent celle qui correspond à un sentiment de justice qui l'emporte.

### B. Les clauses générales

Cela présuppose toutefois que le législateur accorde au juge une certaine marge de liberté. À défaut, celui-ci est tenu d'appliquer la loi : *dura lex, sed lex*. Mais le droit ne s'arrête pas nécessairement à ce point : il contient des clauses générales qui permettent précisément de ne pas appliquer une loi lorsque celle-ci paraît manifestement injuste. L'ordre juridique lui-même autorise alors le juge à donner une solution juste. D'une part, cela ne peut évidemment se produire que lorsque l'injustice est manifeste, puisque cette inapplication conduit à déroger à un principe fondamental de l'État de droit, celui de la légalité. D'autre part, et pour la même raison, quelques fondamentales qu'elles soient, de telles clauses sont rarissimes.

Ces clauses se caractérisent par l'absence d'une définition d'un champ d'application : elles sont applicables à toute réglementation juridique, quelle que soit la matière en cause<sup>21</sup>. C'est en quoi elles sont générales. Toutefois, elles contiennent toutes une constellation de valeurs qui constitue leur programme normatif : celui-ci pourra fournir un cadre argumentatif qui les rende juridiquement

---

<sup>20</sup> Sur ce concept, v. *ibid.*, p. 117 *sq.*; sur les motifs qui conduisent le législateur à introduire ce type de notions dans les textes normatifs, v. P. MOOR, *Perméabilités du système juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016, p. 79 *sq.*

<sup>21</sup> Leur fonction les rapproche du concept de « principes » chez Dworkin, (R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 80 *sq.*). Mais, même s'ils sont fondés éthiquement, ils ne sont pas extérieurs à l'ordre juridique : leur application concrète doit montrer en quoi elle s'intègre à lui.

opérationnelles, donc sera de nature à justifier des solutions exceptionnelles mais nécessaires à résoudre des conflits engendrés par l'issue manifestement injuste de l'application stricte du droit.

### C. La protection de la bonne foi et la prohibition de l'abus de droit

Un premier exemple est celui de la protection de la bonne foi et de la prohibition de l'abus de droit. Deux cas de jurisprudence pour illustrer. Ainsi une autorité compétente qui indique un délai de recours erroné ne peut invoquer que le requérant n'a pas respecté le délai légal plus court<sup>22</sup>. Une femme qui a assassiné son mari ne peut pas prétendre à recevoir une rente de veuve<sup>23</sup>.

### D. La théorie des lacunes

Un autre exemple est celui de la théorie des lacunes. Lorsque le législateur n'a pas prévu certaines situations et que l'application de la loi conduirait à des solutions injustes, le juge peut y remédier en adoptant une norme particulière exceptionnelle. Ainsi, la loi suisse soumet à des conditions très strictes l'aliénation d'immeubles à des personnes domiciliées à l'étranger ; or il s'est trouvé en limite de frontière une vallée très reculée sans accès depuis la Suisse, dans laquelle, par conséquent, seules des personnes domiciliées de l'autre côté de la frontière pouvaient être intéressées à y acquérir un bien-fonds. Le Tribunal fédéral a déclaré la loi inapplicable à cette vallée ; sinon, dans les faits, les aliénations immobilières y auraient été impossibles<sup>24</sup>.

### E. Les revirements de jurisprudence

On peut même trouver des exemples en dehors de l'application de clauses générales. Soit une règle selon laquelle les revirements de jurisprudence sont immédiatement applicables même aux recours à l'occasion desquels le revirement est prononcé<sup>25</sup> ; le Tribunal fédéral a excepté les cas dans lesquels le recourant, s'il avait connu le nouveau régime, aurait pu éviter le préjudice que le revirement lui fait subir – par exemple un revirement sur le *dies a quo* de la computation d'un délai de recours qui rendrait le recours déposé irrecevable faute d'avoir été déposé à temps<sup>26</sup>.

### F. La prohibition de l'arbitraire

Mais c'est néanmoins une clause générale qui est l'illustration la plus connue de la prise en considération de la justice, celle de la prohibition de l'arbitraire, que le Tribunal fédéral suisse définit comme suit : est arbitraire une disposition qui « viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle

---

<sup>22</sup> Arrêts du Tribunal fédéral suisse (ci-dessous : ATF) 118 (1998) V 190.

<sup>23</sup> Arrêts du Tribunal fédéral suisse des assurances (ATFA), 1951, 205 ; la loi a été complétée sur ce point ultérieurement. P. MOOR, A. FLÜCKIGER, V. MARTENET, *Droit administratif I*, op. cit., p. 916 sq. (avec des références).

<sup>24</sup> ATF 108 (1988) Ib 430. Sur cette théorie, cf. en général P. MOOR, A. FLÜCKIGER, V. MARTENET, *Droit administratif I*, *ibid.*, p. 150 sq. (avec des références).

<sup>25</sup> Un cas est cité note 23, dans lequel la nouvelle jurisprudence a été appliquée pour trancher l'affaire dans laquelle la solution nouvelle a été adoptée.

<sup>26</sup> ATF 135 (2009) II 78.

contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité<sup>27</sup> ». Cette clause a ceci de propre, par rapport aux autres, qu'elle peut être appliquée non seulement à des décisions, mais aussi à des normes générales.

Un seul exemple suffira. Un ressortissant turc, titulaire d'une autorisation d'établissement en Suisse, obtient pour sa femme et sa fille, restées en Turquie, une autorisation dans le cadre d'un regroupement familial. Mais, dans les faits, le mari n'avait pas l'intention de vivre avec sa famille : il continuait de faire ménage commun avec sa maîtresse et avait fait venir sa femme dans le seul but d'avoir sa fille chez lui, sans avoir du tout l'intention de vivre avec sa femme. En conséquence de quoi, pour sanctionner la déclaration mensongère, l'autorité révoqua l'autorisation accordée à celle-ci, puisqu'il n'y avait plus en fait de communauté conjugale. Le Tribunal fédéral déclara la révocation arbitraire : l'épouse, innocente du mensonge, aurait en effet dû retourner en Turquie en laissant ses enfants en Suisse<sup>28</sup>.

### G. Références implicites

Le droit n'est donc pas indifférent aux contradictions qui peuvent se présenter entre la justice et l'application des normes juridiques. Il est vrai que, le plus souvent, en empruntant l'une ou l'autre de ces portes, le juge ne se réfère pas explicitement au concept de justice : celui-ci peut cependant s'y découvrir sous-jacent, comme ce qui inspire implicitement sa démarche.

Que signifie alors cette référence implicite ? Quelle est cette « justice » ? Le juge doit obéir à une double injonction. D'une part, la solution qu'il apporte doit convaincre qu'elle est juridiquement intégrable dans l'ordre juridique ; d'autre part, elle doit pouvoir correspondre à ce qui, socialement, peut être considéré en général comme étant juste. Il ne faut pas oublier que tout juge est en même temps une fonction et un individu – ce que nous appelons une figure de l'ordre juridique<sup>29</sup> –, et cette double qualité lui permet, comme Janus, de regarder d'un côté ce que lui inspire le droit et de l'autre les valeurs qui sont prédominantes dans la société ; il peut alors en quelque sorte faire couler les secondes dans un réceptacle juridique, sans même avoir besoin d'afficher ce qu'il est en train de faire. Il travaille ainsi à l'acceptation sociale de l'application du droit.

La référence explicite à la loi assure le respect de cette double programmation, dans la mesure où ce qu'elle prescrit a été politiquement décidé par le législateur comme étant juste. Mais quand le juge ressent la solution prescrite comme étant manifestement injuste, il reste tenu par cette double programmation : il doit élaborer une argumentation propre à convaincre que la non-application de la solution « pré-scrite » est juridiquement fondée ; il le fait en recourant aux schémas de raisonnement que lui offrent les programmes normatifs des clauses générales ; c'est pourquoi la référence à la justice peut demeurer souvent non dite. Cependant, s'il estime nécessaire de procéder ainsi, c'est qu'il a porté un jugement sur la solution légale « pré-scrite », la considérant comme contraire à des valeurs à tel point profondément ancrées dans la société où il exerce ses fonctions qu'elle passerait

---

<sup>27</sup> ATF 138 (2012) V 74. Sur la prohibition de l'arbitraire, cf. P. MOOR *Le travail du droit*, op. cit., p. 157 sq., ou P. MOOR, A. FLÜCKIGER, V. MARTENET, *Droit administratif I*, op. cit., p. 891 sq., ou encore DUBEY (op. cit., n° 14), Art. 9 avec des références.

<sup>28</sup> ATF 112 (1992) Ib 473 ; autre exemple frappant, ATF 140 (2014) V 343.

<sup>29</sup> Sur ce concept, P. MOOR, *Perméabilités du système juridique*, op. cit., p. 191 sq..

comme gravement injuste. Il arrive ainsi à réconcilier droit et justice. Mais la référence peut alors ne pas être exprimée dans la motivation du jugement ; il faudrait pouvoir pénétrer dans le for intérieur du juge, pour y trouver ce qui l'a incité, subjectivement, à chercher une solution de réconciliation<sup>30</sup>.

Il en a peut-être été ainsi dans l'affaire du divorce en Suisse de deux époux de nationalité différente, la femme française, l'homme italien, à une époque où l'interprétation du droit international privé suisse ne permettait le divorce d'époux originaires de deux États différents que si les deux États reconnaissaient le divorce : or, à l'époque, le droit italien ne connaissait pas le divorce. Dans cette affaire, la femme, demanderesse, était innocente, le mari portait tous les torts. L'affaire a été portée devant le Tribunal fédéral, contre le jugement de l'instance précédente, qui avait refusé le divorce, conformément à la jurisprudence. Il est manifeste que la solution était injuste, le mari fautif étant protégé par le droit italien, alors que, en Suisse et dans tous les pays européens (sauf ceux où l'influence du Vatican était prédominante), le divorce était connu et pratiqué depuis des décennies. Le Tribunal fédéral, qui a procédé à un revirement de jurisprudence, choisit de n'appliquer que le droit français<sup>31</sup>.

## H. Conclusion provisoire : Justice et politique

La justice a besoin du politique<sup>32</sup> non seulement pour se définir elle-même, mais aussi pour se concrétiser dans l'ordre juridique. Il lui faut une décision étatique pour qu'elle devienne juridiquement – légitimement – impérative pour tous, quand bien même tous ne partageraient pas le discours de justice que le politique a adopté.

Dans les États de droit, cette décision est prise par le parlement, voire dans certains d'entre eux par le peuple, ou par le gouvernement (dans le cadre de son pouvoir réglementaire). Elle peut aussi être prise par le juge, mais alors dans les limites des programmes normatifs ouverts que la loi inscrit dans ses propres textes : le juge fait – aussi – de la politique, à son niveau, ce que nous avons appelé de la micropolitique<sup>33</sup>. Ce faisant, il choisit et retient un discours de justice ; les autres, étant écartés, en sont réduits, pour se faire entendre, à utiliser d'autres moyens que juridiques – des moyens qui sont purement politiques.

Outre la définition des instances compétentes pour dire ce qui est juste, un autre principe caractérise les États de droit : celui de l'exigence de publicité des actes étatiques. Comme Habermas l'a montré<sup>34</sup>, il ouvre ainsi un espace public dans lequel la discussion est possible, plus même : légitime. Cela implique que ces actes

---

<sup>30</sup> Ce que nous avons appelé une démarche rétrograde : P. MOOR, *Dynamique du système juridique*, op. cit., p. 287 sq.

<sup>31</sup> ATF 94 (1968) II 65. V. la motivation du Tribunal fédéral, qui ne cite pas la justice, dans P. MOOR, *ibid.*, p. 253 sq. — on peut en lire un extrait dans P. MOOR, *Dynamique*, op. cit., p. 253.

<sup>32</sup> Ce mot entendu ici dans la définition qu'en a donnée Cornelius CASTORIADIS : « l'activité collective, réfléchie et lucide, qui surgit à partir du moment où est posée la question de la validité de droit des institutions », v. *Les carrefours du labyrinthe III : Le monde morcelé*, Paris, Seuil, 1990, p. 113 sq. ou *Les carrefours du labyrinthe IV : La montée de l'insignifiance*, Paris, Seuil, 1996, p. 120 ; étant précisé que, ici, l'activité normative des autorités, puisque toujours imputée à l'État, est « collective » et que se pose toujours à son égard la question de la validité de son intégration dans le système juridique.

<sup>33</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, op. cit., passim.

<sup>34</sup> Dès 1962 ; J. HABERMAS, *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, trad. M. B. de Launay, Paris, Payot, 1986.

soient motivés par un argumentaire, également publié, qui soit apte à convaincre que la définition que l'autorité en donne de sa justice est la bonne. On reviendra sur ce point plus bas.

## V. LA JUSTICE EST INDECONSTRUCTIBLE : DERRIDA

### A. Violence et contre-violence

Ce serait une grave lacune que de ne pas porter notre attention sur l'essai que Jacques Derrida a consacré à la question de la justice<sup>35</sup>. Il s'y attache essentiellement à analyser les rapports entre la justice et le droit sous l'angle de la force de la violence. Il voit celle-ci « comme essentiellement impliquée dans le concept même de la justice comme droit, de la justice en tant qu'elle devient droit, de la loi en tant que droit ». Selon le philosophe, il y a violence premièrement dans l'instauration même de tout ordre juridique, puis dans son application<sup>36</sup>.

Sur ce point, il y a ambiguïté : car n'est-ce pas la société elle-même, en tant qu'ensemble de rapports entre humains, qui implique qu'il y ait emploi d'une force pour assurer la cohésion de cet ensemble lorsque des déviances la menacent ? Le droit est la mise en forme de cette force, pour en éliminer l'arbitraire (du moins dans les États dits de droit). C'est dans ce sens – et seulement dans ce sens qu'on peut s'exprimer comme Derrida : il y a bien violence du droit, mais pour éliminer ou, au moins, contrecarrer les violences privées, autant que faire se peut. C'est à ce moment que les considérations de justice peuvent intervenir – dans le choix des moyens à disposition pour assurer une telle finalité, soit en garantissant qu'il y ait des voies par lesquelles les faits d'arbitraire dans la pratique du droit peuvent être invoqués par leurs victimes, soit dans les processus politiques qui mènent à l'adoption des normes juridiques satisfaisant au mieux la Justice. Il y aura donc un équilibre à trouver entre la nécessité de la force pour mettre fin aux conflits soumis à l'arbitrage juridique et l'exigence de la Justice. C'est ce que nous voulons montrer ici.

### B. Les « apories » entre justice et droit

Derrida met en évidence, dans la distinction entre justice et droit, trois apories. La première concerne la décision juridique<sup>37</sup> : au sens de Derrida, toute décision, pour pouvoir être qualifiée de juste et, même plus, être qualifiée de décision, doit pouvoir être prise librement. Mais les « décisions » juridiques sont « de l'ordre du calculable ou du programmable » et ne sont donc pas des « décisions » et ne peuvent par conséquent pas être dites « justes ». Ici, il assimile sans doute trop facilement l'application du droit comme relevant d'un simple calcul ; il demande en outre que le juge fasse « comme s'il "inventait [la règle juridique] lui-même à chaque cas" par « une interprétation ré-instauratrice, ré-inventive et librement décidante<sup>38</sup> ».

---

<sup>35</sup> J. DERRIDA, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, p. 35 sq.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 32 sq. et p. 17 (en anglais, précisément *enforceability*, ce qui signifie d'ailleurs plutôt applicabilité, car rien ne garantit que la norme juridique soit appliquée, moment auquel la force devient effective – auparavant, elle est seulement potentielle ; il y a dans les ordres juridiques des exemples de lois ineffectives).

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 50 sq.

<sup>38</sup> *Eod. loc.*

Il est vrai que le juge doit chercher et trouver la norme applicable et, ce faisant, il l'invente, au sens étymologique du terme ; de plus, l'appliquant, il la renouvelle en lui intégrant un nouveau cas. En outre, très souvent, il est nécessaire d'interpréter la norme, et même, lorsque la norme contient des notions indéterminées (faute, causalité, juste motif) ou dont l'applicabilité exige l'évaluation de circonstances singulières (cas des notions à faible densité normative), le juge doit construire une argumentation pour justifier le choix qu'il fait au regard de l'idiosyncrasie du cas. Les cas où le juge ne fait que répéter ce que la norme prescrit sont beaucoup moins fréquents qu'on ne le pense. En outre, nos ordres juridiques permettent au juge, en instituant des clauses générales, mais il est vrai, de manière assez restrictive, de ne pas appliquer une norme : ainsi le principe de la bonne foi, ou celui de la prohibition de l'arbitraire. La justice peut y trouver son compte<sup>39</sup>.

Enfin, il ne faudrait pas négliger l'importance de la programmation (du « calcul ») : si la norme prescrit, il est nécessaire qu'elle « pré-scrive », c'est-à-dire qu'elle formule sa prescription de manière suffisamment précise pour que les justiciables soient en mesure de la comprendre pour y adapter leur comportement. C'est le principe de la sécurité, ou de la prévisibilité du droit : serait-il « juste » que le droit s'applique sans qu'on puisse savoir ni si ni comment il va le faire ? Manifestement, non. Si tel n'est pas le cas, il appartient à la jurisprudence de le faire, en introduisant à son niveau la prévisibilité<sup>40</sup>. À défaut, une argumentation doit justifier, aussi raisonnablement que possible, l'innovation : de manière à convaincre que la précision nouvelle apportée est fondée en raison, ce qui, autant que possible, la rend prévisible pour tout justiciable « raisonnable ».

La deuxième aporie concerne la « hantise de l'indécidable »<sup>41</sup>. « Une décision qui ne ferait pas l'épreuve de l'indécidable ne serait pas une décision libre ». Cependant, qu'il faille une argumentation pour pouvoir décider montre assez que l'indécidable est pris en compte : car si une argumentation est nécessaire, une autre serait tout autant possible – c'est ainsi que Bruno Latour a pu constater que l'hésitation est le sentiment dominant chez le juriste praticien<sup>42</sup>. Et l'hésitation doit être levée : le système juridique postule une exigence de réponse à toute question qui lui est posée, sous peine de déni de justice. Et là où les circonstances de fait ne permettent pas de répondre, comme il ne lui est pas permis d'invoquer la maxime *in dubio abstine*, il institue un régime de présomption ou de fiction qui permet de baser le jugement sur une situation qu'il fixe de manière générale, ce qui assure la « calculabilité » de l'application de la règle qui en dépend : c'est alors le législateur qui en assume la responsabilité<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Sur la densité normative, v. P. MOOR, *Le travail du droit*, op. cit., p. 66 sq. ; sur l'exigence de motivations argumentées, P. MOOR, *Perméabilités du système juridique*, op. cit., p. 145 sq. ; sur les clauses générales, v. ci-dessus IV,B.

<sup>40</sup> Ce que Derrida concède, mais sans le développer, en mentionnant « l'itérabilité nécessaire des jugements » (J. DERRIDA, *Force de loi*, op. cit., p. 51).

<sup>41</sup> V. *ibid.*, p. 52 sq.

<sup>42</sup> B. LATOUR, *La fabrique du droit – une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004, notamment p. 104, 153 sq., 161 sq., 181, 187, 202.

<sup>43</sup> Sur le thème des incertitudes et des outils juridiques pour les dépasser, v. P. MOOR, *Incertitudes et imprévisibilité dans le système juridique* (à paraître en 2026 en anglais dans : *Uncertainties and Unpredictabilities in the Legal System*, in *General Theory of Law – The Application of the Law under Discussion*, Heidelberg, Springer)

« L'urgence qui barre l'horizon du savoir » forme la troisième aporie que Derrida expose<sup>44</sup>. La justice ne saurait attendre, et repousser la décision pour de plus amples informations ou savoirs. C'est pourquoi le droit met fin aux procédures par un acte de langage performatif : le parlement prononce qu'il adopte la loi, le juge dit qu'il arrête son jugement. Si le juge sursoit exagérément sa décision, il s'expose à voir son inertie sanctionnée : le retard à statuer est prohibé par le droit. Ici, la Justice déborde le droit, comme Derrida l'observe : elle est attendue, car elle a toujours un avenir possible, un « à-venir », « ouvert à la transformation, la refonte ou la refondation du droit<sup>45</sup> » ; mais il faut ajouter que c'est dans la mesure où les structures juridico-politiques en ouvrent les voies (sauf évidemment les événements révolutionnaires).

Comme on le voit, le droit tient compte de chacune de ces apories : deux exigences, toutes deux légitimes au regard des points de vue à première vue opposés, dans une balance entre d'une part la nécessité de mettre fin aux situations conflictuelles, cela au prix d'une certaine violence, et de l'autre d'éventuelles injustices que celles-ci (par rapport avec la Justice comme comme « relation à autrui<sup>46</sup> ») impliquent.

## VI. JUSTICE PROCEDURALE ET ÉTAT DE DROIT

### A. Le principe de discussion : Jürgen Habermas

Poser que la problématique de la justice doit être envisagée dans la dimension politique que sa concrétisation doit prendre, c'est la soumettre à un débat avant ou après toute décision relative à sa réalisation, c'est-à-dire dans l'espace où la contradiction soit considérée comme une faculté légitime, assurée par l'ordre juridique : des espaces où ces décisions puissent être discutées non seulement au sein de l'autorité compétente, mais, beaucoup plus largement dans un espace public ouvert à tous également. Une telle garantie ne peut être fournie par le droit matériel, puisque c'est précisément sa justice (ou son injustice) qui est en cause : en effet, il n'y a problème que si l'ensemble juridique normatif au sein duquel il se pose laisse à l'autorité qui doit prendre une décision une marge de liberté qui donne le choix entre plusieurs solutions.

Ce qui est donc requis, ce sont des procédures par lesquelles les conceptions de justice en présence sont présentées et argumentées, suscitant un effort général de rationalisation et un choix délibéré. On en arrive ainsi à la justice procédurale, telle que Jürgen Habermas en a posé les fondements à partir de ce qu'il appelle le principe de discussion<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> J. DERRIDA, *Force de loi*, *op. cit.*, p. 57 sq.

<sup>45</sup> Derrida, *op. cit.*, p. 60

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 49, en référence à Levinas. Il n'y a pas, dans son essai, de concept de la Justice, sauf en référence à Levinas, aux p. 48 sq. : « la relation avec autrui – c'est-à-dire la justice », « droiture de l'accueil fait au visage », ce qui est manifestement trop indéterminé pour qu'on puisse affirmer qu'une « décision » est juste ou non ; il en donne des qualités (« infinie, incalculable, rebelle à la règle, étrangère à la symétrie, hétérogène et hétérotrope » ; p. 48), qu'il oppose à celles du droit (« dispositif stabilisable, statutaire et calculable, système de prescriptions réglées et codées », *ibid.*).

<sup>47</sup> Ce qui suit s'en inspire profondément : v. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, trad. C. Bouchindhomme, R. Rochlitz, Paris, Gallimard, 1997.

Toute décision à prendre parmi plusieurs possibles implique un choix en justice. Étant donné que les conceptions sur la justice divergent, un choix est nécessaire : il y a toujours une tension entre elles, qui requiert un arbitrage, donc un pouvoir. Le droit y pourvoit dans son activité législative ; et on sait que le principe de la publicité des travaux parlementaires a été acquis au cours du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>48</sup>, ouvrant ainsi un espace dans lequel une discussion et une opinion publiques peuvent se déployer. Cela justifie la présomption de justice attachée à la loi ; par l'application du principe de légalité, selon lequel l'administration publique (l'appareil judiciaire et l'administration dans un sens étroit) doit appliquer la loi, respectant ainsi la justice telle que définie par la loi.

Cependant, il est de plus en plus fréquent que la loi confère à l'administration une certaine liberté dans la mise en œuvre de la loi ; interviennent ici le principe de publicité et l'obligation de motiver. La première a été acquise dès le XIX<sup>e</sup> siècle en ce qui concerne les instances judiciaires, au cours du XX<sup>e</sup>, dans beaucoup d'États, avec l'adoption du principe de transparence, qui donne accès aux documents administratifs. Les législations récentes sur la procédure administrative imposent à l'administration diverses obligations dans ses relations avec les parties : notamment le droit d'être entendu et l'obligation de motiver les décisions (régime déjà applicable aux instances judiciaires, il est vrai pas toujours assez substantiellement<sup>49</sup>). Dans certains États de droit, toute la jurisprudence, et non seulement celle qui est publiée dans un recueil officiel, est accessible sur les sites internet des tribunaux. Ainsi l'information peut être mise en circulation, discutée, analysée, approuvée, critiquée, soit par la doctrine juridique, soit par les administrés eux-mêmes, dans l'espace public, ce qui peut produire des revirements de jurisprudence.

Mais, on l'aura compris, le principe de discussion ne prend sens qu'accompagné des garanties de l'État de droit<sup>50</sup>, assurant un espace communicationnel qui permette de discuter les motivations données par le législateur, les tribunaux et l'administration publique, précisément sous l'angle d'autres conceptions de justice – soit que l'application de la loi ne corresponde pas à la justice que la loi a choisie, soit qu'elle contrevienne à d'autres principes juridiques généraux, soit enfin pour contester le choix du législateur lui-même.

On en arrive ainsi à la justice procédurale, telle que Habermas l'a mise en évidence à partir du principe de discussion. Ce dernier se fonde d'une part sur le langage comme médium créant la possibilité d'une raison fondée sur la communication<sup>51</sup>. D'autre part, s'il s'inscrit, dans la perspective d'une autolégislation par les citoyens, d'une institutionnalisation sous forme juridique, il prend la forme d'un principe démocratique, lequel présuppose une liberté communicationnelle ouverte à chacun de manière égale<sup>52</sup>. Cette liberté se met en œuvre par la coopération dans

---

<sup>48</sup> J. HABERMAS, *L'espace public, op. cit.*. Il faut y ajouter la publicité des travaux préparatoires (principalement l'exposé des motifs tel que préparé par le gouvernement).

<sup>49</sup> Voir ci-dessus, note 14.

<sup>50</sup> Sur tout ce qui suit, v. J. HABERMAS, *Droit et démocratie, op. cit.*, notamment p. 153, sur ces liaisons constitutives de l'État de droit (sans prendre en compte ici les thèses anthropologiques sur leur genèse, qui suivent p. 159 *sq.*), p. 163, 165.

<sup>51</sup> J. HABERMAS, *L'espace public, op. cit.*, p. 17, 24

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 135 *sq.*

une procédure au cours de laquelle les arguments sont échangés et confrontés, une pratique argumentative dont

l'intuition fondamentale [...] se caractérise par l'intention d'emporter, à propos d'une assertion litigieuse, l'adhésion d'une "communauté" homogène de citoyens, un "nous" formant corps, et ce dans une compétition, sans contrainte, mais réglée, dont l'enjeu serait le meilleur argument sur la base des meilleures informations et des meilleures raisons<sup>53</sup>.

Le droit positif ne peut plus emprunter sa légitimité à un droit moral supérieur, mais seulement à une procédure de formation de l'opinion et de la volonté présumée raisonnable [...]. [Le principe de base est que] peuvent accéder à la légitimité, parmi les modes d'action et les réglementations, précisément ceux et celles que toutes les personnes susceptibles d'être concernées pourraient approuver en participant à des discussions rationnelles. [...]

*En tant que sujets de droit*, il faut [à toutes les personnes concernées] ancrer cette pratique d'autolégitimation dans le médium du droit lui-même ; il leur faut institutionnaliser en termes de droit les présuppositions communicationnelles et les procédures mêmes d'un processus de formation de l'opinion et de la volonté politique dans lequel le principe de discussion est appliqué<sup>54</sup>.

Il y a bien ainsi autotranscendance<sup>55</sup> : s'il y a sujets de droit, c'est qu'il y a déjà un ordre juridique, dont la légitimité doit être assise sur le principe de discussion, bien qu'il ne soit pas encore ancré dans l'ordre juridique. Cela signifie qu'il y a un processus politique et moral qui, historiquement, a conduit au droit de l'État de droit, dans lequel les questions de justice sont tranchées dans des procédures démocratiques.

Pour que, ainsi, la justice arrive à être prise en compte dans le droit, il faut que toutes les garanties consubstantielles à l'État de droit existent effectivement : est requise la garantie juridique qu'une situation communicationnelle libre soit juridiquement assurée. On peut le formuler en recourant au concept de déconstruction (sans prétendre être fidèle au sens de ce terme dans la pensée de Derrida) : il n'y a de possibilité de justice que dans les États dont l'ordre juridique reconnaît le droit de chacun à l'exercice de la déconstruction des règles juridiques.

## **B. De l'accessibilité du concept de justice à la rationalité**

Il y a chez Habermas une conception de la justice qui ne serait jamais ambiguë à condition qu'elle soit déterminée dans un processus réglé de communication

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 248 sq., en part. p. 251. On retrouve les termes de « communauté » homogène de citoyens, un « nous » formant corps, un « auditoire universel » — cette dernière expression ayant aussi été employée par Chaïm Puf, in C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*. Au-delà du positivisme juridique Paris, L.G.D.J., 1984, p. 95, et C. PERELMAN, L. OBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Paris, PUF, 1979, p. 40 sq. Cependant, chez Habermas, les termes paraissent désigner directement les destinataires du message, qui forment une « communauté » de citoyens, un « nous » (par exemple HABERMAS, *ibid.*, p. 179), alors que, chez Perelman, il s'agit de montrer la perspective dans laquelle le destinataire le conçoit. V. P. MOOR, *Le travail du droit*, op. cit., p. 227 sq., où est mise en lumière la nature qu'a le concept chez Perelman d'une fiction servant de destinataire-modèle fictif.

<sup>54</sup> J. HABERMAS, *L'espace public*, op. cit., p. 488 sq., 491 (italiques de l'auteur).

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 18 in fine, p. 491.

rationnelle, au moins dans une culture historiquement déterminée. Il devrait paraître clair qu'il écrit dans une perspective kantienne, notamment, que les règles justes sont celles qui sont universalisables, du moins dans un processus de communication rationnelle<sup>56</sup>. « C'est pourquoi la justice n'est pas une valeur parmi d'autres<sup>57</sup> ». Mais il n'y a pas de justice en soi, reconnaissable par tous après une discussion ouverte et égale. Ce qui s'affronte, ce sont des *discours* de justice, lesquels définissent différemment, suivant les acteurs de la confrontation, ce qu'il faut entendre par justice – et qui ne prennent véritablement sens que si on inclut dans le « concept » de justice ce par quoi ces acteurs le pensent, quelles que soient les rationalités affichées.

Habermas ne discute cependant pas le concept de « rationalité », qui semble chez lui un héritage de la pensée des Lumières<sup>58</sup>. Or toute argumentation, quelque « rationnelle » qu'elle soit, a une fin – convaincre son destinataire du bien-fondé de la conclusion à laquelle elle veut le mener – elle est donc construite en fonction de cette conclusion, qui y est donc toujours déjà contenue en même temps que la valeur de justice dont elle entend qu'elle soit consacrée. En matière d'organisation sociale, toute rationalité est empreinte par la vision que celui qui l'affiche et ne peut être qu'une prétention de rationalité – au mieux une « raisonnabilité » – exprimant la vision nécessairement politique d'une « bonne » organisation, soutenue par des arguments qui se réfèrent à des circonstances ou des expériences purement factuelles, lesquelles sont interprétées en fonction du but poursuivi – faire adopter le modèle d'organisation dit « juste » par celui qui les expose.

De plus, la discussion est bien un échange contradictoire d'arguments, dont la fin idéale est un consensus – au prix, il est vrai, de négociations aboutissant à des compromis. Or le compromis, fruit, pour chaque partie, de sacrifices sur ses revendications, ne concerne pas la rationalité des argumentations échangées, qu'il n'augmente ni ne diminue, ni ne consacre, mais l'acceptabilité par elles de ce qu'elles perdent dans la solution du débat, après avoir fait, chacune de son côté, un calcul de pertes et profits; calculs qui peuvent bien être rationnels, mais dans un autre sens du terme – celui d'une appréciation globale de la situation, en fonction de laquelle elles peuvent chacune de son côté accepter le compromis. Ces rationalités ne sont pas partagées, mais, bien au contraire, il y en a autant que de parties.

### C. État de droit et permanence des situations conflictuelles

De manière congruente, Habermas ne problématise pas les situations conflictuelles; plus largement le concept de conflit paraît absent dans la théorie du principe de discussion, à une exception importante près<sup>59</sup>. Il admet que toute décision est faillible, et, par conséquent, qu'elle « ne constitue qu'une césure dans une discussion continue, fixant en quelque sorte le résultat intérimaire d'une formation de l'opinion au moyen de la discussion [...] la règle de la majorité concerne un lien

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 18, 127, 170 notamment.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 172 ; mais la phrase qui suit – « les valeurs sont toujours en concurrence avec d'autres valeurs » – n'introduit-elle pas une ambiguïté : la justice est-elle ou non, parmi d'autres, une ces valeurs toujours en concurrence ?

<sup>58</sup> C'est pourquoi nous avons préconisé l'emploi du terme de « raisonnabilité », au lieu de « rationalité », pour désigner la plus ou moins grande qualité d'une argumentation (P. MOOR, *Le travail du droit*, *op. cit.*, p. 37, note 49).

<sup>59</sup> J. HABERMAS, *L'espace public*, *op. cit.*, p. 199.

interne avec la recherche de la vérité ». Envisagé ainsi, le principe de discussion est conçu pour se réaliser de manière permanente : il suffira d'un changement de majorité au sein de l'organe pour renverser la décision prise antérieurement.

Est ainsi introduite une certaine dynamique, non seulement dans la conception du principe de discussion, mais, en même temps, c'est la valeur de la justice, une fois entérinée par une décision majoritaire, qui est relativisée par la possibilité qui lui est inhérente d'être renversée par la minorité devenue à son tour majoritaire. Les règles de procédure essentielles sont dans cette perspective celles qui régissent la composition des organes de décision et leur renouvellement, car ce sont elles qui garantissent la continuité de la discussion en un processus qui, potentiellement, devient infini.

On peut alors préciser la portée de l'État de droit à la lumière du principe de discussion et le jeu qui s'y déroule autour du rôle des théories de la justice. Le propre de l'organisation du politique dans un État de droit est de permettre à la population (pour employer un terme plus neutre que « communauté ») de pouvoir vivre ensemble malgré la persistance de conflits auxquels la communication rationnelle entre citoyens « raisonnables » n'arrive pas à mettre fin. La persistance du conflit autour des conceptions divergentes sur la justice y est assumée, et même institutionnalisée sous la forme des règles sur le renouvellement des autorités, ce qui permet à une politique démocratique de remplir de manière permanente sa fonction d'organisation des rapports avec les conceptions dominantes (même transitoires) de la justice<sup>60</sup>. Ce ne sont pas seulement les opinions d'autrui qu'il faut respecter ; est constitutive au cœur même de l'État de droit la légitimité même de la coexistence, pacifique parce qu'institutionnalisée par le droit, au sein de la collectivité de situations de conflits au sujet des conceptions de la justice.

### Pierre Moor

Titulaire de la chaire de droit administratif à la Faculté de droit de l'université de Lausanne de 1970 à 2005, professeur honoraire de cette Université, docteur *honoris causa* de l'université de Bâle, auteur d'un traité de droit administratif plusieurs fois réédité et de quatre ouvrages de théorie du droit : *Pour une théorie micropolitique du droit* (2005), *Dynamique du système juridique* (2010), *Perméabilités du système juridique* (2016), et plus récemment, *Le travail du droit* (2021).

---

<sup>60</sup> Dans *Droit et démocratie*, Habermas met constamment en relation le principe de discussion avec l'organisation démocratique. V. J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, *passim*.



#### COLOPHON

Ce numéro de *Droit & Philosophie* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2606-4596

# DROIT & PHILOSOPHIE

Depuis son sixième volume, l'Annuaire de l'Institut Michel Villey est devenu Droit & Philosophie. Droit & Philosophie se veut revue des intersections : entre droit et philosophie, mais aussi entre la culture juridique et la pensée théorique sur le droit, toutes deux appréhendées dans leur contexte historique de longue durée.

Sous le titre Métamorphoses (du sujet) de droit, ce dix-septième volume, dirigé par Élodie Djordjevic et Themistoklis Raptopoulos, souhaite participer à l'entreprise d'enquête et de clarification conceptuelles requise par les transformations contemporaines au moins apparentes du droit et du sujet de droit, en revenant thématiquement sur la détermination du sujet de droit, en étudiant la façon dont ces modifications conduisent à interroger le nœud, à première vue solide, entre reconnaissance comme sujet de droit et possibilité de se voir juridiquement protégé, en examinant, enfin, la manière dont elles mettent à l'épreuve l'opposition structurante entre objets et sujets de droit et remanient ces catégories juridiques fondamentales.

Dans ce même volume, une traduction inédite d'un texte de Joseph Raz (proposée par Jean-Fabien Spitz), est suivie de l'article lauréat du Prix SFPJ 2024 (Isiane Lapouje). Une contribution de Pierre Moor, consacrée à la justice et au droit de l'État de droit, complète cette livraison.