

YAN THOMAS

*Le Sujet de droit,
la personne et la nature*

SUR LA CRITIQUE CONTEMPORAINE
DU SUJET DE DROIT

Présenté par
THOMAS PIEL



ÉDITIONS ALLIA

16, RUE CHARLEMAGNE, PARIS IV^e

2026

Le présent texte a paru pour la première fois dans
Le Débat, n° 100, mai-août 1998.

En couverture : *La Salle des pas perdus de l'ancien palais
de Justice de Paris*, gravure de Charles Meryon d'après
Jacques Androuet du Cerceau, 1855.

© Éditions Allia, Paris, 2026.

PRÉFACE

L'EXIGENCE de rationalité propre à la pensée juridique peut-elle se fonder sur la connaissance d'une "nature" donnée qui viendrait la légitimer et qu'elle se bornerait à traduire? Les normes que recherche le droit sont-elles immédiatement observables, dans le grand livre de la nature, et susceptibles d'y être lues pour discerner le juste et l'injuste, conformément au rêve sans cesse renaissant d'une fusion du droit et du fait, du normatif et du normal ou du vital? Dans le champ de la pensée juridique romaine, l'argumentation fondée sur la "nature", concevant celle-ci comme source de droit, fut tardive et seulement subsidiaire: c'est la *loi*, à Rome, qui ouvre la sphère du *droit*, et les juristes romains n'allèrent jamais eux-mêmes de la *iustitia* vers le *ius*, ni ne firent paraître l'instance d'un droit naturel dans l'énumération des divisions du droit et la présentation de ses sources. Lorsque le Corpus de Justinien fut reçu et se déploya ensuite dans les universités médiévales dès la

fin du XI^e siècle, à Bologne d'abord, les interprètes eurent dès lors à affronter la question de concilier la saisissante puissance de transformation du monde naturel, que constituait le droit romain, avec l'intangibilité et l'indisponibilité d'une nature voulue et créée par Dieu. Comment penser, avec Rome, le statut radicalement artificiel d'une institutionnalité purement juridique, édifiée sans aucune référence métajuridique ou éthique, c'est-à-dire sans aucune référence à une nature première et se voulant légitimante? Ici s'ouvre la dimension propre au droit, et irréductible à l'éthique, que Yan Thomas plaça au cœur de toute sa réflexion, dans l'inlassable méditation des sources du droit romain et des formes spécifiques de la pensée juridique à laquelle il se voua. Comment concevoir l'institution juridique de la nature et que veut dire, en droit, *instituere*, c'est encore la question qui forme le foyer du texte que nous proposons ici au lecteur, publié en 1998, où se trouvent condensées les lignes directrices d'une réflexion dans laquelle l'histoire au long cours du droit romain vient révéler puissamment et avec virulence – c'est-à-dire aussi avec patience et lenteur – ce qui tisse encore notre présent.

Né en 1943 à Alger, Yan Thomas fut d'abord magistrat, vice-consul en Inde, puis professeur agrégé d'histoire du droit à l'Université de Rouen, avant de consacrer l'ensemble de son travail, jusqu'à sa mort brutale en 2008, à une connaissance intime du droit romain attentive dans les moindres détails à sa langue, à l'ensemble de ses sources, aux formes distinctes de pensée qu'il met en œuvre, en particulier à l'École française de Rome et au sein de l'EHESS, où il fut le fondateur et le directeur du Centre d'études des normes juridiques.

Les travaux de Yan Thomas se fondent sur deux questions directrices. Tout d'abord, par-delà la pratique courante et anhistorique d'une "axiologie des principes du droit" en laquelle la pensée libérale "trouve sa métaphysique", la question est celle – préalable – de la compréhension d'une langue et de sa composition, de sa sémantique propre, avec toutes les exigences qu'elle requiert¹. Comment penser alors la dimension propre dans laquelle se déploie la pensée du droit, sinon en reconnaissant de la

1. Yan Thomas, "La langue du droit romain. Problèmes et méthodes", *Archives de philosophie du droit*, n° 18, 1973, p. 103 sq.

manière la plus radicale sa portée instituante¹? L'espace du droit – notre texte ne cesse de le méditer à nouveau, dans les multiples questions qu'il aborde, l'articulation des notions de "personne" et de "sujet", la distinction entre le sujet psychologique et le sujet de droit, ou encore la question des choses "publiques" et "communes" à tous les hommes –, l'espace du droit est celui toujours provisoire et institué, dans le tissu d'une longue histoire qui se renoue sans cesse à elle-même, de la *fictio* juridique, surmontant l'indisponibilité du naturel, dans un plein écart avec toute "nature" intuitivement donnée au préalable comme un réel premier dans lequel les institutions puiseraient leur sens.

La "fiction" que pratique le droit romain, soulignait Thomas, se distingue de toutes les autres en ce qu'elle enveloppe toujours la précision qu'elle suppose non le vrai, mais le faux. Le procédé consistait à déclarer les faits autres qu'ils n'étaient et à "tirer de cette adulation même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui se fussent attachées à la vérité ainsi feinte, si celle-ci eût existé

1. "*Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales" (1995), in *Les Opérations du droit*, Paris, EHESS-Gallimard-Seuil, 2011, p. 133 sq.

sous ses dehors d'emprunt"¹. Dans un procédé constant de dénaturation, le droit "anticipe", "suspend", "reporte" le temps, l'"immobilise" ou l'"abolit", donnant naissance à des instruments juridiques neufs substituant les unes aux autres les choses (subrogation réelle), les personnes (subrogation personnelle et représentation), les lieux. Un vivant pouvait être tenu pour déjà mort (mort civile), un mort pour encore vivant (successions jacentes), un être à naître pouvait être considéré comme déjà né (droit des posthumes quand un père meurt avant la naissance de l'enfant), ou un être non encore conçu comme né et déjà mort (dans le cas des fondations perpétuelles et des substitutions d'héritiers sur plusieurs générations). La temporalité juridique, *instituée*, ne se confond ni avec le temps de la vie, ni avec celui psychologique du désir – et cette disjonction fondamentale entre la temporalité dans laquelle un événement se vit, et celle que l'on *suppose* afin d'imputer des droits, n'a cessé de s'étendre de façon illimitée à toutes les dimensions de la vie sociale. Le domaine du droit est l'*irréel* juridique et une limite en droit n'est jamais qu'une

1. "Les artifices de la vérité en droit commun médiéval", *L'Homme*, 175-176, 2005, p. 115.

limite posée par le droit, qui ne se constate pas mais s'interprète, dans l'acte même où le droit intègre ce qui se présente à son dispositif, lui permettant ainsi de *faire sens*. "Dans la très longue tradition juridique qui conduit du droit romain au droit moderne à travers la scolastique, tout accès intuitif et immédiat à la nature, à la nature des choses et à l'équité qui les gouverne, est antithétique de l'idée même de droit"¹. L'"impossible" lui-même n'opère qu'à travers des interprétations, "raison pour laquelle il est posé par la loi, qui le soumet à un pouvoir d'appréciation et le fait ainsi échapper, comme tout pouvoir juridique d'appréciation, alors même qu'il s'agirait d'apprécier ce qu'il y a de plus 'manifeste', à la pure objectivité d'un jugement de connaissance"².

Loin, pourtant, – et c'est bien là le point décisif –, de reconduire le droit à une technique rationnelle de transformation illimitée de la nature, où s'exercerait la maîtrise unilatérale d'un sujet souverain, au prisme d'une conception volontariste moderne qui s'épuise aujourd'hui sous nos yeux, ces réflexions

1. *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche* (avec Olivier Cayla), Paris, Gallimard, 2002, p. 118 sq.

2. *Ibid.*, p. 121.

ouvrent, à la question de la possibilité d'une protection de la terre et d'une habitation des choses pérennes, son juste espace de jeu, l'espace où elle pourra seulement être posée et créer ses propres conditions de possibilité. La nature, à la lumière du droit romain, ne se trouve pas purement et simplement "destituée", "isolée dans un inaccessible avant"¹ : elle fait retour, de diverses manières, susceptible alors seulement de se trouver véritablement instituée, forgée juridiquement comme nature, soit en tant que survivance soit comme restaurée, au titre des "choses communes", des *res communes*, comme l'air, la mer et ses rivages, qui subsistent hors de l'emprise des cités et "constituent en dehors de toute cité un modèle pour ces choses qui, dans les cités, sont qualifiées de publiques, et dont l'usage est commun : fleuves, routes, places, théâtres, marchés, bains, etc."² C'est l'essence même de la propriété qui offre alors un autre

1. "L'institution de la nature", in *Les Opérations du droit*, *op. cit.*, p. 26.

2. *Ibid.*, p. 27. Cf. p. 35 : "L'un des thèmes majeurs du droit naturel est mis ici au service d'une technique : tout se passe comme si le droit forgeait la nature. On feint de croire que le droit rétablit casuellement un régime naturel que le droit a fait disparaître."

visage. “Car les juristes ne conçoivent pas ces biens comme propriété de l’État, mais plutôt comme copropriété des *cives*: appropriation collective qui leur vaut parfois l’appellation de *res universitatis*.” *Res communes* et *res publicae* ne se confondent pas “mais leur association s’impose, comme si la jouissance commune de la nature anticipait sur l’indivision entre citoyens”. Le statut d’extrapatrimonialité puisant sa source dans la nature s’utilise comme artifice pour produire dans les coutumes des cités de la liberté institutionnelle; aussi n’y a-t-il pas à s’étonner si “les juristes de l’Empire définissaient les rivages de la mer, indifféremment, comme communs ou comme publics. Ni s’ils combinaient ces notions en postulant un ‘usage commun de choses publiques’ et un ‘usage public des choses communes’. Ces oscillations ne sont probablement le signe ni d’une hésitation doctrinale, ni d’une évolution historique. Simplement, la copropriété des *res publicae* était conçue comme la forme propre aux cités d’une communauté qui d’abord avait été une norme de la nature, avant que le droit l’enfermât dans d’étroites limites”¹.

1. *Ibid.*, p. 27-28.

Choses “communes” et “publiques” se prolongent l’une l’autre, fondant l’institution d’une multitude de “choses” d’usage collectif, nature et droit cessant dès lors de s’opposer, pour *offrir chacun un miroir à l’autre*: “la nature préfigure les institutions, tout en étant définie par elles”¹. Loin de la voie d’une “subjectivation de la nature”² et d’une personnification d’entités naturelles, dont il souligne les multiples apories et limites, l’historien du droit romain cherche un chemin plus conforme aux structures profondes de notre culture juridique, dans la tradition ancienne du *ius commune*, en interrogeant le statut des “choses hors commerce”, frappées d’indisponibilité et sanctuarisées dans un espace d’inaliénabilité: celui de “choses communes à tous les hommes”, inappropriables à quiconque en particulier; “or cette catégorie ne présume pas moins que les précédentes une construction juridique: cette construction est rien de moins que celle d’une unité du genre humain”³. La considération romaine des “choses”, que les réflexions de Yan Thomas

1. *Ibid.*, p. 27.

2. Cf. *infra*, p. 42 *sq.*

3. *Infra*, p. 50.

n'ont jamais cessé d'approfondir¹, forme au fil de toutes ces questions l'un des traits les plus essentiels et les plus précieux de cette pensée juridique. L'un des plus difficiles à saisir aussi, nous conduisant au plus loin du clivage entre "le domaine subjectif de l'action et le domaine objectif des choses", entre "liberté de la personne et passivité de la nature"², sur lequel est fondée aujourd'hui notre compréhension du droit. L'*ars iuris* romain, à la lumière d'une tout autre expérience de ce que nomme le mot *droit*, et de l'"institution de la nature" au double sens du génitif, ouvre pour nous la voie de questions à la fois immémoriales et neuves, qui attendent encore que nous parvenions à en réaccomplir pleinement le sens, et à mesurer la sagesse que nous pouvons puiser en elles.

Se trouvait ainsi mise en lumière l'une des démarches les plus propres de la culture juridique européenne antique et médiévale, manifestant en toute clarté que le droit, loin de se référer au monde réel pour le traduire

1. De *Causa*. *Sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, Paris, 1976 à, notamment, "La valeur des choses. Le droit romain hors la religion", *Annales*, 6, 2002.

2. "Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain", *Archives de philosophie du droit*, 25, 1980, p. 413-414.