

Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ?

J'exprime mes plus vifs remerciements à mes collègues et amis japonais qui me donnent l'occasion de préciser mes positions par rapport à l'*Histoire du droit des biens* (2008)¹ et de participer à un dialogue franco-japonais spécialement consacré, par plusieurs textes, à la question de la propriété².

Propriété, droit des biens, droits réels, la variété des expressions utilisées au Japon et en France peut donner l'impression que le *Minpo* privilégie une approche en termes de « droits » (au pluriel) alors que le Code Napoléon serait centré sur la propriété (au singulier). L'historien du droit retrouve ici une problématique connue et développée depuis plusieurs années, notamment par les célèbres travaux de Paolo Grossi : faut-il distinguer des systèmes juridiques fondés sur le monisme d'une propriété unifiée (comme le droit français du Code Napoléon qui part de la table rase des propriétés simultanées ou superposées de l'ancien droit) et ceux qui connaissent une pluralité de régimes pour des propriétés appliquées à des biens de nature différente (avec l'exemple de la séparation entre *personal property* et *real property* dans le *common law*)³ ? Plus généralement faut-il insister sur les continuités ou sur les ruptures dans l'histoire, souvent présentée comme immobile, du droit de propriété ? Sans chercher le moins du monde à défendre une conception universelle, univoque et linéaire, de l'histoire du droit des biens de l'Antiquité à nos jours, nous voudrions ici présenter quelques hypothèses sur les spécificités de cette histoire. Il ne s'agit pas pour nous de faire de la dogmatique juridique, mais de chercher à comprendre les phénomènes juridiques dans une perspective diachronique en faisant appel à des outils de la théorie du droit. Nous essaierons de montrer, tout d'abord, que la formalisation juridique de la propriété est une innovation apparue à des époques différentes selon les aires culturelles. Dans un deuxième temps, nous reviendrons sur la question des origines du lien entre propriété et droit subjectif. Enfin, nous envisagerons

¹ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008.

² S. Harada, « Notion de propriété : traits caractéristiques en droit japonais », in Centre français de droit comparé, Société de législation comparée, *Études de droit japonais*, Paris, 1999, vol. II, p. 116-117 ; M. Xifaras ; « Instruments, dogmes et modèles : note sur quelques théories contemporaines de la propriété », *Keio Law Journal*, 2009-1, p. 323-352 (texte en japonais).

³ P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006.

les tensions entre la multiplicité des régimes de propriété et les tentatives d'unification théorique, en mettant particulièrement l'accent sur les caractères de l'action en revendication.

I. La formalisation juridique de la propriété

Si l'on veut bien tirer les conséquences logiques du postulat positiviste _ selon lequel le droit résulte de conventions _, il faut abandonner l'adage latin, si souvent cité par les juristes, « *ubi societas, ibi jus* ». Le droit est une technologie qui suppose la réunion d'un certain nombre de critères formels, correspondant aux « règles secondaires » de reconnaissance, de changement et d'adjudication si l'on suit le schéma proposé par Hart⁴. Toutes les civilisations n'ont pas connu un droit ; le droit, comme la monnaie, a été « inventé » en des lieux séparés et sans influence au départ les uns sur les autres (à Rome, mais aussi en Chine, et plus tard dans le monde islamique). Concernant l'appropriation des biens, cela signifie qu'il a existé des formes multiples (que l'on peut essayer de qualifier d'individuelles ou de collectives) de domination des hommes sur les choses bien avant leur appréhension par le droit. De même que le travail est bien antérieur au droit du travail et subsiste aujourd'hui encore, dans de nombreuses aires géographiques, en dehors du droit sous l'appellation de « travail informel », nous proposons, en nous inspirant des travaux de l'économiste Hernando de Soto sur le régime « extra-légal » des terres en Amérique du Sud, aux Philippines ou en Égypte⁵, de parler de « propriété informelle » pour tous ces rapports de pouvoir, notamment dans le domaine foncier, qui se sont fort bien passés du recours à la technologie juridique. Partant de cette idée que l'appropriation précède le droit et peut lui échapper, il faut alors rechercher quand et comment a été formalisé un droit de propriété, en se tournant vers les sociétés qui ont inventé et répandu la technologie juridique : Rome, mais aussi la Chine et plus tard le monde islamique.

⁴ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. fr. Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 116-125. Nous avons proposé une analyse historique insistant sur la règle de changement : J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p. 7-13.

⁵ H. de Soto, *Le mystère du capital. Pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, trad. fr. Michel Le Seac'h, Paris, Flammarion, 2005.

A. L'invention d'un droit de propriété sous forme d'action : l'originalité romaine

L'Antiquité a connu, notamment au Proche-Orient, des sociétés avec une domination politique (le terme de *polities* en anglais évite d'avoir recours au vocabulaire étatique) et économique-sociale qui n'ont pas eu recours au droit. Les gouvernants étaient les principaux détenteurs des richesses, notamment des richesses foncières, et ils appuyaient leur pouvoir sur les hommes et sur les choses par la force, sinon la violence, ce qui ne les empêchait pas de connaître des modes de résolution pacifique des conflits, voire des juges. Les non-propriétaires étaient bien incapables de contester ce pouvoir d'appropriation. Dans l'Égypte pharaonique, le fonctionnement de l'impôt est l'arme d'un pouvoir qui pouvait se passer des techniques de la propriété : il faut attendre le Nouvel Empire pour avoir de rares mentions de ventes de propriétés individuelles et, comme il n'est resté aucune trace d'une quelconque législation pharaonique ou de procès sur la propriété⁶, on peut douter de l'existence du droit de propriété. Dans d'autres civilisations du Proche-Orient, y compris dans la tradition biblique, il y a bien des témoignages d'une sanction du vol, de règles relatives à la vente ou aux successions, mais il ne semble pas que les propriétaires aient vu leur « droit » reconnu en justice par une action s'étendant aussi à la domination foncière.

La reconnaissance juridique de la propriété suppose l'existence d'une technologie du changement par le droit et la possibilité de recourir à un juge pour trancher un procès opposant deux prétentions rivales sur le même bien. L'invention du droit, telle que l'on peut la constater à Rome à partir de la loi des XII Tables au V^e siècle avant J.-C.⁷, s'accompagne d'une différenciation sociale (entre la plèbe et le patriciat, et notamment entre les plébéiens les plus fortunés et les patriciens) qui rend possible (ce qui ne veut pas dire fréquent) un procès sur la propriété d'un bien, qu'il s'agisse d'une terre ou d'un esclave. Si l'on admet que la loi des XII Tables contient une règle sur l'acquisition des biens, y compris des terres, par usucapion et connaît une procédure en « revendication », sous la forme du *sacramentum in rem*, avec la célèbre formule du *meum esse* (cette chose

⁶ De même, les possesseurs de bateaux dans les îles de la Nouvelle-Guinée étudiées par l'anthropologue B. Malinowski ne paraissent pas avoir connu de contestation judiciaire sur leurs biens avant l'intervention des Occidentaux.

⁷ A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2009.

est à moi) que l'on retrouve dans l'acte formaliste de transfert de la mancipation, il faut envisager que ces règles avaient un minimum d'utilité pour encadrer des transferts de propriété et surtout autoriser des contestations judiciaires sur la propriété qui elles n'étaient pas possibles dans un régime de non-droit. Dès cette époque, alors que l'action judiciaire est très probablement réservée aux plus puissants⁸, la compétition sociale entre deux puissants a pu susciter des procès sur l'appropriation des terres. Plus tard, sous la République, l'importance donnée à la « petite » propriété paysanne, censée permettre le recrutement de soldats, et la distribution de lots de terres dans les colonies latines ont vraisemblablement développé l'usage de l'action en revendication au-delà des hypothèses du vol ou du transfert de biens mobiliers connues dans d'autres civilisations. L'institution, réalisée sous l'Empire, d'un cadastre cherchant à identifier et à fixer les limites des terrains, de même que l'apparente rareté du recours à l'expropriation forcée pour des travaux publics entrepris par la cité témoignent de l'ancrage de cette propriété juridiquement formalisée dans la civilisation romaine.

Travaillant sur les textes de la loi des XII Tables, puis sur l'édit du préteur, les juristes romains ont été logiquement conduits à envisager ces développements d'une propriété formalisée bien avant d'utiliser le terme technique de *dominium*, c'est-à-dire à partir du I^{er} siècle avant J.-C. Le comparatiste britannique Lawson avait noté combien le droit romain avait été conçu par ces juristes comme un droit en mouvement, attentif aux changements⁹ : la casuistique sur les biens est tournée vers les modes d'acquisition de la propriété, ce qui a conduit les Prudents vers la subtile notion de possession, une maîtrise de fait susceptible d'avoir des effets juridiques. La propriété nous paraît tenir une place centrale dans la jurisprudence romaine, si l'on en croit l'affirmation d'Ulpien selon laquelle tout le droit consiste à acquérir, conserver ou diminuer¹⁰.

Cette tradition romaine, redécouverte à partir de la fin du XI^e siècle en Italie, a eu naturellement une influence considérable en Occident et même au-delà à travers la

⁸ J. M. Kelly, *Roman Litigation*, Oxford, 1966 insiste sur l'impossibilité pratique pour un humble demandeur d'attirer en justice, dans la procédure des actions de la loi, un défendeur puissant.

⁹ F. A. Lawson, *A Common Lawyer looks at the Civil Law*, Ann Arbor, University of Michigan, Law School, 1953, p. 96-97.

¹⁰ D. 1, 3, 41.

domination coloniale. Nous sommes tenté de penser que même la saisine dite coutumière, qui donne lieu au plus grand nombre de procès devant les juridictions royales en France et en Angleterre au XIII^e siècle, n'est pas étrangère à l'influence du droit romain de la propriété¹¹.

B. Une situation plus équivoque dans d'autres aires culturelles

En insistant sur l'invention du droit comme technologie du changement, nous n'avons nullement la prétention de réserver aux Romains et aux civilisations occidentales le monopole des formes juridiques¹². Sur la base des travaux des spécialistes de ces aires culturelles, nous reconnaissons que la technologie juridique, avec le recours à des lois susceptibles de changement, a été aussi inventée en Chine entre le VI^e et le III^e siècle avant J.-C.¹³, sans aucun lien bien évidemment avec la civilisation romaine. De même, il ne fait pas de doute que le droit musulman, développé par des écoles de juristes à partir du Coran et des actes ou paroles du Prophète (*Sunna*), constitue un système normatif faisant appel aux règles secondaires caractéristiques des ordres juridiques, y compris la règle de changement¹⁴. Sans aborder ici la difficile question d'éventuelles influences du droit romain (ou byzantin) sur le droit musulman, il y a lieu de considérer que se s'est formée, dans le monde islamique, une tradition juridique qui a connu une large expansion comme celle de la Chine _ il suffit de penser à sa pénétration au Japon _ ou de Rome.

¹¹ Le développement de ces actions est contemporain de l'intérêt des juristes connaissant le droit romain (par exemple, Beaumanoir ou Bracton) pour la distinction romaine entre pétitoire et possessoire ; là encore, on peut supposer que les plus puissants étaient plus (voire seuls) capables de défendre en justice une saisine foncière.

¹² J.-L. Halpérin, « The Concept of Law : A Western Transplant ? », *Theoretical Inquiries in Law*, July 2009, vol. 10/2, p. 333-354.

¹³ Particulièrement probante nous paraît la découverte archéologique, dans les tombes du Hubei, de planches de bambous citant des lois du IV^e et du III^e siècle avant notre ère, avec des indications sur les conditions d'abrogation d'un texte plus ancien par un texte plus récent : Y. Liu, *Origins of Chinese Law. Penal and Administrative Law in its early Development*, Hong Kong-Oxford-New York, Oxford University Press, 1998, p. 202.

¹⁴ Sur la notion d'abrogation en droit musulman, B. G. Weiss, *The Spirit of Islamic Law*, Athens-London, The University of Georgia Press, 1998, p. 113.

Ces traditions juridiques ont-elles donné la même importance que le droit romain à la formalisation technique de la propriété ? Sans prétendre à une quelconque supériorité du droit romain, nous ne le croyons pas. Il est bien connu que le droit chinois, développé dans une série de codes impériaux dont les textes sont connus à partir des Tang (le code de 725-732 est le premier dont le texte nous soit intégralement parvenu), est centré sur des dispositions pénales destinées à maintenir l'ordre politique et social auxquelles s'ajoutent des prescriptions de nature administrative sur les impôts, l'armée ou la production des denrées. Cette orientation fait appel à des notions d'appropriation des biens à travers la sanction des vols, les règles de succession ou la réglementation des échanges. Elle ne concerne pas, en revanche, des possibilités d'action en revendication de la propriété foncière. Malgré les efforts de certains empereurs pour égaliser la propriété¹⁵, le régime foncier dans la Chine impériale est resté caractérisé par la domination des grands propriétaires sous l'autorité d'un pouvoir impérial, soucieux avant tout de prélever l'impôt sur le fondement d'une sorte de domaine éminent. Les petits paysans n'ont jamais paru en mesure de faire valoir des droits fonciers en justice et si les procès « civils » font apparaître, sous la dynastie Mandchoue, des questions de propriété, les procédures officielles des mutations immobilières paraissent avoir été contournées, au XVIII^e et au XIX^e siècle, pour éviter le paiement de l'impôt¹⁶. La propriété informelle l'a probablement emporté sur ces tentatives limitées de formalisation juridique.

Les questions se posent différemment dans le droit musulman du Moyen Âge et des Temps modernes, en fonction notamment de la variété des structures politiques qui ont répandu ce droit des premiers califes jusqu'à l'empire ottoman. Le Coran n'est pas très explicite sur la propriété, sinon pour dire que c'est un don de Dieu qui doit servir, sans excès, aux besoins des hommes. La doctrine du *fiqh* (connaissance de la loi) fait certes référence au propriétaire comme prototype de la personne juridique alors que les califes Abbassides se montrent plutôt favorables à l'émancipation des petits propriétaires

¹⁵ Sur l'action en ce sens des conquérants du Nord après la fin de la dynastie Han, É. Balazs, *La Bureaucratie céleste. Recherches sur l'économie et la société de la Chine traditionnelle*, Paris, Gallimard, 1968, p. 182.

¹⁶ M. Zelin, J. K. Ocko, R. Gardella (eds.), *Contract and Property in Early Modern China*, Stanford, Stanford University Press, 2004.

paysans¹⁷. Mais par la suite, notamment dans l'empire ottoman, les préoccupations fiscales l'emportent sur le respect des propriétés privées. L'affirmation d'un domaine éminent du trésor public sur toutes les terres, combinée aux concessions faites aux grands propriétaires devenus aux XVII^e et XVIII^e siècles des percepteurs de rentes et d'impôts, a probablement contribué à diminuer le rôle de la propriété privée dans la pratique judiciaire. Là encore le système de domination politique et sociale n'a pas eu besoin de recourir à des techniques juridiques sophistiquées pour s'imposer aux plus humbles. Le cas de l'Inde des Grands Moghols, avant l'arrivée des colonisateurs britanniques, nous fournit un dernier exemple de l'importance de la propriété informelle. Sans aborder de front la question délicate de l'existence d'un « droit hindou » et de sa reconnaissance comme loi personnelle par les conquérants musulmans, il faut constater ici aussi la prédominance d'un système fiscal qui confond perception des impôts et maîtrise foncière au profit de grands « propriétaires », les *zamindars*. Quand les colonisateurs britanniques ont voulu, à la fin du XVIII^e siècle, reconnaître un droit de propriété à ces *zamindars* ou des formes de possession pour les petits paysans, ils ont littéralement inventé dans les compilations de droit hindou, qu'ils faisaient rédiger sous les noms romains de Code ou de Digeste, une notion de droit de propriété (avec l'emploi du terme anglais d'*ownership*) sans aucune base dans la tradition du droit antérieur¹⁸.

Il nous semble donc que le droit romain possède, par rapport à d'autres traditions juridiques, une originalité dans le traitement privilégié appliqué au droit de propriété. Si les colonisateurs occidentaux ont fait appel à la notion romaine de *dominium* pour justifier leur vaste entreprise de dépossession des indigènes, c'est aussi parce que l'héritage du droit romain avait été enrichi depuis le Moyen Âge par un mouvement ancien de rapprochement entre la propriété et l'idée de droit subjectif.

II. L'ancienneté du rapprochement entre propriété et droit subjectif

Dans un second temps, nous voudrions nuancer, sinon combattre, la célèbre thèse de Michel Villey selon laquelle la notion de droit subjectif, notamment dans son application

¹⁷ B. Johansen, *The Islamic Law on Land Tax and Rent*, London-New York-Sidney, Croom Helm, 1988, p. 4 et 17.

¹⁸ N. Bhattacharyya-Panda, *Appropriation and Invention of Tradition. The East India Company and Hindu Law in Early Colonial Bengal*, New Delhi, Oxford University Press, 2008.

à la propriété, était totalement inconnue des Romains et serait un artifice créé tardivement par l'École du droit naturel moderne. Il existe, en effet, plusieurs arguments pour faire remonter plus en amont le long processus de subjectivisation du droit de propriété, tout en faisant la part des inflexions doctrinales et des changements de nature politique et sociale.

A. La propriété, matrice du droit subjectif

Les travaux de Michel Villey sur les conceptions juridiques de la propriété ont eu l'incontestable mérite de contester la vision anachronique d'une propriété romaine unifiée sous un concept d'un droit subjectif exclusif comparable à celui décrit par les commentateurs du Code Napoléon au XIX^e siècle. La démonstration conserve toute sa valeur pour montrer que les juristes romains n'ont jamais défini la propriété, n'ont pas identifié *dominium* et *jus*, ont traité les droits (*jura*) comme des choses incorporelles qu'ils concevaient en termes de rapport (du moins pour les exemples cités de l'obligation, de la servitude ou de la succession)¹⁹. Nul ne conteste aujourd'hui qu'il faut envisager un long processus de subjectivisation du droit de propriété pour aboutir à la traduction juridique de l'individualisme possessif dans les codes de la fin du XVIII^e siècle et du début du XIX^e siècle.

En revanche, nous ne nous sentons pas obligé de suivre Michel Villey quand il rend seuls responsables Guillaume d'Occam, les humanistes du XVI^e siècle et les théoriciens de l'École du droit naturel moderne d'une émergence d'un droit subjectif de propriété, qu'il considérait comme une déviation malheureuse par rapport à l'essentialisme du droit naturel classique. Avec des postulats positivistes, nous sommes amenés à penser, d'abord que le droit romain positif contenait les germes d'où est partie cette évolution et qu'elle débute de manière plus précoce dans la doctrine du Moyen Âge. La formule de l'action en revendication et de la mancipation « *meum esse* », la force et la diversité des actions réelles et des interdits possessoires, l'attachement des Romains aux formes de la propriété privée nous font, au contraire, apercevoir les liens entre « formalisation » de la propriété et reconnaissance de prérogatives (ou pouvoirs, si l'on songe que les Institutes de Justinien font de la propriété une « *potestas in rem* ») attachées à la personne des propriétaires.

¹⁹ Michel Villey, « L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1945, p. 201-227.

La redécouverte du droit de Justinien en Occident à la fin du XI^e siècle relève à la fois de l'histoire dogmatique et de celle des règles du droit positif, les Romanistes du Moyen Âge étant parvenus, comme les canonistes, à imposer l'autorité de leur interprétation au nom d'un droit romain élevé au rang de valeur de référence. Parmi les gloses qui fleurissent dès le XII^e siècle certaines, comme celle de Giovanni Bassiano, font de la possession un « *jus* » pour expliquer qu'une maîtrise de fait entraîne des effets de droit²⁰. Les analyses de Kurt Nörr ont montré le sens subjectif qu'il fallait donner au même mot « *jus* » dans les textes de plusieurs canonistes²¹. Quelques décennies après Thomas d'Aquin _ qui représentait pour Michel Villey le modèle du droit naturel fondé sur une analyse raisonnée des rapports objectifs de droit _ un de ses élèves, le Dominicain Jean Quidort de Paris, écrit que la propriété divisée entre des personnes singulières leur est propre par « l'art, le travail et l'industrie », leur conférant droit et puissance (« *jus et potestatem* » sur les choses)²². Avant Guillaume d'Occam, qui insiste au XIV^e siècle sur le lien entre le droit complet sur les choses et l'action en revendication (« *jus fori* ») pour dénier cette prérogative aux Franciscains dans la querelle de la pauvreté, la force de l'action du propriétaire pour établir son droit à l'égard de tous était bien sensible aux juristes savants. Peut-on dire que l'insistance mise par Accurse à revendiquer la propriété personnelle qu'il pouvait exercer sur son exemplaire propre du Code²³ ou, un siècle plus tard, la définition du *dominium* par Bartole comme « *jus de re corporali perfecte disponendi* » aient été dénuées de tout accent subjectiviste ? Peut-on affirmer que cette conviction est sans rapport avec la place tenue par les actions concernant les saisines devant les juridictions royales anglaises et françaises à la même époque ? Non seulement la connaissance du droit n'est pas restée sans effets sur l'appréhension de la saisine par ces juges, mais les conseillers ou avocats des parties (des seigneurs, mais aussi dans certains cas de plus modestes tenanciers) ont pu utiliser les réflexions du droit savant en faveur de ces premières formes d'individualisme agraire liées à la reconnaissance de l'hérédité et

²⁰ Raffaele Volante, «Fatto normativo e interpretatio juris. La definizione del possesso nel diritto comune», in *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 27.

²¹ Kurt Wolfgang Nörr, «Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalter Rechtswissenschaft», *Festschrift für Herman Lange*, Stuttgart, 1992, p. 193-204.

²² Janet Coleman, *L'individu dans la théorie politique et dans la pratique*, Paris, PUF, 1996.

²³ Glose *Bene a Zenone* sur C. 7, 37, 3.

de l'aliénabilité des droits des tenanciers.

Ce caractère précoce de la subjectivisation progressive du droit de propriété n'empêche nullement, que face à des résistances culturelles (la conception du monde, présente encore chez Domat au XVII^e siècle, comme un ordre objectif où l'individu n'occupait pas une place centrale) et politiques (les dangers que pouvaient receler pour tous les pouvoirs l'idée d'une action en revendication des sujets pour réclamer leur part de biens) la route était encore longue, à travers les Temps modernes, pour voir les juristes _ des humanistes, puis des membres de l'École de Salamanque jusqu'à Pothier et Blackstone, en passant par Grotius et Pufendorf _ reconnaître l'existence d'un droit naturel, et pratiquement inné, de l'homme à la propriété. Parmi les éléments qui ont entraîné ce ralliement à des définitions subjectivistes de la propriété il faut particulièrement tenir compte de la conquête coloniale _ qui supposait une justification de l'acquisition par occupation de terres censées inhabitées _ et de la naissance des États modernes auxquels les théoriciens de l'absolutisme (souvent les mêmes juristes qui retravaillaient les concepts du droit privé) pensaient opposer la liberté personnelle des sujets comme limite à la souveraineté.

B. La liberté des propriétaires et sa consécration constitutionnelle

En nous tenant à l'exemple de la France, il nous semble en effet révélateur que Jean Bodin, considéré comme le principal théoricien d'une souveraineté royale propre aux États modernes, ait toujours considéré que « les sujets obéissent aux lois du Monarque et le Monarque aux lois de nature, demeurant la liberté naturelle et propriété des biens aux sujets »²⁴. Pas plus qu'elle ne songe à remettre en cause la structure par ordres de la société (même si elle cherche les moyens de soumettre les privilégiés à l'impôt), la monarchie absolue ne pense (ce qui aurait été certainement contre-productif pour le pouvoir) à contester les droits des propriétaires. Le recours à l'expropriation pour utilité publique reste encore des plus limités et l'idée d'une compensation pécuniaire n'est pas absente de la pratique en matière de travaux publics. Les résistances rencontrées pour établir un système général de publicité des mutations immobilières montrent à quel point le pouvoir royal est prompt à reculer quand s'opposent à lui les prétentions (pour

²⁴ Jean Bodin, *De Republica Libri Sex*, Frankfurt am Main, 1594, p. 163 avec la citation de Sénèque, sur la *potestas* qui revient à l'empereur et la propriété aux particuliers, citation reprise par Portalis lors de la présentation du Code Napoléon.

l'essentiel défendues par les privilégiés) en faveur du secret des transactions, c'est-à-dire d'une mise hors d'atteinte de la sphère privée des propriétés face à la sphère publique. L'étape suivante survient, au XVIII^e siècle, avec les Physiocrates et leur exaltation de la terre comme seule source de richesse économique. Pour œuvrer au bien commun, l'État doit céder devant les lois de l'ordre naturel fondées sur le respect des propriétés privées. Bien plus, pour associer les sujets au gouvernement et renforcer ainsi son efficacité, il faut tenir compte de l'opinion des propriétaires fonciers qui représentent les forces productives et sans qui aucun progrès n'est possible. L'idée du suffrage censitaire et de son utilisation dans les assemblées administratives locales que réclament les Physiocrates fait de la propriété privée un élément essentiel de la liberté politique. Tout discours sur la « gouvernementalité », au sens de contrôle du territoire et de la population comme l'entendait Michel Foucault, passe désormais par l'inviolabilité du droit de propriété. En Angleterre, la pensée de Locke fournit, comme on le sait, le socle d'un libéralisme qui fait de la propriété (à commencer cette fois par celle des meubles) le prolongement naturel de la personne et le fruit chéri de son travail. De manière encore plus concrète, à travers le choix des députés à la Chambre des communes par un petit nombre d'électeurs atteignant la « franchise » fiscale, la propriété apparaît comme un droit politique, « vrai fondement de la société civile » comme l'écrit Rousseau dans l'article « Économie politique » de l'Encyclopédie en 1755.

Il n'est pas indifférent que Locke en Angleterre et un disciple de Domat, Héricourt, en France (dans un mémoire de 1725 pour les libraires parisiens) aient participé à la même époque à la défense des droits des auteurs, initiant l'idée d'une propriété littéraire qui distinguait la maîtrise du papier (ou de la copie) et le pouvoir (sous la forme de privilège) de tirer une rémunération du contenu de l'œuvre produite. Ici aussi le pouvoir royal s'est montré finalement l'allié des propriétaires en protégeant les auteurs par le privilège qui était depuis longtemps un moyen de contrôle et de censure.

Même dans les terres de *common law*, supposées plus réticentes à l'emploi du vocabulaire civiliste en faveur du *dominium* comme droit subjectif, les *Commentaires des lois d'Angleterre* de Blackstone consacrent un chapitre spécifique à la propriété en général qui, après avoir repris les arguments de Grotius et Locke sur les fondements de la propriété privée, parle d'un « *exclusive right* » au profit des propriétaires.

La place accordée à la propriété par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 n'est donc pas si révolutionnaire, dans le sens où elle a été de longtemps préparée

par une mise en valeur du droit subjectif comme liberté naturelle et rempart face aux abus de pouvoir. En même temps, la constitutionnalisation du droit de propriété qui intervient de manière contemporaine aux États-Unis par le V^e amendement du Bill of Rights (1791) est décisive pour donner un caractère fondamental dans les ordres juridiques des pays « capitalistes » modernes à un droit subjectif, censé être ouvert à tous les citoyens, même s'il profite surtout aux classes dominantes.

Dans la tradition constitutionnelle occidentale, exportée à travers le monde, le droit de propriété des sujets, matrice d'un droit privé avec sa sphère propre, est opposable même à l'État. Le droit objectif a ainsi pour fonctions de sauvegarder et de promouvoir les propriétés qui s'étendent au cours du XIX^e siècle en étant de plus en plus formalisées par des types divers d'enregistrement (dépôt des brevets, déclarations fiscales) avec la place croissante des valeurs mobilières, des droits des auteurs, artistes et inventeurs ou des patrimoines relevant des propriétaires collectifs (sociétés, associations ou *trustees*).

L'exemple japonais du Meiji avec la fin de la féodalité, l'enregistrement fiscal des terres et la consécration dans la constitution de 1889 d'une propriété inviolable des « sujets japonais » illustre bien cette alliance, autour du droit subjectif, des intérêts capitalistes et de l'État.

Remis en cause au XX^e siècle par les régimes communistes, mais aussi par les États recourant à des nationalisations massives et prétendant développer une politique socialiste _ comme l'Inde qui supprime en 1978 l'article 31 de sa constitution qui garantissait le respect des propriétés privées _, cet exhaussement du droit de propriété au rang de principe constitutionnel est revenu en force à la faveur de la chute du bloc soviétique, de l'évolution du régime chinois (qui a intégré une clause en faveur de la propriété dans sa constitution en 2004), des vagues de privatisations et du ralliement de la majorité des pays de planète à l'Organisation Mondiale du Commerce.

III. Fragmentation des régimes de propriétés et permanence de la recherche d'une unité théorique

Ce succès politique et économique de l'appropriation privée (ou de la « propriétérisation ») signifie-t-il une « fin de l'histoire » pour le modèle du droit subjectif de propriété ? C'est ce que laisse entendre notre collègue Mikhaïl Xifaras quand il dénonce, dans une conférence donnée au Japon en 2008, la vanité d'une approche dogmatique _ représentée en France par le civiliste Frédéric Zénati et sa définition de la

propriété comme un pouvoir exclusif s'appliquant à toutes les choses et à tous les droits (en reprenant, selon lui, le modèle du droit romain) _ qui serait incapable de rendre compte de l'éclatement des régimes de propriété correspondant à des modèles, ou des combinaisons de modèles, fondés sur la saisine, la notion de patrimoine ou celle de privilège. Notre ambition n'est pas ici de présenter une position dogmatique, mais de nuancer cette analyse au regard de considérations historiques, d'abord en rappelant que cette tension entre multiplicité des propriétés et concept unifiant de la propriété n'est pas nouvelle, ensuite en insistant sur la force des schémas de pensée liés à la subjectivisation de la propriété.

A Entre multiplicité et unité, des débats récurrents

Même les Romains ont connu, avant l'unification du *dominium* par Justinien, des formes multiples de propriété avec des régimes distincts selon que cette propriété était qualifiée (en utilisant les expressions consacrées par les historiens) de « quiritaire », de « prétorienne », de « pérégrine » ou de « provinciale ». Gaius voyait même dans cette pluralité une originalité, sinon une supériorité, du droit romain²⁵. Il est bien connu que l'époque féodale a connu, à travers le système des tenures, une superposition de saisines que les romanistes du Moyen Âge _ les mêmes qui ont contribué à la subjectivisation de la propriété _ ont expliqué, à partir des textes romains sur l'emphytéose, par la théorie dite du « double domaine ». Un phénomène semblable affecte le droit anglais avec la théorie des « *estates* » ou intérêts privés dans la terre qui peuvent être combinés sur un même fonds, relevant par ailleurs du domaine éminent du souverain sur toutes les terres. Le droit anglais a développé dans ses conséquences dogmatiques les plus poussées _ l'existence de deux branches du droit séparées _ la différenciation (présente à un moindre degré dans les anciens droits du continent européen avec les règles propres aux propriétés immobilières et aux propriétés mobilières) entre « *real property* » et « *personal property* ». De plus, avec l'institution du *trust*, le droit anglais a permis que sur les mêmes biens coexistent les intérêts de *common law* des *trustees* et les intérêts équitables des bénéficiaires. Même dans les pays de droit civil, les développements apparus au XIX^e

²⁵ Gaius, *Institutes*, II, 40 : alors que les droits étrangers et le droit romain archaïque ne connaissent qu'un « *unum dominium* », dans le droit romain classique le *dominium* accepte la division (*dominium acceptit divisionem*).

siècle des droits des auteurs, artistes et inventeurs (que juristes et tribunaux hésitaient à identifier avec la propriété classique en raison de leur caractère temporaire) ainsi que des formes collectives de propriété (notamment sur les biens relevant des sociétés ou des fondations) ont maintenu une diversité des régimes d'appropriation.

Au XX^e siècle et jusqu'à aujourd'hui les phénomènes de dématérialisation de certaines propriétés (la « détritisation » des valeurs mobilières pour laquelle la France a été pionnière en 1981, l'extension des trusts et des fonds de pension dans les pays de droit civil), comme ceux de rapprochement entre les régimes des pays de *common law* et des pays de droit civil (pour la publicité foncière, le dépôt des brevets, l'harmonisation des délais de protection de la propriété intellectuelle) ont confirmé ce maintien d'une pluralité de propriétés, sans pour autant revenir aux saisines superposées de l'ancien droit.

Je ne crois pas pour autant, comme le dit Mikhaïl Xifaras, que cette fragmentation du droit des biens, peut-être renouvelée ou accentuée mais certainement pas inédite dans l'histoire, disqualifie le recours à un concept unitaire de propriété, y compris dans le droit positif. Déjà les Romains avaient utilisé le même terme de « *dominium* » pour les différents régimes qu'ils ont développés avant de consacrer, dans la compilation de Justinien, une unité provoquée dans les faits par la disparition des pérégrins, des fonds provinciaux ou des *res Mancipi*. Ce dernier état unitaire du droit romain coexistait, par ailleurs, avec des distinctions subtiles entre institutions supposant des droits sur la chose d'autrui_ ce qui peut expliquer les textes contradictoires sur l'existence ou non d'un *dominium* au profit de l'emphytéote. En droit anglais, la division entre « *personal property* » et « *real property* » n'empêche pas l'emploi d'un terme commun et une théorisation unique (chez Locke ou Blackstone) de l'*ownership*. Il nous paraît significatif qu'en Inde les colonisateurs britanniques aient renoncé à introduire toute distinction entre « *real property* » et « *personal property* » et qu'ils aient reconnu aux *trustees* une propriété presque complète²⁶.

D'un point de vue sociologique, l'identification d'une propriété unique au profit de personnes déterminées et pourvues d'un titre de propriété_ des milliardaires aux fonds de pension _ reste prédominante avec la place tenue par l'économie de marché. Les propriétés sont de plus en plus « traçables » et garanties du moins dans les systèmes juridiques considérés comme les plus efficaces économiquement. Mêmes les propriétés

²⁶ M. C. Setalvad, *The Common Law in India*, London, Stevens & sons, 1960, p. 54 et 57.

sans sujet (celles des trusts ou des fondations) ne flottent pas dans l'air. La fragmentation, voire la superposition des propriétés, ne paraissent pas porter atteinte à la solidité des droits des propriétaires, c'est plutôt l'incertitude des propriétés non formalisées dans les pays en voie de développement qui pose problème selon plusieurs analyses économiques. Loin de constater une « désintégration » de la propriété, nous observons plutôt de nouvelles adaptations de la matrice idéologique fournie par le droit subjectif aux régimes objectifs des propriétés.

B Entre propositions théoriques, des points de contact toujours imprégnés de l'idée de droit subjectif

Sans vouloir céder à une approche instrumentale et purement descriptive qui se passerait de « théorie générale de la propriété », nous n'entendons pas faire un choix personnel entre les différentes analyses qui sont proposées aujourd'hui du « droit de propriété », notamment celle de Frédéric Zénati en France _ considérée par Mikhaïl Xifaras comme néo-dogmatique (on pourrait dire néo-Pandectiste par sa volonté de se rattacher à la conception romaine d'un pouvoir s'exerçant à la fois sur les choses corporelles et sur les choses incorporelles) _ ou des théoriciens libéraux dans le monde anglo-saxon. Nous préférons, en conclusion attirer l'attention sur des points communs entre ces propositions d'analyse, qu'elles fassent référence à un concept unitaire ou à la technique des idéal-types.

Si l'on suit Mikhaïl Xifaras, la définition de la propriété qui prévaut aux États-Unis depuis la fin du XIX^e siècle (l'expression aurait été créée en 1888 par John Lewis) comme un « *bundle of rights* » serait un autre signe du dépérissement de la propriété exclusive telle qu'elle est défendue par certains civilistes français. Bien au contraire, l'analyse proposée en 1913 par Hohfeld, qui reprend cette expression de bouquet de droits, nous paraît combiner bien des aspects de notre problématique²⁷. Hohfeld distingue, en effet, quatre formes de « *rights* » : le « *right-claim* » qui a pour corrélatif un devoir pour autrui, le privilège qui suppose l'absence de droits identiques chez les tiers, le pouvoir qui permet d'altérer les droits que l'on possède et l'immunité qui met à l'abri des altérations décidées par autrui. Si l'on admet que la réunion de ces différents droits dans la propriété

²⁷ L'article paru dans le *Yale Law Journal* en 1913, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » a été repris dans une publication de Wesley Newcomb Hohfeld avec le même titre, New Haven, Yale University Press, p. 23 et s.

n'est pas purement contingente²⁸ (c'est-à-dire qu'elle se retrouve dans l'histoire et le droit objectif de plusieurs systèmes juridiques), cette analyse alliant diversité et unité nous paraît rejoindre sur bien des points les conceptions défendues dans les pays de droit civil.

Le droit de propriété conçu comme une faculté d'agir en revendication contre autrui est, bien sûr, l'aspect le plus connu des prérogatives des propriétaires. Il évoque les origines de l'action réelle à Rome, puis les développements doctrinaux construits à partir du Moyen Âge sur la distinction entre droit réels, opposables *erga omnes*, et droits personnels, relatifs dans la mesure où ils ne pèsent en principe que sur le débiteur. Quelles que soient les critiques adressées à la dichotomie droits réels/droits personnels²⁹ _ qui n'est pas romaine, sous-estime l'opposabilité des droits personnels et n'est pas très satisfaisante pour expliquer les régimes propres de la propriété, de l'usufruit et des servitudes _ la présentation de Hohfeld a l'avantage de combiner la forte défense en justice de la propriété contre tous les usurpateurs potentiels³⁰ et l'idée de non-interférence d'autrui dans la sphère personnelle du propriétaire, ce qui correspond à la sanction pénale protégeant la propriété chez Bentham ou à l'obligation passivement universelle des civilistes français ayant suivi Planiol. Dans tous les cas, le propriétaire dispose de moyens vigoureux d'action en justice pour se défendre dans la « lutte pour le droit ».

Les propriétaires ne sont pas, bien sûr, les seuls à disposer d'un droit de recours à la justice, qui est aussi présent au premier plan dans les libertés fondamentales. En revanche, la propriété se distingue en tant que privilège, supposant que sur le même bien personne ne puisse prétendre au même droit. Ce deuxième sens donné par Hohfeld au terme droit permet cette fois de distinguer la propriété d'autres libertés supposant au contraire le partage entre tous des mêmes prérogatives comme celles de la liberté d'expression.

²⁸ Peter Benson, « Philosophy of Property Law », in Jules Coleman, Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 766-797.

²⁹ Emmanuel Jeuland, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* juillet-septembre 2003, p. 455-474 traite de plusieurs de ces problèmes liés à la classification des droits subjectifs, notamment la présence d'une différenciation entre créancier et débiteur qu'on ne retrouve pas dans la maîtrise d'une chose inerte (sans droit de se défendre elle-même) par son propriétaire..

³⁰ Il en va de même, nous semble-t-il, pour les servitudes où les analyses en termes de « rapport objectif de droit » peinent à expliquer les aspects subjectifs des actions confessoire et négatoire.

L'existence de propriétés partagées, communes ou collectives, n'est pas un obstacle à la consécration d'un privilège qui oppose toujours le petit groupe des titulaires d'un droit sur la chose à tout le reste de l'humanité qui n'a pas ce droit.

La propriété en tant que « *power* » renvoie à la faculté des propriétaires d'aliéner (totalement ou partiellement, par un amoindrissement de la chose ou son utilisation comme sûreté) et leurs droits de faire reconnaître ce transfert par l'autorité publique (ce sont notamment les mesures de publicité foncière). Ici la propriété s'oppose aux droits extra-patrimoniaux qui sont inaliénables et intransmissibles, ce qui n'empêche pas des points de contact comme le droit moral (aujourd'hui reconnu même dans les systèmes de *common law*) en matière de propriété littéraire et artistique.

Enfin, la propriété comme « immunité » nous ramène à cette réservation de jouissance qui permet au propriétaire d'obtenir la restitution en nature de la chose perdue ou volée et place des limites à l'expropriation forcée pour utilité publique et plus encore pour utilité privée. Dans de nombreux cas, le propriétaire peut défendre son droit non seulement à la « valeur monétaire d'une activité productive » (comme dans le cas de la créance constituée par le salaire ou le dividende), mais à la conservation d'une chose à laquelle il tient par des sentiments en lui attribuant une haute valeur affective. Bien sûr, cette immunité est loin d'être totale : aucun propriétaire n'est souverain sur sa chose et le droit objectif, en particulier celui qu'impose la puissance publique dans ses propres intérêts patrimoniaux, l'emporte sur des droits dits subjectifs qui ne sont jamais que des situations juridiques reconnues par les normes en vigueur dans un ordre juridique donné. Mais le combat mené aujourd'hui par les paysans indiens ou chinois contre l'expropriation de leurs terres revendiquées par l'État _ souvent au profit d'autres propriétaires, entrepreneurs privés _ au nom du développement industriel et urbain nous montre l'actualité de cette lutte pour le maintien d'une chose déterminée dans le patrimoine de son propriétaire.

Si tous les biens sont susceptibles d'une évaluation monétaire et si les droits personnels donnent accès aux patrimoines par les voies d'exécution _ c'est l'idée du « *jus ad rem* » qu'avaient les juristes du Moyen Âge et des Temps modernes _ le droit dans la chose même (« *jus in re* ») apparaît toujours, et dans l'ensemble du monde, comme une caractéristique de la propriété. Une grande partie du succès du capitalisme a consisté et consiste toujours à placer sous la même bannière juridique la multitude des petits propriétaires _ attachés aux biens de consommation qu'ils ont choisis d'acquérir ou à

l'épargne qu'ils ont placée dans des fonds de pension _ et la minorité des grands propriétaires individuels ou collectifs qui contrôlent l'économie. N'était-ce pas déjà le calcul fait par les rédacteurs de la loi des XII Tables pour rallier les petits plébéiens à une cité dominée par la noblesse ? De l'invention de la propriété juridiquement formalisée pendant l'Antiquité à l'émergence d'une idéologie du droit subjectif consacrée dans le constitutionnalisme moderne, nous serions tenté de parler, sans jugement de valeur, d'une longue alliance entre droit positif et dogmatique de la propriété privée.