

LA PROPRIETE : DOGME OU INSTRUMENT POLITIQUE ?

OU COMMENT LA DOCTRINE S'INTERDIT DE PENSER LE REEL

Jean-Pascal CHAZAL
Professeur des Universités,
Ecole de droit de Sciences Po

« Nos idées ne sont que des instruments intellectuels qui nous servent à pénétrer dans les phénomènes. Il faut les changer quand elles ont rempli leur rôle »
Claude Bernard, Introduction à la médecine expérimentale

“Property monopolized or in the Possession of a few is a curse to Mandkind. We should preserve not an Absolute Equality – this is unnecessary, but preserve all from extreme Poverty, and all others from extravagant Riches”, John Adams, Fragmentary notes for the Dissertation

Récemment, un article stimulant posait la question à l'accent faussement Proudhonien : Qu'est-ce que la propriété¹ ? A cette question j'ai envie de répondre qu'il n'y a pas de réponse ! Dit comme cela, on ne retiendrait qu'une provocation. En creusant un peu et en acceptant de laisser en suspens toute réponse hâtive ou péremptoire, cette question invite à sortir de ce « sommeil dogmatique » dans lequel la doctrine française est plongée depuis plus de deux siècles. Comment se fait-il que celle-ci continue à enseigner majoritairement que la propriété est un droit absolu² et exclusif d'une personne sur sa chose, alors que les lois et les décisions de justice contredisent depuis longtemps (pour ne pas dire depuis toujours) cette assertion ? Pourquoi, alors qu'au tournant du XIXe et du XXe siècle, d'importants civilistes jugeaient nécessaire une socialisation du droit³ et que d'autres contestaient l'exactitude de la

¹ Gwendoline Lardeux, Qu'est-ce que la propriété ?, RTD.civ.2013, 741.

² Selon les cas, absolu signifie : ou bien un pouvoir illimité du propriétaire, ou bien un droit réel direct sur la chose opposable *erga omnes* (par opposition à relatif), ou bien encore (surtout avec le superlatif « le plus absolu ») le caractère sacré et inviolable de la propriété.

³ Saleilles, Génny, Charmont, pensaient indispensable de trouver un meilleur équilibre entre les intérêts contraires au sein d'une société fortement fracturée. Pour ces conservateurs, il s'agissait de sauver les droits individuels en les répartissant plus équitablement et éviter ainsi le risque d'une révolution socialiste ; lire l'article de Joseph Charmont, La socialisation du droit, Rev. De métaphysique et de morale, 1903, p.380.

définition du Code⁴, la croyance en l'absolutisme du droit de propriété n'a-t-elle pas été abandonnée ? Et pourquoi ceux qui n'y croient pas, ou pas entièrement, éprouvent tant de mal à exprimer une rupture théorique nette par rapport à cette assertion⁵ ? Comment expliquer qu'une conception unitaire de la propriété, le plus souvent réduite à la propriété privée et individuelle, soit toujours dominante dans les manuels de droit, malgré le constat de la « désintégration » ou « désagrégation » du droit de propriété dressé de longue date par quelques auteurs lucides⁶ ?

Le cas américain est intéressant à analyser car, les mêmes évolutions n'ont pas produit les mêmes conséquences. Aux Etats Unis, comme en France, la propriété privée, élément essentiel de l'ordre social, a été au cœur de la pensée politique révolutionnaire et postrévolutionnaire, perçue à la fois comme une chance (émancipation des individus) et comme une menace (concentration des richesses) pour la démocratie. Dans les deux pays, les juristes ont hérité d'une définition individualiste et absolutiste de la notion de propriété : la figure du propriétaire-souverain se trouve chez le très influent Blackstone, qui parle de « *Despotic dominion* »⁷ ; en France elle ne n'apparaît pas avant les années 1830, même si on trouve chez Denisart l'expression de « maître absolu »⁸, pour ensuite se généraliser. Ces deux pays ont connu des mutations économiques et sociales analogues qui les ont poussés à se poser les mêmes questions (dès le début du XIXe siècle pour les Américains, quelques décennies plus tard pour les Français) : que faire de la notion de propriété privée lorsque le caractère prétendument absolu de celle-ci est une entrave au dynamisme économique, comment résoudre des conflits mettant en présence des intérêts sociaux et économiques contradictoires et comment laisser au juge le soin de trouver une solution de conciliation ou de prévalence entre ceux-ci sans lui conférer un pouvoir politique concurrent à celui du législateur ? Même si des ressemblances existent, les réponses apportées à ces questions sont étonnement différentes. Certes beaucoup de juristes américains, notamment à partir des années 1820-1830, ont pensé possible et souhaitable d'élaborer des concepts abstraits et

⁴ Emile Acolas, Cours élémentaires de droit, T.I, 1869, p.569 et s. ; Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 5^{ème} éd. 1908, T.I, n°2329.

⁵ Ex. : Christian Larroumet (Droit civil, T.2, Economica 3^{ème} éd.1997, n°196) qui parle des « prétendues caractéristiques du droit de propriété », mais les utilise pour structurer ses développements ; Marie-Laure Mathieu-Izorche (Les biens, Sirey 3^{ème} éd. 2013, n°20 et n°204 et s.) qui reconnaît que le droit des biens est un droit des relations des hommes relativement aux choses, mais n'en tire pas de conséquences lorsqu'elle examine les caractères de la propriété, sauf la facétie d'un intitulé : « un caractère absolu ...relatif » sauf la facétie d'un intitulé : « un caractère absolu ...relatif » et l'étonnante affirmation suivant laquelle le caractère absolu du droit de propriété n'est « exact qu'en principe » ou « du moins en théorie » ; Judith Rochfeld (Les grandes notions du droit privés, PUF. Thémis 2^{ème} éd. 2013, p.269 et s.) qui insiste sur la socialisation de la propriété mais la voit comme une inflexion de la théorie classique ne faisant que nuancer l'absoluité et l'exclusivité ; idem pour J-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, Les biens, Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, LGDJ. 2000, n°59 et s. et n°92 et s. ; voir aussi la position très mesurée d'Yves Strickler (Les biens PUF. Thémis, 2006, n°224), qui parle de la propriété comme « un droit civil, mais un droit social », mais aussi comme un « droit politique ».

⁶ Léon Duguit, Les transformations générales du droit privé, 1^{ère} éd. 1912, 2^{nde} éd. 1920, réimp. Ed. La Mémoire du droit, p.155 ; Louis Josserand, Cours de droit civil positif, Sirey 1930, T.I, n°1318 ; Gaston Morin, Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, in Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert, LGDJ. 1950, T.II, p.3 et not. p.6.

⁷ Commentaries on the law of England, 1765, Liv.2, Ch.1. Toutefois, l'absolutisme du droit propriété est souvent vu comme une rhétorique contraire à la pratique sociale : Joan C. Williams, The Rhetoric of Property, 83 Iowa Law Review 278 (1998).

⁸ Collections de décisions nouvelles, 1768, T.3, V° Propriété, p.278. En France, l'absoluité du droit de propriété avant le Code civil est une idée peu répandue. Elle ne se trouve pas ni chez C-J. De Ferrière, (Dictionnaire de droit et de pratique, 1740, V°Propriété), ni dans le Répertoire universel et raisonné de jurisprudence de Guyot (V°Propriété), ni chez Robert-Joseph Pothier. Jean Domat, quant à lui, ne conceptualise pas la propriété dans Les lois civiles dans leur ordre naturel, alors même que son ouvrage est construit autour de l'appropriation et de la circulation des biens.

généraux afin d'encadrer objectivement les pouvoirs des juges. C'est l'époque où se (re)construisent les théories individualistes et libérales de la propriété, mais aussi du contrat ; c'est aussi l'époque où s'affermir la tradition des traités de droit (ceux de Kent, Angell, Story, etc.) dont l'objet est d'exposer des concepts desquels les solutions sont déduites, d'élaborer une véritable science du droit neutre, objective et apolitique⁹. De « crypto politicien », le modèle du juriste devient celui du « technocrate neutre »¹⁰. Toutefois, dès la fin XIXe siècle cette tentative dogmatique est critiquée. Non seulement les abstractions juridiques ne donnent pas de solutions concrètes, comme le dit Oliver W. Holmes jr¹¹, mais surtout elles ne prémunissent pas contre la politisation des décisions de justice, bien au contraire elles en dissimulent la présence. Le mouvement, qu'il est convenu d'appeler le réalisme juridique, qui prend ici ses racines et qui atteindra son apogée dans les années 1930, a provoqué des bouleversements conceptuels spectaculaires de la propriété, dont l'un des aspects les plus intéressants est de produire une réflexion sur la distribution des richesses et donc de poser à nouveau la question sociale.

C'est précisément ce que ne va pas connaître la France¹² où se perpétue une théorie doctrinale relativement stable de la propriété. Certes, des auteurs vont construire des théories dissidentes (on pense évidemment aux théories sociales de Léon Duguit ou Emmanuel Lévy, dans une moindre mesure à la conception personnaliste de Marcel Planiol et Serge Ginossar), mais ces tentatives n'ébranlent pas l'enseignement de la doctrine dominante, qui les relègue à la marge et les présente comme anecdotiques. Pourquoi outre atlantique la prise en compte des évolutions économiques et sociales a provoqué des reformulations incessantes des théories de la propriété, allant souvent (mais pas toujours) dans le sens d'une plus grande socialisation, alors qu'en France, la doctrine enseigne encore aujourd'hui une notion absolutiste de la propriété construite au milieu du XIXe siècle ? Comment se fait-il qu'aux Etats Unis, le droit de propriété soit généralement défini dans les traités comme une relation entre les personnes relativement aux choses et qu'on trouverait absurde d'y voir un droit absolu d'une personne sur sa chose¹³, alors qu'en France cette robinsonnade du propriétaire-seul-au-monde-avec-sa-chose constitue la doxa dominante (les auteurs étant ensuite obligés de décrire comme des exceptions au principe toutes les contraintes sociales et juridiques qui pèsent sur lui) ? Pourquoi après que le peuple français s'est débarrassé en 1789 de la monarchie absolue, le propriétaire a été érigé par la doctrine en souverain omnipotent et irresponsable, « conçu à l'image du roi soleil »¹⁴, alors qu'aux Etats Unis, le souci du développement économique et l'idée de la libre concurrence ont détruit durablement (mais pas définitivement) la figure blackstonienne du propriétaire-despote ?

Pour tenter de répondre à ces questions, ou du moins d'esquisser des pistes de réflexions, je me propose, tout d'abord, de montrer que la doctrine française sur la propriété est relativement homogène : la plupart des auteurs partagent en gros la même philosophie, la même théorie de la propriété ; ne se contredisant que dans le détail, ils s'accordent sur l'essentiel. Choquante au premier abord cette affirmation, qui mérite une démonstration, nécessite une précision épistémologique : lorsqu'on parle de propriété, on se place à deux

⁹ Lire le chapitre VIII The rise of legal realism, in Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, p.253, ainsi que le classique Dunkan Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard books 1975. Cette présentation, qui doit sans doute être nuancée, est aujourd'hui critiquée par Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalistic-Realist Divide*, Princeton Univ. Press 2010.

¹⁰ Maxwell Bloomfield, *American Lawyers in a Changing Society, 1776-1876*, Harvard Univ. Press 1976, p.142.

¹¹ *Lochner v. New York*, 198 US 45, 76 (1905).

¹² C. Jamin, *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique*, *Droits*, 51-2010, p.137.

¹³ Joseph W. Singer, *Property*, Wolters Kluwer, 4th ed. 2014, §.1.1.1, p.2.

¹⁴ Selon William Dross, *Droit civil, Les choses*, LGDJ. 2012, n°41.

niveaux différents. On peut tout d'abord se référer à une théorie de la propriété, c'est-à-dire à une construction intellectuelle hypothétique et synthétique ayant pour but de décrire et expliquer le réel (avec une portée normative assumée ou non) et dont le noyau dur est composé de valeurs, de croyances philosophiques et politiques. C'est en ce sens qu'il existe une théorie libérale et individualiste de la propriété, une théorie de la propriété fonctionnelle, une théorie socialiste, etc., chaque théorie faisant partie d'un ensemble plus large, le paradigme (au sens de Thomas Kuhn¹⁵). La pertinence de chacune de ces théories peut être éprouvée en la confrontant au réel, même si l'on sait depuis Karl Popper¹⁶ que cette confrontation ne peut s'exprimer en termes de vérité, mais seulement de « falsifiabilité ». Les diverses théories de la propriété peuvent être plus ou moins complexes, opératoires, logiques, en phase avec la réalité sociale, économique et politique, mais aucune n'est plus vraie ni plus fautive qu'une autre, même s'il arrive qu'une d'entre elles reçoive suffisamment d'adhésions pour former un paradigme dominant. Parler de propriété peut aussi, dans un second sens, désigner la notion ; c'est la notion de propriété dont on se sert lorsqu'on dit que la propriété est un droit réel absolu et exclusif d'une personne sur sa chose. En tant que notion, la propriété est un instrument ressortissant au domaine de la technique juridique. Bien sûr la manière de construire et d'utiliser cet instrument est directement influencée par la théorie à laquelle on adhère (au point de se confondre avec elle dans le langage) ; on peut même dire que l'instrument propriété est conçu pour à la fois rendre opératoire et justifier la théorie dont il est un prolongement technique. Il arrive cependant fréquemment que des auteurs en accord sur la théorie se querellent sur la manière de construire ou de faire fonctionner l'instrument. Dans ce cas, il y a débat mais pas crise scientifique, car le désaccord porte sur les notions et concepts techniques et non sur les valeurs ; pour parler comme Imré Lakatos¹⁷, il se cantonne à la ceinture de protection et n'atteint pas le noyau dur de la théorie.

C'est précisément ce qui se passe majoritairement dans la doctrine française, du moins si on réduit celle-ci à l'enseignement dominant des manuels de droit (ce que je ferai dans ce texte). Ce que l'on appelle les différentes « théories de la propriété » ne sont souvent que des notions différentes de la propriété se rattachant à une même théorie. Voici, en effet, ce qu'elles ont en commun : a) l'adhésion à une même philosophie individualiste et libérale de la propriété. Cette adhésion peut être un acte de conviction. La propriété est alors conçue comme l'extension de la personnalité et l'incarnation de la liberté des êtres humains, créant un lien privé et sacré entre le propriétaire et sa chose. De cet « individualisme possessif »¹⁸, est née la figure du propriétaire-souverain, dans les années 1830, qui va devenir un modèle doctrinal, un idéal-type (au sens de représentation commune qui sert de référence). A partir de là beaucoup d'auteurs (il y a des exceptions mais elles sont rares), même sans adhérer consciemment à la philosophie de l'individualisme possessif, ont assimilé, intériorisé, les préceptes techniques de cet idéal-type, que sont l'absoluité, l'exclusivité et l'unité ; au point que ce schéma de pensée s'identifie, dans leur enseignement, au droit positif ; b) une manière bien particulière de penser et de formuler un discours sur le droit, que l'on peut appeler le juridisme (ou « intellectualisme juridique » à la suite de F. Gényn¹⁹), entendu ici comme une alliance de dogmatisme (croyance en la vérité des concepts) et de formalisme (prétendre déduire la solution vraie d'un concept au moyen d'un syllogisme, sans tenir compte des conséquences

¹⁵ La structure des révolutions scientifiques, trad. franç. Flammarion, 1983.

¹⁶ Logique de la découverte scientifique, trad. franç. Payot 1973.

¹⁷ The methodology of scientific research programs, Cambridge Univ. Press 2001.

¹⁸ Selon l'expression de C. B. Macpherson, (La Théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke, trad. franç. Gallimard, 1971) que l'on peut reprendre sans toutefois souscrire aux interprétations critiquables et critiquées de l'auteur des œuvres de Hobbes et Locke.

¹⁹ Science et technique, T.1, 1922, n°56.

concrètes dans le processus de décision) qui provoque une double réduction : d'une part, exprimer la réalité sociale par le seul discours juridique et, d'autre part, réduire celui-ci à la seule technique (entendue ici comme l'ensemble des instruments du droit : règles, principes, concepts, notions, théories, etc.). Ce juridisme se caractérise par le paradoxe consistant à tenir un discours de vérité sur des objets construits et à prétendre les décrire de façon dépolitisée, alors qu'ils sont gorgés de politique et d'idéologies. C'est en partant de ce paradoxe que je voudrais montrer que les principales conceptions doctrinales de la propriété exposées dans les manuels, qui procèdent toutes plus ou moins de la théorie individualiste et libérale, exacerbent la dimension technique, occultent les enjeux politiques (notamment la question de la répartition des richesses entre les citoyens) et, sous prétexte de neutralité du discours, sclérose toute évolution conceptuelle en essentialisant la figure du propriétaire-souverain (I).

Les choses s'éclaireront certainement grâce à un petit voyage en Amérique où, avec une autre méthode de construction du droit, bien moins dogmatique, les évolutions de la société ont provoqué non pas une mais des rénovations théoriques successives et parfois concurrentes ou contradictoire de la notion de propriété. Là où en France, on a essayé de couler la réalité et ses évolutions dans un moule conceptuel préétabli, les américains ont transformé le moule autant de fois que de besoin, prenant conscience que la propriété n'est rien d'autre qu'un instrument au service de la politique (ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a pas aussi là-bas des tendances dogmatiques). Penser la propriété de manière pragmatique plutôt que conceptuelle permet également d'appréhender ce qui passe inaperçu pour les juristes enfermés dans le juridisme : les effets de domination économique et sociale qu'elle produit entre les individus, ainsi que son influence sur la répartition des richesses (II). Ce détour par le pays du pragmatisme permettra de prendre conscience qu'il est plus que temps de se débarrasser du juridisme, qui par une ossification de la notion de propriété, empêche de penser les évolutions sociales, et de proposer quelques linéaments pour concevoir autrement la propriété, afin que cet instrument soit opératoire, en prise avec le réel et socialement utile, ce qui implique de reconnaître sa dimension politique (III).

I – L'empire du juridisme, ou la rémanence de la figure du propriétaire-souverain

L'affirmation selon laquelle la doctrine française produit, sur la propriété, un discours dépolitisant est trop générale pour être exacte. Ça et là, on rencontre un article ou une monographie qui donne à lire une vision politique de celle-ci. On pense évidemment à Léon Duguit, Emmanuel Lévy, René Demogue, Gaston Morin ou encore à René Savatier. Il existe également des ouvrages pédagogiques (manuels et traités) dans lesquels on trouve quelques ouvertures politiques, sociologiques, économiques ou philosophiques, mais qui se limitent le plus souvent à quelques lignes en introduction ou à quelques notes de bas de page et appendices (ex. les célèbres « Etat des questions » de la collection Thémis). Sous cette réserve, la dépolitisation traduit assez fidèlement cette vulgate doctrinale des manuels de droit, des chroniques et des notes d'arrêt publiées dans les revues juridiques. De ces lieux où se forme cette pâte dogmatique que l'on inculque aux étudiants (et donc aux futurs juristes), la politique, mais aussi l'économie, la philosophie, la sociologie, sont pour l'essentiel bannies, et lorsque ces champs disciplinaires voisins ou ancillaires sont mentionnés (souvent en introduction), c'est pour ensuite les oublier lorsque les raisonnements juridiques sont déployés. Pour trouver ou justifier une solution, la doctrine française parle de technique juridique et seulement de technique juridique, comme si les enjeux liés au concept de

propriété se limitaient à cela²⁰. Des conceptions de la propriété y sont étudiées, critiquées, confrontées, parfois forgées, mais, relativement dissemblables dans leurs architectures, ces édifices sont fabriqués des mêmes matériaux, dont seuls l'agencement et l'assemblage changent. Ce discours à la fois technicien et dogmatique véhicule une théorie individualiste et libérale de la propriété et, sans l'avouer, charge d'une portée normative le modèle du propriétaire-souverain qui en est issu, tout en assurant sa rémanence. Le discours doctrinal est donc moins intéressant par ce qu'il dit (A) que par ce qu'il tait (B) de la propriété.

A – Ce dont parle la doctrine lorsqu'elle parle de propriété : discours technicien et consensus dogmatique

Au premier regard, le débat doctrinal semble se caractériser par une grande diversité conceptuelle et par un affrontement de thèses contradictoires. C'est vrai pour ce qui est des questions techniques portant sur la définition et la nature de la propriété (1). En revanche, par-delà cette apparente diversité, le discours doctrinal est structuré autour d'un modèle commun qui produit un relatif consensus dogmatique (2).

1) Les désaccords techniques

La doctrine débat depuis des lustres sur la nature du droit de propriété et des droits réels : la propriété est-elle un droit réel ou une puissance d'une personne sur sa chose (*dominium, plena in re potestas*) ? est-elle un bien ou un instrument d'appropriation des biens ? porte-t-elle exclusivement sur les choses corporelles ou peut-elle aussi avoir pour objet les choses incorporelles ou certaines d'entre elles (toutes sauf les droits) ? peut-elle être démembrée en divers droits réels ou ceux-ci sont-ils des *jura in re aliena* ? les droits réels ont-ils une structure obligationnelle ? en cas de cession est-ce le droit de propriété qui est transféré ou la chose sur lequel il porte ? et dans le premier cas, est-ce le même droit ou un autre droit né à l'identique de l'extinction du droit de l'ayant cause ?

Pour répondre à chacune de ces questions, il est permis de croire (ou non) à l'approche classique faisant de la propriété le droit réel le plus complet d'une personne sur un objet matériel ou, au contraire, d'être séduit (ou non) par les thèses personalistes de Planiol et néo-personnaliste de Ginossard ou par l'élégance du système de Frédéric Zenati, qui conçoit la propriété comme une relation d'exclusivité entre le propriétaire et sa chose (celle-ci pouvant être non seulement une chose corporelle mais aussi un droit)²¹, ou d'être rassuré (ou non) par l'idée de William Dross suivant laquelle le régime juridique de la propriété découlerait de la structure des choses²². Chaque conception porte sur les autres un regard critique, donnant l'impression d'une controverse intense. Toutefois, cette critique est exclusivement interne : la « théorie » dite classique est critiquée en ce qu'elle fait de la propriété à la fois un bien et un instrument d'appropriation des biens ; la « théorie » dite personaliste est critiquée parce qu'elle confond l'obligation avec l'opposabilité ; on reproche à la « théorie » dite moderne

²⁰ Et même lorsque le titre d'un article se réfère au lien social (voir Muriel Fabre-Magnan, Propriété, patrimoine et lien social, RTD.civ. 1997, 583), le corps du texte ne contient aucune ouverture sur le social mais seulement des réflexions sur les notions et les catégories juridiques.

²¹ Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD.civ. 1993, 305 ; F. Zenati et T. Revet, Les biens, PUF, 3^{ème} éd. 2008.

²² Une approche structurale de la propriété, RTD.civ. 2012, p.419 ; Les choses, LGDJ. 2012.

(ou romaine) d'accueillir la figure qui serait contre nature d'un droit de propriété portant sur des droits, etc.. La nouvelle « théorie » dite structurale de la propriété est encore trop récente, mais d'ores-et-déjà on peut imaginer des critiques internes : conception caricaturale de la valeur réduite à l'utilité et à l'échange (où sont passées la révolution marginaliste et les discussions des économistes sur les notions de valeur ?²³) ; oubli de la dimension spéculative de la propriété ; est-il cohérent de contester la propriété des droits, pour dans le même temps dire que les choses ne sont appropriées que pour leurs valeurs (ou leurs utilités) ? ; ne faudrait-il pas aller au bout du raisonnement et dire que les biens sont des valeurs ou des utilités ? etc.. Sans être inutile, cette démarche ne me paraît pas très fructueuse ; elle présente l'inconvénient d'être circulaire et de refermer le discours doctrinal sur lui-même, ou plus exactement sur sa seule dimension technique. Aucune de ces constructions doctrinales n'est parfaite et, confrontée à la réalité, elle se trouvera toujours plus ou moins prise à défaut par une situation, qu'elle tentera d'appréhender par un rafistolage conceptuel ou qu'elle qualifiera de pathologique ou d'exceptionnelle afin de sauver ce qui fait le noyau dur de la théorie. Ici, le débat est cantonné à la ceinture de protection de ce noyau dur ; il demeure résolument et exclusivement technique.

Aussi étonnant que cela puisse paraître à un non juriste (un juriste américain serait tout aussi étonné), ces débats passionnent la doctrine. Moins étonnant, ils ne sont toujours pas tranchés et ne le seront probablement jamais. Ces questions sont-elles vraiment intéressantes ? Peut-être pour les spécialistes, mais probablement pas suffisamment pour coloniser la quasi-totalité du champ doctrinal et en occulter d'autres. Preuve en est que la persistance des querelles doctrinales sur la nature du droit de propriété n'empêche nullement la conclusion de contrats de vente, alors que l'on ne sait pas vraiment ce qui est cédé (la chose ? le droit ?). Le législateur se réfère à la notion de propriété, le juge, y compris constitutionnel, s'en sert pour fonder ses décisions, les plaideurs l'invoquent comme un droit qui mérite protection, etc. Certes, les rédacteurs de contrats préfèrent toujours utiliser un instrument juridique sur lequel il n'existe pas (ou peu) d'incertitudes théoriques, mais lorsque tel n'est pas le cas, ces dernières ne les dissuadent guère. Il suffit de penser que des usufruits temporaires et réversibles sont conclus quotidiennement sur des titres sociaux, nonobstant les affres doctrinales qu'ils suscitent, pour s'en convaincre. Que dans la réalité quotidienne, les incertitudes techniques qui affectent la nature et le régime du droit de propriété soient indifférentes, ou presque, dénotent le peu d'intérêt de ces débats artificiellement cantonnés à des questions techniques. Plus édifiant encore, il n'y a pas d'accord doctrinal sur la définition du droit de propriété, de sorte qu'il faut reconnaître que les juristes ne savent pas précisément de quoi ils parlent lorsqu'ils utilisent le terme de propriété (nous verrons que c'est aussi le cas pour les juristes américains, mais pour de toutes autres raisons) !

La doctrine française s'escrime depuis au moins deux siècles à rechercher la définition de la propriété dans l'attirail technique qu'elle a elle-même construit, sans grand succès (même si l'on peut par exemple préférer la cohérence de la doctrine de Frédéric Zenati aux contradictions de la doctrine dite classique). Deux méthodes sont à l'œuvre, qui peuvent d'ailleurs être combinées²⁴ (mais pas forcément) : l'une consiste à définir le droit de propriété par son contenu, l'autre, à rechercher la ou les caractéristiques essentielles de celui-ci. Suivant la première méthode, définir la propriété revient à déterminer les prérogatives conférées au propriétaire. C'est la manière adoptée par le Code civil qui, dans son article 544, définit la propriété comme le droit d'user et de jouir de sa chose. La propriété serait donc l'addition de

²³ Lire par ex. la critique des thèses substantialistes de la valeur par André Orléan, *L'empire de la valeur*, Seuil 2011.

²⁴ Voir par ex. la Jurisprudence Générale Dalloz 1857, V° Propriété, n°49.

ces deux droits ; c'est en ce sens que l'on dit qu'il serait le droit réel le plus complet. Certains parlent même de « faisceaux de droits réels » pour définir le contenu de droit de propriété²⁵. Ici un problème de logique interne se pose lorsque ces droits sont répartis entre plusieurs personnes (usufruit, bail, etc.), car alors on ne sait plus qui est propriétaire ; ou plus exactement on le sait : c'est le nu-propriétaire puisque la loi le dit (voir article 578 C.civ.), mais on ne sait plus l'expliquer, car comment une partie peut être le tout ? Si $A=B+C$, alors B est nécessairement différent de A (à condition que B et C soient différents de 0). C'est donc la complétude du droit de propriété qui est mise en cause, ce que les auteurs comme Pothier avaient compris lorsqu'ils distinguaient la « propriété parfaite » de la « propriété imparfaite ». Cette, faille logique ne peut être comblée de manière satisfaisante. Les uns se rabattent sur un droit à géométrie variable en considérant qu'il existe un phénomène d'attraction qui fera qu'à terme, tous les droits se trouveront naturellement sur la même tête²⁶, mais l'argument est difficile car il faut alors soutenir que la « propriété incomplète » est tout de même une « propriété entière », ce qui est tout sauf convaincant. Les autres (F. Zenati et T. Revet) renoncent à définir la propriété par son contenu, aux motifs que les prérogatives du propriétaire seraient illimitées, et adoptent une démarche essentialiste en l'identifiant au droit subjectif (autre notion qui n'a jamais reçu de définition satisfaisante).

La seconde méthode consiste à définir la propriété en recherchant ce qui fait son essence. Suivant les auteurs le nombre des caractéristiques essentielles de la propriété varie, mais on retrouve toujours les mêmes : l'exclusivité, la perpétuité, l'absoluité, l'unicité, le droit de disposer, etc. La difficulté est qu'aucune de ces caractéristiques n'est suffisante à elle seule pour rendre compte de toutes les situations dans lesquelles le juge estime être en présence d'une propriété. La place manque pour le démontrer ici. Il suffit de dire que si une seule exception existe à l'une quelconque de ces caractéristiques, celle-ci ne peut être qualifiée d'essentielle, puisque par définition une caractéristique essentielle est celle qui fait qu'une chose est ce qu'elle est. Or tous les bons manuels relèvent au moins une exception avérée pour chacune de ces caractéristiques prétendument essentielles ; en droit positif, il en existe une profusion montrant qu'il n'est pas conséquent de caractériser le droit de propriété par l'exclusivité, l'absoluité, l'unicité, le droit de disposer ou la perpétuité. Il est intéressant de se demander comment, malgré les divergences sur la nature et la définition du droit de propriété, la plupart des auteurs parviennent à défendre ces caractéristiques prétendument essentielles avec les mêmes méthodes argumentatives. C'est que derrière les désaccords techniques, il existe un consensus dogmatique.

2) Le consensus dogmatique

Que les auteurs y adhèrent par conviction ou qu'ils l'aient intériorisé dans leur schéma de pensée par assimilation au droit positif, le modèle du propriétaire-souverain joue un rôle structurant et homogénéisateur du discours doctrinal. Il est remarquable que les auteurs qui s'opposent si radicalement sur la nature et la définition de la propriété, se rejoignent généralement pour dire que le droit de propriété est absolu (ce qui signifie à la fois que les pouvoirs conférés sont illimités et que le propriétaire est seul en présence de sa chose), exclusif et unitaire (même si le domaine varie suivant les thèses selon que sont englobés ou non les droits, les créances, etc.). On retrouve par exemple ces trois caractéristiques affirmées dans la théorie dite classique (ex. F. Terré et Ph. Simler), dans la théorie dite moderne ou romaine (F. Zenati et T. Revet) et dans la théorie dite « structurale » (W. Dross). C'est en ce

²⁵ Demolombe, Cours de Code Napoléon T.IX, 1^{ère} éd. 1854, n°471 : « la propriété, c'est le faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose » ; voir aussi Jurisprudence Générale Dalloz, 1857, V° Propriété, n°54.

²⁶ Vareilles-Sommières, La définition et la notion juridique de la propriété, RTD civ. 1905, p. 446.

sens que l'on peut dire que ces conceptions se rattachent, malgré leurs divergences, à une seule et même théorie de la propriété, celle qui conçoit le propriétaire comme un souverain sur sa chose²⁷. Elles partagent également les mêmes méthodes pour sauvegarder leur modèle, lequel aurait normalement dû être abandonné de longue date, tant le droit positif lui inflige d'innombrables démentis. Tel n'est pourtant pas le cas. La doctrine préfère en effet soutenir, pour maintenir sa vieille doxa et quelle que soit la conception de la propriété retenue, que les nombreuses limitations imposées par la loi et la jurisprudence aux pouvoirs du propriétaire existent mais n'enlèvent rien au caractère illimité de son droit²⁸, que lorsque le propriétaire est contraint de subir une intrusion sur sa chose, la justification se trouve dans la loi (servitudes ou usufruit légaux, etc.), ou dans sa volonté (louage, prêt à usage, etc.), ou encore dans une anomalie temporaire (indivision), faisant mine de ne pas voir la contradiction de continuer à qualifier de propriétaire une personne qui ne peut en exclure une autre de sa chose, quelle qu'en soit la raison, si effectivement le pouvoir d'exclure participe de son essence²⁹. Pour le dire vite, on enseigne que le droit est, en principe, absolu mais un peu relatif et limité tout de même, exclusif mais pas toujours, unitaire mais seulement si on en retient une vision restreinte.

Les auteurs tiennent cette position par des subterfuges rhétoriques classiques consistant à découper le réel pour le plier à leurs schémas conceptuels : a) le repli sur le droit privé les dispense de parler de toutes les restrictions provenant du droit public, et notamment du droit administratif (pensons à toutes les contraintes urbanistiques, aux servitudes de droit public, etc.) ; b) la fabrique du droit commun leur permet d'évacuer les droits dits spéciaux (droit rural, droit commercial, droit de l'environnement, droit du travail, etc.) ; c) le jeu des exceptions permet de traiter comme des anomalies les situations ou institutions inexplicables par la théorie professée (indivision, propriété temporaire, fiducie, abus de droit, etc.). Que l'on me comprenne bien, je n'accuse nullement tous les auteurs de machiavélisme. Les juristes français ont choisi de bonne foi, dans leur grande majorité, de replier leur discours sur la technique et construire, avec ce matériau, une dogmatique, c'est-à-dire un assemblage censé produire un système neutre et cohérent de solutions que l'on tient pour vraies³⁰, ce qui porte la marque de « l'invention du modèle doctrinal français »³¹. Cette démarche dogmatique ne se prête guère à la remise en cause critique, que ce soit d'un point de vue interne (regardez comme les exceptions invalident nos principes !) ou externe (voyez combien notre dogmatique est loin de la réalité !). Et lorsque l'un d'eux (W. Dross) prend conscience que la

²⁷ Et même lorsqu'un auteur n'y adhère pas, il est obligé de se positionner par rapport au modèle du propriétaire-souverain pour en contester les caractéristiques ; c'est évident, par exemple, chez Ch. Larroumet.

²⁸ « Il n'y a pas de limites inhérentes au droit de propriété », écrivent certains (F. Terré et P. Simler, *Les biens*, Précis Dalloz 9^{ème} éd. 2014, n°141), comme s'il était possible pour un droit de s'autodéfinir ; la formule de l'article 544 signifierait que « tout ce qui n'est pas défendu est autorisé », avancent d'autres (Gérard Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens*, Montchrestien, 10^{ème} éd. 2001, n°1033 ; F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd. 2008, n°192), comme si la propriété pouvait être aussi facilement assimilée à la liberté.

²⁹ Sauf à soutenir que le pouvoir d'exclure va de pair avec celui d'inclure, ce qui n'explique pas les exceptions légales et qui ne justifie les exceptions conventionnelles qu'en glissant vers une autre conception de la propriété pour en faire un « pouvoir de vouloir » (F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, n°164), mais c'est une autre histoire.

³⁰ On peut faire remonter cette démarche dogmatique aux deux livres de Jean Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel* ; le *Droit public*), dont la méthode est non seulement de dépolitiser le droit mais également d'en effacer les contradictions, ce que André-Jean Arnaud, appelle « la grande mystification » (*Imperium et Dominium : Domat, Pothier et la codification*), *Droits* 22-1995, 55), laquelle sera poursuivie par Pothier et les codificateurs.

³¹ F. Audren, *Les professeurs de droit, la république et le nouvel esprit juridique*, *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2011/1 n°29, p.7.

propriété est « malade de sa doctrine », qu'elle se perd « entre deux dogmatiques », il n'imagine pas d'autre solution que de proposer ... une nouvelle dogmatique ! La technique juridique systématisée et dogmatisée assume, dans la doctrine française, une fonction d'essentialisation des notions et concepts, ce qui en modifie le statut épistémologique : de simple instrument, elle devient la substance du droit. C'est pourquoi la plupart des professeurs pensent que la manipulation des outils juridiques se résume à de la pure mécanique. La machine juridique ne serait pas plus politique qu'un moteur à deux temps, seuls des incidents mécaniques pourraient empêcher qu'elle produise ce que l'on attend d'elle : des solutions certaines. En rédigeant des manuels ou des traités, les auteurs ne sont guère enclins à se poser la question de savoir pourquoi cette machine a été faite, quelles sont les valeurs et les finalités qui ont commandées sa construction, encore moins de s'interroger sur l'opportunité des effets sociaux concrets qu'elle produit. S'ils le faisaient, ils auraient l'impression de ne plus faire du droit, de sortir de leur champ disciplinaire.

C'est ce pourquoi la critique politique et sociale de la propriété privée ne les a jamais véritablement intéressés (sauf rares exceptions). Car cette manière de construire et de penser le droit, que j'appelle faute de mieux juridisme, est un enfermement dans un monde conceptuel qui provoque une coupure entre le savoir construit et le réel. Non pas que les juristes français ignorent celui-ci (la plupart s'y intéressent et suivent ses évolutions), mais ils sont embarrassés pour le saisir tant les concepts et notions qu'ils utilisent sont inadaptés. Non pas que la technique juridique soit superfétatoire pour les juristes. Pour paraphraser Benjamin N. Cardozo, qui parlait de la décision de justice, le droit est une « étrange mixture ». Il est constitué de nombreux ingrédients disparates et il est toujours préférable d'avoir à sa disposition des instruments de travail adaptés et efficaces (essayez de couper un gigot ou d'éplucher des légumes avec une petite cuillère !). Le problème surgit lorsque la réflexion se polarise sur les instruments en oubliant les ingrédients, la recette, les mets servis et les convives ; en d'autres termes, lorsque les juristes tentent de réduire le droit à la seule technique en s'imaginant que la construction de concepts et notions, comme par exemple celui de droits réels ou de propriété, les dispenseront de réfléchir sur les questions politiques nécessairement embarquées dans l'élaboration et l'application de ces derniers. Le droit est politique, et ne peut cesser de l'être au motif qu'il fabrique et utilise des instruments.

B – Ce dont la doctrine ne parle pas : les enjeux politiques

De politique les juristes français ne parlent guère, sauf lorsque la question a été pétrifiée par le temps et relève désormais de l'histoire. C'est pourquoi, à part quelques exceptions marginalisées, ils ont pu passer au travers des évolutions les plus improbables sans éprouver le besoin de rénover leur conception de la propriété : développement du système capitaliste et de la consommation de masse, apparition du prolétariat, urbanisation, formation des très grandes entreprises, financiarisation et mondialisation de l'économie, accroissement des inégalités économiques et sociales, avènement d'un chômage de masse endémique, dématérialisation des biens, raréfaction des ressources naturelles, détérioration irréversible de l'environnement, économie numérique, etc.. Lorsqu'une nouvelle situation (dématérialisation, virtualisation, propriétés temporaires, propriétés affectées ou fiduciaires) ou une nouvelle chose (droits de la personnalité, génome humain, entreprise, logiciels, énergie, volumes, informations, bases de données, noms de domaine, etc.) apparaît la doctrine se préoccupe davantage des perturbations causées aux notions et concepts qu'elle a forgés que des enjeux politiques, économiques et sociaux engendrés par cette nouveauté.

Le consensus dogmatique sur la propriété n'a pas vraiment posé de problème tant qu'il coïncidait avec le consensus politique issu de la Révolution de 1789, suivant lequel la propriété privée était à la fois le fondement de l'ordre social, l'incarnation de la liberté individuelle et un facteur de prospérité économique pour tous. Mais alors que celui-ci vole en éclat à partir du milieu du XIX^{ème} siècle (on retiendra deux dates symboliques : 1840, la publication par Proudhon de son mémoire *Qu'est-ce que la propriété ?* et février 1848 la seconde révolution du XIX^{ème} siècle qui est portée à la fois par la revendication d'un droit au travail et par la contestation socialiste de la propriété et des inégalités de richesses), celui-là lui a survécu jusqu'à nos jours, malgré les tentatives d'ouverture sur le social autour des années 1900. Comme le souligne Mikhaïl Xifaras, c'est par un incroyable tour de force que « la science juridique du XIX^{ème} siècle (...), en hissant une de ses catégories au rang des concepts de la théologie rationnelle, [a] fait d'une forme contingente de propriété un droit éternel et sacré, sur lequel est censé reposer la législation moderne »³².

Ce tour de force n'aurait pu avoir lieu si le discours doctrinal n'avait pas été verrouillé par le juridisme. D'une part, les juristes partisans de la théorie individualiste et libérale de la propriété vont intégrer que, pour assurer la domination de leurs idées, il est plus sûr et efficace de se retrancher derrière un discours purement technique et apparemment dépolitisé. Cette dépolitisation du droit par la rhétorique technicienne a tellement été convaincante que même les auteurs qui ne sont pas des individualistes libéraux vont se sentir contraint d'utiliser les mêmes instruments (ce que j'ai appelé en introduction l'assimilation inconsciente du modèle du propriétaire-souverain), persuadés de leur neutralité. D'autres part, les progressistes ou réformistes vont, quant à eux, ou bien être marginalisés si leur théorie est trop radicale, ou bien renoncer d'eux-mêmes à une révolution scientifique qu'ils étaient sur le point de réaliser, pour garder l'espoir de rénover efficacement les concepts et notions de l'intérieur, sans en modifier les fondements, mais au prix de contradictions qui ne manqueront pas de décrédibiliser leur position. Malheureusement, faute d'un contrôle de constitutionnalité avant le dernier tiers du XX^e siècle, nous ne disposons, contrairement aux Etats-Unis, que de très peu de débats forçant les juristes à réfléchir de manière dialectique sur leur théorie de la propriété. En France, le législateur se charge le plus souvent d'apporter au droit de propriété toutes les limites que lui semble imposer l'intérêt général, dispensant les auteurs de travailler à la rénovation de leurs concepts. Deux contre-exemples peuvent toutefois être examinés : la question du mésusage des choses, qui pousse les juristes à rechercher, ou au contraire à renoncer à chercher des justifications économiques et politiques à la propriété privée (1), et la tentative finalement refoulée de penser la propriété dans sa dimension sociale (2). Le premier nous apprend que le repli sur la technique est un moyen commode de penser sans avoir à résoudre ses contradictions, le second qu'il est difficile d'exister, dans un droit doctrinal, en pensant en dehors du dogme dominant.

1) La justification de la propriété privée confrontée au mésusage, ou le paradoxe du propriétaire-souverain

Les civilistes du début du XIX^e siècle ne se souciaient pas beaucoup de justifier politiquement l'existence de la propriété privée, même s'ils consacraient encore quelques paragraphes ou pages à une histoire mythologique et universaliste de ses origines, en

³² Mikhaïl Xifaras, *La propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF 2004, p.11 et s..

s'inspirant des jusnaturalistes³³. Deux raisons à cela : tout d'abord, le consensus politique sur la légitimité de la propriété privée les dispensaient d'une lourde démonstration ; ensuite, les spoliations de la période révolutionnaire et les doutes sur la légitimité de la vente des biens nationaux avaient sérieusement refroidi leur enthousiasme à l'égard du droit naturel et affaibli les justifications de la propriété que cette doctrine véhiculait (droit du premier occupant, etc.)³⁴. Le Code civil de 1804, quant à lui, a jeté les bases d'une conception individualiste et libérale de la propriété, c'est-à-dire qui incarne le droit de l'individu sur son propre travail et le protège, une fois acquis, contre toute usurpation, qu'elle soit étatique ou individuelle³⁵. Toutefois, les révolutionnaires comme les codificateurs concevaient le propriétaire non pas comme un souverain sur sa chose, mais comme le titulaire d'un droit assujéti aux lois et subordonné au bien commun³⁶. Il s'agissait donc d'un individualisme très modéré, partagé d'ailleurs par les premiers commentateurs du Code³⁷. Ce n'est qu'un peu plus tard que l'on assiste à une exacerbation des pouvoirs du propriétaire et à l'émergence de la figure du propriétaire-souverain, sous l'influence d'Aubry et Rau qui, dès la première édition de leur traduction de Zachariae, écrivent : « la propriété en général est le droit en vertu duquel un objet est soumis, d'une manière absolue, au bon plaisir d'une personne. Le propriétaire est souverain par rapport à l'objet sur lequel porte son droit »³⁸. Par la suite, Marcadé et Demolombe feront de la surenchère rhétorique en qualifiant le propriétaire de « maître et seigneur de la chose », puisque le droit dont il est titulaire « lui donne sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier »³⁹. Ce despote pourrait donc, puisque son droit est absolu, faire ce qu'il veut de sa chose, y compris en mésuser, c'est-à-dire en faire un usage à ce point égoïste qu'il serait manifestement contraire au bien commun ou à l'intérêt général. Difficilement soutenable telle quelle, cette conclusion était minimisée, chez certains, par une confiance naïve en la raison humaine qui invite à voir dans le propriétaire un despote toujours éclairé, dont l'intérêt particulier bien compris convergera toujours vers l'intérêt général⁴⁰.

³³ Jean-Baptiste Victor Proudhon est une exception car il s'inquiète dès 1839 des troubles politiques et sociaux causés par les vagabonds et les prolétaires (Traité du domaine de propriété, 1839, T.1, n°51).

³⁴ La préoccupation principale, à compter de Thermidor, était de garantir les propriétés acquises, sans questionner la légitimité du mode de leur acquisition, et d'élever le droit de propriété au rang de fondement incontestable de l'ordre social ; lire Xavier Martin, Mythologie du Code Napoléon, DMM 2003, p.29 et s..

³⁵ C'est notamment l'opinion de Portalis qui, s'inspirant grandement de Locke (qu'il cite dans De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle, 1820, Chap. XXX), considère que la propriété est consubstantielle à l'individu et que la mission de l'Etat est de « défendre les patrimoines des particuliers » (ce qui justifie l'impôt). Il convient donc de nuancer l'analyse d'Alfons Bürge (Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral, RTD.civ. 2000, 1) qui me paraît confondre : a) le libéralisme politique (Hobbes, Locke, Montesquieu) et le libéralisme économique (Smith, Say, Bastiat), qui est un peu plus tardif ; b) le traitement, par le Code, du contrat et de la propriété, qui obéissent pourtant à des logiques différentes ; c) individualisme libéral et droit naturel, qui ne se recourent pas nécessairement.

³⁶ Lire Jean-Louis Halpérin, Propriété et souveraineté de 1782 à 1804, Droits 22-1995, 67, qui montre que jusqu'au Code civil inclus, la propriété était conçue comme un droit limité ne comportant aucune souveraineté au profit de son titulaire.

³⁷ Duranton, Cours de droit français, 2^{ème} éd. 1828, T. II, n°261, qui pense que l'intérêt général est plus puissant que le droit de propriété lui-même. On en ne trouve pas la figure du propriétaire-souverain chez, Delvincourt, Toullier, ou Proudhon (Traité du domaine de propriété, 1839).

³⁸ Cours de droit civil français, 1^{ère} éd. 1839, T. 1, §.193, p.391. La figure du propriétaire-souverain disparaît dans la 3^{ème} éd. (1863) au profit d'une définition volontariste de la propriété : « droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne ».

³⁹ V. Marcadé, Cours élémentaire de droit civil français, 4^{ème} éd. 1850, T. II, p.391 ; Demolombe parle d'un « pouvoir souverain, un despotisme complet » (T. IX, n°543).

⁴⁰ La Cour de cassation, qui commença par approuver la condamnation du propriétaire ayant laissé paître des moutons dans sa forêt, au motif que cette interdiction avait pour objet l'intérêt national (Cass. 5 nov. 1807, Denevers, Journal des audiences, 1808, supp. p.25), se rangea ensuite à l'avis du Conseil d'Etat, rendu sur le fondement du droit de propriété, suivant lequel « quel que soit l'intérêt de l'Etat à la conservation des bois, on

Les choses changent avec le traumatisme de la révolution de février 1848, moment où la propriété privée est remise en cause au nom de la misère de ceux qui n'ont rien d'autre que leur force de travail pour vivre. L'exacerbation de la question sociale, qui pointe les inégalités dans la distribution des richesses, rend le discours individualiste et libéral, glorifiant les pouvoirs souverains de cette espèce de despote privé qu'est le propriétaire, difficile à tenir sans recevoir de plein fouet une critique sociale de la propriété privée. Ainsi, Proudhon continue et affine sa critique en s'intéressant aux finalités de la propriété⁴¹ et Auguste Comte qualifie la théorie individualiste de la propriété prônée par les juristes d'« antisociale »⁴².

La riposte des défenseurs de la théorie individualiste et libérale s'est rapidement organisée afin de trouver des justifications démocratiquement acceptables à la propriété privée⁴³, notamment en ressuscitant la thèse de John Locke de la légitimation de la propriété privée par le travail, qui avait déjà été invoquée par Portalis. Le mot d'ordre est donné par Thiers : « le fondement irréductible du droit de propriété c'est le travail » ; ce qui était stratégiquement bien joué dans la mesure où les révolutionnaires de 1848 pensaient justement opposer le travail à la propriété. Cette défense politique de la propriété privée (qui pouvait aussi passer par une stratégie de dépolitisation, ce qui n'est qu'un paradoxe apparent⁴⁴) a eu une influence sur le discours doctrinal qui se charge, à partir des années 1850, de réflexions politiques faisant l'apologie de la propriété privée (au besoin en sollicitant le droit naturel⁴⁵, la morale, voire l'ordre divin) et la critique virulente de toute philosophie susceptible de la remettre en cause (notamment le socialisme)⁴⁶. C'est ainsi que tant Charles Demolombe⁴⁷ qu'Augustin-Charles Renouard⁴⁸ vont s'efforcer d'expliquer que la propriété privée se justifie par l'intérêt de la société, dans la mesure où les individus, par leur travail, sont plus enclins à produire des richesses en exploitant une chose privativement que si celle-ci était commune.

Il est révélateur et surprenant (du moins pour ceux qui le prennent pour un exégète) que Demolombe commence son exposé général sur le sujet, d'une part, en citant les livres que Thiers et Troplong consacrent en 1848 à la justification de la propriété privée et individuelle⁴⁹ et, d'autre part, en évoquant longuement le malaise provoqué par les « funestes doctrines » et les « monstrueuses controverses », allusions appuyées aux idées socialistes. Il poursuit en reproduisant l'argument très à la mode à l'époque chez les économistes libéraux (mais qui se trouvait déjà sous la plume de Portalis) suivant lequel la propriété individuelle n'est pas à l'origine des inégalités, mais n'est que « le reflet de l'inégalité des aptitudes personnelles »,

peut s'en remettre à celui des particuliers de ne pas dégrader les bois qui leur appartiennent » (25 mai 1810, *ibid*, 1815, p.185 ; CE. Avis du 7 déc. 1805, *ibid*, 1806, *supp.* p.49).

⁴¹ Pierre-Joseph Proudhon, *Théorie de la propriété*, (terminé en 1866 mais paru de manière posthume), p.128 : « Ce n'est ni dans son principe et ses origines, ni dans sa matière qu'il faut chercher la raison de la propriété ; à tous ces égards, la propriété, je le répète, ne peut rien nous offrir de plus que la possession ; c'est dans ses FINS ».

⁴² Auguste Comte, *Système de politique positive*, 1851, T.I, p.154 et 156.

⁴³ F. Bastiat, *Propriété et loi*, in *Journal des économistes*, 15 mai 1848 ; Adolphe Thiers, *De la propriété*, 1848 ; Raymond-Théodore Troplong, *De la propriété d'après le Code civil*, 1848.

⁴⁴ Troplong écrivait ainsi, en 1848, que « sous l'influence démocratique qui inspire la France depuis plus de soixante ans, le domaine de propriété s'est dégagé de tout élément politique (...) »

⁴⁵ Troplong, *op. cit.*, 1848, p.2.

⁴⁶ Lire les développements consacrés par la Jurisprudence Générale Dalloz, 1857, V°Propriété, n°2 à 35.

⁴⁷ *Cours de Code Napoléon T.IX*, 1^{ère} éd. 1854, n°533 et s.

⁴⁸ *Du droit industriel dans son rapport avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses* (1860).

⁴⁹ Il cite également l'économiste Léon Faucher qui écrit l'article Propriété dans le très libéral Dictionnaire de l'économie politique, dir. Coquelin et Guillaumin, T.2, 1853.

lesquelles étant naturelles et donc inévitables, confèrent ces mêmes caractéristiques aux inégalités de fortune. Demolombe choisit donc une stratégie de défense plutôt pessimiste : « la propriété individuelle et transmissible est le seul moyen qui a été donné à l'homme de jouir librement de la terre », et sauf à tomber dans la barbarie, l'esclavage ou dans un état de guerre permanent, la seule organisation sociale possible est celle fondée sur la propriété individuelle protégée par la force publique. C'est aussi la stratégie de Renouard qui, après avoir mobilisé l'intérêt général, le bien-être de la société et la prospérité de la nation pour justifier l'existence de la propriété privée contre le communisme, insiste plus particulièrement sur les risques d'insécurité et de désordres sociaux si la moindre atteinte, par hypothèse arbitraire, à la souveraineté des propriétaires était permise⁵⁰.

Le problème auquel doivent faire face ces deux auteurs, qui ont cherché à justifier politiquement la propriété individuelle, est de concilier celle-ci avec l'un de ses aspects techniques les plus importants à leurs yeux : son caractère absolu. Or cette conciliation, qui les oblige à se positionner sur les excès de l'exercice du droit de propriété, les place en grande difficulté. C'est ce qui explique peut-être l'embarras de Demolombe lorsqu'il tente de justifier le mésusage⁵¹ : « Le propriétaire est libre en effet de commettre ces sortes d'excès sur sa chose. Mais il importe toutefois de remarquer que ces excès, qui sont, à la vérité, la conséquence inévitable de son droit absolu de propriété, ne constituent point, par eux-mêmes, un mode d'exercice de ce droit, que les lois reconnaissent et approuvent. (...) Il importe à l'intérêt de la société, que les particuliers gouvernent bien leur fortune au lieu d'en mésuser. (...) Mais enfin, il faut bien reconnaître que la propriété étant absolue, elle confère sinon en droit, du moins nécessairement en fait au propriétaire, le droit de mésuser de sa chose, car il ne serait pas absolu sans cela (...) »⁵². Le raisonnement de Demolombe est une tautologie : le droit de propriété est absolu parce qu'il doit être absolu, et on peut douter qu'il soit lui-même convaincu que l'intérêt de la société puisse être primé par un dogme juridique, ce qu'il admet pourtant avec une pointe de regret.

Tout aussi dogmatique, mais sans état d'âme, est la tentative de justification du mésusage par Renouard⁵³, où l'intérêt général cède aussi devant une conception passablement abstraite de la propriété, conçue comme un droit absolu en soi et qui doit être respecté en raison de cette seule qualité. Alors qu'il reconnaît que le gâchis des capitaux et les « spéculations téméraires » sont le plus grand fléau de l'humanité, en ce qu'ils « consomment les épargnes et

⁵⁰ p.263 et 264 : « L'unique juge légitime du bon usage du capital est la personne responsable investie, à ses risques, du droit d'en user. Attaquer les capitalistes sous prétexte qu'ils s'entendent mal à employer leurs capitaux est un de ces attentats qui renversent le droit par oppression de sa liberté d'exercice. Nous avons déjà amplement insisté sur l'injustice et le péril de cette audacieuse négation de la propriété ».

⁵¹ n°544 et 545, p.464 : « C'est ainsi que le propriétaire a le droit : D'employer sa chose à tous les usages que bon lui semble, (...) De la laisser dépérir, et même de la dégrader ou de la détruire. (...) Le propriétaire est libre en effet de commettre ces sortes d'excès sur sa chose ».

⁵² La Jurisprudence Générale Dalloz, 1857, V° Propriété, n°55 fournit une explication encore plus mystérieuse : « le droit de mésuser de sa chose demeure, sinon en droit, du moins en fait, entre les mains de tout propriétaire ». Pour sa part, Emile Acollas (La propriété, 1885, p.10 et s.) enseigne qu'en contrepartie de son droit de jouissance le propriétaire a le devoir de ne pas laisser sa chose improductive et celui de tenir compte d'autres intérêts que les siens (ce qui implique un partage des bénéfices de l'entreprise avec les salariés, de ne pas user de sa force pour peser sur les prix de vente, et de ne pas imposer des loyers écrasants pour le locataire). Mais ces devoirs attachés à la propriété sont d'ordre moral, et non juridique, ce qui n'est toutefois pas rien dans la pensée républicaine d'Accollas. Voir aussi F. Mourlon qui tente de montrer que le mésusage n'est pas si dangereux socialement (Répétitions écrites, 8^{ème} éd. Revue par Ch. Demangeat, T.1, 1869, n°1437).

⁵³ p.234 : « Manger au-delà de sa faim, dissiper en un jour la subsistance d'une année, brûler un bois précieux ou enrichi par une habile main-d'œuvre, se ruiner en vêtements somptueux, en spéculations folles, en fureur de jeu, ce sont des torts envers soi-même ; mais, si insensés qu'ils soient, ces abus, tant qu'ils nuisent à vous-même seul, font partie de votre droit aussi pleinement que l'usage le mieux réglé de votre chose ».

paralyse les projets d'avenir », il affirme néanmoins que « pour élever à sa hauteur le respect qui lui est dû, il faut aller jusqu'à dire que, oisive, stérile, mal exploitée, elle [la propriété] demeure sacrée au même titre et au même degré que si elle se répand en consommations utiles et en dépenses productives »⁵⁴.

Cette rhétorique est très couteuse, car la justification de la propriété par le travail et l'utilité sociale est en contradiction avec le droit absolu reconnu au propriétaire d'user de sa chose comme il lui plait, y compris de façon oisive ou destructrice. D'un point de vue épistémologique, on peut dire qu'il existe, sur la question du mésusage, une coupure entre la solution produite par l'instrument technique (la propriété absolue) et la théorie qui a servi à le construire. Il est donc facile de profiter de cette contradiction pour retourner la thèse de l'individualisme libéral contre elle-même : puisque l'appropriation privée des richesses est justifiée par l'intérêt général consistant à développer le bien-être et la prospérité par les échanges et l'activité économique, ne devrait-on pas tirer des conséquences en termes de responsabilité du propriétaire lorsque celui-ci fait de cette appropriation un usage manifestement contraire à cet intérêt général⁵⁵ ? En d'autres termes, il n'est guère conséquent de maintenir la figure du propriétaire-souverain après avoir légitimé son droit de propriété par l'intérêt général.

Pour sortir de l'impasse, tout en maintenant une adhésion sans compromis à la théorie individualiste et libérale de la propriété, la solution la plus efficace a été de dépolitiser le discours doctrinal en le recentrant exclusivement sur la technique juridique. Il faut donc arrêter de rechercher les fondements justifiant la propriété et de s'embarrasser avec la question du mésusage⁵⁶. Marcel Planiol est péremptoire sur le premier point : il suffit, écrit-il, de dire que la propriété individuelle se justifie par une raison pratique qui réside dans les services qu'elle rend à l'humanité⁵⁷. Nul besoin de recourir à l'idée de première occupation, qu'il trouve fautive⁵⁸, ou de propriété-travail, qu'il juge dangereuse pour la société⁵⁹. Sur le mésusage, en revanche, sa position est encore embarrassée. Après avoir rappelé que le droit de propriété conférerait à son titulaire le droit d'user et d'abuser de la chose y compris par des actions nuisibles pour lui-même, il ajoute : « Toutefois, ces destructions inutiles semblent contraires au but social de la propriété individuelle, dont le but est de donner satisfaction aux besoins des particuliers » et de citer l'opinion contraire de l'économiste libéral Paul Leroy-

⁵⁴ p.455.

⁵⁵ C'est ce que Duguit avait compris : « Tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction en raison directe de la place qu'il y occupe. Or, le détenteur de la richesse, par cela même qu'il détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement que s'il l'accomplit et dans la mesure où il l'accomplit » (Les transformations ..., p.158).

⁵⁶ Il y a des exceptions. Ainsi le juriste Belge François Laurent, dont l'inquiétude sociale a été avivée par la Commune de Paris consacre près de 20 pages à des discussions politiques, historiques et philosophiques sur la propriété pour conclure que « l'idéal est que tous soient propriétaires » (Principes de droit civil, 1878, T. 6, n°87 à 99). Sur le mésusage, sa position est classique : « quelque malsonnant qu'il soit, ce droit existe » (n°101). Charles Beudant invoque le droit naturel et les nécessités économiques (production des richesses) et sociales (ordre), et condamne le mésusage (Cours de droit civil français, 1938, T. IV, n°259 et 334).

⁵⁷ Traité élémentaire de droit civil, T.1, n°2322 et s. n°2331. La position de Planiol est reprise dans le Répertoire général alphabétique de droit français, dir. Fuzier-Herman, T.XXXI, 1903, V°Propriété, n°21 et 22. Voir aussi A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 4^{ème} éd. 1923, T.I, p.716 : « le jurisconsulte n'a pas à justifier la propriété foncière, la seule qui soit vraiment critiquée. Elle se justifie toute seule ».

⁵⁸ Il reproche aux juristes qui l'ont émise d'être habitués « à ne rien chercher au-delà de la règle juridique qui leur sert de guide, ont une tendance à ériger les préceptes de la loi en principes philosophiques ».

⁵⁹ Il reproche aux économistes de ne pas voir que cette idée « contient en germe la négation actuel du droit de propriété » en offrant le droit pour le travailleur de revendiquer le produit de son travail.

Beaulieu⁶⁰, sans dissenter d'avantage ni donner son opinion sur ce que serait la solution du droit positif sur la question.

On ne trouve pas cet embarras chez d'autres civilistes. Aubry et Rau, dont la position était jusque-là hétérodoxe sur cette question, incarnent parfaitement la posture qui va finir par devenir classique : ils enseignent la notion unitaire, absolutiste et exclusiviste de la propriété, sans la justifier ni philosophiquement ni politiquement, tout en consacrant une place croissante aux nombreuses et importantes restrictions auxquelles l'intérêt public soumet le droit de propriété, tant en notes de bas de page (moins de 2 pages dans la 1^{ère} éd.) que dans un chapitre entier (70 pages tout de même dans la 5^{ème} éd.)⁶¹, et en prenant soin de ne pas aborder expressément la question du mésusage. Plus significatif encore, Georges Ripert, pourtant habituellement prolixe sur les explications économiques, morales, politiques, supprimera les passages dus à la plume de Planiol sur les justifications du droit de propriété et le mésusage, et se contentera d'écrire : « Dans l'étude du droit civil on doit considérer la propriété individuelle comme une institution imposée par notre organisation sociale actuelle. Il n'est pas utile d'en discuter le fondement et la légitimité »⁶². De notion, la propriété absolutiste, unitaire et exclusiviste est devenue un dogme et ce n'est pas un hasard si les civilistes écrivant des ouvrages systématiques sur le droit des biens ont été réticents, voire hostiles, au mouvement de socialisation du droit propriété. Le dogme s'accommode mal d'une ouverture sur le réel. C'est en se coupant de celui-ci que la construction dogmatique a pu résister à la tentative de repolitisation du droit (cette fois sur la gauche), dont il n'est plus rien restée, ou presque, à compter des années 1930. Au fond la dogmatique est une manière d'immuniser une théorie contre la réfutation empirique. Au terme du processus, la figure du propriétaire-souverain, dont la connotation philosophique et politique est extrêmement forte, va finalement s'intégrer dans la technique par le truchement de caractéristiques dont elle affuble la propriété (absoluité, exclusivité, unité), pour devenir un lieu commun doctrinal (ce qui ne signifie pas que tous les auteurs l'adoptent sans réserves, mais que ceux qui la rejettent se sentent contraints de s'y référer).

Voilà l'héritage que nous retrouvons dans nos manuels contemporains, lesquels ou bien sont mutiques ou bien balayent rapidement quelques fondements en citant les auteurs les plus emblématiques (Pufendorf, Locke, Rousseau, etc.), sans qu'à aucun moment la théorie individualiste et libérale de la propriété, dont on estime qu'elle est définitivement consacrée

⁶⁰ Jusqu'au mouvement Law and Economics (qui nécessiterait une étude à lui seul), les économistes adoptent au moins trois positions différentes : 1) Fondant la propriété sur l'utilité sociale et le travail, ils justifient néanmoins le mésusage du propriétaire par l'existence d'une faute simplement morale, mais non juridique afin d'éviter insécurité et arbitraire (Leroy Beaulieu, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, 1^{ère} éd. 1896, T.1, 1914, 6^{ème} éd., p.535 et 536, et aussi : *Essai sur la répartition des richesses et sur la tendance à une moindre inégalité dans les conditions*, 1881, p.64) ; 2) refus de s'occuper des fondements du droit de propriété qui doit être protégé et garanti pour la seule raison qu'il est « le plus puissant des encouragements à la multiplication des richesses. Elle s'occupera peu de ce qui la fonde et la garantit, pourvu qu'elle soit assurée » (J-B. Say, *Traité d'économie politique*, 1841, 6^{ème} éd., Liv. 1^{er} Chap. XIV) ; 3) reconnaître que la propriété privée ne peut être justifié par aucune considération d'utilité, mais considérer que, sur la terre, les prérogatives du propriétaire doivent s'exercer conformément au bien commun (John Stuart Mill, *Principles of Political Economy*, 1848, Liv. II, Chap. I, §.1).

⁶¹ Cours de droit civil français, 1^{ère} éd. 1839, T. 1, §.194 ; 5^{ème} éd. 1897, T.2, §.190 et s.

⁶² *Traité élémentaire de droit civil* de Marcel Planiol, revu et complété par G. Ripert, 4^{ème} éd. 1948, T.I, n°2703, faisant ainsi écho à la position adoptée un siècle plus tôt par Edouard Laboulaye, *Histoire du droit de propriété foncière en occident*, 1839, p.59 : « l'appropriation du sol est un de ces faits contemporains de la première société, que la science est obligée d'admettre comme point de départ, mais qu'elle ne peut discuter, sans courir le danger de mettre la société elle-même en question ».

en Amérique et en France à la fin du XVIIIème siècle, ne soit sérieusement questionnée⁶³. Il n'y a donc plus de lien entre le questionnement philosophique, lequel est factice et aseptisé, et les concepts et notions juridiques comme les droits réels et la propriété qui sont posés comme tels ; l'articulation des paragraphes du manuel de François Terré et Philippe Simler : 1° Les questions d'ordre philosophique et 2° La réponse du droit (comme s'il y en avait une, comme s'il n'y en avait qu'une !), est révélatrice de l'opération de fermeture et de cloisonnement. Pourtant, la pensée de Grotius⁶⁴, par exemple, aurait pu fournir l'occasion de réfléchir au paradoxe suivant : si la propriété a été instaurée en raison de l'imperfection humaine qui ne garantissait pas une juste égalité dans le travail et dans la jouissance des choses communes, comment tolérer que la propriété privée soit devenu un instrument d'inégalité dans la distribution des richesses entre les individus et donc d'injustice sociale ?

2) Le refoulement des théories ayant pour but de penser la propriété dans sa dimension sociale

Pour montrer ce refoulement, je pourrai développer la manière dont la théorie de Léon Duguit, suivant laquelle la propriété ne serait pas un droit subjectif, mais une fonction sociale, a été discréditée et rejetée, le plus souvent avec des arguments oiseux et intellectuellement malhonnêtes. Topique est à cet égard l'arrogance expéditive avec laquelle Jean Carbonnier, qui passe pour être le juriste classique le plus ouvert sur la sociologie, prétend balayer la théorie de la « propriété fonction sociale » de Duguit, en la réduisant à une opposition « d'accent polémique »⁶⁵. C'est cette manière de faire (bien peu scientifique mais très politique) qui permettra à la doctrine de maintenir dans son discours la conception individualiste et libérale, alors que du point de vue politique et législatif sous les IIIème et IVème République, c'est la théorie de la fonction sociale qui globalement prévaut⁶⁶. Les véritables raisons du rejet de toute idée de fonction sociale de la propriété par la doctrine française se trouvent chez Christian Atias⁶⁷. Elles sont au nombre de trois : a) « elle interdit de maintenir l'unité de la notion de propriété ; le concept ne pourrait plus en être invariable, quel qu'en fût l'objet » ; b) « Elle est en contradiction avec la notion de droit subjectif, voire de droit réel », où l'on voit, que pour les juristes français, sauvegarder l'intégrité d'un concept est bien plus importante que de forger les outils idoines pour penser la réalité ; c) « la fonction sociale est restée une idée, sans élaboration technique : ce n'est pas une notion de droit », alors même que l'auteur signale la consécration de cette thèse par la jurisprudence européenne qu'il « faut accepter à la rigueur » dit-il, ce qui ne l'empêche pas d'affirmer que « cette proposition d'analyse nouvelle a échoué en technique juridique » ; où l'on constate, qu'un concept doctrinal, sous la plume d'un professeur, ne cède pas devant une décision de justice qui le contredit !

⁶³ François Terré et Philippe Simler, op. cit., n°114 et s.

⁶⁴ Le droit de la guerre et de la paix, Livre II, Chap. II, §.2 ; Grotius acceptait d'ailleurs que l'on puisse appréhender le bien d'autrui en cas d'extrême nécessité (§.7) et que le propriétaire devait laisser autrui tirer profit de sa chose s'il n'en résultait aucun inconvénient (§.11).

⁶⁵ Droit civil, T.3, Les biens, PUF. Thémis 2000, 19^{ème} éd., n°75, p.139 ; La réfutation chez F. Terré et Ph. Simler (op.cit., n°117) est moins désinvolte mais pas plus sérieuse.

⁶⁶ Le paradoxe est clair chez Jean Carbonnier qui à la fois rappelle qu'un ministre a pu dire devant le parlement que la propriété fonction sociale était la doctrine quasi-officielle de la IVème République et se débarrasser de l'idée en considérant « le caractère exceptionnel, en droit et en fait, de ces diverses manifestations d'une prétendue fonctionnarisation des propriétaires » (op.cit., n°75, p.140) ; ce qui ne l'empêche pas d'écrire trois pages avant qu'il faut « descendre jusqu'à des biens économiquement secondaires ou qui se prêtent à la clandestinité, voire au non-droit (l'or, les œuvres d'art), pour découvrir un secteur où le principe de l'a. 544 puisse jouer à plein sans que l'exception jette sur lui son ombre (...) » (op. cit., n°73, p.138).

⁶⁷ Droit civil, Les biens, Litec 7^{ème} éd. 2003, n°93, p.75.

Il aurait également été possible de retracer les contorsions doctrinales à propos la théorie de l'abus du droit de propriété pour maintenir, du moins formellement, son caractère absolu, ou encore d'évoquer le rejet de la théorie de la responsabilité fondée sur le risque-profit, qui avait aussi pour inconvénient rédhibitoire de faire supporter au propriétaire une responsabilité sans faute du seul fait de sa propriété. Tout cela est suffisamment connu pour ne pas avoir à y insister. Plus original est de se pencher sur la manière dont Josserand a lui-même contribué à stériliser sa propre théorie de la relativité des droits en n'osant pas l'appliquer complètement à son enseignement sur le droit de propriété.

Louis Josserand n'a jamais renié sa théorie de la relativité des droits et la conviction exprimée dans sa jeunesse quant à la nécessité de reconnaître à tous les droits, et pas seulement au droit de propriété, une fonction sociale⁶⁸. Comment se fait-il que cette opinion n'ait pas provoqué une rénovation de la manière d'exposer la propriété privée dans son Cours de droit civil positif⁶⁹ ? Dans cet ouvrage pédagogique (ce type d'œuvre est, en France, souvent perçu comme le parachèvement d'une carrière), Josserand adopte une position contradictoire. D'un côté, il rappelle sa théorie relativiste et soutient que la propriété « se dépouille de son prétendu absolutisme »⁷⁰. D'un autre, il écrit que « les traits distinctifs de la propriété se ramènent, si l'on s'en tient comme nous l'avons annoncé à la propriété corporelle unitaire, à une brève formule : le droit de propriété est le type du droit absolu ; c'est le *dominium* par excellence, la puissance juridique souveraine (...)»⁷¹. Même si l'on sent qu'il ne croit guère à « la nature du droit de propriété corporelle unitaire », il en fait néanmoins l'intitulé de l'un de ses chapitres⁷², ce qui le force à limiter son sujet pour exclure toutes les figures du droit positif qui correspondent mal à cette théorie classique : les propriétés incorporelles et la copropriété. Technique éprouvée de découpage du réel pour le faire entrer de force dans le moule d'une théorie que l'on veut maintenir malgré ses carences explicatives. Pratiquant l'impressionnisme juridique, Josserand ajoute immédiatement après un paragraphe intitulé « Evolution », nuancant (pour ne pas dire contredisant) ce qui vient d'être péremptoirement énoncé juste au-dessus⁷³.

Voilà donc un auteur qui, soucieux des questions sociales, attentif aux évolutions et aux nouveaux besoins de la société, animé d'une volonté de toujours faire prédominer le social sur l'individuel, l'intérêt collectif sur les intérêts égoïstes, concepteur de nouvelles théories audacieuses (théorie du risque-profit, relativité des droits), ne parvient pas à théoriser une

⁶⁸ De l'esprit des droits et de leur relativité, 2nde éd. 1939, n°237, p.322. Voir également son article Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, in Mélanges Sugiyama, 1940, p.95 dans lequel il explique, en outre, que le droit de propriété a une face individuelle et une face sociale (idée développée par l'économiste américain Ely au début du XXe siècle, cf. infra).

⁶⁹ Sirey 1930, les citations sont toutes tirées du 1^{er} volume.

⁷⁰ n°1323.

⁷¹ n°1430. Affirmation déconcertante pour un partisan d'une théorie relative des droits définis et exercés selon leur fonction sociale, qui écrit, par ailleurs, que concevoir le propriétaire comme un souverain pouvant user discrétionnairement de sa chose est « une conception purement scolastique et légendaire, fort éloignée de la réalité, dont elle représente presque l'antipode (...). On ne saurait mettre plus vigoureusement en lumière l'impossibilité sociale d'un tel droit absolu », De l'esprit des droits et de leur relativité, n°14.

⁷² n°1429. Alors que, dans l'article des mélanges Sugiyama, il expose que le droit de propriété se dématérialise.

⁷³ n°1431 : « Cependant, au contact des réalités, sous la pression d'une évolution sociale et économique qui s'est précipitée au cours du dernier demi-siècle, le dogme de l'absolutisme du droit de propriété a été mis à une rude épreuve ; son intensité, son exclusivisme ont été l'objet d'un examen sérieux ; de nouvelles frontières lui ont été assignées auxquelles ne songeaient pas nos aïeux ; il s'est assoupli, il s'est humanisé et il est apparu que, n'étant point d'une autre essence que les autres droits, il devait, comme eux, être conçu, aménagé et exercé en vue de fins sociales, non de fins purement égoïstes ».

renovation du concept de propriété et à se délester du modèle du propriétaire-souverain. L'explication ne réside pas dans la nature pédagogique de l'ouvrage. En effet, Josserand affiche dans la préface de son Cours une ambition rénovatrice assumée, proclamant qu'il entend faire de la science et non pas du roman et que la loi n'est plus qu'un document de travail pour le juge. Ajoutons à cela qu'il voyait la publication de son cours comme « le plus sûr, le seul moyen efficace d'exposer ses idées et de les défendre ». Il faut donc chercher ailleurs l'explication au fait que Josserand préfère adopter une posture théoriquement incohérente, tant du point de vue interne (comment à la fois dire que la propriété est un droit relatif et maintenir la proclamation de son absolutisme ?) qu'externe (comment après avoir annoncé que l'objet d'étude est le « droit vivant », c'est-à-dire épuré des conceptions surannées, reproduire le discours sur l'absolutisme de la propriété ?).

Josserand considérait sa théorie de l'abus des droits comme « le triomphe de la technique »⁷⁴, et non celui de la politique ; et pas de n'importe quelle technique : la technique individualiste, comme l'a bien vue Gaston Morin qui qualifiait le procédé de « paravent destiné à dissimuler ce qui se passe dans les coulisses du droit »⁷⁵. Cette posture, qui a été masquée par les attaques (pour le coup très politiques) de Ripert contre son collègue lyonnais, est probablement stratégique : « en faisant survivre les mots aux réalités qu'ils recouvrent, l'on évite à la masse des hommes la conscience des transformations sociales », remarquait, non sans reproche, Gaston Morin⁷⁶. Josserand lui-même, à propos de la notion de contrat, concédait pratiquer « un conservatisme intelligent, fait de tradition et d'opportunité : avec des formules anciennes on a fait du nouveau »⁷⁷. En quelque sorte Josserand croit à un réformisme de bricolage (au sens de Claude Lévi-Strauss⁷⁸) : il tente de faire du neuf avec les moyens du bord, c'est à dire de vieux outils. Cette explication, si elle est vraie, en dit long sur la manière dont le droit doctrinal se formule et s'écrit. La dogmatique élaborée par la doctrine ne dissuade pas de penser (Josserand a prouvé dans ses monographies qu'il en était capable), mais d'écrire un ouvrage systématique (cours, manuel, traité) contre ou en dehors de celle-ci, sauf à prendre le risque d'être marginalisé comme Duguit ou Demogue. En doctrine, si l'on veut être crédible, il faut demeurer technique et proche du paradigme dominant. D'un point de vue épistémologique, on peut dire que le droit doctrinal se fabrique donc de manière plutôt homogène⁷⁹, exerçant sur les auteurs de puissantes forces centripètes et provoquant un verrouillage théorique rendant difficile la survenance de révolutions scientifiques et de changements de paradigme. On comprend alors mieux la facilité avec laquelle, aux Etats-Unis, où un tel carcan doctrinal n'existe pas, le concept de propriété a pu sans cesse être remodelé en fonctions des besoins.

II – Au pays du pragmatisme, ou les métamorphoses de la propriété

⁷⁴ De l'esprit des droits et de leur relativité, n°232, p.315.

⁷⁵ Gaston Morin, La révolte du droit contre le Code, La révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété), Sirey 1944, p.106. Morin reprochait aussi à Josserand « le déguisement de l'ordre juridique nouveau sous le manteau de l'ordre juridique ancien » (G. Morin, Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit, in Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, T.II, p.467).

⁷⁶ Gaston Morin, La révolte du droit contre le Code, op. cit., p.4.

⁷⁷ La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du Code civil français, in Livre-souvenir des Journées du droit civil français de Montréal, 1934, p.39.

⁷⁸ La pensée sauvage, Plom 1962, p. 26 et s.. A la différence de celui de l'ingénieur l'univers instrumental du bricoleur est clos car il est incapable de construire des outils en fonction d'un projet.

⁷⁹ Illustration de la pertinence de l'analyse de Ph. Jestaz et Ch. Jamin, La doctrine, Dalloz 2004.

Aux Etats-Unis, il est aujourd'hui commun de s'interroger sur la désintégration, voire la mort de la propriété⁸⁰. Ce questionnement n'est nullement dû à une victoire des thèses socialistes, mais à l'évolution intrinsèque du capitalisme, dont les besoins de protection des valeurs et d'exploitation de nouvelles utilités n'ont cessé de croître, provoquant une extension et un morcellement de la propriété. Le droit de propriété n'est plus cette relation entre une personne et sa chose, mais est devenu un complexe de droits ayant souvent pour objet des choses dématérialisées, de simples prérogatives, reliant de nombreuses personnes dont les intérêts sont enchevêtrés. La propriété unitaire et verticale a donc été concurrencée par des phénomènes horizontaux de droits exercés en réseau sur des choses émiettées et incorporelles, souvent conçues pour satisfaire les intérêts de l'économie de marché, si bien que les juristes finissent par se demander s'ils savent encore de quoi ils parlent lorsqu'ils parlent de propriété.

Il n'est évidemment pas question de retracer ici cette évolution, qui a commencé dès le début du XIXe siècle⁸¹ et qui atteint son apogée avec le moment réaliste dans les années 1930. Je me contenterai d'insister sur les aspects de celle-ci qui ont contraints les juristes à remettre en cause certaines caractéristiques prétendument essentielles du droit de propriété (exclusivité, absoluité, maîtrise, etc.). D'un point de vue pratique, il s'agissait de concevoir des outils techniques permettant de trancher des conflits à propos de nouveaux enjeux engendrés par le développement progressif de l'économie capitaliste et les besoins d'une société en expansion⁸². D'un point de vue théorique, de nombreuses conceptions visant à remplacer la notion de la propriété absolue ont été proposées. Gregory Alexander les a regroupées en deux théories : une théorie Hamiltonienne et libérale (exprimée dans le texte *The Federalist*) qui voit dans les biens échangeables des sources de richesses (*self property*) ; une théorie Jeffersonienne et républicaine pour qui les choses sont objets de propriété afin de conférer aux individus autonomie et sécurité matérielle dans le but de participer démocratiquement au bien public (*civic property*)⁸³. Sans jamais véritablement trancher entre ces deux thèses, le droit américain se caractérise par une dialectique entre ces deux théories, au travers de laquelle la propriété s'est constamment métamorphosée, subissant des mutations conceptuelles incessantes et souvent contradictoires, au contact de phénomènes tels que la concurrence (A) et la régulation (B), de la question de la distribution des richesses (C), ou encore de la grande entreprise exploitée au travers des sociétés de capitaux (D).

A – La propriété privée confrontée à la concurrence

Le premier choc subi par la notion Blackstonienne de la propriété est venu de l'idée, qui s'imposa peu à peu au début du XIXe siècle, suivant laquelle la concurrence était un facteur positif de développement économique et que, dans certains cas, elle entraînait en conflit avec le monopole que pouvait conférer le droit de propriété. Ont été notamment visés les privilèges

⁸⁰ Thomas C. Grey, *The Desintegration of Property*, in *Liberty, Property and the Law*, edited with introductions by Richard A. Epstein, 2000. Lire cependant James E. Krier, *The (Unlikely) Death of Property*, *Harvard Journal of Law*, Vol. 13, n°1 (1990), p.75.

⁸¹ Kenneth J. Vandeveld, *The New Property of the Nineteenth Century : The Development of the Modern Concept of Property*, 29 *Buff. L. Rev.* 325 (1980).

⁸² C'est pourquoi on peut parler de pragmatisme, philosophie qui pense les choses en fonction de l'expérience et de leurs effets pratiques sur le monde réel, même si l'expression formelle de cette philosophie est plus tardive (voir Charles S. Peirce, William James, John Dewey, etc.).

⁸³ Gregory S. Alexander, *Commodity & Propriety, Competing visions of property in American legal thought, 1776-1970*, Univ. Chicago Press. 1997. L'auteur explique qu'il existe une relation dialectique entre ces deux théories. Cette dialectique est notamment incarnée par James Kent dans ses *Commentaries on American Law* (1826-1830), selon G. Alexander (lire son Chap. V, p.127 et s.).

exclusifs octroyés, à la fin du XVIIIe siècle, aux entreprises acceptant d'investir sur le domaine public (routes, fleuves, etc.). A cette époque, la propriété était aussi perçue, en raison des droits exclusifs qu'elle conférait, comme une protection contre la concurrence dommageable d'un nouvel entrant sur le marché ; elle était comparable à un monopole accordé par le souverain à certaines entreprises. Cela finit par poser des problèmes lorsque l'idée s'imposa que la concurrence était un facteur de développement économique qu'il fallait favoriser au détriment des droits exclusifs. Cette problématique fût au cœur des *Water cases*, dont l'une des questions était celle du droit pour le riverain situé en amont d'un cours d'eau de diminuer ou d'obstruer celui-ci pour exploiter son usine ou son moulin. Dès 1805, fut rejetée l'ancienne solution de *common law* suivant laquelle un propriétaire terrien pouvait imposer à tout le monde le maintien de la jouissance de son bien (et donc de la rivière qui le traverse ou le borde) selon l'ordre naturel des choses tel qu'il existait au moment où il l'avait acquis (*Natural flow doctrine*). Cette règle, que l'on peut comprendre dans une société agraire, avait désormais pour inconvénient majeur d'entraver le développement économique. Pire, lorsqu'un riverain avait pu, le premier, installer son usine au bord d'un cours d'eau, son droit de premier occupant lui aurait conféré un monopole empêchant d'autres entreprises de s'installer en amont. Si telle avait été la solution retenue, « le public, dont l'avantage doit toujours être privilégié, aurait été privé du bénéfice qui résulte toujours de la concurrence et de la rivalité (*rivalry*) », ce qui dès 1805 fût jugé inacceptable⁸⁴. Accepter que le propriétaire situé en aval d'un cours d'eau subisse quelques inconvénients raisonnables, limitants son droit de propriété et les utilités de son fonds, était donc nécessaire pour permettre le développement économique de l'entreprise du propriétaire situé en amont. Cette décision marque le commencement d'une évolution tendant vers l'acceptation de l'idée que le droit de propriété implique avant tout le droit d'exploiter le bien à des fins économiques⁸⁵. C'est ainsi qu'en 1844, Chief Justice Shaw écrit que « l'un des usages bénéfiques d'un cours d'eau, et dans ce pays l'un des plus important, est dans sa contribution au fonctionnement des usines et des machines, un usage profitable au propriétaire et bénéfique pour le public »⁸⁶. La propriété fût donc conçue, pour des raisons économiques et sociales, comme un complexe de droits et de devoirs dont la jouissance devait être réglée par une balance entre les utilités productives de la chose et les nuisances causées⁸⁷. Cette balance pencha d'ailleurs fortement en faveur des utilités économiques au détriment de l'indemnisation ou de la cessation des nuisances causées aux propriétaires riverains. On retrouve la même idée dans la jurisprudence post guerre de sécession qui s'efforce de minimiser les indemnisations des propriétaires, dont les terres avaient perdu de la valeur et dont la jouissance était troublée en raison des nuisances des chemins de fer et des usines, au motif que ces activités économiques favorisaient le bien commun et que, la balance des intérêts en présence ne devait pas être trop défavorable aux entreprises.

⁸⁴ Palmer v. Mulligan, 3 Caines 307, 315 (N.Y. 1805).

⁸⁵ Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press 1977, p.37.

⁸⁶ Cary v. Daniels, 34 Mass. (8 Met.) 466.

⁸⁷ Il est remarquable qu'en France, les juristes avaient dès 1804 à leur disposition un texte sur lequel se fonder pour parvenir au même résultat, du moins pour les cours d'eau non domaniaux, puisque l'article 645 du Code civil dispose que « s'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété (...) ». Alors qu'au XIXe siècle ce texte reçût une interprétation extensive et fût également appliqué pour concilier les intérêts des propriétaires riverains avec ceux de l'industrie, la doctrine française ne s'en servit jamais pour généraliser un raisonnement partant de la confrontation des intérêts contraires afin de tenter une conciliation, qui l'aurait nécessairement conduit à une révision complète du concept de droit réel et de la notion de propriété privée.

Pour l'historien du droit Morton Horwitz, « il y a une relation claire entre concurrence et développement économique au XIXe siècle en Amérique. (...) Une conception monopolistique et excluante (*exclusionary*) de la propriété a été remplacée par des règles de droit qui permettaient diverses atteintes non réparables à la propriété. Finalement, de cette redéfinition de grande ampleur de la propriété, la présomption en faveur de la concurrence émergea complètement »⁸⁸. Le propriétaire, dans certains cas, ne peut plus se contenter de dire « c'est à moi » pour utiliser comme bon lui semble sa chose : il est soumis, dans une certaine mesure, au contrôle du juge quant au caractère raisonnable de cet usage (*reasonable use doctrine*). C'est également ce que montre la transformation, au cours de la même période, de la « *waste doctrine* » de *common law* (interdisant au locataire de modifier la destination de la chose, même pour l'améliorer), qui d'une règle stricte qui conférait à chacun des deux cocontractants un monopole sur leurs prérogatives (*bilateral monopoly*), est devenue un standard de bonne gestion (« *the good husbandry* ») destiné à favoriser le développement économique par une meilleure utilisation des terres et une articulation contrôlée des droits et obligations respectifs. Cette évolution a mis en lumière une approche à la fois économique et pluraliste de la propriété⁸⁹.

A partir du milieu du XIXème siècle pourtant, une tendance lourde de la jurisprudence privilégia une conception absolutiste et individualiste de la propriété. C'est également à cette époque que le droit de propriété privée a servi d'instrument pour empêcher l'instauration d'un impôt sur le revenu progressif et redistributif, idée souvent qualifiée par les juristes, y compris les juges à la Cour Suprême, de vol, d'extorsion, de confiscation⁹⁰. Parmi de nombreux exemples, il est intéressant de retenir les litiges relatifs à l'utilisation des eaux souterraines, dans lesquels la solution retenue est contraire à celle appliquée aux rivières. Partant du principe que « chacun a la liberté de faire sur son propre sol ce qui lui plaît »⁹¹, y compris au détriment de ses voisins, dans la mesure où le propriétaire a l'entier domaine (« *entire dominion* »), les juges ont estimé qu'appliquer la doctrine des droits réciproques aux eaux souterraines reviendrait à une suppression du droit de propriété⁹². Ce retour à une conception absolutiste de la propriété (« la règle qu'un homme a droit à l'usage libre et absolu de son bien ») était aussi justifiée par des considérations économiques : garantir au propriétaire l'exclusivité et l'inviolabilité de son droit l'incitera à apporter des améliorations à sa chose⁹³. La société américaine allant en se développant et se complexifiant, une théorie individualiste de la propriété ne pouvait cependant pas s'implanter durablement. En outre, les juristes commencèrent à sérieusement douter de l'efficacité et de la pertinence des concepts abstraits, au premier rang desquels se trouvait la propriété.

Le juge Oliver W. Holmes jr, perdant la foi qu'il avait eu, dans la première partie de sa carrière, dans les standards juridiques objectifs et basculant dans une approche résolument anti-formaliste (en gros dans les années 1890, avec notamment *The Path of Law*, 1897), attaqua le caractère absolu des droits de propriété (*property rights*) au motif qu'il entraînait en

⁸⁸ The Transformation of American Law, 1780-1860, Harvard University Press 1977, p.111.

⁸⁹ Jedediah Purdy, The American Transformation of Waste Doctrine : A Pluralist Interpretation, Cornell Law Review, Vol.91, 2006, p.653.

⁹⁰ T. Cooley, Treatise on the Law of Taxation, 1876, p.125 et s.; John F. Dillon, Property – Its rights and Duties in Our Legal and Social Systems, 29 AM. L. Rev., 161 (1895); voir également les opinions émises par Justice Field, citées dans M. Horwitz, op. cit., 1870-1960, p.24 et s.

⁹¹ Greenleaf v. Francis, 18 Pick. 117 (Mass. 1836).

⁹² Wheatley v. Baugh, 25 Penn. St. 528 (1855).

⁹³ Ellis v. Duncan, 21 Barb. 230 (N.Y. 1855).

contradiction avec les postulats d'une économie concurrentielle de marché⁹⁴. Le caractère relatif de la propriété a été un puissant argument contre le conceptualisme et l'idée que les solutions se déduisaient logiquement par syllogisme, car il fallait bien faire une balance entre le droit de propriété et les autres prétentions qui lui étaient antagonistes. En 1894⁹⁵, Holmes exprima pour la première fois un sérieux doute sur l'existence d'une méthodologie permettant rationnellement de trouver une conciliation entre la propriété et la concurrence, de tracer une frontière claire et objective entre les droits subjectifs. Ce test de proportionnalité (*balancing test*) entre propriété et concurrence (qui incluait non seulement la concurrence entre les entreprises, mais également entre le capital et le travail) serait, selon Horwitz, le premier dans l'histoire de la pensée juridique américaine ; il supplantera le traditionnel syllogisme prétendant déduire logiquement les solutions des principes généraux. Holmes, tirant de son expérience la conviction que le juge n'est pas lié par un standard juridique extérieur et objectif, mais qu'au contraire, il fabrique et transforme les notions qu'il utilise, estimait que poser par principe qu'un droit puisse être absolu, n'était que moyen « pontifical ou impérial » d'interdire la discussion sur la confrontation des intérêts en présence, et donc la mesure de leurs forces, de leur légitimité⁹⁶. Si Holmes tenta de résoudre le problème par un retour aux critères de malveillance et d'intention afin de pallier l'absence de précision et d'objectivité des notions juridiques, la génération suivante, celle des *Progressive social reformers* et des réalistes, se débarrassera de ces outils subjectifs, faisant de la propriété une situation juridique conçue comme un complexe de relations juridiques (« *Bundle of legal relations* »)⁹⁷ dont il fallait peser les intérêts sociaux contraires (« *weighing of social interests* »)⁹⁸. A partir de là, la propriété, comme d'ailleurs le droit en général, ne pourra plus être sérieusement pensée de manière purement technique et abstraite, indépendamment des considérations politiques et de la réalité économique et sociale.

B – La propriété privée enserrée dans la régulation

Contrairement à une idée un peu trop vite reçue en France, la régulation de l'économie est une vieille réalité ; elle commence à être mise en œuvre aux Etats-Unis dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle. Elle est l'occasion d'une confrontation judiciaire avec le droit de propriété privée, dont la légendaire absoluité ne sortira pas indemne. Comme l'écrivit l'économiste Robert Hale, « nous expérimentons un frein juridique aux pouvoirs des propriétaires »⁹⁹. Pour le comprendre, il faut s'arrêter un instant sur la question de l'expropriation : alors que selon la tradition de *common law*, un propriétaire n'est créancier d'une indemnisation pour atteinte à sa propriété que si les pouvoirs publics s'approprient juridiquement et physiquement sa chose (« *title and possession* »), l'idée va progressivement émerger qu'une indemnité doit également être versée lorsque l'édiction d'une règle entraîne une diminution de la valeur d'échange de la chose ou la suppression de certaines de ses utilités. Cette évolution n'a été possible que parce que le bien n'a plus été conçu comme un objet matériel, mais comme une valeur d'échange¹⁰⁰, ou encore un « pouvoir d'escompter des gains de ces choses » (« *expected earning power of*

⁹⁴ Oliver W. Holmes, *The Common Law*, 80 : « la protection absolue de la propriété, aussi naturelle qu'elle soit dans une communauté primitive plus occupée dans la production que dans l'échange, n'est guère consistante avec les exigences du monde moderne des affaires ».

⁹⁵ *Privilege, Malice and Intent*, 8 *Harvard Law Review*, 1.

⁹⁶ *Law in science and Science in Law*, *Harvard Law Review*, Vol. 12, No. 7 (Feb. 25, 1899), pp. 443-463

⁹⁷ Arthur L. Corbin, *Taxation of Seats in the Stock Exchange*, 31 *Yale L.J.* 429 (1922).

⁹⁸ Roscoe Pound, *A Theory of Social Interests*, 15 *Papers & Proc. Am. Soc. Soc'y* 16 (1921).

⁹⁹ *Rate Making and the revision of the Property Concept*, 22 *Columbia L. Rev.* 197 (1922).

¹⁰⁰ Dans son opinion dissidente Noah H. Swayne définit le bien comme tout ce qui est doté d'une valeur d'échange, *Slaughterhouse cases*, 83 U.S. (16 Wall) 36 (1873).

those things »), ce qui fait du bien un actif (« property as assets »)¹⁰¹. Dès 1888, John Lewis théorisa la nouvelle conception des biens en utilisant la fameuse expression « *Bundle of rights* », (littéralement fagot de droits, mais généralement traduit par faisceau de droits)¹⁰². La conclusion que Lewis tire de cette rénovation théorique est importante pour le régime de l'expropriation : « si le bien consiste non dans les choses tangibles elles-mêmes, mais dans certains droits, dans et dépendant de ces choses, il s'en suit que, quand une personne est privée d'un quelconque de ses droits, elle est, dans cette mesure, privée de son bien (...), quand bien même son titre et sa possession demeurent intacts (...) »¹⁰³. Cette métamorphose de la notion de bien sera au cœur des litiges engendrés par la volonté politique de certains Etats de réguler l'économie par le droit en lieu et place du marché, car, prise au pied de la lettre, cette nouvelle conception anéantit, en pratique, toute possibilité de régulation. En effet, à partir du moment où le droit de propriété se caractérise par la liberté de disposer du bien sur un marché, et que la valeur marchande participe de l'essence de ce bien, comment éviter que les pouvoirs publics ne soient condamnés régulièrement pour toute loi qui entraînerait, à raison des contraintes qu'elle impose aux propriétaires, une diminution de la valeur vénale des choses, notamment des entreprises qui sont les principaux objets de la régulation ?

La constitutionnalité de la régulation étatique de l'économie fut contestée dans les *Granger cases* (1876-77). La Cour suprême a refusé, dans l'affaire *Munn*, de déclarer contraire au Quatorzième Amendement de la Constitution une législation imposant un contrôle des prix pratiqués à l'égard des fermiers pour l'usage d'entrepôts à grains et pour le transport par chemin de fer, lesquels étaient certes des biens privativement appropriés, mais utilisés pour une activité d'intérêt public, c'est-à-dire « affectée à un usage public »¹⁰⁴. La Cour indique clairement que « selon les pouvoirs inhérents à toute souveraineté, un gouvernement peut régler (*regulate*) la conduite de ses citoyens les uns envers les autres et, lorsque le bien public l'exige, la manière dont chacun doit user de ses propres biens ». Dans son opinion dissidente, Justice Stephen J. Field dénonça une subversion du droit de propriété privée, car pour lui des installations exploitées par une entreprise privée ne pouvaient en aucun cas être qualifiées d'activités d'intérêt public, sauf à considérer que toutes les activités économiques le sont. L'immixtion d'un législateur dans la gestion d'un bien privé, que ce soit pour déterminer son affectation ou le prix de sa jouissance, constitue, pour Field, un acte de spoliation équivalent à une confiscation ou expropriation¹⁰⁵.

¹⁰¹ John R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, Macmillan 1924, p.16. Pour Commons ce changement de définition des biens consistant à passer de la seule valeur d'usage à la valeur d'échange, est acté dans le *Minnesota Rate case*, 134 U.S. 418 (1890).

¹⁰² John Lewis, *Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States*, 1888, p.41 et s. : « Nous devons (...) regarder au-delà de la chose elle-même, au-delà du simple objet corporel, pour trouver la vraie idée du bien (...). L'individu le plus ordinaire du peuple sait et comprend que son bien est en toutes hypothèses un faisceau de droits ».

¹⁰³ C'est l'opinion de la Cour suprême du New Hampshire : « bien est exproprié quand n'importe quel de ces droits dont le bien est composé, est pris », *Thompson v. Androscoggin River Improvement Co.*, 54 N.H. 545 (1874), et de la Cour suprême fédérale : *Pumpelly v. Green Bay Co.*, 80 U.S. (13 Wall.) 166 (1871).

¹⁰⁴ *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876). Pour l'opinion majoritaire exprimée, par Chief Justice Morrison Waite, « quand une propriété privée touche à l'intérêt public, elle cesse d'être seulement un *juris privati* » pour devenir un objet de régulation, et de préciser « qu'une propriété est revêtue d'un intérêt public quand elle est utilisée d'une manière à avoir des conséquences publiques et d'affecter la communauté ». Pour Waite, « il n'y a pas de tentative de contraindre les propriétaires à accorder au public un avantage sur son bien, mais d'établir leurs obligations s'ils en usent de cette manière particulière » (c'est-à-dire de manière monopolistique).

¹⁰⁵ Lire Charles W. McCurdy, *Justice Field and the Jurisprudence of Government-Business Relations: Some Parameters of Laissez-Faire Constitutionalism, 1863-1897*, *The Journal of American History*, Vol. 61, No. 4 (Mar., 1975), p. 970.

Le débat rebondit alors sur l'étendue du contrôle exercé par le juge. Alors que dans l'affaire *Munn*, elle avait dénié au juge le pouvoir de contrôler les prix tarifés¹⁰⁶, quelques années plus tard, la Cour suprême accepta de contrôler le caractère raisonnable des tarifs imposés par les pouvoirs publics (le législateur, ou sur délégation de celui-ci une commission). L'objectif poursuivi était que les entreprises puissent tirer de leur activité une juste compensation permettant de couvrir, non seulement les charges d'exploitation, mais aussi de dégager un profit raisonnable rémunérant les capitaux engagés¹⁰⁷ et un dividende équitable au profit des actionnaires¹⁰⁸. A défaut, ces compagnies étaient « privées de leur droit d'user de leur bien et donc, tant en substance qu'en effets, de la propriété elle-même, sans un procès équitable (*due process of law*) et en violation de la Constitution ». Equitable au premier abord, cette solution causa un effet pervers majeur : partant de la bonne intention de limiter les prix, elle aboutit à accorder aux entreprises objets de la régulation une rente de situation puisque les prix tarifés devaient permettre, quelles que soient leur situation économique et la qualité de leur gestion, un taux de profit comparable à celui qui aurait existé sur un marché concurrentiel¹⁰⁹. Finalement, un équilibre, peut-être précaire et critiquable, était trouvé entre l'impératif de régulation étatique des marchés et la protection de la propriété privée, entraînant une mutation technique de la notion de bien : s'il est indéniable que, pour le bien commun, les pouvoirs publics peuvent réglementer la manière dont certains biens sont utilisés (notamment s'agissant des prix auxquels leur jouissance est concédée), c'est à la condition que l'atteinte ainsi portée aux droits du propriétaire demeurent dans des limites raisonnables et n'anéantissent pas toute possibilité pour lui de jouir des utilités de sa chose ou de la liberté de la céder à une valeur acceptable. C'est ce que rappelle Justice Blatchford, exprimant l'opinion majoritaire dans le *Minnesota Rate Case* (1890) : « ce pouvoir de réglementer (*to regulate*) n'est pas un pouvoir de détruire, et la limitation [des prérogatives du propriétaire] n'est pas l'équivalent d'une confiscation ».

Comme on peut s'y attendre, cette position fut controversée. Ainsi, dans une opinion dissidente, Justice Brewer¹¹⁰ expliqua qu'il ne pouvait pas croire qu'un propriétaire puisse être privé de sa pleine propriété (« *full dominion* ») sur sa chose, quand bien même celle-ci (une entreprise), grâce à son travail, ses compétences, et son argent représentait une grande valeur pour le public. La régulation publique des prix, en dehors des cas dans lesquels l'infrastructure fait l'objet d'une concession publique de la part de l'Etat (autoroutes, chemins de fer, etc.), est nécessairement contraire au droit de propriété privée, quelle que soit la taille de l'entreprise et son importance sur le marché. Toujours est-il que durablement, la propriété, dans les domaines économiques régulés, ne pouvait plus être conçue comme un droit absolu et exclusif, mais comme une situation juridique dans laquelle le juge doit concilier des intérêts contraires. C'est ce que consacre, en 1934, une Cour suprême très divisée qui, sous la plume de Justice Owen J. Roberts exprimant l'opinion majoritaire, déclare conforme au 14^{ème} amendement la loi de l'Etat de New York qui réglemente le prix du lait dans la mesure où une telle régulation promeut le bien-être général (*general welfare*), et proclame que « ni les droits sur les biens (*property rights*) ni les droits contractuels ne sont absolus, car il n'y a pas de gouvernement possible si un citoyen peut volontairement utiliser son droit de propriété au

¹⁰⁶ Selon Waite, l'abus de pouvoir du législateur devait se régler dans les urnes non devant les Cours.

¹⁰⁷ *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co. v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890).

¹⁰⁸ *Smyth v. Ames*, 169 U.S. 466 (1898).

¹⁰⁹ La Cour suprême finira par entendre les nombreuses critiques adressées à ses méthodes complexes et hasardeuses de calculs du profit équitable et choisit d'exercer un contrôle très restreint en faisant supporter à l'entreprise qui conteste les prix imposés par l'autorité de régulation de démontrer qu'ils sont « injustes et déraisonnables dans leurs conséquences » : *Federal Power Comm'n v. Hope Natural Gas Co.* 320, U.S., 591 (1944) et *Federal Power Comm'n v. Natural Gas Pipeline Co.*, 315 U.S. 575 (1942)

¹¹⁰ *Budd v. New York*, 143 U.S. 517 (1892).

détriment de ses semblables »¹¹¹. Nous sommes alors en plein New Deal, moment où le réalisme exerce une influence considérable sur la manière de penser la propriété et ses enjeux économiques et sociaux.

C – La propriété comme facteur de distribution des richesses

Les civilistes français ne se sentent pas concernés par la question du rôle joué par la propriété dans la répartition des richesses, qu'ils laissent volontiers aux économistes. Planiol leur a enjoint de ne surtout pas perdre leur temps « à disserter sur la légitimité d'une chose » (la propriété privée) qu'il ne dépend pas d'eux de modifier, avertissant que « si la société a le devoir de faire tous ses efforts pour amoindrir la misère, elle irait contre son but en détruisant la richesse acquise »¹¹². Aux Etats Unis, en revanche, cette question devient centrale à la fin du XIXe siècle, comme l'illustre le livre précurseur de l'économiste institutionnaliste John R. Commons¹¹³, dans lequel est reprise la définition du bien comme un faisceau de droits (*bundle of rights*), lesquels sont distribués entre les individus et la société. En deux décennies, trois auteurs (deux économistes et un philosophe) publient sur la question des travaux devenus depuis des classiques de la littérature juridique, marquant l'avènement durable, mais non définitif, d'une théorie sociale de la propriété¹¹⁴.

Richard T. Ely, économiste hétérodoxe et influent, publia en 1914, les cours qu'il dispensait depuis 1892 à l'Université du Wisconsin, dont l'objet était de montrer comment la propriété privée était la première institution fondamentale dans la question de la distribution des richesses¹¹⁵. Pour Ely, il ne fait pas de doute que : a) « L'essence de la propriété réside dans les relations parmi les hommes résultant de leurs relations aux choses »¹¹⁶, b) si « le droit de propriété est un droit exclusif, il n'a jamais été un droit absolu » ; et c) il y a deux faces à la propriété, une face individuelle (contrôle des actions d'autrui à propos de sa chose) et une face sociale (limitation des prérogatives du propriétaire), lesquelles sont indissolublement liées de manière dialectique. Ely insistait sur la prédominance accordée à la seconde, dans la mesure où la propriété est instituée et maintenue pour des raisons sociales ; elle est une « confiance sociale » (*social trust*). Dans cette perspective, le pouvoir de régulation de l'économie (*police power*) n'est ni antinomique ni extérieur à la propriété privée, mais fait partie intégrante de cette institution. S'il est formellement entre les mains du législateur, il permet en réalité aux juges de définir ce qu'est la propriété, de la faire évoluer en fonction des besoins sociaux et de déterminer les charges devant être supportées par le propriétaire sans indemnisation. Cette dimension sociale de la propriété, qui joue un rôle de médiation dans les conflits entre les prérogatives individuelles et les besoins sociaux, est le seul moyen de sauver la propriété en tant qu'institution. En effet, une approche absolutiste de la propriété serait, selon Ely qui cite ici Jhéring, autodestructrice de la société à cause de la négation du bien commun qu'elle implique. C'est ce qui l'amène à rectifier à la suite de Karl Kries, ce qu'il

¹¹¹ *Nebbia v. New York* - 291 U.S. 502 (1934) : “The use of private property and the making of private contracts are, as a general rule, free from governmental interference; but they are subject to public regulation when the public need requires”.

¹¹² *Traité élémentaire*, préc. n°2324. Renouard, quant à lui, pensait aussi que la question de la distribution des richesses était cruciale, mais il ajoutait qu'une préoccupation excessive de ces questions entraînait trop d'inconvénients en terme de révolutions et de ruines (op. cit., p.220).

¹¹³ *The Distribution of Wealth*, 1893.

¹¹⁴ La théorie individualiste et libérale, qui n'a jamais complètement disparu, revient au premier plan à partir des années 1980.

¹¹⁵ *Property and Contract in Their Relations to the Distribution of Wealth*, 1914.

¹¹⁶ « *The essence of property is in the relations among men arising out their relations to things* ».

considère être une erreur d'interprétation du droit romain : le propriétaire n'a nullement le droit de mésuser de sa chose (même s'il est, en pratique, très difficile de prévenir certains mésusages sans en même temps interdire l'usage licite). Au fond, la meilleure parade aux attaques socialistes contre la propriété privée est d'interdire les usages antisociaux du propriétaire et de promouvoir une théorie sociale de la propriété, qui dote cette institution de suffisamment de flexibilité pour l'adapter aux évolutions et exigences de la société¹¹⁷.

La socialisation du droit de propriété n'est pas suffisante pour penser tous les effets que propage ce droit dans les relations sociales. Pour l'économiste progressiste, partisan du New Deal et professeur à la Columbia Law School, Robert Hale¹¹⁸ la propriété est l'incarnation, y compris dans une économie de marché, d'un pouvoir privé de coercition : « le droit a délégué [au propriétaire] un pouvoir discrétionnaire sur les droits et devoirs des autres. La propriété est une méthode indirecte par laquelle le gouvernement contraint certains à renoncer à un revenu en faveur des propriétaires ». A la question « Que fait le gouvernement lorsqu'il protège un droit de propriété ? », Hale répond qu'il ne fait pas que protéger la paix sociale (comme le pensent les libéraux), il permet surtout aux propriétaires d'exercer une coercition sur les non propriétaires. Cette coercition est d'une intensité très variable selon les situations, les personnes et les choses en présence. Faible lorsqu'un non propriétaire décide d'acheter un sachet de cacahuètes, forte lorsqu'il doit accepter un travail désagréable ou dangereux pour un faible salaire ou de payer un loyer élevé pour loger sa famille dans des conditions décentes. Dans ce dernier cas, le choix qui s'offre à lui consiste ou bien à accepter les conditions qui lui sont proposées (sauf à trouver mieux ailleurs) ou bien à être condamné, par la loi instaurant la propriété privée, à mourir de faim ou à dormir sans toit. C'est ce « dilemme de la privation ou de l'obéissance » qui force les non propriétaires à travailler dans les usines des propriétaires pour survivre. C'est également la loi instaurant la propriété privée qui garantit aux propriétaires non seulement une main d'œuvre mais aussi des revenus prélevés sur les consommateurs, comme s'il s'agissait d'impôts privés. Evidemment le pouvoir de coercition n'est pas unilatéral : le travailleur peut menacer de quitter son emploi ou de se mettre en grève, le consommateur de ne pas consommer. Toutefois, sans propriété, le pouvoir de coercition perd beaucoup de son intensité.

La distribution des revenus, dans une société de marché, dépend donc du pouvoir relatif de coercition que les individus exercent les uns sur les autres. Plus précisément, « le revenu est le prix payé pour que quelqu'un n'utilise pas ses armes de coercition » : ainsi, le salaire est le prix à payer pour que le travailleur ne refuse pas de fournir sa force de travail, l'intérêt est le prix à payer pour que tout le revenu ne passe pas dans la consommation mais soit investi, le profit le prix à payer pour qu'un détenteur de capitaux ne renonce pas à un projet d'entreprise risqué, etc. Les richesses étant inégalement distribuées, les armes de coercitions sont inégalement réparties en vertu de la loi instaurant la propriété privée. Par conséquent, la question de la distribution des richesses doit être posée en amont du marché, et non à l'intérieur de celui-ci comme le croient les économistes libéraux qui étudient la valeur de chaque facteur de production dans le but de comprendre la manière dont chaque agent appréhende une part de celle-ci¹¹⁹. Le nœud du problème se trouve donc dans les dispositions

¹¹⁷ Ely lui-même insistait sur la nature conservatrice de sa démarche, T.1, p.248 et s.

¹¹⁸ Rate Making and the revision of the Property Concept, 22 Columbia L. Rev. 209 (1922) ; Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State, 38 Political Science Quarterly, 470 (1923).

¹¹⁹ Notamment Thomas N. Carver, Principles of National Economy, 1921. Cette position n'est tenable que si on croit que la valeur attribuée aux choses par le marché retranscrit nécessairement leur utilité sociale (il suffit de comparer le salaire et l'utilité sociale d'un joueur de foot et d'un infirmier ou instituteur pour ne laisser aucune place au doute).

légales édictant et régissant le droit de propriété, car c'est bien à cette distribution initiale des armes de coercition qu'il faut d'abord réfléchir pour comprendre puis réduire les inégalités sociales.

L'apport de Hale est d'avoir montré que, même dans une économie de marché où règne apparemment la plus grande liberté, l'Etat exerce toujours une coercition de sorte que la question n'est pas de savoir si plus ou moins d'intervention est compatible avec plus ou moins de liberté, mais quel est le degré de coercition imposé et sur quelle catégorie de personnes pèsent cette coercition. Une politique de Laissez-faire implique que la pression s'exerce principalement sur les non propriétaires. En concevant la propriété non comme un droit substantiel mais comme un complexe de droits et de prérogatives variables, on comprend que l'étendue et la configuration de cette institution dépend d'un choix politique : accorder un droit à un propriétaire et donc un devoir corrélatif aux non-propriétaires, c'est fournir des armes de coercition à l'un contre les autres ; au contraire refuser d'accorder un tel droit au propriétaire, ou attribuer une prérogative aux non propriétaires rééquilibre le rapport de force en leur faveur. Hale ne remettait pas en cause le principe de la propriété privée des moyens de production et reconnaissait volontiers que certaines inégalités étaient utiles pour stimuler la production des richesses. Il était partisan d'une politique de redistribution afin de réduire les inégalités à un niveau socialement acceptable. Or, une telle politique, qui implique non seulement un contrôle des prix mais aussi un impôt progressif sur les revenus et sur les héritages, heurte de plein fouet la théorie individualiste et libérale de la propriété, d'où une nécessaire révision de celle-ci. Où l'on constate que les problèmes sont imbriqués et que le droit privé et le droit public sont inextricablement enchevêtrés.

C'est précisément à la remise en cause de cette distinction entre droit privé et droit public que va s'atteler Morris R. Cohen¹²⁰, en approfondissant l'analyse de Hale sur la dimension coercitive de la propriété privée. S'appuyant sur une reformulation qui est depuis devenue classique¹²¹, Cohen montre que cette relation entre personnes privées est empreinte d'un pouvoir de souveraineté exercé par les propriétaires (surtout les propriétaires des terres et des capitaux) sur les non propriétaires, comparable à celui qui existait dans les relations féodales, brouillant ainsi la frontière entre *dominium* sur les choses et *imperium* sur les personnes. Non seulement les propriétaires prélèvent, par les profits qu'ils retirent de la jouissance de leur chose, une taxe sur les revenus des autres individus influençant ainsi la distribution des richesses¹²², mais, lorsque leur propriété porte sur des moyens de productions, ils sont en mesure de façonner le mode de vie des citoyens, par la standardisation des produits et donc des habitudes de consommation, et de déterminer leur niveau de vie par le pouvoir de licencier et de fixer le montant des salaires. Autant de prérogatives qui étaient censées relever de la souveraineté de l'Etat, mais qui, par la politique du Laissez-faire, se retrouvent dans la propriété privée, laquelle confère au propriétaire un pouvoir de souveraineté, non pas sur sa chose, mais sur ses congénères.

Cet effacement de la frontière entre le privé et le public, que les premiers libéraux s'étaient efforcés de tracer, rend indispensable l'intervention de l'Etat pour, d'une part, s'assurer que

¹²⁰ Property and Sovereignty, 13 Cornell L. Q. 8 (1927).

¹²¹ « Quelle que soit la définition technique des biens que nous préférons, nous devons reconnaître qu'un droit de propriété est une relation non pas entre un propriétaire et une chose, mais entre le propriétaire et les autres individus par rapport aux choses ».

¹²² En France, René Savatier n'était pas loin de cette analyse à propos des monopoles et privilèges professionnels, in Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1^{ère} série, Dalloz 1964, 3^{ème} éd., n°308 et s.

les droits individuels, et notamment le droit de propriété, soient effectifs et conformes à l'intérêt général et, d'autre part, éviter que leur usage ne dégénère en nuisance publique. L'histoire fourmille d'exemples dans lesquels une limitation ou une suppression des droits individuels n'a donné lieu à aucune indemnisation du propriétaire, sans que cela soit perçu comme une injustice (l'abolition de l'esclavage a ainsi ruiné l'aristocratie des Etats du Sud, la prohibition de l'alcool a ruiné les propriétaires de distilleries). Partant de là, Cohen s'étonne que, dans ces secteurs indispensables à la prospérité de la société que sont l'industrie et la banque, un pouvoir monarchique absolu ait été constitué au profit des capitaines de l'industrie et de la finance. A-t-on bien mesuré les conséquences de cette abdication qui revient à remettre le destin de la société humaine, dont les finalités et les problématiques sont complexes, entre les mains de ceux qui n'ont d'autres buts que la maximisation à court terme de leurs profits monétaires ? N'est-il pas plus judicieux de concevoir, pour faire que les grandes entreprises œuvrent aussi pour le bien commun, des contre-pouvoirs et des limites démocratiques en matière économique, comme c'est le cas en matière politique ? Cet impératif est d'autant plus crucial que l'entreprise, source principale de production des richesses dans nos économies capitalistes, est aussi l'un des principaux facteurs d'inégalités dans leur distribution.

D – La propriété à l'épreuve de la grande entreprise et des sociétés de capitaux

Sur ce point également la comparaison entre les deux pays est édifiante. En France, Georges Ripert était très inquiet à la fois par l'évolution du capitalisme et par la menace communiste, mais croyait dans la fonction du juriste pour assurer la conservation de l'ordre social par la préservation des principes et la construction de notions juridiques¹²³. Ainsi, dit-il, « la personnalité morale a été imaginée pour maintenir la propriété individuelle », laquelle devait être défendue comme « la source de l'ordre et de la sécurité »¹²⁴ contre l'avènement des sociétés de capitaux et de leurs milliers d'actionnaires. Curieusement, en analysant le même phénomène économique et les mêmes instruments juridiques, les juristes américains sont parvenus à la conclusion inverse, celle d'un éclatement irrémédiable de la propriété privée.

Le juriste Adolf A. Berle (qui sera fortement impliqué dans le New deal) et l'économiste Gardiner C. Means publièrent, en 1932, un livre important : *The Moderne Corporation & Private Property*¹²⁵, dans lequel ils expliquent que la propriété privée traditionnelle n'existe quasiment plus que pour les biens de consommation, qu'elle est en voie de disparition pour les biens de production, au premier chef desquels se trouve la grande entreprise. La société de capitaux (*corporation*) inaugure une espèce de propriété divisée¹²⁶ dans laquelle le droit de propriété des actionnaires (propriété passive) est déconnecté des pouvoirs de décision et de

¹²³ Les forces créatrices du droit, LGDJ. 2^{ème} éd. 1955, n°93 : « la création de la grande industrie au XIXe siècle n'allait-elle pas détruire la propriété privée du Code civil et imposer la forme nouvelle de la propriété collective ? Le marxisme en eut l'espérance et fit entrevoir le régime social nouveau qui naîtrait d'une évolution fatale de l'économie. La prévision a été déjouée et l'ingéniosité des juristes a maintenu la stabilité du droit. Il a suffi pour cela de considérer que l'antique contrat de société ne crée pas seulement des droits et des obligations entre des associés copropriétaires du fonds social, mais donne naissance à une personne nouvelle qui sera elle-même et toute seule propriétaire de tous les biens qui composent ce fonds ».

¹²⁴ n°96, p.246.

¹²⁵ 2^{nde} éd. 1968, Transaction publishers 1991, introduction par Murray Weidenbaum & mark Jensen.

¹²⁶ Ils parlent de sociétés quasi-publiques dans lesquelles l'actionnariat est émietté par opposition à l'entrepreneur de la doctrine libérale (Adam Smith, La richesse des nations, 1776, lequel avait d'ailleurs une aversion particulière pour les sociétés par actions).

contrôle (propriété active) conférés à des directeurs (*management*), lesquels maîtrisent les dépenses et les investissements, et donc non seulement le niveau de profit mais aussi l'avenir de l'entreprise. A partir du moment où la société de capitaux n'est plus simplement un instrument juridique, mais un système d'organisation qui transforme un droit aussi structurant pour le système capitaliste, que la propriété, elle devient nécessairement un problème politique majeur. Or, dans la mesure où les actionnaires n'ont plus guère de contrôle ni de pouvoir de décision sur la gestion de l'entreprise (ni de responsabilité d'ailleurs), leur propriété n'est plus productive, mais passive. Est ainsi créée une gigantesque masse de richesses qui n'est plus distribuée entre les agents économiques suivant leurs mérites, leur réussite ou les services rendus, mais en fonction des cours de bourse, donc de la spéculation, et de l'activité d'autrui (les agents de production et leur management). Ce qui pose, du point de vue libéral, le problème de la légitimité de la distribution des richesses, lesquelles se concentrent sur une minorité d'individus improductifs, dont la puissance économique menace le fonctionnement démocratique. Berle et Means estimaient que l'une des solutions consistait à contraindre le management à gérer l'entreprise sociétariaire en tenant compte d'autres intérêts que ceux des seuls actionnaires : ceux des salariés, des consommateurs, de l'Etat¹²⁷. Cette véritable révolution de l'entreprise sociétariaire était désormais rendue possible par la destruction de l'unité de la propriété qui jusque-là échouait aux apporteurs de capitaux. La manière dont les grandes entreprises sociétariaires sont gérées devant, comme pour toute organisation concentrant un pouvoir économique important, subir le test de l'intérêt public¹²⁸.

Certes, la théorie institutionnaliste de Berle et Means a été ensuite critiquée et, pour beaucoup, dépassée par la théorie de la firme ou de l'agence. Toutefois, la thèse de l'éclatement de la propriété est devenue dominante, y compris pour les libéraux et les tenants de la théorie des coûts de transaction¹²⁹. Evidemment, les économistes libéraux réduisent au maximum les immixtions des pouvoirs publics et exacerbent les prérogatives individuelles, mais méthodologiquement et conceptuellement, ils ont pensé les droits de propriété (*property rights*) en termes de relations sociales entre les individus, pour en faire le cœur de l'analyse économique du droit (même les problèmes de responsabilité sont pensés en termes de droits de propriété). Ils partent du principe que la fonction première de la propriété est d'internaliser les externalités et que les institutions juridiques doivent non seulement faire respecter les droits de propriété, mais surtout les définir le plus précisément possible afin de réduire les coûts de transaction. La société de capitaux, dans cette perspective, est une forme originale d'internalisation des externalités permettant une réduction des coûts de négociation entre les actionnaires et les dirigeants (que Demsetz qualifie de « propriétaires de facto » ou de « propriétaires effectifs »). Ils sont toutefois embarrassés pour répondre à la question pourquoi

¹²⁷ La position de Berle sur ce point est très ambiguë ; il considérait que tant que les pouvoirs publics n'avaient pas édicté un « schéma de responsabilités » déterminant les obligations des dirigeants de sociétés envers la communauté, il n'était pas possible de diriger celle-ci autrement que pour maximiser les profits des actionnaires.

¹²⁸ Le livre de Berle et Means va être à l'origine (non sans quiproquo) de la Corporate Governance, dont l'un des buts était de forger les outils juridiques pour inféoder les dirigeants aux actionnaires afin que les intérêts supposés de ses derniers (maximisation des profits) soient scrupuleusement respectés. La France va tardivement importer les idées de ce mouvement, mais sans la rénovation de la notion de propriété. Les manuels de droit des biens ignorent cette nouvelle théorie de la propriété. L'exemple de Jean Carbonnier est topique : il effleure à peine la question de la propriété de l'entreprise dans son manuel (op. cit., p.141), et il faut lire Flexible droit (LGDJ. 9ème éd. 1998, p.324) pour s'apercevoir qu'il connaît le livre de Berle et Means, qu'il cite sans toutefois comprendre que leur théorie ne se contente pas de séparer la propriété du contrôle mais provoque un éclatement de celle-ci.

¹²⁹ Harold Demsetz, Toward a Theory of Property Rights, *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, (May, 1967), p. 347 ; Armen A. Alchian and Harold Demsetz, The Property Right Paradigm, *The Journal of Economic History*, Vol. 33, No. 1, (Mar., 1973), pp. 16-27 ; Production, Information Costs, and Economic Organization, *American Economic Review*, Vol. 62, No. 5. (Dec., 1972), pp. 777-795.

y-a-t'il une entreprise plutôt qu'un recours au marché ? L'explication de leur inspirateur, Ronald Coase (qui recourait à la notion de hiérarchie) leur paraissant un peu trop réactionnaire à la fin des années 1960, certains ont fini par admettre que l'explication résidait dans l'effet de domination sur les salariés que jouait la propriété des moyens de production (rappelant paradoxalement la position de Hale). C'est très clair dans l'article de Oliver Hart et John Moore qui parlent d'autorité sur les choses, par le truchement du droit de propriété qui investit le propriétaire des moyens de production du pouvoir d'exclure autrui de l'usage de sa chose ; pouvoir de contrôle qui se transfère sur les personnes salariées et incitent celles-ci à travailler dans l'intérêt de leur patron¹³⁰.

La notion de propriété a continué à évoluer au gré des changements sociaux, économiques et politiques. Initiée avec le New Deal et renforcée entre 1960 et 1975, la politique du *Welfare State* va donner l'occasion d'une nouvelle métamorphose de la conception de la propriété privée, notamment en la rendant compatible avec les programmes sociaux de redistribution des richesses en direction des plus pauvres. Charles A. Reich, va même jusqu'à qualifier le droit aux prestations sociales (*welfare benefits*) de propriété afin d'empêcher sa suppression arbitraire¹³¹, comme lorsque la Cour suprême n'a pas cru devoir condamner la suppression du versement d'une pension de retraite à un immigré Bulgare ayant travaillé l'essentiel de sa vie aux Etats-Unis et qui fut expulsé pour avoir adhéré au parti communiste pendant 6 ans¹³². A peu près au même moment, la réaction néo-libérale de l'Ecole dite de Chicago et le mouvement *Law & Economics* ont recentré la propriété sur la satisfaction des préférences du seul propriétaire et s'en serviront comme une arme de combat contre la politique de *Welfare state*, dans la mesure où, assimilée au droit de disposer librement de sa chose sur un marché, la propriété privée est antinomique avec une redistribution des richesses par le biais de l'Etat. Ce retournement, qui place à nouveau le centre de gravité de la propriété sur les droits de l'individu et rejette la régulation sociale, domine la politique américaine depuis l'administration Reagan, dont l'un des objectifs était de retrouver une protection constitutionnelle forte de la propriété privée, ce qui allait de pair avec la réduction au minimum de l'intervention de l'Etat dans la régulation des marchés¹³³. Par ce retour en force, la théorie individualiste et libérale a finalement digéré la notion de propriété éclatée et relative pour l'orienter vers ses propres fins, attestant ainsi que la propriété est un instrument éminemment politique.

III – La propriété : instrument politique et théorie sociale

Il est grand temps de délester notre appareil doctrinal de la figure du propriétaire-souverain. Elle nous empêche de voir ou d'assumer franchement que le propriétaire n'est pas seul au monde avec sa chose, que ses pouvoirs sont limités, non pas par exception ou anomalie, mais par principe. Il est aussi plus que temps de dissiper l'illusion d'une propriété unitaire et homogène, car les phénomènes d'appropriation sont multiples et variés selon les situations et les choses¹³⁴. La théorie du droit de propriété a donc besoin d'une « révolution

¹³⁰ Property Rights and the Nature of the Firm, *Journal of Political Economy*, Vol. 98, n°6 (dec. 1990), p.1119.

¹³¹ Charles A. Reich, *The New Property*, *Yale Law Journal*, Vol. 73, No. 5 (Apr., 1964), p. 733.

¹³² *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603 (1960), où la Cour suprême refuse de reconnaître que le droit à la pension de retraite est un « accrued property right ». La thèse de Reich a pendant un temps été consacrée par la Cour suprême : *Goldberg v Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

¹³³ Stuart Banner, *American Property, A history of how, and what we own*, Harvard Univ. Press 2011, p.257 et s.

¹³⁴ On pourrait également choisir de cantonner la propriété à la théorie individualiste et libérale, qui a été inventée à l'époque moderne (lire Grégoire Madjarian, *L'invention de la propriété, De la terre sacrée à la société*

copernicienne » consistant à : a) reconnaître qu'à la diversité des biens, de leurs utilités, mais aussi de leur rôle politique, économique et social, correspond une pluralité de droits de propriété ; b) concevoir les droits de propriété comme des rapports de droit entre le propriétaire et les non-propriétaires susceptibles de créer, selon les besoins, des devoirs à la charges du premier et des droits ou prérogatives aux bénéfices des seconds ; c) reconnaître que la propriété privée n'est pas seulement un instrument procurant du bien-être et de la richesse, mais aussi un instrument de pouvoir et de domination qu'il est nécessaire de contrôler et de contrebalancer (on pense à la doctrine du *Balance of property* prônée par James Harrington et John Adams) afin de préserver la liberté de tous et de tendre vers l'idéal d'égalité qui caractérise notre république.

Je suggère ces trois propositions pour tenter de débarrasser cet instrument qu'est la propriété de certaines caractéristiques dont on l'a dotée au fil du temps et qui me paraissent en éroder l'efficacité et en obscurcir les fonctions. Elles n'ont pas pour ambition de dire la vérité sur ce que serait la propriété (la propriété n'a pas d'essence), mais de faciliter la compréhension du phénomène d'appropriation dans toute sa complexité et ses contradictions. Pour ce faire, il me paraît opportun de rénover tant la notion que la théorie. En tant que notion, la propriété gagne à être conçue comme un instrument politique, au sens où, d'une part, elle structure les relations entre les personnes dans la cité et d'autre part, elle procède de choix d'organisation des pouvoirs et de répartition des richesses. Par ailleurs, seule une théorie sociale de la propriété peut sérieusement rendre compte de cette réalité sociale qu'est le phénomène d'appropriation¹³⁵. Je me contenterai d'en dessiner les grandes lignes, tout en précisant que sa caractéristique principale devra être de ne pas prétendre tirer les solutions des concepts, mais d'une analyse de la situation, d'une considération des conséquences économiques et sociales des solutions potentielles et d'un processus de balance des intérêts. Reconnaître que la propriété est un instrument politique et adhérer à une théorie sociale ne signifie pas forcément opter pour une politique sociale, par opposition à une politique libérale. Mes deux premières propositions devraient pouvoir être adoptées, indépendamment des convictions de chacun, par tous les juristes soucieux de concevoir et utiliser un appareil conceptuel opératoire. En revanche, la troisième proposition sera plus engagée et donc plus personnelle.

1) La diversité des biens et la pluralité des droits de propriété

Même si cela peut sembler contre-intuitif, les choses, qui sont l'objet de la propriété, ne sont pas des données de la nature. On m'objectera qu'un arbre, qu'un fruit existe bien indépendamment de moi-même, qu'il y a bien sous nos yeux une nature composée de choses que la propriété a justement pour but de permettre à l'homme d'appréhender et de se réserver. Mais l'objection serait bien naïve. La terre n'est pas la même chose dans l'esprit d'un colon européen qui entend la labourer pour la cultiver (la terre est un élément de la production) que dans celui d'un indien d'Amérique du nord qui assimilerait un sillon à un coup de poignard dans le sein de sa mère (appartenance ontologique de l'homme à la terre)¹³⁶. Les choses, pas plus que les personnes, ne pénètrent pas le monde du droit sans une construction. Les juristes

marchande, L'Harmattan 1991) et tenter de penser par un autre concept que la propriété les relations sociales qu'il n'est pas opportun de soumettre à l'intérêt privé et au monopole souverain d'un individu.

¹³⁵ On pense à Duguit, mais aussi au philosophe libéral (et opportuniste) Eugène Lerminier (*Philosophie du droit*, 1831, T.1, p.134) pour qui : « La théorie de la propriété consiste tout entière dans le rapport de l'homme avec la société » et qui définissait la « propriété sociale » comme « l'individualité combinée avec les besoins, les droits et les progrès de l'association ».

¹³⁶ *Pieds nus sur la terre sacrée*, textes rassemblés par T.C. Mac Luhan et S. Curtis, trad. franç. 1974, p.62.

choisissent les choses qui sont des biens (c'est-à-dire appropriées ou susceptible d'appropriation) et celles qui n'en sont pas ; et parmi les premières, ils déterminent leur régime juridique, c'est-à-dire leur manière d'être au droit en fonction des besoins économiques et sociaux, des valeurs et des croyances. Ce ne sont donc pas les choses qui déterminent la structure du droit dont elles sont l'objet, ni l'inverse d'ailleurs. La détermination des biens, leurs modes de jouissance et de disposition, découlent de choix politiques.

L'économie capitaliste a eu besoin, pour commencer à se développer, d'une conception unitaire et exclusive de la propriété (ce qui a été possible avec la fin du système féodal, de son réseau de droits réels sur l'immeuble et des mécanismes de solidarités et de dépendance qui en découlaient) et d'une marchandisation du monde tendant à soumettre toute chose à l'appropriation privative, la libre utilisation et la libre disposition (provoquant ainsi l'expansion de l'exploitation économique du monde). Mais ce grand mouvement d'expansion et d'exploitation du monde a provoqué de nouveaux besoins, de nouvelles aspirations, qui ont contribué à recréer des complexes de droits sur une même chose (ensembles immobiliers complexes et division en volumes, droits d'auteur confrontés à la numérisation et aux démarches collaboratives, fiducie etc.), l'apparition de nouvelles choses (logiciels libres, notoriété, etc.), des droits privatifs que l'on a du mal à qualifier (nom de domaine, droit de jouissance perpétuelle, etc.), des choses dont ne sait pas vraiment si on doit les classer parmi les biens ou les rattacher à la personne (image, vie privée, organes, force de travail, nom de famille, etc.). Comment imaginer que toutes ces choses, qui font partie du commerce juridique à des degrés très divers, puissent être appréhendées par un droit de propriété unique, conférant les mêmes prérogatives ? Plutôt que de laisser les phénomènes d'appropriation dont elles sont l'objet impensé, au motif que le droit réel de propriété conçu sur le modèle du propriétaire-souverain est inadapté, pourquoi ne pas accepter l'idée que la propriété est un droit qui s'adapte non pas tellement aux choses sur lesquelles il porte, mais aux rôles que ces choses jouent dans la société ?

Est-il bien réaliste de concevoir le droit de propriété de manière abstraite et unitaire¹³⁷, sans avoir égard aux caractéristiques et aux particularités des choses sur lequel il porte, d'une part, et aux situations dans lesquelles un problème se pose, d'autre part ? Peut-on appréhender avec le même instrument juridique la situation du professeur qui utilise son ordinateur pour écrire un texte, et celle de le dirigeant d'entreprise qui, poussé par les actionnaires, décide de fermer un site de production occupant des milliers d'emplois ? On peut dire que je dois m'approprier ce gâteau pour pouvoir le manger, mais est-ce comparable avec l'acquisition de produits financiers dérivés dans le but de les revendre l'instant d'après et d'espérer ainsi engranger une substantielle plus-value ? Est-il opportun de conférer le même régime de propriété à un bien de consommation (une bouteille de lait) et à un bien de spéculation (les instruments financiers), à un bien de production (entreprise), à un bien d'équipement (une machine à laver) et à un objet dématérialisé et infiniment reproductible (musique numérisée ou logiciel) ? Ne serait-il pas préférable de soumettre certaines ressources naturelles au régime dit des « communs » imaginé par l'économiste américaine Elinor Ostrom¹³⁸ ? La monnaie

¹³⁷ L'unité du droit de propriété, qui ne correspond déjà guère au droit positif, est en passe de devenir une chimère, la jurisprudence ayant en reconnu que « le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien » (Civ. 3^{ème} 31 oct. 2012, Bull. civ. III, n°159). Il ne reste plus qu'à préciser que ces droits réels *sui generis* peuvent être perpétuels (ce qui semble être le cas : Civ. 3^{ème} 23 mai 2012, Bull. civ. III n°84) et cessibles pour entraîner la possibilité d'un éclatement infini des droits de propriété.

¹³⁸ *Governing the Commons*, Cambridge University Press 1990 ; lire le n°14 de la Revue de la régulation intitulé *Autour d'Ostrom : communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique*, 2^{ème} sem. 2013, et

peut-elle être considérée comme une chose quelconque, sachant les effets de sa masse et de sa circulation sur l'économie ? Un bien aussi complexe que l'entreprise ne doit-il pas être saisi par une pluralité de droits, dont il faut penser l'articulation et l'équilibre, plutôt que par un droit de propriété dont l'abstraction ne nous dira rien sur la manière dont les utilités, les prérogatives et les responsabilités seront distribuées entre les divers acteurs ?

Pothier avait déjà eu l'intuition que les prérogatives du propriétaire pouvaient varier suivant les choses et les situations. Ainsi, dans son *Traité du droit de domaine de propriété*, s'il rappelle que l'abusus du propriétaire l'autorise à passer une couleur sur un beau tableau pour l'effacer ou à jeter au feu un livre, si bon lui semble, et plus généralement à changer la destination de sa chose, y compris à son détriment, comme convertir une terre labourable en une terre en friche servant au pâturage des bestiaux¹³⁹, il précise cependant que « quoique la propriété d'une chose renferme le droit d'en mésuser et de la perdre, un marchand, propriétaire d'une quantité considérable de blé, qui, en différant trop longtemps de le vendre, dans l'espérance que le prix du blé enchérirait, l'aurait laissé perdre dans un temps de disette, serait coupable envers le public d'une injustice considérable, la loi naturelle ne permettant pas de laisser perdre une marchandise d'une première nécessité, au préjudice du besoin que le public en a »¹⁴⁰. Cet exemple, pioché pour le coup dans notre tradition civiliste, est éclairant. Le blé (produit de première nécessité) n'est pas un livre (bien d'agrément ou d'instruction) ; la volonté de spéculer ne peut être comparée à un changement d'affectation d'un bien dans son usage ; un professionnel (marchand de céréales) n'est pas un lecteur ; les périodes d'abondance ne sont pas les périodes de disette. Toutes ces distinctions sont déterminantes lorsqu'il faut considérer l'intérêt général, le bien commun, pour savoir où placer les limites imposées aux pouvoirs d'un propriétaire. Et d'ailleurs, c'est bien ce qui se passe dans notre droit positif où les droits d'usage et de disposition du propriétaire sont limités, voire supprimés, pour certains types de biens : les terres agricoles qui ne peuvent être laissées incultes, certains logement qui ne peuvent être laissés inoccupés sous peine de réquisition, les choses polluantes qui ne peuvent être abandonnées, y compris sur sa propriété, les animaux que le propriétaire ne peut violenter ni tuer, etc. On comprend bien que pour certaines choses et dans certaines situations, il est politiquement souhaitable de limiter les pouvoirs du propriétaire dans un but d'intérêt général, voire de l'obliger à exploiter son bien¹⁴¹. On renoncerait certes à l'idéal d'unité de la propriété, mais on gagnerait en intelligibilité et en finesse d'analyse.

Allons encore un peu plus loin : les biens ne devraient-ils pas être envisagés comme des faisceaux de droits (*bundle of rights*), ce qui permettrait de se débarrasser d'un certain nombre de débats encombrants, comme par exemple, de savoir qui est propriétaire de la chose entre le nu-propriétaire et l'usufruitier ? Pensons également à la situation de la vente sous réserve de propriété, dans laquelle l'acheteur est immédiatement investi des droits de jouir et de disposer de la chose tandis que le vendeur ne garde que le droit de la revendiquer en cas de non-paiement. Pour expliquer cette situation, il faut, ou bien, renoncer à l'unité de la propriété et accepter qu'elle est éclatée en plusieurs droits sur plusieurs têtes ; ou bien considérer que la propriété ne porte pas sur la chose mais sur la valeur de celle-ci et dans ce cas c'est la notion de bien qui ne résiste pas puisqu'il faudrait admettre que le droit de propriété ne porte plus sur

notamment l'article de Fabienne Orsi, Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune, <http://regulation.revues.org/10471>

¹³⁹ *Traité du droit de domaine de propriété*, n°5.

¹⁴⁰ Pothier, *op. cit.*, (n°14).

¹⁴¹ Lire l'article de Christophe Albiges, *L'obligation d'exploiter un bien*, *RTD.civ.* 2014, 795.

les choses¹⁴². La doctrine ne s'y résout généralement pas, préférant maintenir à tout prix la conception unitaire de la propriété et du bien en recourant au mécanisme de la condition (sauf à rappeler que certains avaient vu dans celui-ci une duplication de la qualité de propriétaire, ce qui fait regimber les partisans de l'unité) ou à l'idée de propriété affectée, qui ne sont rien d'autres que des techniques détournées limitant les pouvoirs d'un propriétaire dont le droit est incertain ou précaire.

2) La propriété comme complexe d'attributions et de devoirs

Certes Planiol avait contesté la définition classique du droit réel, comme un rapport direct entre une personne et sa chose, et proposé de le définir comme un rapport d'obligation entre des personnes (le propriétaire et le reste de l'humanité), mais, d'une part, c'était pour des raisons dogmatiques (« le droit réel doit donc être conçu (...) ») et, d'autre part, il concevait cette obligation universelle comme purement passive (ce qui a trop facilement permis à ses détracteurs de lui reprocher une confusion avec l'opposabilité). Je propose, pour des raisons pragmatiques (parce que ça fonctionne mieux), de voir dans le droit de propriété, plus qu'un rapport juridique susceptible d'imposer au propriétaire des obligations et aux non-propriétaires des droits ou des prérogatives, un complexe d'attributions¹⁴³ et de devoirs entre les personnes à propos des choses. Il ne s'agit pas de priver le propriétaire de sa chose ou des utilités de celle-ci pour les rendre communes, mais de construire une théorie qui permette de rendre compte de manière plus réaliste de certaines situations, d'expliquer en quoi l'exercice du droit de propriété a pour fonction à la fois de satisfaire les intérêts de son titulaire et d'œuvrer pour le bien commun, l'arbitrage politique entre ces deux pôles se faisant par la loi ou le juge.

L'appui de la théorie d'Hohfeld sera ici précieux¹⁴⁴, lequel a fourni aux juristes des instruments analytiques devant permettre de trouver une cohérence dans le droit, non plus par des concepts substantiels généraux, mais par un mode de raisonnement mettant systématiquement des termes juridiques, strictement définis, en corrélation les uns avec les autres (droits/devoirs, possibilité (*privilege*)/non-droit, pouvoir/responsabilité, immunité/incapacité). Appliquée au droit de propriété, cette méthode revient à dire que celui-ci n'est rien d'autre qu'une liste « d'intérêts légalement protégés » (« *legally protected interests* ») conférant certains droits au propriétaire, ce qui a pour corolaire nécessaire d'assigner des devoirs à la charge d'autrui. Par exemple si le propriétaire a le droit d'exclure autrui de la jouissance de sa terre, cela signifie qu'autrui a le devoir de ne pas pénétrer sur celle-ci. Toutefois, il est parfaitement possible d'accorder au non-propriétaire une simple possibilité (*privilege*) de jouir d'une des utilités de la chose d'autrui (pensons par exemple à l'image du bien ou au passage inoffensif sur le fonds d'autrui), ce qui implique un « non-droit » pour le propriétaire, c'est à dire une impossibilité de s'y opposer, sauf dommage à lui

¹⁴² On peut même s'amuser à complexifier le problème : imaginons que l'acheteur soit placé en procédure collective ; le droit de revendication du vendeur se transforme en devoir de l'exercer dans un délai de trois mois pour que sa réserve de propriété demeure efficace. A défaut, le droit de propriété devient inopposable à la procédure, et il est alors difficile d'expliquer ce que transfère le liquidateur lorsqu'il vend la chose à un tiers dans le cadre de la réalisation des actifs du débiteur : comment expliquer que le sous acquéreur devient propriétaire de la chose alors que le droit de propriété initial ne s'est pas éteint dans le patrimoine du premier vendeur ?

¹⁴³ Au sens de pouvoirs attribués au titulaire d'une fonction, ici le propriétaire, avec les responsabilités qui incombent à l'exercice de celle-ci selon les circonstances.

¹⁴⁴ Wesley Hohfeld (Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 Yale Law Journal, 16, 1913).

causé¹⁴⁵. Ce n'est pas parce que le propriétaire de l'entreprise a juridiquement la possibilité (*privilege*) de jouir de son bien qu'il est titulaire du droit de faire interdire certaines activités syndicales perturbatrices, car cela signifierait que les syndicats auraient le devoir de ne pas interférer dans sa jouissance, ce qui est tout sauf évident¹⁴⁶. Dans cette conception, la propriété est à la fois une construction politique et une technique de distribution des droits, devoirs, possibilités, responsabilités, immunités, etc. entre les individus.

Le droit de propriété n'a d'intérêt que dans une situation de tensions entre des intérêts contradictoires ou divergents. Dire que le propriétaire-seul-au-monde peut jouir de sa chose comme un souverain, ou bien ne signifie rien, ou bien est fausse. Elle est une formule rhétorique vide de sens si elle traduit l'idée d'un propriétaire isolé du reste du monde, dans la mesure où celui-ci vit en société. C'est une formule erronée si on veut dire par là que le propriétaire ne peut jamais se voir imposer d'obligation sans son consentement. Sans même parler des devoirs qui lui sont imposés par le droit public (ex. la taxe due par le propriétaire d'un immeuble ou d'un téléviseur), il suffit pour s'en rendre compte, de constater que son « droit » n'est juridiquement appréhendé que dans les difficultés d'articulations avec d'autres droits ou intérêts. Je n'ai pas besoin du droit de propriété pour utiliser mon appartement, y dormir, prendre mes repas, etc. La possession me suffit. En revanche, j'y aurai recours pour obtenir de mon voisin qu'il arrête de jouer bruyamment de la guitare électrique la nuit. Cette requête de ma part l'étonnera s'il pense être le maître absolu de son appartement ; il la traitera comme une immixtion intolérable dans sa sphère de souveraineté (remarquons que cette sphère de souveraineté peut aussi provenir d'un droit de jouissance si mon voisin est locataire). Toutefois, nous convenons tous qu'ici, brandir son droit de propriété absolu et exclusif ne lui servira à rien. Dans ce conflit d'intérêts, il appartiendra au juge de répartir nos droits réciproques à propos des biens dont nous avons la jouissance : s'il décide de lui enjoindre de cesser de jouer tardivement de la musique, il ampute indéniablement ses prérogatives, tandis que s'il refuse de faire droit à la demande de cessation du trouble de voisinage, je me verrai privé de la possibilité de jouir paisiblement d'une des utilités de ma chose : le repos nocturne. Dans le premier cas, le juge me confère un droit contre mon voisin et impute à celui-ci un devoir de préserver ma tranquillité ; dans le second, mon voisin à la possibilité (*privilege*) de jouer aussi fort qu'il le souhaite, et je n'ai pas de droit pour le contraindre à se comporter autrement.

La propriété engendre donc bien, entre les individus vivant en société des droits et des devoirs réciproques relativement aux choses et à leurs utilités. Il appartient aux juristes d'analyser ces situations et de penser, dans chaque cas, l'articulation des relations entre les divers protagonistes. Cette conception devrait permettre, par exemple, d'admettre les usages inoffensifs de la chose d'autrui (passage sur le fonds voisin lors d'une promenade, fixation de

¹⁴⁵ Cette manière de penser peut déconcerter le juriste français qui la trouvera exotique. Toutefois, on en trouve les balbutiements chez Troplong (*De la prescription*, 3^{ème} éd. 1838, T.I, n°8 et s.) pour qui « le droit ne saurait jamais être séparé de l'idée de devoir » et « le devoir, c'est l'idée du droit d'un autre envers nous ». Il se sert de cette idée pour justifier la prescription acquisitive du possesseur de bonne foi, dont le droit a pour pendant le devoir du « propriétaire nominal » d'intervenir en temps opportun pour faire respecter son droit. Pour lui, « il n'y a pas de droit parfaitement absolu. Tous les droits, soit d'un homme, soit de tous, sont limités par un corrélatif ; et quiconque refuse de subir la loi du devoir, qui restreint sa liberté afin d'assurer celle des autres, s'expose à la perte de son droit ». Significativement, on ne retrouvera rien de tel dans son petit livre de 1848. Par ailleurs, les juristes français adoptent involontairement la méthode hohfeldienne lorsqu'ils dénie aux droits sociaux la qualification de « vrais » droit subjectif, au motif qu'ils n'ont pas de débiteur ; ce ne sont que des « droits à » et non pas des « droits de ». Mais où est donc le débiteur du droit de propriété, dont on dit qu'il est la matrice des droits subjectifs ?

¹⁴⁶ Pour une application du schéma d'Hohfeld aux activités syndicales, lire Walter W. Cook, *Privileges of Labour Unions in the Struggle for life*, 27 *Yale J.* 779 (1918).

l'image d'un bien), d'éviter la destruction systématique en cas d'empiètement minime sur le fonds voisin, ou encore de condamner le nu-propriétaire à effectuer les travaux de grosses réparations à la demande de l'usufruitier (si toutefois leur situation respective le justifie¹⁴⁷). Solutions que beaucoup d'auteurs considèrent opportunes, mais qui leur semblent impensables ou difficilement justifiables à cause du carcan que représente le modèle du propriétaire-souverain. Il est donc plus opératoire de penser la propriété dans l'altérité (non pas une altérité exclusive, qui tient à distance l'autre de sa chose, mais inclusive, c'est-à-dire qui pense l'autre à l'intérieur de la relation, y compris en tenant compte de ses intérêts divergents) : « un droit n'étant qu'un intérêt protégé, dont la valeur aux yeux du législateur dépend de la valeur relative de ceux avec lesquels il est en conflit, aux diverses phases de son existence, celui-ci peut acquérir plus de force ou s'affaiblir »¹⁴⁸.

Ce lien social qu'institue la propriété privée ne concerne pas que les conflits interindividuels, il conditionne également l'usage et la disposition des biens. C'est évident pour les immeubles, tant urbains qu'agricoles, dont l'encadrement législatif et réglementaire a rendu saugrenu l'idée de voir dans le propriétaire la figure d'un souverain. Mais c'est également vrai pour des biens banals. Je suis incontestablement propriétaire de ma voiture et il ne viendrait à l'idée de personne de contester cette propriété sur une chose qui incarne autant l'individualisme (par opposition aux transports en commun) et même, si l'on en croit les publicités, la personnalité profonde de son propriétaire. Pourtant, si je veux l'utiliser sur la voie publique, je ne peux acheter n'importe quelle voiture : encore faut-il qu'elle soit homologuée ; je dois également souscrire une assurance, veiller à effectuer régulièrement un contrôle technique ; je ne peux modifier les caractéristiques techniques mentionnées sur le certificat d'immatriculation ni supprimer la marque apposée du constructeur, les passagers doivent attacher leur ceinture de sécurité (bientôt il sera interdit de fumer à l'intérieur et les voitures qui seront vendues sur le marché ne pourront plus rouler au-delà des vitesses réglementaires), sans parler de toutes les contraintes de circulations imposées par le Code de la route. Cette chose banale qu'est une voiture est une construction complexe (elle contient des éléments de propriétés intellectuelles appartenant à des tiers : logiciels, modèles, brevets), encadrées dans des normes, lesquelles mélangent le droit public et le droit privé. Ce complexe de devoirs et de prérogatives que constitue la voiture est la traduction du phénomène social qu'est la propriété ; il illustre le fait que le propriétaire et sa chose, loin de former une relation réductible à elle seule, sont enchâssés, irrémédiablement englués dans le social. Il faut donc en finir avec cette robinsonnade du propriétaire-seul-au-monde-avec-sa-chose.

3) La propriété comme instrument de pouvoir

Le rêve jeffersonien d'une république de propriétaires terriens s'est brisé sur la triple réalité de la révolution industrielle, la concentration des richesses et l'accroissement des inégalités. A l'opposé, le pronostic jaurésien de l'avènement inéluctable de la fin de la propriété individuelle, que Jaurès voyait déjà en décomposition dans le « code bourgeois » au profit d'une propriété sociale et collective, ne s'est pas concrétisé¹⁴⁹. L'impôt et la société anonyme, deux phénomènes destructeurs de la propriété individuelle à ses yeux, ont atteint aujourd'hui

¹⁴⁷ La jurisprudence refuse de prononcer une telle condamnation, ce que les auteurs critiquent ou approuvent de façon dogmatique en fonction de la conception qu'ils se font de l'usufruit (démembrement, complexe d'obligations, propriété temporaire, etc.). Pour ma part, cette question devrait être décidée au cas par cas selon le montant des travaux, leur utilité, la durée de l'usufruit, l'âge respectif des protagonistes et leur situation financière, etc.

¹⁴⁸ René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique*, 1911, réimp. La Mémoire du droit 2001, p.411 et s. la citation est p.438.

¹⁴⁹ *Etudes sociales*, 1902, in *Oeuvres*, T.8, Fayard, 2013, p.443.

des niveaux qu'il ne pouvait pas imaginer. Quant à l'individualisme libéral, s'il a permis, à la fin du XVIII^e siècle, d'émanciper certains, en sanctuarisant la propriété privée comme incarnation de la liberté, il a aussi contribué (avec bien d'autres facteurs) à l'asservissement et à la misère de beaucoup d'autres. Les théories ne servent donc pas qu'à tenter de comprendre le monde et prévoir ses évolutions, elles l'influencent et le construisent. C'est ainsi que l'on est conduit à se demander si les juristes, par leurs constructions, n'ont pas une part de responsabilité (une part seulement) dans la situation que nous vivons : chômage de masse, accroissement des inégalités, augmentation de la dette publique et asservissement de l'Etat aux marchés financiers, privatisation des richesses, etc. Plutôt que de promouvoir une conception monarchique de la propriété, qui flatte nécessairement (et à mon sens inutilement) les pulsions les plus égoïstes, ne serait-il pas préférable de s'atteler à défendre une conception républicaine et démocratique, dans laquelle la propriété ne serait pas seulement un enjeu essentiellement privé, mais aussi une chose publique (au sens où la manière dont le propriétaire jouit et dispose de sa chose intéresse parfois l'intérêt général), sur laquelle la communauté doit exercer un contrôle ?

Si la propriété est un instrument qui n'est pas neutre, les juristes ne peuvent pas se désintéresser des effets de domination qu'il produit sur les individus, des inégalités économiques et sociales qu'il alimente ou accentue. Ces effets de pouvoir et de coercition ont une dimension interindividuelle qui explique certains déséquilibres constatés dans les contrats au détriment de celui qui n'est pas propriétaire, par exemple, de moyens de productions, d'un brevet ou d'un immeuble. Cet ascendant que confère le droit de propriété restreint, plus ou moins selon les situations, la liberté d'autrui et devrait donc créer sur la tête du propriétaire des responsabilités et, le cas échéant, des droits ou des prérogatives au profit des autres, afin de rééquilibrer au besoin les relations. Pour cela, il ne faut plus voir dans la propriété un droit subjectif qui isole le propriétaire et sa chose du reste du monde, mais comme une situation dans laquelle des droits et des devoirs sont attribués aux individus après un arbitrage politique entre leurs intérêts contradictoires en fonction de l'équilibre social souhaité. Par exemple, toujours dans les relations interindividuelles, la consécration d'un droit de propriété sur certaines choses incorporelles comme les clientèles et les droits de présentation, donne la possibilité à des professionnels libéraux et des officiers ministériels de ponctionner une espèce de taxe privée (le prix de vente) sur la nouvelle génération, obligeant celle-ci à s'endetter lourdement pour entrer dans la profession. Il n'est pas sûr que cette pratique, qui revient à capitaliser au profit des sortants les bénéfices futurs des entrants, soit équitable et économiquement opportune.

La propriété propage également des effets de pouvoirs et de domination au niveau social et macro-économique. L'ouvrage récent de Thomas Piketty¹⁵⁰ est venu rappeler la tendance régressive des économies occidentales dans lesquelles, depuis plus de trois décennies, s'accroissent les inégalités de richesses entre les personnes. Dans le phénomène de concentration des capitaux et des revenus entre des mains de moins en moins nombreuses¹⁵¹, relativement à la population totale, la propriété joue un rôle majeur, que même certaines critiques des thèses de Piketty soulignent. Ainsi, Guillaume Allègre et Xavier Timbeau, après avoir rappelé que la valeur du patrimoine en part de revenu national est 50% plus élevée en France qu'en Allemagne, écrivent : « la définition des droits des propriétaires est cruciale

¹⁵⁰ Le capital au XXI^e siècle, Seuil 2013.

¹⁵¹ Le niveau de concentration des revenus aux Etats Unis pour les années 2000-2010 dépasse légèrement celui des années 1910-1920. En France le rapport sur Les revenus et le patrimoine des ménages (INSEE 2014) montre que l'aggravation des inégalités provient du « dynamisme des hauts revenus », lequel s'explique principalement du fait de la croissance des revenus du patrimoine.

pour déterminer l'importance du capital dans la société. (...) L'objectif est d'éviter que les détenteurs de capitaux exploitent un rapport de force en leur faveur »¹⁵². Comment ne pas voir qu'une conception individualiste et absolutiste de la propriété, qui conforte les propriétaires dans leurs comportements les plus égoïstes, est une arme contre ceux qui n'ont pas de logement et qui meurt dans la rue, contre ceux qui n'ont pas de travail et ne peuvent assurer à leur famille des conditions de vie décentes ? Comment occulter que l'accroissement des inégalités monétaires, qui provient, depuis deux décennies, de l'augmentation des revenus du patrimoine et du tassement des revenus du travail, ne peut se produire que par une captation au moyen de la propriété privée, d'une part des richesses produites, part d'autant plus importante relativement que la croissance du PIB est faible ? Quelle est l'utilité sociale des activités de spéculation financière qui, déconnectées de l'économie dite réelle (c'est-à-dire de la production de valeur par les entreprises), déplacent en quelques secondes des capitaux dans des proportions gigantesques, provoquent des phénomènes de bulle qui enrichissent les uns et ruinent les autres, selon les règles du hasard ou de la manipulation des cours, déstabilisent les Etats après les avoir asservis par la dette publique¹⁵³ ?

A un moment où, selon les critères utilisés, entre 5 et 8 millions de français vivent en dessous du seuil de pauvreté (y compris des personnes qui ont un travail), et où l'héritage est devenu une cause déterminante des fortunes (ce qui devrait poser problème à tout libéral conséquent, dans la mesure où la fortune ainsi acquise ne provient pas du mérite individuel mais du hasard de la naissance), les juristes ne peuvent se désintéresser des effets socialement dévastateurs produits par l'arme qu'ils ont forgée, laquelle, si elle n'est pas la cause exclusive de tous les maux, joue dans la production de ceux-ci un rôle non négligeable. L'étude des réalités sociales et l'histoire contemporaine (qui montre que la période la plus faste du monde occidental a été vécue tant en France qu'aux Etats Unis dans des économies fortement régulées et dirigées) auraient dû avoir raison de la religion de la « main invisible » (ou de son avatar moderne « l'efficacité des marchés »¹⁵⁴), dont le dogme est qu'en poursuivant son intérêt égoïste, l'individu (c'est-à-dire le propriétaire) contribue à l'intérêt général, alors qu'en ce faisant il ne fait qu'exercer sur autrui, parfois au mépris du bien commun, un rapport de force afin de maximiser ses propres intérêts, le plus souvent appréciés sur le court terme. Entre un communisme qui favorise l'irresponsabilité individuelle (thèse défendue par Aristote contre Platon) et un capitalisme financier qui entraîne l'irresponsabilité collective (celles des actionnaires qui s'accaparent une part de plus en plus importante de la richesse créée¹⁵⁵ et dont le système juridique à organiser l'irresponsabilité¹⁵⁶), nous devrions réfléchir à une troisième voie dans laquelle la propriété pourrait contribuer à une justice sociale pacificatrice et redistributrice, plutôt que d'exacerber les pulsions égoïstes.

¹⁵² La critique du capital au XXIe siècle : à la recherche des fondements macroéconomiques des inégalités, mars 2014, OFCE.

¹⁵³ Les marchés financiers dirigent les Etats selon le Financial Times du 29 juillet 2010, P. Stephens, Three years on, the markets are masters again.

¹⁵⁴ Lire l'édifiant article d'Alan Greenspan, ancien président de la FED, et dont on connaît la responsabilité dans la crise des surprimes, qui critique les nouvelles normes de régulation des marchés financiers et renouvelle sa foi dans ce qu'il appelle « la main invisible globale », Franck-Dodd fails to meet the teste of our times, Financial Times, 29 mars 2011.

¹⁵⁵ Rapport de l'Insee. Partage de la valeur ajoutée, partage des profits et écarts de rémunérations en France, 2009 : la part des salaires dans la valeur ajoutée produite par les sociétés non-financières a diminué d'environ 10% entre le début des années 1980 et 2000, revenant au niveau de 1950 (il est vrai qu'elle avait fortement augmentée à la fin des années 1970). Piketti montre que la part du capital dans le revenu national augmente à nouveau depuis 1980.

¹⁵⁶ Voir Com. 18 février 2014, n°12-29752.

Ce travail de rénovation de la propriété n'est possible que si les juristes acceptent de sortir de leur juridisme qui les coupe du monde et les empêche d'œuvrer à sa transformation. Accepteront-ils de prendre leur part de responsabilité dans la situation actuelle et dans la grande réflexion qu'il faut urgemment nourrir pour l'améliorer, ou bien resteront-ils au dehors préférant jouer le rôle de simples techniciens ? Seront-ils des ingénieurs concevant des outils permettant de penser et transformer le réel ou bien des bricoleurs tentant d'adapter de vieux ustensiles pour tenter de suivre l'évolution ? Admettront-ils, avec Emmanuel Mounier, que : « le problème de la propriété n'est plus seulement un problème de technique d'appropriation, il est inséparable du problème de la richesse »¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Ex. Emmanuel Mounier, De la propriété capitaliste à la propriété humaine, Esprit n° spécial 1934.