

RÉFLEXIONS SUR L'IDÉE DE PROPRIÉTÉ

Luigi MOCCIA*

Cette étude part de la constatation – qui fait partie désormais des clichés du discours juridique sur la propriété – de la perte de signification (ou, en tout cas, de la déformation conceptuelle subie pendant le siècle dernier) de l'idée de propriété (privée) entendue à la manière d'un droit absolu et bien exclusif d'appartenance à quelqu'un d'une chose (corporelle). L'auteur retrace des aspects spéculatifs et étymologiques concernant les différentes formes d'articulation et de différenciation de – et par rapport à – la notion de propriété (privée), pour arriver à la conclusion que, malgré la relativité apparente de la notion de propriété, ce qui semble caractériser le discours juridique en la matière est plutôt la « résilience » du concept, capable de s'adapter à des biens toujours nouveaux (surtout incorporels) et de se multiplier dans une série de nouveaux types, confirmant l'impossibilité de penser à la propriété toute seule, dans un espace conceptuel vide ou neutre, c'est-à-dire sans relations sémantiques avec les intérêts, les besoins, les sentiments de personnes, qui entourent et aussi définissent les différents domaines de sens dans lesquels l'idée de propriété, toujours la même et toujours en évolution, exprime son caractère multiforme et aussi énigmatique.

This essay starts from the observation – which has become part of commonplaces of the legal discourse on property – about the loss of meaning suffered (and however the conceptual distortion borne during the last century) by the idea of (private) ownership understood as the absolute as well as exclusive right of somebody to own a thing (corporeal). The author recounts some of the speculative and etymological aspects concerning the various forms of articulation and differentiation of the and from the concept of (private) property, to arrive at the conclusion that, notwithstanding the apparent relativity of the property notion, what seems to characterise the legal discourse on the subject is much more the 'resilience' of the notion itself, being capable of adapting to ever new things (specially incorporeal ones) and expanding to a series of new types, confirming the impossibility of thinking the idea of property as standing

* Professeur à l'Université Rome III.

alone, in a space conceptually void or neutral, without semantic relations with interests, needs and feelings of the people, that surround and define different areas of meaning in which the idea of property, always the same and always changing, expresses its multifaceted and enigmatic nature.

I. DIFFÉRENTES NOTIONS DE PROPRIÉTÉ

L'idée de propriété conçue comme propriété privée, toujours objet de disputes et polémiques, reste au centre de la culture aussi bien juridique et économique que politique et philosophique des pays occidentaux, et non seulement d'eux. Comme chacun le sait, la débâcle des régimes communistes (ex. Union soviétique et pays de l'Europe de l'Est) a été suivie par la reconversion au système de marché, avec le rétablissement de la propriété privée des moyens de production¹. D'ailleurs, ce phénomène n'était pas inconnu aux régimes encore idéologiquement engagés vers l'édification du socialisme, parmi lesquels on trouve la Chine populaire avec son « économie socialiste de marché » (*socialist market economy*)².

L'évidence de cette vitalité du droit de propriété est liée à la variété et à la diversité des notions de propriété, par rapport aux multiples formes d'appartenance généralement désignées comme telles au cours de l'histoire, jusqu'à ce jour. En résumé, il s'agit d'un catalogue riche et varié qui confond les contours d'une notion univoque de propriété, tout en faisant s'épanouir l'illusion produite par l'idée moderne de propriété, centrée sur l'individu propriétaire absolu des choses qui lui appartiennent exclusivement. Cette idée avait déjà commencé à s'affaiblir au cours du XIX^e siècle, lorsqu'elle avait atteint un haut degré de mûrissement

¹ Sur la transition des régimes socialistes dans l'Europe centre-orientale et en Russie vers la reconnaissance des droits de liberté et de propriété, v. D. STARK, L. BRUSZT, *Postsocialist Pathways : Transforming Politics and Property in East central Europe*, Cambridge University Press, 1998 ; A. CHAIGNEAU, *Le droit de propriété en mutation. Essai à la lumière du droit russe*, Paris, Dalloz, 2008.

² On peut remarquer l'amendement (de l'année 2004) à la Constitution chinoise (de 1982) où on déclare « inviolable » la propriété privée du citoyen (art. 13, al. 1^o). En 2007, il y a eu l'approbation d'une loi spécifique sur les droits réels, qui régleme ensemble, avec une égalisation du point de vu des tutelles juridiques, la propriété socialiste (de l'État), celle collective (des communautés rurales) et la propriété privée (des moyens de production, à l'exception du sol, qui reste formellement objet de propriété de l'État dans les zones urbaines, sauf la concession des droits d'usage, transférables pour une période de 70 ans, et de propriété collective dans les campagnes). Plus généralement sur les développements du « système juridique » chinois contemporain, je me permets de renvoyer à L. MOCCIA, *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Turin, Bollati Boringhieri, 2009.

technique-conceptuel, à cause des conflits sociaux-économiques portant sur la question de l'appropriation – privée ou publique – des biens (de production), mais aussi à cause des innovations menées par le même développement capitaliste. De ce fait, elle a connu une crise d'identité, qui s'est développée pendant le siècle dernier, mais qui verra, à la fin de ce même siècle, une sorte de renaissance du phénomène de l'appropriation, soit dans sa version libérale (capitaliste) classique (avec la fin des régimes socialistes), soit dans des scénarios inédits, comme ceux des « nouveaux biens » liés aux technologies informatiques qui ont donné vie à l'espace virtuel d'Internet, en tant que lieu d'une nouvelle économie (*new economy*) de l'échange des biens et des services.

Cette difficulté de donner une définition unitaire à la propriété est devenue évidente durant le XX^e siècle, avec une perte du sens de la notion (moderne) de propriété. Et on doit aussi ajouter que, en dépit de l'expansion des logiques appropriatives, pendant le siècle dernier il y a eu plusieurs annonces de mort imminente de l'institution propriétaire, victime paradoxalement d'elle-même ou bien du succès du modèle capitaliste qui en est à l'origine. Ce modèle, dans son épanouissement global actuel, à travers le développement prodigieux des réseaux informatiques et de communication intégrée (*Information and Communication Technologies*), conduirait la propriété traditionnelle – selon les prophètes de la *new economy* – vers un destin de décadence et d'obsolescence, marqué par les transformations profondes dans le milieu économique et commercial, au rythme soutenu des innovations technologiques qui auraient établi le passage du régime de propriété – lié à l'économie du marché et basé sur l'idée de distribution de la titularité des biens et des échanges conséquents – au régime d'accès, basé sur la garantie d'une disponibilité temporaire des biens, contrôlés par des réseaux de fournisseurs³.

Tout cela nous suffit pour apprécier jusqu'à quel point il est difficile d'aborder le sujet de la propriété. Il s'agit d'une tâche qui s'avère bien complexe, en raison des différentes formes juridiques d'appropriation, mais aussi des connexions, influences, contaminations et implications liées aux milieux sociaux-économiques et aux conceptions idéales-politiques qui constituent la toile de fond du discours.

³ J. RIFKIN, *The Age of Access. The New Culture of Hypercapitalism*, New York, Penguin Putman, 2001.

II. DIFFÉRENTES FAÇONS D'ENTENDRE LA PROPRIÉTÉ

Pour compléter ce début de discours, on peut observer qu'une exigence méthodologique s'impose. Elle conduit à aborder notre sujet à partir d'une question préliminaire, ou mieux préjudicielle, qu'on appellera, par un souci de brièveté, la « question propriétaire ».

Dans le panorama des différentes formes et conceptions de propriété, cette question concerne le domaine spéculatif de la propriété, c'est-à-dire les façons d'entendre et d'évaluer ou, plus simplement, de réfléchir sur l'idée de propriété en général, car il s'agit d'une institution qui a pris ses racines dans des situations socio-culturelles qui précèdent les sources juridiques. Les valeurs, les idéaux, les principes, les mouvements de pensées et d'action, les visions (idées), les mentalités et les idéologies : tout cela a une importance capitale pour la notion juridique de propriété.

Il faut alors que l'on ajoute un autre catalogue à celui des formes de la propriété. Il s'agit du catalogue des façons de penser la propriété, où l'on trouve plusieurs aspects, lesquels peuvent contribuer à former une clé d'interprétation différente, ou bien une hypothèse de construction de l'institution propriétaire.

Pour commencer, on ne peut pas se passer de donner un bref aperçu sur les théories du ou d'un principe justificatif de la propriété et donc, sur sa définition du point de vue de ses valeurs et de ses objectifs. En bref, parmi les idées les plus importantes, on doit rappeler les suivantes.

Une première vision théorique, qui correspond à l'idée moderne de propriété, est la vision libérale (classique), organisée à son tour dans deux théories. La théorie (lockienne) jusnaturaliste affirme l'origine de la propriété dans un état de nature qui existe avant la naissance de la communauté politique (l'État) à cause de son fondement, qui se trouve dans le fait que quelqu'un s'approprie des profits de son propre travail. D'un autre côté, la théorie (benthamienne) utilitariste reconnaît les bases de la propriété, après la naissance de la communauté politique, dans l'utilité sociale d'augmenter le travail des individus qui seront conscients de leurs profits et qui n'en produiront en excédent, tout en faisant des échanges parmi eux, au profit d'un maximum de bien-être social. Les deux théories ont le trait commun d'associer à l'idée de propriété celle de la liberté (autonomie) individuelle.

Par contre, d'autres théories se montrent préoccupées par les conséquences préjudiciables d'un système de maximalisation des bénéfices, mais qui risque de ne pas réaliser la maximalisation de la liberté, de sorte qu'il y a toujours une personne (physique ou morale propriétaire des moyens de production) qui peut limiter la liberté de beaucoup d'autres personnes, tout en causant des situations d'injustice et d'inégalités sociales. Il s'agit des

théories qui ont une origine culturelle différente (même d'inspiration religieuse), à caractère solidaire, qui peuvent se rapporter aux courants de pensée situés dans le domaine du libéral-socialisme (ou socialisme démocratique) et qui donnent beaucoup d'importance non seulement à la fonction économique de la propriété, mais aussi à sa fonction sociale et politique. L'accès à la propriété (d'une petite propriété urbaine ou rurale) est une condition qui affirme l'autonomie individuelle, mais surtout qui fonde une vraie citoyenneté, par la participation active à la vie sociale et démocratique.

Il existe encore une autre conception, qui représente les idéaux du socialisme ou du communisme et qui tend, par exemple, vers l'importance publique de la propriété, notamment en ce qui concerne les moyens de production, jusqu'à l'extrême conséquence de son abolition pour la réalisation complète d'une société juste, selon une conception holistique de la communauté comme prédominante par rapport à l'individualité⁴.

Toutes ces façons radicalement différentes de concevoir la propriété ont, malgré tout, quelque chose qui permet de les mettre en commun dans un même discours, avec différents degrés d'évaluation du rapport entre les milieux privé et public, qui est impliqué dans chacune des théories ci-dessus rappelées.

L'idée de l'école libérale oppose le milieu privé au milieu public, dans ce sens que le premier devient, avec un pouvoir d'exclusion de tous les tiers (qu'ils soient privés ou publics), le rempart naturel de la liberté et de la propriété individuelle. D'autres conceptions soutiennent l'idée d'un mélange entre les deux milieux, avec la suprématie du milieu public par rapport au milieu privé, notamment en ce qui concerne les limitations structurelles à la propriété, du point de vue de ses caractères d'absoluité et d'exclusivité⁵.

Un autre aspect à considérer concerne les rapports entre la propriété conçue en tant que pouvoir économique, comme contrôle sur les choses (surtout pour les moyens de production), et pouvoir politique, comme contrôle sur les personnes (et la société en général avec son ordre économique) ; ceci à cause d'une faible séparation entre ces deux formes de pouvoir dans le cas des grandes propriétés (immobilières et/ou industrielles,

⁴ Pour un cadre synthétique sur la pensée moderne de la propriété, v. par ex. M. ROBERTSON, « Liberal, Democratic, and Socialist Approaches to the Public Dimensions of Private Property », in J. McLEAN (ed.), *Property and the Constitution*, Oxford and Portland (Or.), Hart Publishing, 1999, p. 239 et s.

⁵ Pour la distinction-opposition privé et public en ce qui concerne la propriété, dans le sens qu'elle ne peut pas être conçue comme une dichotomie, mais selon des degrés où les deux milieux vont enfin se superposer, v. K. J. GRAY, S. F. GRAY, « Private Property and Public Property », in J. McLEAN (ed.) *Property and the Constitution*, cit., p. 11 et s.

commerciales, financières). De plus, on peut voir qu'il y a différentes façons d'entendre, d'évaluer et de discipliner ces rapports, qui reflètent différentes façons de concevoir la catégorie elle-même, selon le niveau d'importance que l'on donne au caractère public (ou social) de la propriété (privée)⁶.

À tout cela on peut ajouter une autre façon de représenter l'institution, qui de nouveau explique une vision différente, celle qui concerne le rapport entre l'idée (du point de vue surtout économique) de propriété comme moyen de distribution de richesse, et celle (du point de vue surtout politique) de défense des libertés individuelles à l'égard des autorités du gouvernement et publiques en général. C'est une différence qui se manifeste avec le choix qu'on a fait au niveau constitutionnel de placer le droit de propriété parmi les rapports économiques (comme cela est prévu par la Constitution italienne), ou bien dans le domaine des droits fondamentaux (comme la plupart des autres textes constitutionnels nationaux ou de caractère internationaux, comme la Convention européenne des droits de l'homme, et plus récemment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

Pour finir on peut mentionner l'alternative au thème de l'absoluité-exclusivité des pouvoirs du propriétaire. C'est une alternative qui voit en comparaison, d'un côté, la conception de propriété comme un droit absolu et exclusif (typique de la théorisation libérale-bourgeoise), qui donne à l'individu titulaire du droit un « pouvoir despotique et absolu sur les choses extérieures du monde, en excluant totalement les droits de tous les individus », selon la célèbre formule proposée par William Blackstone, dans l'Angleterre du XVIII^e siècle⁷. De l'autre côté, il y a l'idée relationnelle de propriété, qui concerne le rapport entre l'individu titulaire des biens et les autres associés, lorsque c'est un lien qui implique des obligations, des limitations et des responsabilités du titulaire lui-même par rapport à ces autres sujets ou à la collectivité en générale ; car ces autres sujets (dans leur ensemble comme collectivité) ont intérêt à ce que les particuliers puissent utiliser certains biens (par exemple, des biens productifs ou ceux concernant l'environnement et le milieu), mais en harmonie avec leur importance publique ou sociale.

⁶ V. encore, M. ROBERTSON, « Liberal, Democratic, and Socialist Approaches to the Public Dimensions of Private Property », cit., p. 258, où on traite un essai du 1927 de M. COHEN, « Property and Sovereignty » reproduit en suite in C. B. MACPHERSON (ed.), *Property: Mainstream and Critical Positions*, Oxford University Press, 1978.

⁷ « That sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe » : W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I-IV, 1765-1769 ; II, p. 2.

En résumé, tout cela conduit à se persuader que la propriété – conçue du point de vue technique, à la manière des juristes – n'est jamais seule, c'est-à-dire qu'elle ne peut jamais se définir par elle-même, mais toujours par rapport à un contexte de référence où l'on peut observer un enchevêtrement serré de motifs techniques-juridiques avec ceux qui ont un arrière-plan socio-économique et politico-culturel.

C'est un enchevêtrement dont le juriste (surtout le juriste comparatiste) doit s'occuper, car il est appelé à une tâche de cohérence qui, bien que liée aux conventions linguistiques (ou mieux, influencée par elles), implique une responsabilité d'étude et de connaissance en profondeur des différents niveaux du discours propriétaire.

Il s'ensuit que ces considérations ne peuvent pas laisser de côté une perspective de recherche sur le contexte des éléments et des références historiques-politiques-culturels qui constituent maintenant l'arrière-plan du thème de la propriété (selon le droit), en permettant d'en éclairer, d'en trouver, d'en expliquer et, quand-même, d'en discuter les contenus, les caractéristiques, les transformations et les innovations.

III. ÉTYMOLOGIE DE LA PROPRIÉTÉ

Ceci posé, une simple hypothèse initiale est qu'on pourrait mieux examiner les difficultés d'approche du thème de la propriété tout en commençant par un coup d'œil au champ sémantique du mot propriété, en considérant son étymologie. Avec optimisme ou naïveté, on est convaincu que cette étymologie peut donner des critères de cohérence du discours, pour en orienter le développement.

On sait que le mot *propriété*, comme en italien *proprietà*, en espagnol *propriedad*, en anglais *property*, selon la commune origine latine *proprietas*, dérive de *propre*, *proprio*, *propio*, et *proper*, qui à leur tour viennent du latin *proprium*, pour désigner, comme le mot allemand *Eigentum* (propriété) et d'autres (*eigendom*, *ejendom*) qui viennent de *eigen*, ce qui appartient de façon unique (personnelle) à quelqu'un ; au contraire, donc, du mot *commun* : « *quod peculiare est uniuscujusque, cui commune contrarium est* »⁸.

Bien qu'il faille souligner le double sens de *proprietas*, pour désigner aussi « ce qui est propre à quelque chose » (*quod alicuius rei proprium est*), en accord avec le terme grec *idioma*, qui vient de *idios*, à son tour entendu soit comme *propre* ou *privé*, opposé à *commun*, soit comme *particulier* ou

⁸ Calepinus, *Septem Linguarum, hoc est Lexicon Latinum, Variarum linguarum interpretatione adjecta*, ed. Padova, 1741, sous la voix *Proprius*.

caractéristique de quelque chose⁹, on peut comprendre, étant donné cette racine du mot propriété, sa transposition vers la signification d'appartenance exclusive de quelque chose (plus précisément une chose corporelle) à quelqu'un. Une signification très proche de la *possession* et qui s'identifie même avec elle. La conséquence logique de ce lien étroit implique que la notion de propriété est associée à la matérialité de la chose qui en est l'objet. C'est-à-dire que, en toute logique, on peut bien affirmer l'exclusivité de la situation d'appartenance en ce qui concerne une chose corporelle (immeuble, mais encore plus meuble), puisque c'est une situation possessoire qui, tout en impliquant un pouvoir de fait, ne peut accepter l'existence concomitante d'un autre pouvoir (de fait) opposé ou concurrent. L'exclusivité apparaît comme le reflet de la pénurie des choses corporelles qui, en tant que limitées, ne pourraient pas être l'objet d'un pouvoir de contrôle (utilisation et jouissance) par divers sujets, où chacun prétendait qu'elles ont exercé le même pouvoir en même temps. Cela, toutefois, laisse sans réponse la question, plus difficile et complexe, de la coexistence de plusieurs situations possessoires sur la même chose (corporelle), lorsqu'un sujet exerce son pouvoir sur la chose par le pouvoir immédiat d'un autre sujet comme l'illustre la distinction (par exemple dans le système juridique allemand) entre possession directe (ou immédiate) et possession indirecte (ou médiate, aussi appelée possession nue). C'est une distinction qu'on peut ramener à celle que l'on fait entre détention (simple) et possession, qui s'avère importante dans certaines hypothèses de coexistence de situations possessoires concurrentes par une pluralité de sujets sur la même chose.

On peut dire, alors, que, selon l'étymologie du mot, ce qui est défini c'est un état (ou, si on préfère, un rapport) d'appartenance d'une chose à quelqu'un, par lequel on peut nommer (comme l'expliquait une doctrine française de la fin du XVIII^e siècle, peu avant la Révolution) propriété la situation (de droit) subjective pour laquelle j'ai une chose qui est la mienne, et qui m'appartient en propre à l'exclusion de tous les autres¹⁰. Il s'agit d'un témoignage qui, au-delà du plan terminologique, nous permet de remarquer

⁹ En anglais, avec le terme *property* (entendu comme appartenance), il y a le terme *propriety*, entendu comme ce qui est particulier à quelque chose, c'est-à-dire juste et convenable. On peut observer, en passant, que sur cette dernière signification on a créé une interprétation de la *property* comme *propriety*, pour indiquer une conception sociale ou relationnelle et solidaire de la propriété, par rapport à l'idée de bien commun (*common good*) comme fondement d'une communauté juste et ordonnée. Il s'agit d'une idée assez répandue dans la culture juridique nord-américaine, qui renvoie à la vision holistique du mercantilisme d'origine éthique-religieuse, v. par ex., G. S. ALEXANDER, *Commodity & Propriety - Competing Visions of Property in American Legal Thought 1776-1970*, Chicago, Londres, University Press, Athlone Press, 1997.

¹⁰ R.-J. POTHIER, *Traité du droit du domaine de propriété*, Paris, 1772.

une implication importante : pendant la Révolution Française de 1789 et avec le début de l'époque des codifications, a eu lieu sur le terrain juridique, par réaction au régime féodal de la propriété (indivise) de l'ancien régime, une opération ayant un grand impact culturel et, en même temps, socio-économique et politique. C'est justement à ce moment-là qu'on affirme, avec la propriété bourgeoise naissante, compacte et concentrée sur un seul propriétaire (individu), une idée qui est le symbole de la propriété conçue comme forme d'appartenance individuelle et exclusive.

En conséquence, le trait essentiel de la notion de propriété est – ou mieux elle devrait être – sa connotation privée entendue comme exclusivité¹¹ ; en tant que principe logique (plutôt que juridique) de définition de la situation du propriétaire d'appartenance, qui, à son tour, est conçue, dans le même sens étymologique et logique, comme situation *privilegiée*, selon la signification originale du mot privilège (suivant sa dérivation du latin *privilegium*). De ce point de vue, il faut aussi rappeler la valeur étymologiquement opposée de *proprium* (qui appartient à un sujet particulier) par rapport à *publicum* (qui appartient au peuple, c'est-à-dire à une multitude indistincte de particuliers).

Cette idée peut être suffisante pour l'emploi qu'on fait en général de ce mot dans les rapports et les conversations de tous les jours, sans aucune difficulté pour ce qui concerne ce qu'on veut exprimer : le mien et le tien. En effet, dans les rapports quotidiens il suffit de savoir qu'une chose ne nous appartient pas, mais qu'elle appartient à quelqu'un d'autre, pour en déduire qu'il y a une obligation de s'abstenir des actes d'ingérence qui ne respectent pas les pouvoirs du propriétaire (même si on ne le connaît pas ou si il est loin physiquement)¹². En découle une conséquence fondamentale, d'ordre social, qui concerne notre façon pratique d'agir, c'est-à-dire de donner et recevoir les choses, en les offrant ou en les échangeant, et aussi de les rendre objet de notre travail et de nos attentions, pour les garder ou les défendre contre les menaces d'appropriation opposées à notre volonté (liberté).

On voit donc un emploi du mot propriété, qui est l'expression d'une mentalité enracinée dans les conventions sociales, qui se réfère à un ensemble d'éléments historiques-culturels, tel qu'on peut affirmer que

¹¹ En ce qui concerne l'exclusivité (*exclusivity*) de la propriété (*ownership*), d'ailleurs au nombre de la catégorie en général des *property rights* (précisément définis *exclusive rights*), v. par ex., les réflexions (toujours actuelles) de J. BENTHAM, *Of Laws in General* (1^{ère} ed., 1782), ed. 1970, surtout chap. 14 et appendice B.

¹² La remarque est faite par F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD. civ.*, 1993, p. 321.

quand on parle simplement de propriété, c'est justement de la propriété privée que l'on parle¹³.

Le résultat est un emploi qui implique et qui enregistre, en la fixant, une identité conceptuelle du terme de propriété, dans le sens de propriété privée, avec une importance précise en ce qui concerne les relations des sujets parmi eux et par rapport aux choses du monde extérieur.

Cela existait déjà dans les sociétés primitives, fondées sur une économie de subsistance et donc bien avant la naissance, à l'époque moderne, des systèmes sociaux plus complexes, à leur tour fondés sur une économie de marché capitaliste. Jusqu'au Moyen Âge, le marché était le lieu réel des échanges de marchandises ; mais ensuite il a été conçu par rapport aux activités d'échange de biens et de services qui abstraitement font partie, comme un ensemble, du marché comme institution (ensemble de règles et principes)¹⁴ dont le fonctionnement, avec juste raison, ne peut laisser de côté l'idée de propriété privée¹⁵.

La propriété privée, donc, ne s'identifie pas seulement avec le marché, mais elle en constitue la condition nécessaire : « Les marchandises ne peuvent pas aller elles-mêmes au marché et elles ne peuvent pas s'échanger parmi elles ; pour qu'il y ait un échange, il faut que les possesseurs s'identifient réciproquement, comme propriétaires privés »¹⁶.

Pour ce qui concerne le rapport propriété-marché, il faut bien rappeler la théorie selon laquelle la caractéristique privée (*exclusivité*) de la propriété est bien sûr un élément nécessaire mais pas encore suffisant pour définir la situation elle-même du point de vue juridique ; il faut ajouter un autre élément, celui de l'*aliénabilité* ou mieux, de la *commerciabilité* (*marketability*) de tout ou partie du droit (par rapport au bien qui en est l'objet), entendue comme capacité du sujet titulaire d'en modifier le caractère d'exclusivité¹⁷. C'est une théorie fondée sur la conception des

¹³ Ainsi F. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 4^e, Paris, Dalloz, 1992, n° 63.

¹⁴ Le mot *marché* est encore enregistré en plein XVIII^e siècle dans son ancienne et traditionnelle signification de centre de vente ou foire, c'est-à-dire lieu où on se retrouve pour acheter et vendre des marchandises ou des bestiaux (comme on peut lire dans *Calepinus, Septem Linguarum, hoc est Lexicon Latinum, Variarum linguarum interpretatione adjecta*, cit., voir *Mercatus* : « [...] loco ad quem mercatores emendi, vendendique gratia conveniunt »). Au contraire son changement vers une signification plus abstraite de « processus d'achat et vente des biens » remonte à la fin du XVIII^e siècle.

¹⁵ J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1692), *Second Treatise of Civil Government*, n^{os} 25 et s.

¹⁶ K. MARX, *Das Kapital* (en introduisant le chapitre II, dédié au procès d'échange).

¹⁷ V. par ex., K. CAMPBELL, « On the General Nature of Property Rights », *King's College Law Journal*, 1992, 3, p. 82 et s.

biens qui forment l'objet de la propriété comme marchandise, entendue comme l'ensemble de ce que l'on peut acheter ou vendre.

D'après ce qu'on vient de dire, on peut affirmer que le concept de propriété (privée) préexiste au marché (où les biens sont apportés par leurs propriétaires), même s'il y est lié du point de vue fonctionnel.

L'appartenance d'un bien, comme exclusivité du droit, peut être modifiée aussi par la donation, qui est un acte culturellement et socialement distinct et différent par rapport à l'achat-vente ou à l'échange. Comme il arrive, par exemple, dans le cas des parties détachables du corps humain, dont l'achat-vente peuvent être interdits pour des raisons éthiques-religieuses, mais tout de même en permettant leur donation pour des raisons sociales-humanitaires. À ce propos, le principe moderne affirme que le corps humain, dans sa totalité, appartient à la personne et la règle d'inaliénabilité tend à préserver, dans l'intérêt général lui-même, l'intégrité physique et mentale de la personne, à son tour entendue comme bien ou, mieux, comme valeur, soustraite à sa disposition même et à celle de tous ceux qui veulent en faire l'objet d'échange. D'où la récente prévision – qui est un principe juridique commun aux pays européens – de l'article 3 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, où est posée, en vertu du « droit à l'intégrité de la personne », « l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit ».

IV. « AUTRES » FORMES DE LA PROPRIÉTÉ : PROPRIÉTÉ EN COMMUN ET PROPRIÉTÉ PUBLIQUE

Le sens étymologique (et l'emploi conventionnel qui en dérive) du terme propriété suppose donc la distinction entre les choses *propres*, dont quelqu'un est propriétaire, et celles *communes*.

Il faut toutefois bien comprendre la valeur de cette distinction, puisque il y a une double possibilité (logique avant même d'être juridique) d'en construire le sens : comme rapport complémentaire, de genre à espèce, ou à l'opposé, de genre à genre.

Une fois la notion de propriété conçue comme situation d'appartenance individuelle, son caractère privé (c'est-à-dire la capacité d'exclure les autres biens qui forment l'objet d'appartenance) correspond évidemment à l'idée d'attribution de la titularité formelle de la situation elle-même à un même sujet (personne physique). C'est pourquoi on parle de propriété individuelle, donc des particuliers : propriété *privée* dans le sens subjectif ou mieux, dans le même sens, *individuel*.

Quand on parle de la position centrale que l'idée de propriété (privée) a occupée dans le monde moderne en tant que forme d'appropriation

individuelle, à cause de l'influence des idéologies libérales-bourgeoises, on se réfère au fait que, du point de vue historique, cette forme d'appartenance a prévalu sur une riche variété de formes de propriété répandues dans le droit féodal de l'ancien régime, tout en laissant derrière elle les reliques de ces autres formes d'appropriation plurale¹⁸, bien que du point de vue juridique cette forme moderne (absolutiste et exclusiviste) ait acquis une valeur de catégorie générale, capable d'être appliquée à des situations de propriété présentant un caractère subjectif différent, qui ne correspond pas à l'individualité du titulaire (personne physique).

On doit se concentrer alors sur l'organisation de la catégorie générale de propriété conçue comme appartenance individuelle et, à ce propos, il faut d'abord parler de la copropriété ou communauté de biens, dont on peut distinguer deux formes d'origine romaine.

La première, qui est probablement la plus ancienne, est la « propriété multiple intégrale », qu'on peut décrire comme pluralité de droits de propriété sur la chose commune, qui sont de pleins droits individuels et donc, en réalité, en concurrence. Cette forme de copropriété se lie au *ius adcrescendi* qui est prévu par le système du droit romain dans les cas d'abandon ou forclusion du droit par un des copropriétaires lorsque la quote-part de celui-là, plutôt qu'être *res derelicta*, se partageait *ipso iure* entre les autres copropriétaires, entraînant à leur profit une augmentation proportionnée de leurs quotes-parts respectives. Même de nos jours on trouve une forme pareille dans les pays de *common law*, appelée *joint tenancy*.

La seconde forme est la « propriété multiple partiaire », qu'on peut décrire comme participation en proportion de chaque copropriétaire à un droit unique de propriété sur la chose commune indivise. À ce propos dans le Code civil italien la « communauté », est conçue comme une « propriété qui est commune à plusieurs personnes »¹⁹. D'une manière analogue, le nouveau Code civil hollandais emploie l'expression *gemeenschap* qui, dans la version anglaise-française est traduite, respectivement, par *community* et *communauté*²⁰. Par contre, dans le système juridique français on préfère parler de copropriété indivise ou simplement indivision. D'une manière analogue, dans d'autres systèmes juridiques européens on trouve des expressions comme *Miteigentum* ou *copropriedad por cuotas*. En droit anglais, il y a une forme analogue appelée *tenancy in common*.

¹⁸ Pour une reconstruction historique du discours, v. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milan, 1977.

¹⁹ Art. 1100 Cod. civ. italien.

²⁰ *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW), art. 166 : « Il y a communauté lorsque des biens appartiennent conjointement à plusieurs partenaires ».

Cette forme de copropriété présente la caractéristique de n'accepter ni l'idée par laquelle chaque copropriétaire aurait la pleine propriété sur la chose commune (*duorum quidem in solidum dominum esse non potest*), ni le fait que chaque copropriétaire aurait la propriété sur une partie « matérielle » de la chose (*nec quemquam partis corporis dominum esse*). Au contraire, au centre de cette conception, il y a la notion de quote-part, entendue comme partie idéale (ou bien virtuelle) du droit entier de propriété (*sed totius corporis pro indiviso parte dominium habere*), exprimée par des fractions arithmétiques (moitié, tiers, quart, etc.), chacune avec une différente valeur économique. Donc, par conséquent, chaque copropriétaire, indépendamment des autres titulaires, peut exercer sur la chose commune les pouvoirs du propriétaire, mais seulement dans les limites de sa quote-part. Pouvoirs qui ne peuvent être exercés que par tous les copropriétaires, à l'exclusion bien entendu des pouvoirs d'éteindre ou de limiter le droit de propriété considéré dans sa totalité ou de modifier la chose commune. En plus, chaque copropriétaire a le pouvoir de tirer les avantages relatifs à sa propre partie du droit de propriété et en particulier d'en disposer librement et de demander, par une action appropriée (*actio communi dividundo*), la dissolution de la communauté, pour obtenir donc la transformation de sa quote-part de propriété.

D'une façon significative, la doctrine française, inspirée par l'esprit individualiste du Code civil, considère l'*indivision* comme une hypothèse exceptionnelle et peu appréciée, en la considérant seulement comme moyen d'arriver à sa cessation. Il s'agit d'une notion de propriété *désincarnée en quote-parts*, qui manifeste l'inconvénient de devoir adapter à la conception de propriété comme situation exclusive d'appartenance totale de la chose au propriétaire, une situation concrète où plusieurs sujets sont titulaires de droits qui ne sont plus absolus mais au contraire limités, puisque ils sont en concurrence sur le même objet. Elle devient donc une notion *sui generis*, en étant une « modalité autonome d'utilisation privée des choses »²¹. Cela est vrai si l'on considère, en plus, les régimes spéciaux de communauté caractérisés par : *a*) la spécificité des rapports personnels entre co-titulaires (par exemple, comme dans les cas de communauté conjugale), ou *b*) un lien de destination à l'utilisation commune de certains biens par les copropriétaires, comme dans les cas de copropriété d'immeubles ou dans le cas où un bien immeuble est en copropriété entre des propriétaires de chaque fond qui l'ont destiné à l'utilisation commune des mêmes fonds. C'est le cas, par exemple de la *mitoyenneté* ou communauté du mur (haie ou clôture) qui se trouve le long de la limite entre les deux fonds, ou du mur mitoyen

²¹ MARTY-RAYNAUD, *Droit civil, Les Biens*, II, 2, Paris, 1965, n^{os} 59 et s.

parmi les édifices et les autres constructions. Par contre, une hypothèse analogue et même plus étendue est celle que prévoit le nouveau Code civil hollandais de la *mandeligheid*, avec un caractère accessoire par rapport aux droits de chaque propriétaire voisin.

À la copropriété du droit romain on peut opposer la *propriété en main commune* (ou à mains réunies), qui remonte à l'ancien droit germanique et donc appelée aussi copropriété germanique (*condominium iuris germanici*). Il s'agirait d'une forme créée par l'historiographie, « une architecture projetée par des germanistes du XIX^e siècle... plus qu'une forme typique du droit allemand vivant... l'invention polémique de la politique du droit des germanistes pour vaincre l'individualisme des Pandectistes »²². À l'opposé de ce prétendu caractère *urdeutsch*, on met l'accent sur sa connotation de propriété collective, expression d'une culture juridique remontant au Haut Moyen Âge qui considère les situations du propriétaire (surtout celles qui concernent les bois et les pâtures) comme caractérisées par un très fort caractère communitariste, selon une mentalité « qui oublie l'individu et qui se fonde et se construit sur la pluralité, sur le collectif dans toutes ses manifestations »²³.

Les différences les plus importantes par rapport à la copropriété se réfèrent d'un côté à l'origine du rapport de communauté et, de l'autre, à la typologie du droit de chaque copropriétaire.

Alors que la copropriété du droit romain a son origine directement dans la conception qui voit beaucoup de titulaires du droit de propriété sur la même chose et en même temps, en laissant de côté les rapports interpersonnels entre les titulaires eux-mêmes, la propriété en main commune (*Gesamthandigentum* ou *Gemeinschaft zur gesamnten Hand*) a une origine moins simple et enracinée en profondeur dans un rapport de fond, qui lie étroitement les copropriétaires. Elle constitue donc la conséquence d'un lien préexistant (*Gebundenheit*), établi par la loi ou qui s'ensuit d'un accord, comme par exemple dans le cas de la communauté héréditaire, de la communauté de biens entre les époux, et encore dans le cas de certaines typologies de sociétés personnelles (société civile, en nom collectif, en commandite par actions). Cela a évidemment des conséquences sur la nature du droit de chaque copropriétaire qui s'apparente à telle ou telle formule de communisme. En effet, vu le lien étroit qui constitue la base de la communauté, la possibilité de concevoir des parties différentes est exclue, ni matériellement ni idéalement sous forme de quotes-parts ou fractions de

²² P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. XLI, Milan, Giuffrè, 1992, p. 727.

²³ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Rome-Bari, Laterza, 1995, p. 74.

propriété, sur la chose commune, avec un destin juridique autonome. Par contre, puisque tout appartient à tous et qu'il n'y a pas de quotes-parts individuelles, personne ne peut disposer individuellement ni de parties, ni de la chose entière : dans le sens que, si pour l'aliénation de la chose en commun, il faut la volonté de tous (de même que la copropriété du droit romain), pour la dissolution de la communauté, il faut aussi la participation de tous, étant donné que la durée de la communauté est connexe à celle du lien qui en est à la base.

Pour ce qui concerne le rapport entre ces deux formes, on peut remarquer que dans les systèmes juridiques où toutes les deux sont prévues, comme par exemple dans les codes allemand et suisse, la copropriété a une tendance à se constituer comme catégorie générale, par rapport à l'autre forme, qui semble limitée, au contraire, à certaines hypothèses seulement.

Une question qu'on doit examiner séparément concerne la copropriété d'immeubles, une forme particulière de copropriété romaine, caractérisée par l'indivisibilité des parties communes. Il s'agit d'un phénomène juridique presque complètement ignoré par les codifications du XIX^e siècle et par les codifications allemande et suisse du XX^e siècle, mais qui a acquis maintenant une très grande importance. C'est pourquoi les systèmes juridiques qui ont adopté des nouveaux codes civils, comme par exemple les codes italien²⁴ ou portugais²⁵, ont introduit des disciplines spécifiques ; au contraire, d'autres pays ont promulgué des lois spéciales²⁶. Plus récemment, il faut rappeler le texte du nouveau Code civil hollandais, sous le titre *Appartementsrechten*, où l'on trouve une réglementation très détaillée sur le thème en question et notamment la prévision de la personnalité morale à l'association des propriétaires de chaque appartement²⁷ ; cette association, en qualité de personne civile morale, gère (à travers ses organes) les parties communes de l'immeuble²⁸.

Le schéma de la propriété individuelle est appliqué aussi à des situations d'appartenance dont un sujet méta-individuel est formellement titulaire. Il peut s'agir d'un titulaire avec une caractéristique subjective faible, comme celle d'une association de fait, ou d'une personne morale, comme par exemple une société anonyme. Dans un cas comme dans l'autre,

²⁴ C. civ. italien, art. 1117 et s.

²⁵ C. civ. portugais, art. 1414 et s.

²⁶ On peut rappeler, par ex., la *Wohnungseigentumsgesetz* allemande (du 1951) ; la loi française *Fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis* (du 1965) ; et encore, la loi suisse (du 1963) qui a modifiée la réglementation du code dont les articles 712 a-712t.

²⁷ NBW, Liv. 5, art. 124.

²⁸ NBW, Liv. 5, art. 126.

il y a des problèmes de configuration-adaptation de ce schéma, en ce qui concerne notamment le caractère subjectif de l'appartenance des biens sociaux, destinés à l'activité du groupe organisé d'une façon associative. En outre, on doit considérer, avec attention, la pluralité des sujets individuels impliqués et la différence de leurs intérêts relatifs. Par conséquent, ces situations se présentent d'une façon différente par rapport au paradigme de la propriété dont une personne physique individuelle est titulaire.

De plus, il peut s'agir d'une personne morale de droit public, comme l'État ou d'autres organismes publics. À ce propos, on fait d'habitude une distinction entre la propriété publique du point de vue subjectif (celle de l'État *uti privatus* et avec la même essence de la propriété privée en ce qui concerne les pouvoirs de disposition et de jouissance du sujet titulaire : personne publique), et la propriété publique conçue du point de vue objectif (bien sûr caractérisée par un régime juridique différent des biens qui en constituent l'objet, en ce qui concerne leur jouissance, mais étant bien entendu l'appartenance exclusive au sujet public).

Dans ce dernier cas, il est évident que la connotation d'exclusivité s'affaiblit compte tenu de la nature des biens destinés (en théorie) à la jouissance de la collectivité entière. On parle surtout des biens, comme par exemple le lido de la mer, les plages, les fleuves et les lacs, et aussi certaines espèces de la faune protégées, qui appartiennent à l'État (ou à d'autres autorités publiques), par rapport auxquels l'organisme titulaire ne peut normalement exclure les personnes de leur jouissance normale. Il s'agissait, donc, de biens qui appartiennent à tous mais aussi qui n'appartiennent à personne, puisque tout le monde peut en jouir mais personne ne peut les occuper et les posséder en propre ; il en dérive que s'il est vrai qu'ils appartiennent formellement à l'État (ou à une autre personne de droit public), ils présentent tout de même un certain caractère de faiblesse qui rend cette situation d'appartenance plutôt assimilable à la situation de non appartenance des *res communes*.

Du point de vue de l'objet du droit, la catégorie de propriété ainsi conçue trouve son origine dans l'ancienne notion de *res extra commercium* de l'expérience romaine, en ce qui concerne en particulier, les *res publicae*. Mais cette notion est plutôt problématique, à cause de la diversité des critères et des différents choix de politique législative propre à chaque système juridique.

Si l'on considère l'élément subjectif, la distinction entre propriété privée et publique est assez problématique du point de vue du rapport entre ces deux situations ou notions. Il faut se demander, en effet, si la deuxième inclut la première, ou bien s'il s'agit de deux catégories séparées, la deuxième étant une catégorie spéciale du droit.

Dans certains systèmes juridiques de *civil law*, la susdite catégorie est conçue et réglementée séparément de la propriété privée. Dans le *Code civil* français, on trouve les deux catégories de propriété, privée et publique, se faisant face l'une à l'autre (d'ailleurs sous le titre : *De la distinction des biens*) en raison de leurs différents régimes juridiques, chacun déterminé par l'appartenance subjective des biens : « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent »²⁹. En revanche, « les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières »³⁰.

Ailleurs, comme par exemple dans les systèmes juridiques allemand, autrichien et suisse, la destination à un usage public de certains biens n'est pas un motif pour les soustraire à la réglementation du droit commun, dans ce sens que, normalement, on ne conçoit pas l'élaboration d'une catégorie spéciale de propriété (publique) sur tels biens en fonction de telle destination et compte tenu de la compétence de l'administration publique. Au contraire, la catégorie de propriété privée est reconnue soit par rapport à l'État, soit par rapport à des tiers en ce qui concerne les choses que la communauté utilise, ou qui font partie du patrimoine des personnes publiques ; s'il s'agit même, naturellement, d'une propriété surchargée de limitations, en raison de sa destination.

Par contre, dans les pays anglophones, où traditionnellement la dichotomie privé-public n'a jamais représenté un élément structural, la propriété de l'État et des autres personnes publiques est une *private ownership*, dans ce sens qu'elle est conçue de la même façon que la propriété des sujets privés³¹.

V. EXCLUSIVITÉ : LE PROBLÈME DES FORMES « AUTRES » PAR RAPPORT À LA PROPRIÉTÉ

Pour reprendre le fil de la réflexion sur l'étymologie du mot propriété, il faut maintenant considérer le rapport entre les choses propres et les choses communes, c'est-à-dire les choses qui, dès lors qu'elles appartiennent par exemple à tous les membres d'une communauté de village (tribu),

²⁹ C. civ. français, art. 537, al. 1.

³⁰ C. civ. français, art. 537, al. 2.

³¹ « In the strict common law tradition even government-owned property is regarded, technically, as still subject to 'private ownership' », ainsi, par ex., K. J. GRAY, S. F. GRAY, « Private Property and Public Property », in J. McLean (ed.), *Property and the Constitution*, cit., p. 13.

n'appartiennent à aucun en particulier. C'est le cas surtout des formes primitives d'utilisation des biens en commun (la terre) par les sociétés primitives qui, en liant la possession à l'usage, semblaient ignorer la conception de propriété privée du fond elle-même³². Par exemple on peut évoquer ici l'expérience de certaines anciennes populations barbares de l'Europe du Nord, où on trouve à l'origine des formes de publicité immobilière qui avaient pour but de justifier devant la divinité, par des procédures magiques ou sacrées, la reconnaissance par la communauté tribale de l'attribution à un seul individu (ou groupe familial) des droits pour la détention exclusive d'un fond. Au contraire, pour ce qui concerne la propriété des objets (comme les armes, les outils et les créations en général), on les considérait comme découlant directement du travail de celui qui les avait produits. Ces gestes rituels de consécration de la possession de la terre ont créé un lien étroit entre la possession et l'individu qui faisait le geste rituel. Emportant une rupture du lien avec la communauté, la propriété privée devait donc recevoir l'approbation, avec le consentement de la communauté, par l'entremise de la divinité³³.

Du point de vue sémantique, les remarques que l'on vient de faire montrent que l'idée de propriété (du fond), comme appartenance de quelque chose à quelqu'un, semble découler d'une communauté de biens primitive (c'est-à-dire originaire et aussi archaïque), à son tour conçue comme absence de propriété.

On peut alors convenir que, à l'origine de la propriété, se trouve donc un acte de séparation de l'individu en tant que sujet propriétaire de soi-même. Cela peut faire entrevoir un lien conceptuel, du point de vue étymologique, entre propriété et liberté. En effet, d'après une analyse linguistique l'état d'homme libre refléterait une sphère personnelle, un espace de séparation conçu comme : *a*) condition sociale privilégiée, vu l'appartenance à une famille ou à une descendance, comme en latin *liber* (du grec *eleútheros*) ; ou *b*) condition caractérisée par le fait de s'appartenir, ou bien condition d'appartenance personnelle, entendue comme possibilité de dépendre de soi, comme dans le cas du germanique *frei* (allemand *frei* ; anglais *free*), dont la racine indo-européenne serait constituée d'un adjectif (*priyos*) qui dans certains usages idiomatiques se réfère à certaines parties de la personne physique comme choses possédées personnellement, à souligner un rapport avec soi-même, susceptible d'être rendu parfois avec l'expression

³² Cf. É. RECLUS, *L'Homme et la Terre*, Paris, 1905-1908, VI, p. 258.

³³ A. GUREVIČ, *Categories of Medieval Culture*, Londres, Routledge & Keegan Paul, 1985.

« propre » et parfois avec celle « cher, aimé », dans un sens qui se réfère plutôt au milieu des relations affectives³⁴.

Sur un plan plus strictement juridique, les choses propres sont opposées à celles communes qui, tout en étant accessibles par tout le monde, ne peuvent pas être considérées la propriété de quelqu'un en particulier. Il faut revenir dans ce cas au droit romain et aux *res communes omnium* (comme, par exemple, l'air, la mer et les poissons qui y nagent librement). Cette catégorie, reconnue sur la base du droit des gens (ou droit de nature, d'où le dicton plus précis de *res naturale iure omnium communes*)³⁵, était ainsi appelée, avec une formule que les premiers interprètes médiévaux des textes justiniens considéraient dans le sens que ces choses devraient être entendues comme communes en ce qui concerne l'utilisation, et non pas la propriété : « *Communia sunt scilicet quantum ad usum, non etiam ad proprietatem* »³⁶.

En résumant, le renvoi à l'étymologie du terme propriété nous permet d'identifier sa notion avec la situation (subjective) d'appartenance exclusive, donc privilégiée, de quelque chose à quelqu'un. De cette façon, on définit d'abord la propriété comme essentiellement *privée*, en attribuant à la propriété privée l'essence de propriété tout court ; mais en même temps on clarifie le concept en soulignant que la question du rapport avec les autres formes d'appartenance en commun des biens est mieux décrit en distinguant ces formes comme des formes qui sont *autres* par rapport à la propriété.

Cette particularité sémantique du concept de propriété est importante aussi pour ce qui concerne le problème de son fondement justificatif. Attendu que la situation d'appartenance commune des biens, attribuée à un sujet collectif indistinct (peuple, groupe ethnique, clan, tribu, communauté primitive quelle qu'elle soit), ne semble avoir besoin d'aucun fondement justificatif, par définition, en tant que situation de non exclusivité.

Il n'est nul besoin de recourir à un fondement de nature politique ou idéologique (qui peut d'ailleurs s'avérer très variable, qu'il soit religieux ou laïque) pour justifier un régime de propriété collective au regard de l'hypothétique vertu qui serait posée en prémisses (au demeurant bien

³⁴ É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, I. *Économie, parenté, société*, Paris, 1969.

³⁵ « *Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec : aer et aqua profluens et mare...* », *Inst.*, 2,1,1.

³⁶ Comme le remarque, par ex., E. J. H. SCHRAGE, « *Ius in re corporali perfecte disponendi : Property from Bartolus to the New Dutch Civil Code of 1992* », in G. E. van MAANEN, A. J. van DER WALT (eds.), *Property Law in the Treshold of the Century*, Antwerpen-Apeldoorn, 1996, p. 39, en citant une glose anonyme au passage des *Institutiones* cité dans la note précédente.

discutable historiquement ou culturellement) de la propriété privée : une communauté, en soi, n'a rien d'injuste³⁷.

Le caractère discutable de la nature essentiellement juste de la communauté (et de tout ce qui est commun) peut être apprécié en suivant l'évolution historique où les régimes des communautés étaient pleins de conséquences accablantes envers l'individu, contraint dans une situation où l'individu est nul, puisqu'il ne peut rien posséder pour lui-même ; et toutes les choses sont pour tous, situation où le sujet appartient à l'État, à la communauté, avant d'appartenir à lui-même³⁸.

L'ancien charme de la communauté comme entité douée d'un caractère propre de supériorité par rapport à l'individu-personne est ainsi conçu du point de vue sémantique avec une très forte connotation émotionnelle. S'il est vrai que les mots ont des significations et que chaque mot peut éveiller aussi des sensations particulières, le mot communauté dégage une agréable sensation, quelque soit la signification du terme. Vivre dans une communauté, faire partie d'une communauté, est quelque chose de bien. Quand il y a quelqu'un qui abandonne le droit chemin, on explique son comportement insensé en disant qu'il fréquente de mauvaises personnes. Si quelqu'un mène une existence misérable, tourmentée et sans dignité, on accuse tout de suite la société, les critères selon lesquels elle est organisée, la façon dont elle marche, la compagnie ou la société peuvent même être mauvaises, mais pas la communauté. La communauté – c'est notre sensation – c'est toujours « une bonne chose »³⁹.

D'une façon logiquement plus juste, le motif pour lequel la *propriété commune* ne semble pas avoir la nécessité d'un fondement justificatif peut découler du fait de l'absence – au moins formellement – d'exclusivité en ce qui concerne l'utilisation et la jouissance de biens qui constituent le patrimoine de la collectivité entière.

Donc si l'on considère le principe de non-contradiction, c'est-à-dire, l'impossibilité que quelque chose soit et ne soit pas en même temps, il découle de l'étymologie du terme, au-delà d'un faux truisme, que la propriété existe comme privée (donc exclusive, ou particulière à quelqu'un) – ou qu'elle n'existe pas. Cela, évidemment, dans un sens purement logique, ou abstrait, par lequel, comme l'expliquait déjà la tradition philosophique

³⁷ Ainsi P.-J. PROUDHON, *La propriété*, éd. 1886, p. 33. Mais il ajoute que cela ne vaut pas pour n'importe quelle communauté, mais seulement pour celle dont le fondement se caractérise par la « fraternité », comme dans le cas de la famille.

³⁸ ID., *ibid.*, p. 35.

³⁹ Z. BAUMAN, *Missing Community*, Cambridge, Polity Press, 2000, p. 3.

grecque, l'autre – entre deux : *eteros* – est le contraire d'un même, et ce dernier en tant qu'il est vraiment, l'autre n'existe pas⁴⁰.

Cependant, si l'on considère l'ensemble des formes d'organisation des rapports entre les personnes et les choses, il n'est pas difficile de s'apercevoir de la variété et de la diversité des façons dont ces rapports se sont manifestés selon les époques et les lieux et se manifestent encore aujourd'hui.

L'élément d'exclusivité, conçu comme un droit d'exclure les autres (*ius excludendi alios*), même s'il décrit, du point de vue étymologique, l'essence du phénomène appropriatif, entendu comme le lien de quelqu'un avec une chose, plutôt que le lien entre personnes par rapport aux choses, se révèle cependant faible du point de vue de la caractérisation, au sens technique-juridique, de la notion de droit de propriété privée. Au moins on ne le considère pas, toujours et nécessairement, comme l'appartenance d'une chose à un seul propriétaire. Donc, selon l'hypothèse la plus simple, mais pas unique, qu'on trouve dans les rapports et les échanges quotidiens dont l'utilisation de biens font l'objet.

Cette notion, en effet, entendue comme titularité qui donne des pouvoirs sur la chose, est : *a*) du côté subjectif, susceptible d'être considérée en formes plurales (dans le sens de la co-titularité de ces pouvoirs par plusieurs sujets, comme dans le cas de l'*indivision*) ; *b*) du côté objectif (donc des pouvoirs qu'elle implique), susceptible d'être démontée en plusieurs pouvoirs ou prérogatives (de jouissance et de gestion de la chose), qui sont à leur tour individuellement, ou mieux séparément, attribués aux sujets distincts⁴¹. Ici on parle des hypothèses de convergence et de concurrence d'intérêts et de pouvoirs juridiquement protégés sur un même bien, que plusieurs sujets ont en même temps, de façon distincte.

On peut rappeler, à ce propos, le schéma du double domaine (respectivement direct et utile), théorisé et utilisé sur le continent européen par les juristes médiévaux. Aujourd'hui, on peut considérer le cas du démembrement de la propriété entre deux (ou plusieurs) sujets, dans le sens qu'on attribue à un sujet la jouissance entière (usufruit), tandis que l'autre

⁴⁰ Le caractère antithétique, ou bien contradictoire, des termes *propre* et *commun* est remarqué par POTHIER, *Traité du droit du domaine de propriété*, cit., n° 16, où on lit : « Le fait est que *propre* et *commun* sont des termes contradictoires. En supposant qu'une personne soit propriétaire d'une chose dont je suis propriétaire, alors nous avons en commun cette chose ; et elle est en commun, on ne peut dire ni qu'elle est à moi en entier, ni que j'en suis le propriétaire absolu ; cela parce que *propre* et *commun* sont deux choses contradictoires ».

⁴¹ Dans le domaine comparatif, le caractère de l'exclusivité est considéré peu à même de définir la notion de propriété, v. par ex., W. MINCKE, « General Principles of Property Law : A Traditional Continental View », in P. JACKSON, D. C. WILDE (eds), *The Reform of Property Law*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1997, p. 206 et s.

sujet à la propriété nue de la chose⁴² ; et, encore, l'expérience anglaise du *trust*, caractérisé par une division entre la titularité (formelle) et la jouissance (des utilités) du bien.

Il s'en suit donc que, dans l'ensemble, l'exclusivité à différentes façons de se montrer qui rendent encore plus relative cette connotation.

Cependant, le point de vue qu'on veut ici mettre en évidence, même pour ses conséquences d'intérêt juridique, est celui qui concerne la perspective historique-culturelle où placer le phénomène de la propriété en général. En dépit de l'idée de la propriété comme appartenance exclusive de quelque chose à quelqu'un, la diversité des manifestations concrètes de ce phénomène, qu'on peut relever dans différents contextes, est à même de soulever des questions sur la possibilité de sa conceptualisation unitaire.

Tout ce que l'on vient de dire montre clairement que la variété et la diversité des formes et des idées d'appartenance impose de considérer le rapport entre la « propriété », étymologiquement et conventionnellement conçue comme forme d'appartenance privée (exclusive) de biens et de ressources, et les « autres » formes d'appartenance, qui sont, au contraire, collectives, ou mieux en commun. Il s'agit d'une dichotomie traditionnelle entre les genres d'appartenance qui peut, bien sûr, être critiquée à cause de sa simplification excessive d'une réalité très difficile et complexe des formes de propriété. Cependant cette dichotomie peut encore constituer un point de référence important et même obligé du discours (et du lexique) de la propriété si l'on considère qu'à partir de la moitié du XIX^e siècle elle est restée active au niveau du conflit parmi les idéologies libérales-démocrates et celles sociales-communistes, jusqu'à arriver à son sommet pendant le XX^e siècle avec la naissance des régimes socialistes. Plus récemment, d'ailleurs, elle a été encouragée par les exigences représentées par les revendications des populations indigènes sur leur terre d'origine et par celles concernant le monde virtuel des technologies informatiques, représentées par les revendications au libre accès des produits intellectuels échangés dans le cyberspace.

⁴² Le démembrement de la propriété supprime, dans les rapports parmi les sujets, le caractère exclusif du droit de propriété, ainsi, par ex., TERRÉ, SIMLER, *op. cit.*, n° 131.

VI. LES NOMS ET LES CHOSES : À PROPOS DES USAGES LINGUISTIQUES ET DES SIGNIFICATIONS DE PROPRIÉTÉ

Le tour d'horizon que l'on vient d'esquisser à propos de l'aspect spéculatif de la propriété en général, de manière synthétique et incomplète, a été développé pour essayer d'éclairer le sens de la question de la propriété qu'on a introduit au début, puisqu'il s'agit d'une question préliminaire, ou mieux préjudicielle, pour une approche juridique du thème, étant données ses répercussions sur la notion et sur la qualification de l'institution, dont on parlera dans les pages suivantes.

Pour l'instant, il convient de résumer le plan qui, partant d'une base de réflexion étymologique, veut prendre en considération le rapport logique entre la propriété et ses alternatives représentées par les formes « autres » de la propriété elle-même. Par la suite, du point de vue conceptuel, on arrive à attribuer une importance paradigmatique à la propriété privée. On passe, enfin au développement du débat culturel qui a accompagné, animé et échauffé, depuis longtemps et jusqu'à présent, le discours sur la propriété. Un discours, donc, caractérisé entièrement par des idées différentes et opposées sur la propriété : entendue par les positions qui se font face, tantôt comme cause de progrès, par la valorisation d'une subjectivité (personnalité) individuelle autonome, dans un modèle de société et d'économie de marché individualiste, libertaire et utilitariste ; tantôt comme une cause de régression, par la rupture des liens solidaristes et communautaristes d'un ordre sociale de type holistique. D'ailleurs, avec une variété de gradations et de formules combinatoires d'importance politique-idéale et social-économique, ayant plusieurs sources d'inspiration.

Il faut maintenant faire une autre démarche et poser le problème sur un plan plus étroitement juridique et vérifier la possibilité de retrouver et de suivre un fil-rouge, dans la relativité (pluralité et diversité) de solutions propriétaires, à travers les époques et les expériences de notre tradition occidentale.

Il pourra sembler extravagant et même fourvoyant, mais un élément suggestif peut être retrouvé dans l'anecdote sur « la rectification des noms » tiré de Confucius pour résoudre le problème.

On raconte que l'ancien sage chinois qui avait une importante tâche à accomplir au service d'un prince et qui dialoguait avec un de ses disciples affirmait que pour bien gouverner, il était absolument nécessaire de rendre leur vraie signification aux noms, c'est-à-dire « Rectifier les noms ». Étonné et déçu par une réponse qu'il considérait si insignifiante, le pauvre disciple insiste : « Vraiment ? Vous allez chercher loin ! Les rectifier pour quoi faire ? ». Confucius ajoute sévèrement : « Vous n'êtes qu'un rustre ! Un

honnête homme ne se prononce jamais sur ce qu'il ignore. Quand les noms ne sont pas corrects, le langage est sans objet. Quand le langage est sans objet, les affaires ne peuvent être menées à bien... Pour cette raison, tout ce que l'honnête homme conçoit, il doit pouvoir le dire, et ce qu'il dit, il doit pouvoir le faire. En ce qui concerne son langage, l'honnête homme ne laisse rien au hasard »⁴³.

Au-delà des situations de temps et de lieu qui ont inspirées cette anecdote, ce qui frappe c'est l'instruction (de type pédagogique) qu'on y trouve. En effet, loin du domaine de pure logique formelle et sophistique – dont les anciens sages chinois étaient les amateurs et commentateurs raffinés – il s'occupe au contraire du problème, beaucoup plus concret et immédiat, concernant la correspondance parmi les noms et les concepts, les façons de parler et de raisonner qui sont à la base de n'importe quelle connaissance et « science ».

D'ailleurs, il est vrai aussi que, pour les disciples de l'ancien sage chinois, qui ont vécu une époque de graves bouleversements et agitations dans leur pays, ce reproche veuille signifier plutôt l'annonce d'un projet conservateur et le rétablissement de l'ancien et aussi mythique ordre naturel. Tout de même, si on lit plus attentivement, il n'est pas difficile d'y trouver le message opposé, mais encore actuel, par lequel la correspondance parmi les noms et les choses se pose, toujours et partout, comme exemple vertueux de la valeur fondamentalement conventionnelle tant du langage que de la société (ses institutions, surtout celles juridiques), où un tel moyen de communication est destiné à agir.

Cela signifie que, si cette interprétation est licite, la valeur de la correspondance susdite ne peut être absolue dans un sens ontologique, jusqu'à tomber dans l'illusion aussi ingénue que dangereuse de croire que les noms et les concepts ont en eux-mêmes la consistance d'entités vraies, ainsi établies pour toujours ; en même temps, elle ne peut pas être, au contraire, relativisée dans un sens empirique et contingent, jusqu'à tomber dans la présomption, aussi ingénue et dangereuse, par laquelle les noms et les concepts, bien qu'ils aient une consistance stipulative, soient, pour cela seulement, susceptibles de n'importe quelle libre et arbitraire altération, manipulation ou falsification.

Entre ces deux positions extrêmes, la correspondance des noms avec les choses désignées est un important critère de certitude des conventions linguistiques et sociales, historiquement vues comme le reflet des unes par les autres. Et, donc, il s'agit d'une condition importante aussi pour vérifier tous les discours autour des secondes par les premières.

⁴³ CONFUCIUS, *Lunyu*, 13.3, trad. P. RYCKMANS, Paris, Gallimard, 1987.

Évidemment, on ne veut pas faire face ici, néanmoins en général, à des théories et des débats philosophiques-scientifiques sur la nature et la fonction du langage⁴⁴.

D'une façon plus simple, même peut-être banale, on veut porter l'attention sur l'élément conventionnel de n'importe quel discours, même technique-scientifique. Mais dans le sens que la conscience de l'existence d'un élément de conventionalité avec des règles scientifiques, à qui se lie « le passage de la conception de la science comme acquisition de vérité à la conception de la science comme disposition rigoureuse de concepts pour des objectifs pratiques », abouti, dans le cas spécifique d'un discours juridique sur la propriété, au fait qu' « il ne s'agit pas, c'est évident, de trouver celui qu'on pense être la seule façon de concevoir la réalité de la propriété... par contre, il s'agit d'un accord préliminaire sur l'utilisation du mot »⁴⁵.

C'est comme défendre l'évidence, pour ainsi dire, mais c'est une défense qui peut être un important point de départ pour soutenir même l'utilité, ou mieux la nécessité des notions et des définitions ; qui ne sont pas considérées en soi, ou abstraitement, mais par rapport à une convention qui en forme – avec le temps et en tous lieux – le contexte de signification.

Cette exigence de pureté et, aussi, de cohérence des usages linguistiques, selon la correspondance avec le monde des conventions qu'y sont reflétées, et qui à leur tour en sont même identifiées avec un jeu d'influences réciproques, suscite sûrement la sensibilité du juriste. Sans cesse au travail avec des problèmes et des difficultés terminologiques, qui sont la conséquence surtout de l'évolution des temps et des transformations d'ordre social, économique et culturel qui en dérivent. Ce sont des problèmes et des difficultés face auxquelles la conscience d'un lien étroit parmi les façons de s'exprimer et les façons de raisonner peut représenter

⁴⁴ Il faut maintenant rappeler, bien simplement et en bref, que de telles disputes concernent – comme on le sait – deux différentes théories qui se font face. L'une considère le langage comme un produit culturel, essentiellement diversifié selon les lieux et les temps et donc essentiellement relatif, suivant la pluralité et la variété des langues existantes dans le monde entier. L'autre, au contraire, a une tendance à concevoir le langage, en tant que capacité de connaissance, une partie biologiquement structurée du cerveau de l'homme, grâce à une adaptation évolutive, donc par cela caractérisé par une connotation universelle, v. par ex., pour une tractation divulgatrice des connaissances scientifiques sur le langage, mais conduite à partir de positions de critique au modèle du relativisme culturel et de l'ambiance et en soutenant l'interprétation contraire naturaliste-biologique, S. PINKER, *The Language Instinct : How the Mind Creates the Language*, Londres, Allen Lane (Penguin), 1994. Incidemment, sur le lien entre les structures linguistiques primitives et le concept de propriété comme pouvoir du sujet (projection dans le monde extérieur de sa faculté volitive), v. dans les études anthropologiques, W. von SCHMIDT, *Das Eigentum auf den ältesten Stufen der Menschheit. I. Das Eigentum in den Urkulturen*, Münster, 1973, pp. 18-20.

⁴⁵ Ainsi N. BOBBIO, « Scienza del diritto e analisi del linguaggio », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 356 et s.

une alternative au discours empreint entre les deux extrêmes constitués – respectivement – par un excès d’absolutisme, dans un sens dogmatique, et de relativisation, dans un sens empirique, des concepts juridiques, dans un cas comme dans l’autre accompagné d’un vieux et d’un nouveau doctrinarisme.

Par cette façon de concevoir la pensée confucianiste, en ce qui concerne l’utilisation conventionnellement exacte des noms, il n’est pas difficile de remarquer que l’on peut attribuer au terme « propriété », en même temps, d’un côté des significations communes ou générales (pour certains, universelles) et, de l’autre côté, des significations techniques-juridiques. Les premières concernent les aspects et les contextes philosophique, politique, économique, ethnologique, anthropologique, sociologique ou psychologique ; les secondes concernent une certaine tradition juridique et aussi des aspects par lesquels la situation d’appartenance à quelque chose (un « objet ») ou à quelqu’un (un « sujet ») est ainsi appelée, reconnue et réglementée, c’est-à-dire, identifiée en elle et par rapport à la diversité de situations (quand même assimilables). Avec l’ensemble de concepts, règles et principes, qu’y sont liés pour donner naissance à ce que l’on appelle (dans le langage des juristes) un « institut » : c’est-à-dire un groupe plus ou moins cohérent – dans l’ensemble – de tels concepts, règles et principes. Cela peut être pourtant utile pour classifier le discours dont on parle, selon le critère susdit de la science conçue comme disposition rigoureuse de concepts pour des objectifs pratiques.

Un emploi, donc, conventionnellement correct du terme propriété, dans le domaine juridique, qui ne semble pas pouvoir échapper à cette règle, comme on dit, d’ordinaire prudente. Il nous invite à distinguer les significations et les aspects ci-dessus rappelés : sans cependant nier, historiquement et culturellement, la possibilité – mieux la nécessité – d’influences et de mélanges, par rapport aux problèmes cherchés et aux contextes impliqués.

On peut enfin en déduire que, malgré les oscillations et les variations de sens qui concernent le discours juridique sur la propriété et qui le rendent plein d’incertitude, question de recherche très problématique et controversée, même improbable ou encore inexistante, le juriste a toujours besoin pour sa connaissance – théorique et pratique – de notions et de définitions. Bien conscient, donc, de la nécessité d’employer les schémas conceptuels qui peuvent, afin qu’ils soient utiles, classer les éléments de la réalité.

VII. LES CRITÈRES POUR S'ORIENTER DANS UN DISCOURS JURIDIQUE SUR LA PROPRIÉTÉ

Avant de conclure nos réflexions, on peut maintenant ajouter quelques remarques sur le rapport qui existe entre les contextes linguistiques ou sémantiques du terme « propriété » et l'exigence d'employer ce terme d'une façon *conventionnellement* correcte. Très simplement, le rapport dont on parle concerne l'influence réciproque entre le contexte technique-juridique du discours sur la propriété et les contextes social/économique, politique/idéale et historique/culturel.

À ce propos, un aspect évident concerne les différentes configurations du schéma de l'appartenance, comme possibilité de le considérer d'une façon singulièrement objective, c'est-à-dire comme capacité d'emploi (dans le sens de la divisibilité d'usage) d'une chose ; ou bien d'une façon particulièrement subjective, comme titularité formelle d'un droit plein et absolu sur la chose elle-même.

En effet, dans le premier cas, on peut souligner le lien entre cette forme juridique de propriété, qui est une expression de la société et de la mentalité du Moyen Âge, et les exigences sociales-économiques de notre société contemporaine, qui demande une plus grande flexibilité d'emploi de biens et de ressources (quand on pense à la multipropriété immobilière, ou bien à certaines hypothèses de propriété fiduciaire et à d'autres formes de sûreté).

Dans le deuxième cas, la réciprocité d'influence entre le domaine juridique et les autres domaines du discours sur la propriété est bien visible du point de vue des rapports de la propriété avec l'idée de subjectivité, étant une création typique de la pensée juridique.

Il s'agit, en résumé, de la conception volontariste du droit subjectif (*ius*), modelée sur le domaine (*ius vel dominium*, suivant une technique rhétorique bien connue qui exprime par deux termes coordonnés un concept unitaire) comme dimension « potestative » de la liberté de la personne ; une liberté qui, à son tour, est conçue essentiellement comme *facultas dominandi*, à laquelle devrait être associée l'idée de la propriété comme dimension « morale » de la dignité de la personne, avec une sorte de fusion conceptuelle entre être et avoir, dont l'origine se trouve dans la pensée téléologique-philosophique du Moyen Âge et dans le mouvement de la deuxième scholastique, devenu ensuite le moderne jusnaturalisme, pour arriver, à travers d'autres liens, à s'établir dans la systématisation conceptuelle achevée par l'école dogmatique (pandectiste) du XIX^e siècle des rapports et des catégories du droit privé, centrée sur la prééminence du droit subjectif de propriété.

On peut remarquer cette même réciprocité à propos du lien de la propriété avec les moyens de tutelle de la personne. La conception du droit

de propriété s'oriente vers une perspective solidariste où ce qui relève du point de vue social est le *status* des personnes, comme garantie de leur condition existentielle. La valeur de la propriété se lie donc fonctionnellement « à la personne et aux différentes façons d'exercer et de réaliser les capacités individuelles », dans un contexte qui, même s'il peut sembler un attachement anachronique au modèle de propriété du XIX^e siècle, propose en réalité une réévaluation de l'institution et aussi d'une logique propriétaire (comme logique de *status*). La propriété est conçue comme un des idéaux de la société, avec des politiques d'assistance qui en favorisent l'accès, dans le but de développer le bien-être économique et social dans la collectivité.

Pour ce qui concerne la configuration de la propriété entendue comme droit techniquement « plein et absolu », exclusif d'un sujet sur une chose qui lui appartient, on peut aisément remarquer que sur cette configuration se fonde l'écart idéologique qui rend la propriété, le symbole du monde bourgeois (capitaliste). Une telle configuration influence aussi la situation des régimes socialistes, par rapport à ce qu'on appelle la « propriété personnelle », qui est désormais répandue dans ces types de régimes encore existants, à certains biens immobiliers importants, comme la maison et les terres à blé pour un emploi personnel. La propriété « socialiste » n'échappe pas à la logique « définitoire » de la propriété juridiquement entendue comme appartenance exclusive (dans un sens subjectif).

Un autre exemple de réciprocité d'influence entre le domaine juridique et les autres domaines sociaux-économiques se trouve, plus récemment, dans le rapport entre les forces du marché et les intérêts productifs, qui poussent vers un développement productif de plus en plus lié aux technologies d'information et de communication et la tendance à élargir la notion de « biens », qui sont susceptibles d'être appropriés d'une façon exclusive, au-delà de la sphère plus traditionnelle des « choses » matérielles, vers le cadre assez problématique des biens « immatériels ». Le processus de dématérialisation de l'économie est destiné à avoir une grande influence sur la notion de « propriété », surtout à travers le phénomène de la « propriété intellectuelle », comme forme de propriété qui s'ajoute à la propriété des choses matérielles, mais entendue comme une sorte de prolongement conceptuel et donc dans une même logique propriétaire.

VIII. RELATIVITÉ ET RÉSILIENCE DE L'IDÉE DE PROPRIÉTÉ

En concluant ces réflexions une remarque s'impose.

Il ne s'agit pas, comme on le croit, de la *relativité* historique et culturelle de l'idée de propriété résultant de la variété de ses formes, mais il

s'agit plutôt d'un indicateur différent et absorbant du discours, qui est en même temps méthodologique et de contenu.

L'impossibilité pour la propriété d'être seule, de rester dans un espace conceptuel vide, sans relations sémantiques avec le monde habité par des personnes vivantes, qui travaillent, qui créent, qui font des affaires, qui luttent, qui meurent ; avec les intérêts, les besoins, les sentiments de personnes, qui entourent et aussi définissent les différents domaines de sens dans lequel l'idée de propriété, toujours la même et toujours en évolution, exprime son caractère multiforme et aussi énigmatique. C'est-à-dire, l'impossibilité pour la propriété d'être simplement, sans qu'elle soit accompagnée ou bien chargée d'un attribut qui puisse en qualifier le milieu opératif, la fonction et la notion elle-même.

Par rapport à d'autres institutions fondamentales du droit privé, comme le testament, le contrat, ou la responsabilité civile, cela constitue un *unicum* ou quand même une particularité. Sur le plan juridique, on pourrait sourire si l'on parlait de l'idée « bourgeoise » ou « socialiste » de testament, de contrat ou d'illicite (civil ou pénal). Par contre, l'idée de propriété bourgeoise et socialiste renvoie à deux formes de propriété qui ont une réelle signification juridique, même s'il s'agit d'une dichotomie qui peut sembler, sous certains aspects, plus apparente que réelle.

En d'autres mots, la propriété ne peut pas être conçue comme *neutre*, à cause des contextes sociaux-économiques auxquels elle se rapporte et des choix politiques-idéologiques auxquels elle est liée.

On peut en avoir une confirmation si l'on observe la démarche la plus sophistiquée de définition de propriété qui ait jamais été accomplie par la science juridique : celle de souche dogmatique (pandectiste) qui, pour donner une valeur purement logique ou technique au concept de propriété, en a envisagé l'essence dans le fait d'être abstraite et indéfinissable. Il s'agit d'une pseudo définition qui, dans la seule façon cohérente et possible, pose la notion de propriété en-dehors de l'expérience juridique en tant que réalité précise de temps et de lieu, dans une dimension au delà de l'histoire et donc dans une fiction conceptuelle.

Au contraire, ce qui semble vraiment caractériser un discours juridique sur la propriété, c'est le fait que ce discours présente toujours une situation de dépendance de ses contenus à des éléments et des événements sociaux-politiques-culturels, pendant les différentes époques historiques. Par un enchevêtrement de tendances et de formes de résistance, dont les traces sont visibles sur le plan de l'expérience juridique, plutôt que sur celui des définitions et des classifications.

Toutefois, la relativité du nom et du concept de propriété ne diminue pas mais, au contraire, augmente la sphère sémantique et la possibilité d'étendre les logiques appropriatives, même dans les domaines où, d'une

façon plus convenable, elles devraient reculer, comme par exemple la propriété des idées (dans ses différentes formes, du droit d'auteur aux brevets).

À vrai dire, la disparition de la position culturellement dominante de la propriété bourgeoise, liée aux choses matérielles et au paradigme conceptuel de l'absolue-exclusivité de la situation d'appartenance à un seul individu, a bien sûr écarté la cloison idéologique, avant la technique juridique, qui s'opposait au panorama plus articulé des situations d'appartenance. Mais cette disparition est aussi à l'origine du phénomène de l'accroissement des logiques d'appropriation qui se sont répandues aujourd'hui ; dont la condition d'une propriété multi-identitaire, mais qui conduisent toutes à l'idée, dans le sens étymologique, de *propriété* comme tout bien (matériel ou immatériel) qui soit susceptible d'appartenir d'une façon privée à un sujet qu'il soit individuel, collectif ou public.

En d'autres mots : face à la *relativité* conceptuelle du terme, entendue comme hétérogénéité de contenus, jusqu'à rendre chaque caractère « définitoire » aussi problématique que fugace, il existe le contrepoids de sa *résilience*, entendue comme capacité de reprendre et d'étendre les sphères d'influence⁴⁶.

Un bilan historique conduit à réfléchir sur cette capacité de la « propriété » à survivre à elle-même et qui chaque fois se transforme et se multiplie, jusqu'à devenir un schéma ouvert de l'appartenance, conceptuellement susceptible de se montrer sous plusieurs formes. En effet, pourvu qu'en réalité il y ait eu un temps où les formes de *propriété commune* (collective) ont prévalu, elles ont tout de même été remplacées par des formes (elles aussi très différentes) de *propriété privée* (individuelle), qui, à travers une longue période de fractionnement des situations d'appartenance de l'ancien régime, se sont concentrées dans la plus forte version de la *propriété bourgeoise* (capitaliste), qui à son tour a été dépassée par le temps et d'autres formes de propriété, comme la *propriété socialiste* et la *nouvelle propriété* (*new property*).

En même temps, on assiste, de nos jours, à une dissociation de la base solide des choses matérielles, sur laquelle se fondaient soit la propriété

⁴⁶ Le concept de résilience, qui veut indiquer un synonyme d'adaptabilité et de capacité de se répandre de la propriété, est employé spéculativement dans la signification de résistance de l'idée (normative) de propriété (privée), même dans des contextes sociaux et culturels qui sont hostiles à cette idée, étant donné son lien étroit avec une sphère de sentiments universels, comme le sentiment d'appartenance et celui d'honnêteté, qui inspirent des critères de jugement et de comportement, comme la reconnaissance du concept d'appartenance à moi et à toi et la condamnation morale du vol. V. WALDRON, « The Normative Resilience of Property », in J. McLEAN, *Property and the Constitution*, cit., p. 170 et s. ; mais v. aussi les remarques critiques à ce propos de M. M. GOLDSMITH, « Normative Resilience – A Reponse to Waldron », *ibid.*, p. 197 et s.

commune, soit la propriété individuelle et bourgeoise, soit même la propriété socialiste. Une nouvelle économie de marché avance, où les biens principaux deviennent les idées elles-mêmes, objet d'une autre forme de propriété, la « propriété intellectuelle », qui avait jadis quelques liens avec un élément physique (un livre, un cadre, une lampe), mais qui maintenant a été transformée par des situations qui se sont redéveloppées, dans le cadre du cyberspace, plein d'objets virtuels, qui est sans doute inédit, mais pourtant étranger aux logiques appropriatives.

En conclusion, ce qu'il y a de plus évident à souligner, c'est la capacité d'expansion des emplois du nom et du concept de propriété, toujours accompagnée d'un élément qui la qualifie, dans un processus qui ne semble connaître aucun arrêt, du point de vue de l'histoire et des expériences, notamment celles juridiques.

Propriété : un nom qui reste toujours le même, mais qui s'adapte sans cesse à des contextes toujours nouveaux et différents et qui, aujourd'hui plus que jamais, rend énigmatique sa physionomie cachée sous une pluralité et une variété d'expressions qui sont obligées de partager ce même nom.

