

LE *PLUS ABSOLU* DES DROITS, ENTRE DÉSIR IDÉEL ET IDÉAL D'AUTONOMIE. L'INVENTION DE LA PROPRIÉTÉ DES ANCIENS COMPARÉE À CELLE DES MODERNES

Annette Ruelle et Éric Fabri

Université Saint-Louis - Bruxelles | « [Revue interdisciplinaire d'études juridiques](#) »

2018/2 Volume 81 | pages 109 à 176

ISSN 0770-2310

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2018-2-page-109.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Université Saint-Louis - Bruxelles.

© Université Saint-Louis - Bruxelles. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

**Le plus absolu des droits,
entre désir idéal et idéal d'autonomie.
L'invention de la propriété des anciens
comparée à celle des modernes**

Annette RUELLE

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Eric FABRI

Assistant en théorie politique, ULB

Résumé

Le renouveau juridique de la pensée du commun se pense explicitement contre la logique propriétaire, et en particulier contre le pouvoir absolu qu'elle confère au propriétaire sur sa chose. Mais ce caractère « absolu » de la propriété (au sens de l'article 544 du Code civil) est-il inhérent à son concept ? Quelle est l'origine de la conception « absolutiste » de la propriété privée ? Cet article cherche à répondre à ces questions en examinant la genèse du concept de propriété privée et de l'absolu qui la caractérise en droit romain, d'où tout est parti, et dans les écrits du père fondateur du libéralisme anglais, John Locke, d'où, dans la perspective du législateur moderne, tout est reparti.

Aussi éloignés ces deux univers soient-ils, tous deux demandent à être rendus à leur contexte originare, exhumés sous les interprétations fossilisées qu'ils engendrèrent, exégèses toujours plus enclines à trouver à la source une manifestation d'elles-mêmes qu'à y découvrir le site d'une technique et d'une réflexion originales, lesquelles continuent pourtant de nous déterminer intimement. La première et la seconde partie de l'article s'attellent donc à présenter l'émergence du concept de propriété privée en contexte, respectivement en droit romain puis dans la modernité anglaise.

À un degré d'intégration supérieur, les auteurs mettent ensuite en tension ce contraste entre la genèse romaine et moderne du concept de propriété dans une troisième partie prospective et exploratoire. Quels présupposés, quels implicites la démarche permet-elle de dégager dans l'ordre des représentations relatives à la manière dont se définissent les relations des hommes aux choses dans chacun de ces deux imaginaires, non tant par-delà leurs différences incommensurables que dans le but de mettre l'horizon d'incommensurabilité qui les sépare à l'épreuve ? Sept « contrastes » sont ainsi analysés qui permettent de problématiser la réflexion sur les Communs à partir d'un substrat « propriétaire » renouvelé par l'approche comparative elle-même.

Abstract : The most absolute right ? The invention of private property in ancient Rome as compared to that of the Moderns.

The new focus on the commons in juridical thought is explicitly grounded on a reaction against the logic of private appropriation, and in particular against the « absolute » power it gives to the owner over his thing (as stated in the Article 544 of the French Code Civil). But is this « absolute » character an essential and intrinsic feature of private property ? And what is the origin of this « absolute » that came to be characteristic of private property ? This article seeks to answer these questions by examining the origins of private property (and of its « absolute ») both in Roman law – from which everything started – and in the works of the founding father of English liberalism, John Locke, from which everything started again for the Modern legislators.

As distant as these two universes may be, they have in common the need to be returned to their original context, exhumed under the fossilized interpretations they engendered. Because their exegeses were always more inclined to analyse roman and modern conceptions of private property as anticipations of their own conceptions, they too often blurred how distinct those conceptions were. They occulted how they both constitute the locus of an original reflection on property (as a technique, and as the condition of the right to resist) that continues to shape our representation of property, but only through numerous mediations. The first and the second parts of the article therefore aim to examine the invention of private property in context, respectively in Roman law and in English modernity, in the so influential writings of Locke.

In the third section, the authors build on the reconstructions offered earlier in order to confront the Roman and Modern geneses of private property rights. The aim of this prospective and exploratory analysis is to understand how the type of relations men should entertain to things are « inferred » from a general conception of the world that determines property relations. The analysis insists on the irreconcilable differences existing between the Roman and the Modern imaginaries, and on how those differences implied major transformations of the very concept of private property from its Roman origins to its contemporary meaning. By examining seven « contrasts », the authors seek to problematize the reflection on the commons by renewing our understanding of private property.

Introduction

La présence d'un chapitre explorant la genèse conceptuelle de la propriété privée dans un dossier consacré au renouveau de la pensée juridique du commun semblera de prime abord inattendue. Il est pourtant bien évident que la résurgence contemporaine de ce concept a maille à partir avec les accusations qui grèvent ce que l'on pourrait appeler l'« idéal » de la propriété privée. Dardot et Laval affirment par exemple que leur volonté de repenser le commun¹ relève d'une tentative de substituer un autre paradigme pour penser le rapport des hommes aux choses à la « nouvelle raison du monde » qui domine aujourd'hui – la raison néolibérale caractérisée par la forme de l'appropriation privative exclusive. À l'instar de ces deux auteurs, il s'agit pour de nombreux philosophes et militants de penser le commun comme alternative à la propriété privée et comme solution aux multiples maux imputables au contrôle « absolu » que le droit de propriété privée confère au propriétaire sur ces choses appropriées qui participent pourtant d'un monde commun. Ce n'est en effet qu'en se targuant de ce « pouvoir absolu »² (pour autant qu'il n'enfreigne aucune loi déjà existante) sur « sa » chose que le propriétaire peut en faire un usage jugé injuste ou allant à l'encontre de l'intérêt général et ainsi susciter le courroux et l'indignation des partisans du commun.

Mais le caractère « absolu » de la propriété est-il inhérent à son concept ? La représentation de la propriété comme un droit absolu de l'individu sur les choses participe-t-elle de son essence ? Un rapide coup d'œil sur la multiplicité des paradigmes ayant assuré l'organisation de l'*éternel rapport entre hommes et choses* (Grossi) dans l'histoire nous en montre immédiatement la contingence³, au même titre que l'histoire dogmatique de ce droit, pourtant qualifié de « naturel » par toute une tradition.

¹ P. DARDOT et Ch. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014. Voir aussi P. DARDOT et Ch. LAVAL, *La nouvelle raison du monde : Essai sur la société néolibérale*, Paris, Éditions La Découverte, 2010.

² Au vu de la polysémie du terme, on précisera immédiatement en quel sens nous entendons « absolu » dans ce chapitre. « Absolu » peut en effet être compris en son sens juridique soit comme « opposable à tous », soit comme « exclusif » (un droit de propriété « absolu » désignant un droit qui n'a qu'un seul titulaire). Nous entendons plutôt « absolu » en son sens courant de « qui n'admet aucune restriction, aucune exception ni concession » (Larousse). Ce sens est aussi celui, équivoque, que mobilise le célèbre article 544 du Code Civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Nous écrivons désormais « absolu » sans guillemets pour éviter d'alourdir le texte, sauf lorsque nous cherchons à mettre l'accent sur le caractère problématique du concept.

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

Il est bien connu que l'idéal d'une propriété absolue ne résiste pas à l'examen⁴, dont les limitations sont nombreuses et constitutives, au contraire, et l'ont finalement toujours été. Ainsi, le droit de propriété privée n'autorise pas le propriétaire à faire don de sa fortune à une organisation terroriste, à faire commerce de ses organes ou de ceux d'autrui, ou à détruire tel ouvrage classé au patrimoine. Et ceci n'est pas moins vrai en droit positif que dans l'histoire du droit : ni les romanistes médiévaux ni les modernes n'envisagèrent de concevoir la propriété comme le bastion de l'individu inexpugnable aux attentes de la société ou aux prescriptions de la loi. Même le texte fondateur des débats modernes sur la légitimité de la propriété privée⁵, le *Second Traité* de John Locke⁶, inscrit l'appropriation par le travail dans un cadre théologique qui la limite et la soumet à des nécessités supérieures. Le rédacteur du Code civil, Portalis, n'entendit pas davantage se soustraire au thème scolastique du « domaine naturel » de l'homme soumis aux lois du Créateur, quand il affirmait que la raison d'être de la propriété est de permettre à l'homme « d'achever le grand ouvrage de la création »⁷. Quant aux révolutionnaires et aux codificateurs, ils ne doutaient pas davantage que la propriété ne vit pas en autarcie ou que le propriétaire est un homme assujéti aux lois et subordonné au bien commun⁸.

Rien n'y fait pourtant, la propriété privée passe toujours pour être ce droit qui confère une pleine souveraineté au propriétaire sur sa chose, et dont toutes les limitations sont immédiatement assimilées à des prescriptions illégitimes. Restreindre ou encadrer le pouvoir absolu du propriétaire, taxer sa propriété pour financer les fonctions d'un État jugé inefficace, ou pire, redistribuer les propriétés au nom de la justice sociale, voilà autant d'abus pour les penseurs libertariens de droite, dont les thèses sont encore prégnantes en Europe, mais aussi et surtout outre-Atlantique.

C'est ainsi que les débats contemporains sur la propriété et le commun nous situent, philosophes, historiens, politologues, juristes, dans une situation ambivalente. D'un côté, la propriété privée a acquis le statut

⁴ Récemment, B. WINIGER, M. MAHLMANN, S. CLÉMENT *et al.* (dir.), *La propriété et ses limites. Congrès de l'Association suisse de philosophie du droit et de philosophie sociale*, 26 septembre 2015, Université de Genève, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017.

⁵ K. I. VAUGHN, « John Locke's theory of property: Problems of interpretation », *Literature of Liberty*, vol. 3, 1980, n° 1, p. 5-37.

⁶ J. LOCKE, *Le Second traité du gouvernement*, trad. J.-F. Spitz, Paris, Presses universitaires de France, 1994.

⁷ Cité par M.-Fr. RENOUX-ZAGAMÉ, « Définir le droit naturel de propriété ? », *Histoire de la justice*, vol. 19, 2009, p. 324.

⁸ J.-L. HALPÉRIN, « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 », *Droits*, vol. 22, 1995, p. 67-78 ; J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ.*, n° 4, 2014, p. 763-793.

d'une évidence naturelle. Entérinée par plus de deux siècles de libéralisme économique, elle passe pour être le plus sacré des droits et le vrai fondement de la société civile, selon le mot de Rousseau. Son triomphe semble à la mesure du pouvoir qu'elle confère au propriétaire : absolu. De l'autre, au terme de cette période d'hégémonie, ce triomphe autant si ce n'est plus philosophique que juridique voit déjà son étoile pâlir dans la doctrine civile des droits de tradition romano-canonique⁹, où le modèle d'un droit « soumis, d'une manière absolue, au bon plaisir d'une personne »¹⁰ a vécu : occasion inattendue et chance à saisir, suggère Mickaïl Xifaras, pour rebattre les cartes et se donner les moyens de concevoir une théorie dogmatique renouvelée de la propriété¹¹.

Cette ambivalence invite à l'approfondissement. Si la représentation de la propriété comme maîtrise absolue sur la chose relève plus du mythe que de la technique juridique, et s'il appert que cette dimension absolue de la propriété est à la fois une construction récente et un enjeu politique majeur, ne s'agit-il pas d'enquêter pour en comprendre la genèse ? D'où vient donc cette idée de maîtrise absolue, comment s'impose-t-elle, et comment devint-elle définitoire de la propriété privée ? Pour mieux saisir les enjeux dogmatiques et philosophiques de cet absolu devenu la pierre d'achoppement d'une conciliation (im)possible entre l'individu et le commun (plutôt que la communauté, substrat désormais désert, quand il était l'horizon indépassable des anciens), un double retour s'avère aussi fécond que nécessaire : au droit romain, d'où tout est parti, et à John Locke, d'où, dans la perspective du législateur révolutionnaire et du Code civil, tout est reparti.

Aussi éloignés soient ces deux univers, du moins un premier point commun retient l'attention à leur égard : l'un comme l'autre demandent à être rendus à leur contexte, arrachés aux interprétations fossilisées toujours plus enclines à puiser à la source une manifestation d'elles-mêmes qu'à y découvrir le site d'une technique et d'une réflexion originales, dont les présupposés continuent pourtant de nous déterminer silencieusement.

Pour tenter d'éclairer la manière dont l'absolu caractéristique de la propriété privée dans sa forme moderne a été construit et s'est imposé

⁹ A.-M. PATAULT, « v° Droit de propriété », in *Dictionnaire de la culture juridique*, St. Rials et D. Alland (dir.), Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1253.

¹⁰ AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français de M.C.S. Zachariae*, Edition revue et augmentée avec l'agrément de l'auteur, 2^e éd., Strasbourg, 1843, T. I, § 193, p. 391. Figure du propriétaire-souverain qui disparaît, ainsi que le note P. CHAZAL (*op. cit.* n.8, n. 38), de la troisième édition (1863).

¹¹ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 9.

comme une évidence, notre article procèdera en trois temps. Le premier est consacré aux anciens et à l'altérité trop souvent méconnue qu'ils nous opposent, l'histoire des institutions de la cité antique étant tissée d'anachronismes d'autant plus opiniâtres qu'ils sont fixés au cœur de la tradition qui s'est revendiquée d'elles pour se construire elle-même (pour les juristes, à partir de la redécouverte du Digeste à la fin du XI^e siècle) et nous en transmettre le legs, ce dont la propriété offre une illustration exemplaire. À l'absolu dont la tension qualifie notre *idéal* de la propriété privée, opposeraient-ils l'absolu d'un désir *idéal* dont celle-ci n'aurait même pas eu à se cacher ? C'est ce que nous chercherons d'abord à comprendre en considérant minutieusement les méthodes qui présidèrent à l'organisation romaine du propre, depuis les anciens pontifes en droit archaïque jusqu'aux jurisconsultes du droit classique. La seconde étape consistera à rappeler l'argument imaginé par John Locke – et retenu par la postérité – pour légitimer l'appropriation privée. Un examen attentif du contexte social ainsi que des enjeux politiques permettra de préciser l'émergence de la conception de la propriété privée comme droit absolu qui allait marquer les débats modernes. Notre essai tentera dans un troisième et dernier temps de tester l'horizon d'incommensurabilité entre les anciens et les modernes eux-mêmes, à partir de quelques « contrastes finaux » dont la vocation exploratoire, heuristique, a pour but de tenter de prendre plus de recul encore sur une histoire complexe, comme il sied à une entreprise aussi hardie que la nôtre. Ces contrastes seront également l'occasion pour nous de réfléchir sur ce qui caractérise la forme moderne de la propriété privée, en particulier dans son rapport au commun, afin de nourrir la réflexion autour de sa légitimité et des altérations qu'il s'agirait de lui apporter sur fond des évolutions contemporaines.

Quelle est donc cette technique de l'appropriation exclusive qui, de Rome à nous, pourrait dire Verlaine, n'est *ni tout à fait la même ni tout à fait une autre* ? Quel est enfin cet absolu qui nimbe l'idéal de la propriété privée et comment se construit-il ? Autant de questions que ne peuvent éclairer qu'un retour aux textes et au contexte qui présidèrent à l'invention romaine et à la réinvention moderne de la propriété privée, soit, à l'image de la liberté dans un texte célèbre de Benjamin Constant, à la propriété des anciens comparée à celle des modernes.

1. L'invention romaine de la propriété

Aux pôles de la *propriété des anciens et des modernes* où se situe ce chapitre, notre enquête commence donc à Rome.

Philosophes ou juristes, nous partageons une préconception de la propriété qui nous semble aller de soi, mais qui n'est pas romaine.

L'interférence est d'autant plus inattendue, sinon redoutable, compte tenu des considérants mimétiques (interpersonnels) du propre chez les anciens, que le dispositif juridique, le mécanisme romain de la propriété, basé sur l'exclusivité, lui, est resté une constante à travers les âges, ainsi que le montre la permanence de l'action en revendication, toutes époques et tous régimes de procédure confondus, le cœur indéfectible du propre en sa forme romaine et pérenne à la fois.

Ce sont moins la technique que les représentations de la propriété qui ont changé, sinon la possibilité de s'en faire une représentation. N'est-il pas significatif à cet égard que pas plus Cicéron que les juristes romains ne semblent avoir interrogé la propriété privée sous l'angle, non de son origine, mais de sa légitimité ?¹²... La propriété romaine : une évidence dont il n'était encore que d'identifier les causes dans l'ordre civil¹³, que ne partagèrent plus les Pères de l'Église...

Pour retrouver le sens du dispositif de l'exclusion que constitue le propre, il convient de revenir au langage et aux techniques des juristes, aux méthodes des anciens pontifes. Il est ainsi bien connu, même si ce « détail » conserve à ce jour tout son mystère, que la propriété (*dominium, proprietas*) n'a pas été qualifiée comme un *ius*, un « droit », par les Romains. Aussi sommes-nous invités à leur contact à orienter la réflexion sur la manière dont la question du caractère absolu de la propriété est posée par les modernes, plus que sur le fondement philosophique et politique, et donc sur les limites, qui le constituent.

Par l'altérité du modèle du propre qu'elles attestent, les sources romaines nous procurent un recul fort appréciable, aujourd'hui que les modèles idéaux de la propriété sont en proie aux tribulations que traversent les sociétés contemporaines. Pour en saisir la mesure, il convient de revenir aux archaïsmes du droit, à la période ancienne de l'histoire du droit romain, soit bien en amont des transformations que connaît la propriété au Bas-Empire, où le modèle classique voit ses arêtes s'estomper dans le contexte d'évolutions économiques et sociales qui annoncent déjà le moyen âge¹⁴.

¹² Pour CICÉRON, la propriété privée n'existe pas par nature (*sunt autem privata nulla natura*) ; ce que chacun a fait sien (*suum*) des choses communes par nature lui appartient, de sorte que le convoiter pour soi (*si quis sibi appetet*) est une violation du droit de la société humaine (*violabit ius humanae societatis*) (*Off.* 1.21).

¹³ Parmi lesquelles Cicéron cite l'occupation ancienne de terres vierges, la victoire à la guerre, la loi, le contrat et le tirage au sort (*aut vetere occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt, aut lege, pactione, condicione, sorte*). Voir P. GARNSEY, *Penser la propriété*, trad. A. Hasnaoui, Paris, Les Belles Lettres, 2013, p. 138 et s. Voir aussi *infra*, Section 3.

¹⁴ A. LAQUERRIÈRE-LACROIX, *L'évolution du concept romain de propriété à l'époque post-classique*, Thèse droit dactyl., Paris, 2004.

C'est alors que se mettent en place, en effet, les types qui informeront la dogmatique du propre, les structures procédurales dont dépendra le dégagement du dispositif qu'il constitue à l'apogée de la jurisprudence classique.

La porte d'entrée royale que les Romains ont réservée à la propriété dans les institutions du droit privé est une humble formule : la *vindicatio*¹⁵, formule non moins fondamentale qui inscrit le propre dans une affirmation solennelle d'appartenance exclusive dont le libellé nous intéressera sous les deux régimes de procédure des actions de la loi, les *legis actiones*, en droit archaïque (VI^e-III^e s. av. J.-C.), et de la procédure formulaire, basée sur l'édit du préteur, en droit classique (qui dure approximativement du milieu du III^e s. av. J.-C. jusqu'au milieu du III^e s. ap. J.-C.)¹⁶.

Nous verrons aussi comment le substrat formulaire du propre fut adapté dans la jurisprudence classique, qui se dégage par ses méthodes systématiques du cadre pragmatique du procès, passant de l'ordre de l'énonciation à celui de l'énoncé doctrinal sous la forme d'une opposition dogmatique entre le *corpus*, « le corps », et les *iura*, « les droits », au fondement du système romain des droits patrimoniaux (les *res*).

La *vindicatio* est incontournable car elle compose l'archétype du propre en droit romain, sa plus ancienne expression, bien antérieure à la date d'apparition, à la fin du I^{er} siècle av. J.-C., d'une terminologie spécialisée (*dominium, proprietas*) pour désigner abstraitement la propriété. Le concept du propre (son exclusivité) était efficace et opératoire, en somme, alors même qu'aucun terme n'existait encore pour le dénommer, ce sur quoi on ne méditera sans doute jamais assez¹⁷. Plus fort encore, il l'est resté alors qu'évoluaient au cours des âges les conceptions philosophiques et juridiques de la propriété, résistant même à la *civilisation possessorie* (Grossi) médiévale, avant que son modèle ne revienne, non sans transformations profondes sur lesquelles ces lignes ont pour but d'attirer l'attention, au faîte du droit positif en droit moderne.

¹⁵ D'où la dénomination de l'action qui la sanctionne, d'après l'expression latine *rei vindicatio*, « la *vindicatio* de la chose ».

¹⁶ Progressivement supplantée par le troisième régime de procédure dans l'histoire de Rome et de son empire, la *cognitio extra ordinem*, qui s'impose au Bas-Empire, où la juridiction est assurée par les juges fonctionnaires de l'administration impériale en dehors de l'ordre du procès classique. M. KASER et K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, C. H. Beck, 1996.

¹⁷ Même si Peter GARNSEY croit ne pas devoir s'en étonner : P. GARNSEY, « Property and its limits : historical analysis », in *La propriété et ses limites*, op. cit. n.4, p. 17 ; *Penser la propriété*, op. cit. n.13, p. 209 et s.

Le modèle classique ou romain de la propriété que nous pensons être le nôtre, en réalité, ne l'est pas. Ou s'il l'est, et de fait, ce n'est pas pour les raisons que l'on croit. Comme nous allons essayer de le montrer, il l'est par la structure de la relation dont il configure l'archétype (sous l'angle de l'exclusivité) et non par sa nature de droit absolu sur les choses (sous l'angle de l'absoluité).

Mais, pour commencer, une mise au point s'impose quant à la terminologie dont nous ferons usage dans ces lignes.

A. La terminologie du propre

L'ancien droit civil est un droit ritualiste, formaliste et procédural, où tous les effets de droit, y compris dans le domaine des actes juridiques, sont soumis au respect de conditions de formes de validité substantielles sous le rapport au temps (*ratione temporis*, jours fastes), au lieu (*ratione loci*, au forum, notamment), aux personnes (*ratione personae*, citoyens romains), et aux formules suivant le canevas desquelles les prétentions juridiques des acteurs du droit doivent être énoncées (*ratione formae*). Ce sont ces dernières qui nous intéressent, au principe de l'organisation du propre chez les anciens.

Le « propre » ? Pourquoi ce terme et non celui de « propriété » ? Afin de prendre d'emblée ses distances à l'égard du dispositif réinventé de la propriété moderne qui, dès la redécouverte du Digeste à la fin du XI^e s., s'est construit sur la base d'un lexique qui n'est apparu que tardivement dans l'histoire romaine de l'institution. Peu importe que l'on privilégie *dominium* ou *proprietas*, termes du reste, sauf par l'étymologie, largement synonymes¹⁸, la propriété romaine n'est pas affaire de lexique mais de structures juridiquement qualifiées.

Si donc les juristes modernes, romanistes, historiens du droit et civilistes, s'attachent à distinguer tout de même entre les deux termes une nuance sémantique réputée refléter une dualité de la notion déjà à l'œuvre chez les anciens (au terme *proprietas* étant rattaché le sens objectif de « la qualité de la chose d'être propre à quelqu'un » et, à *dominium*, le sens subjectif de « maîtrise juridique, ou synthèse des prérogatives sur la chose »)¹⁹, nous éviterons pour notre part les présupposés que ces choix

¹⁸ *Dominium, id est proprietas*, écrit le jurisconsulte Neratius (D. 41.1.13). L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, I, Milano, Milano Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, p. 503.

¹⁹ A. LAQUERRIÈRE-LACROIX, *op. cit.* n.14, p. 21 et s ; R. FAIVRE-FAUCOMPRÉ, « Aux origines du concept moderne de propriété : *dominium* et *proprietas* dans le droit romano-canonique (XII^e - XV^e siècle) », in *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat. Actes du colloque tenu à l'université Panthéon-Assas (Paris II) les 6 et 7 juin 2013*, N. Laurent-Bonne, N. Pose et V.

lexicaux impliquent, préférant en règle désigner la propriété romaine telle que la saisit dans les sources classiques le mot *corpus*, par le « propre »²⁰.

Dérivé de *dominus*²¹, « le maître », qui dérive lui-même de *domus*, la « maison », le terme *dominium* ne pénètre le lexique du droit qu'à la fin du dernier siècle de la République. Plus anciennement, au II^e s. av. J.-C., il désignait les « banquets » (*dominia*) que s'échangeaient les familles de l'élite patricienne à l'occasion de fêtes religieuses²², avec la signification, conforme à l'étymologie, de « manifestation de la qualité de maître de maison »²³. Il s'agit donc, dans cet emploi, de situer la puissance que confèrent les choses appropriées au *pater familias* dans la sphère sociale du don et du contre don²⁴, la valeur strictement juridique du terme ne se précisant pas avant le siècle suivant dans le lexique spécialisé, où il qualifie techniquement le pouvoir sur la chose comme faculté d'en disposer juridiquement, sous l'angle de l'aliénabilité²⁵.

L'acception subjective, voire potestative, dont s'enrichit le terme dans l'ancien droit français²⁶, ne doit pas rétroagir sur les conceptions romaines ni sur le substrat lexical et sémantique de la puissance qui est le sien chez les anciens, tel que, ainsi que l'écrit le jurisconsulte Paul (D. 50.16.215), le *dominium* est aux choses ce que la *patria potestas* est aux êtres libres en puissance (*alieni iuris*) et ce que l'*imperium* est encore, dans le chef du magistrat, aux citoyens : « Le mot *potestas* a plusieurs significations : dans le chef des magistrats, c'est l'*imperium* ; sur les enfants, la *patria potestas* ;

Simon (éd.), Paris, Mare et Martin, 2014, p. 103-117 ; L. PFISTER, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *RGD*, 2008, vol. 38, p. 303-338 ; Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, 3^e éd., p. 259.

²⁰ Quant au terme *mancipium*, il appartient au latin pontifical archaïque et désigne à la fois une forme de puissance familiale que le *pater familias* exerce sur les choses (*res Mancipi*), dont les esclaves, et sur les êtres libres placés *in Mancipio*, qui sont tenus *loco servorum*, comme s'ils étaient esclaves, d'une part, l'acte juridique (que la langue classique rendra par le nom abstrait « mancipation ») par lequel il en dispose, d'autre part.

²¹ Le terme apparaît à la fin de la République et désigne le *pater familias* en sa qualité de propriétaire de tout ce qui se trouve dans la maison et que les XII Tables appellent *familia*.

²² Les jeux Mégalésiens en l'honneur de la Grande Mère, la déesse Cybèle. Aulu-Gelle 2, 24, 2.

²³ J.-H. MICHEL, *Éléments de droit romain à l'usage des juristes, des latinistes et des historiens*, I, Bruxelles, Centre de Droit Comparé et d'Histoire du Droit de l'ULB, 1998, p. 165.

²⁴ Où les circuits de relations d'échange mutuel opèrent la redistribution de la richesse « privée » d'une manière que les sociétés individualistes modernes par définition ne conçoivent plus.

²⁵ Les emplois du terme qualifient en règle des actes de transfert : Labéon, D. 18, 1, 80, 3 ; Javolenus, D. 44, 7, 55 ; Neratius, D. 24, 1, 44 ; Gaius, D. 41, 1, 1^{pr} ; D. 41, 1, 10, 2 ; Neratius, D. 41, 1, 13^{pr} (*dominium*) - 1 (*proprietas*) ; etc.

²⁶ L. PFISTER, *op. cit.* n. 19.

sur les esclaves, le *dominium* »²⁷. Or la puissance relève d'une conception sociale de la personne, dont on est investi en fonction de ses appartenances communautaires (familiales notamment), n'étant donc aucunement ni le type ni le prodrome de l'idée de droit subjectif ou de la notion d'un droit naturel de l'homme sur les choses.

Quant aux termes de *proprietas* et de *propriarius*, généralement plus tardifs (le premier apparaît plus d'une fois chez Gaius, mais pas le second), ils ne se sont jamais généralisés, même à l'époque de Justinien²⁸.

B. La vindicatio : une affirmation d'appartenance

Ces éléments de terminologie étant précisés, attaquons le vif du sujet : les mécanismes procéduraux qui susciteront la figure du propre sur la scène de la collectivité souveraine. Non moins que les autres concepts du droit privé, en effet, les structures du propre coïncident dans l'ancien droit romain, à partir de la loi des XII Tables (451-450 av. J.-C.), avec le procès, soit avec les formules de l'action introductive d'instance que doivent prononcer les plaideurs au cours de la phase *in iure* de celui-ci²⁹, suivant en l'occurrence la séquence de la *legis actio sacramento in rem*, « l'action de la loi par enjeu sacré *in rem* », qui est, avec sa version *in personam*³⁰, la forme de l'action générale sous le régime archaïque des actions de la loi³¹.

La *legis actio sacramento in rem* stylise la mise en forme juridique d'une relation telle qu'elle se configure à partir d'une chose litigieuse (que signifie proprement le mot *lis*, « objet du litige, litige »), cette relation d'exclusivité qui sera le fil conducteur de notre développement. Malgré l'intérêt que représenterait l'étude de la séquence complète, où s'enchaînent trois échanges de deux actes de langage chacun, nous nous en tiendrons à

²⁷ De même, SÉNÈQUE (*Ben.* 7.5.1) : « Je dis que tout appartient au sage, en sorte que néanmoins chacun ait un *dominium* propre (*proprium*) sur les choses qui sont à lui (*in rebus suis*), de même que, sous un roi excellent, le roi possède tout par l'*imperium* et, les particuliers, par le *dominium* ».

²⁸ J.-H. MICHEL, *op. cit.* n.23.

²⁹ Le procès romain classique (par contraste avec le procès postclassique basé sur la *cognitio extra ordinem*) se déroule en deux phases, une première, devant le magistrat (le préteur urbain, notamment), consacrée à l'action introductive d'instance, où la formule (son énonciation littérale sous les actions de la loi ou sa conception même sous la procédure formulaire) tient le rôle central (*in iure*), et une seconde phase, devant le juge (*apud iudicem*), juge privé choisi ou tiré au sort sur la liste des sénateurs ou des chevaliers et nommé par le préteur pour cette seule affaire, qui examine les preuves et prononce la sentence.

³⁰ Pour l'affirmation d'une créance, d'une prestation, contre autrui (*in personam*).

³¹ L'action générale étant disponible à défaut d'un autre recours prévu par la loi ou la coutume (GAIUS 4.13).

l'essentiel pour notre propos, à savoir au premier d'entre eux : la *vindicatio* et sa contradiction, la *contravindicatio*³².

La chose litigieuse (un esclave, par exemple) campée au milieu des plaideurs (aucun n'en ayant encore la possession), chacun *agit et dit* (*agere*, d'où *legis actio*) en énonçant solennellement que la chose est à lui « selon le droit des Quirites » (*ex iure Quiritium*)³³ et, joignant le geste à la parole, impose une baguette, symbole de la lance de guerre, à la chose en signe de défi à l'égard de l'adversaire. Voici classiquement l'affirmation du *sien* qui, en elle-même, n'a rien d'original dans les sociétés de l'Antiquité³⁴, le droit romain s'en étant seulement saisi sur la base d'une technique de l'action et de la parole, ou parole performative, qui lui est, quant à elle, spécifique (*infra*).

L'affirmation d'appartenance au principe de l'action en revendication est le socle de la construction non seulement formulaire mais aussi dogmatique du propre en droit romain jusqu'aux modifications du droit de la procédure et aux transformations économiques et sociales du Bas-Empire.

Sous le régime des actions de la loi, le plus ancien et le plus formaliste des trois, les formules sont fixes et stéréotypées : plus archaïques, elles sont composées de verbes de parole conjugués aux deux premières personnes (JE DIS, JE DEMANDE, JE DIS 'NON', JE TE PROVOQUE, etc.), sur le mode exclusivement *mimétique*, ou *dramatique*, de l'énonciation, au sens où l'entend Aristote de l'action tragique, comme un texte entièrement basé sur la distribution du *je* et du *tu* entre les protagonistes³⁵.

Sous la procédure formulaire, au contraire, à chaque rapport juridique correspond une formule-type dans l'édit du préteur, un modèle dans lequel les parties sont désignées par des noms de code³⁶ qui doit être actualisé

³² Voir A. RUELLE, « Le regard de la romaniste. La *forme* normative ou la guerre comme *raison* du droit », in *Les sources du droit revisitées*, tome IV. Théorie des sources du droit, I. Hachez *et al.* (dir.), Limal, Anthemis-FUSL, 2012, p. 755-808.

³³ La propriété est la seule institution du droit civil, avec la *patria potestas*, à être ainsi déterminée. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. La proprietà, Parte I, Milano, Giuffrè, 1966, p. 232.

³⁴ C.-W. WESTRUP, « Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative », *RHD*, 1933, 12, p. 223-240.

³⁵ Sur la parole en action dans le contexte du ritualisme et de l'oralité propres au droit romain archaïque, qui requiert une exégèse particulière que l'on ne peut qu'évoquer dans les limites de cette contribution, on se permet de renvoyer à A. RUELLE, « La parole antique *en procès*. Droit romain, théâtre grec, langue latine », in *Le droit malgré tout*. Hommage à François Ost, Cartuyvels Y. *et al.* (éd.), Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 501-534.

³⁶ Aulus AGERIUS pour le demandeur, à savoir *is qui agit*, « celui qui agit », et Numerius NEGIDIUS pour le défendeur, *is qui negat*, celui qui dit « non ».

dans le cas d'espèce par le préteur en collaboration avec les parties assistées de leurs conseils³⁷.

Le régime de la procédure formulaire marque donc le pas de l'institutionnalisation du procès et la part croissante du magistrat dans l'organisation de l'instance : c'est désormais le préteur que la formule fait parler sous la forme d'une question adressée au juge, qui fixe la règle de droit applicable à l'espèce, et dans laquelle les prétentions des parties (désignées elles-mêmes à la troisième personne, leur nom propre étant substitué aux noms de code du modèle) sont rapportées au discours indirect.

Voyons d'abord, d'après Gaius, l'échange de la *vindicatio* et, dans le chef de l'adversaire, second revendiquant, de la *contravindicatio*, dans la *legis actio sacramento in rem* :

« Si le procès portait sur une chose³⁸, les meubles et les êtres animés, du moins ceux qu'on pouvait apporter ou amener au tribunal, étaient revendiqués (*in iure vindicabantur*) devant le tribunal de la manière suivante. Celui qui revendiquait tenait la baguette (*festuca*) et disait :

“CET ESCLAVE-CI, MOI JE DIS QU'EN VERTU DU DROIT DES QUIRITES IL EST À MOI, CONFORMÉMENT À SON STATUT, COMME J'AI DIT, VOICI QUE CONTRE TOI J'AI IMPOSÉ LA VINDICTE³⁹.” Et, en même temps, il imposait la baguette sur l'esclave. Son adversaire disait et faisait de même (*Aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat*). Alors que chacun avait revendiqué, le préteur disait : “LÂCHEZ L'UN ET L'AUTRE L'ESCLAVE.” Ils [le] lâchaient » (GAIUS 4, 16).

Revendiquer sous le régime des actions de la loi (*in iure vindicare*), c'est donc énoncer à la première personne (EGO... AIO) la formule de l'appartenance (ou de l'appropriation) qu'est la *vindicatio*, en position de premier ou de second revendiquant (ce qui a son importance pour la suite de la séquence), en défiant l'adversaire (*tibi*)⁴⁰ selon le rite (*iure*) par le geste qui consiste à imposer sur la chose litigieuse une baguette (*festuca*).

³⁷ Le défendeur peut par exemple solliciter l'insertion d'une exception de dol qui lui permettra de prouver, au cours de la seconde phase du procès, que la prétention du demandeur, bien que conforme au *ius*, aboutit à une solution injuste, contraire à l'équité.

³⁸ Dont aucun des plaideurs n'a à ce stade la possession, le préteur l'accordant par la suite à l'un d'eux moyennant caution de la restituer à l'autre en cas de défaite.

³⁹ « HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM SICVT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM INPOSVI ».

⁴⁰ Le pronom personnel *tibi*, « contre toi », étant un datif adversatif à l'adresse du rival qu'est l'autre revendiquant. H. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain. Essai de solutions sociologiques*, Paris, Les éditions Domat-Montchrestien, 1934, p. 174.

La *festuca* symbolise la lance de guerre (*hasta*), elle-même symbole d'acquisition : le signe entre tous, commente Gaius, d'une juste propriété (*signo quodam iusti domini*), puisque « sont réputées être par excellence *siennes* (*maxime sua esse*) d'une juste propriété (*iusto dominio*) les choses prises aux ennemis (*ex hostibus cepissent*) »⁴¹.

Une fois l'esclave lâché par les plaideurs sur l'ordre du préteur, plaideurs que ce premier échange a laissés les mains entrecroisées sur la chose⁴², à l'instant d'en découdre par la violence physique (*vis bellica ac cruenta*)⁴³, le dialogue se poursuit sur l'axe civil et symbolique de l'action et de la parole (*vis civilis ac fectucaria*)⁴⁴ par deux échanges d'actes de langage, une question et une réponse, tentative d'un dialogue qui échoue et conduit le premier revendiquant à la contre-attaque de la *provocatio* au défi du *sacramentum*, aussitôt répliquée par le second⁴⁵.

Dans le procès formulaire, la formule pétitoire (*formula petitoria*), par laquelle, précise Gaius (4, 92), le demandeur prétend que la chose est à lui (*petitoria autem formula haec est, qua actor intendit rem suam esse*), voit son *intentio* ainsi libellée⁴⁶ : *si paret rem, qua de agitur, Auli Agerii esse ex iure Quiritium*, « s'il appert que la chose dont s'agit (*rem qua de agitur*) est à Aulus Agerius [= le demandeur] ».

Le principe du propre est donc exactement le même : une affirmation d'appartenance, dont l'action n'est plus rapportée au style direct (*vindicatio* et *contravindicatio*), du point de vue du sujet énonciateur (*actor*), mais au style indirect, du point de vue de l'énoncé⁴⁷.

On notera encore que, dans sa forme archaïque propre à la *legis actio*, la formule de la *vindicatio* a servi à configurer les actes juridiques du *ius civile* : la mancipation (GAIUS 1, 119-122), acte soumis au formalisme *per*

⁴¹ *Infra*, Section 3.

⁴² D'où l'expression formulaire *ex iure manu(m) consertum*. Aulu-Gelle 20, 10, 7-10.

⁴³ A. MAGDELAIN, « Quirinus et le droit », in *Ius Imperium Auctoritas*. Études de droit romain, Rome, 1990, p. 259.

⁴⁴ Sur ces deux formes de *vis* : *Infra*, Section 3.

⁴⁵ Le *sacramentum* a pu être anciennement, comme l'indique l'étymologie, un serment d'auto-exécration par lequel chaque plaideur se dévouait à l'avance aux dieux infernaux pour le cas où il perdrait le procès. Il est complètement laïcisé, sous la forme d'une simple mise en argent, dans la loi des XII Tables, au principe du procès général par le pari (*cum periculo, cum sponsione*), qui forme la pierre de soutènement du procès classique jusqu'à la rédaction définitive de l'édit par Julien (mil. II^e s. ap. J.-C.).

⁴⁶ L'*intentio* étant, sous ce régime, la partie de la formule qui énonce la prétention du demandeur, sa thèse (d'où en français « intenter »), exprimée dans ce cas sous la forme hypothétique (*si paret*) d'une question adressée par le préteur au juge chargé sur cette base d'examiner les preuves que produira le demandeur.

⁴⁷ Et de sorte également que le défendeur est désormais le possesseur, lequel, n'affirmant plus son appartenance, ne doit plus non plus la prouver, comme autrefois.

aes et libram, « par le bronze et la balance », d'acquisition en particulier de la propriété des *res Mancipi* (choses relevant du *Mancipium*), mais aussi l'*in iure cessio*, acte de juridiction gracieuse calqué sur le modèle de la revendication contentieuse (GAIUS 2, 24-25).

Quelles traces a laissées cette configuration procédurale originale sur l'élaboration dogmatique de la propriété dans la jurisprudence classique ?

C. Le corps et les droits

À l'ouverture du livre IV des Institutes consacré à la procédure civile (*actiones*), Gaius propose un critère de classification unique pour toutes les actions dont l'édit du préteur dresse le catalogue, selon qu'elles sont données *in rem*, « quant à la chose », ou *in personam*, « quant à la personne », suivant une distinction qui remonte à la loi des XII Tables et constitue l'archétype de l'opposition moderne entre les droits réels et les droits de créance.

L'action *in rem* porte le même nom de *vindicatio*, qu'elle ait pour objet la propriété de la chose (*rei vindicatio*) ou un droit sur les choses, comme un usufruit ou une servitude (*vindicatio ususfructus, servitutis*), le libellé des prétentions n'étant toutefois pas rigoureusement identique dans les deux hypothèses, ainsi que l'indique l'*intentio* de la formule, qui varie selon que le demandeur vise à la propriété exclusive d'une chose litigieuse, ou qu'il se dit titulaire d'un *droit (ius)* sur une chose non litigieuse, dont la propriété n'est pas contestée :

GAIUS 4,3 « L'action est *in rem* quand nous prétendons ou bien qu'une chose corporelle est à nous (*corporalem rem... nostram esse*) ou bien qu'un certain droit (*ius aliquod*) nous appartient, comme l'usage, l'usufruit, un droit de passage, d'aqueduc, le droit d'exhausser une construction, un droit de vue (...) »⁴⁸.

La formule de l'action *in rem* spécifie donc son libellé selon que l'objet de l'affirmation d'appartenance exclusive dans le chef du demandeur⁴⁹ est la chose elle-même, que les parties se disputent, ou un droit (*ius*) d'exercer sur une chose dont l'appartenance exclusive n'est pas mise en cause (appartenant donc à autrui) une prérogative déterminée⁵⁰. De toute évidence, le mot *ius* n'est utilisé que dans ce dernier cas.

⁴⁸ « *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendive (...)* ».

⁴⁹ « *Si paret rem, qua de agitur, Auli Agerii esse ex iure Quiritium* », « s'il appert (*si paret*) que la chose est à Aulus Agerius [= le demandeur] ».

⁵⁰ « *Si paret Aulo Agerio ius esse* », « s'il appert qu'un droit est à Aulus Agerius ».

Telle est l'exacte différence dont la langue du droit classique transpose le principe en distinguant systématiquement la chose appropriée comme « corps », *corpus* (ou *locus*, « le lieu », *ager* « le champ », etc.) et les droits, *iura*, auxquels il peut être prétendu sur celle-ci par ailleurs :

Hermogénien, D. 50.16.222 « Sous le nom *pecunia*, on comprend non seulement l'argent mais toutes les choses, tant les immeubles que les meubles, et tant les corps que les droits (*et tam corpora quam iura*) ; Ulpien, D. 39.2.13.1 « Soit le maître du corps (*corporis dominus*) soit le titulaire d'un droit (*qui ius habet*), par exemple une servitude (...) » ; Ulpien, D. 8.5.4^{pr} « Le lieu comme corps n'appartient pas au propriétaire du fonds dominant, mais il a un droit de passage » (*Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed ius eundi habet*)⁵¹.

Cette opposition dogmatique déplace dans l'ordre de l'énoncé et du concept l'effet de structure que les formules de la *vindicatio* réalisent dans l'ordre pragmatique de l'action, signifiant ici et là, mais selon d'autres modalités discursives, la figure juridique d'une relation d'exclusivité.

De la catégorie des *iura* relèvent donc toutes les prétentions au droit visant une chose, à l'exception de celle qui consiste à en affirmer la propriété exclusive. Celles-ci peuvent concerner une prérogative destinée à s'exercer sur la chose directement (comme un usufruit⁵², selon le principe de nos *iura in re aliena*, les droits réels sur la chose d'autrui)⁵³, ou indirectement, sur la base d'un droit de créance dont l'objet est une prestation qui la concerne (*dare facere oportere*, selon les mots de la formule de la stipulation et de l'action *in personam* correspondante : livraison ou simple restitution).

D'où la synthèse par laquelle Gaius, dans le contexte des actions noxales⁵⁴, rassemble sous la catégorie des *iura* toute prétention relative à

⁵¹ Ulpien, D. 5.3.18.2 *sive iura sive corpora* ; Ulpien, D. 43.26.2.3 ; *Sent. Pauli* 3.6.11 « On peut léguer *sinendi modo* les choses corporelles autant que celles qui consistent en un droit » ; Paul, D. 18.6.8.2 (« *ius utendi fruendi, quod solum tuum sit versus in ipsum corpus, quod tuum sit* ») ; Ulpien, D. 39.3.8 ; cf. Paul, D. 8.3.30 (*dominium loci versus iter*) ; Ulpien, D. 30.71.6 (« *proprietas rei versus ius in vectigalibus fundis* ») ; Ulpien, D. 47.8.2.22 [= *Inst. Iust.* 4.2.2].

⁵² Qualifié par CELSE de *ius in corpore*, un « droit sur le *corpus* [*i.e.*, la chose appropriée] » : D. 7.1.2 *Est enim usus fructus ius in corpore* [...]. Eg. D. 18.6.8.2 (cité).

⁵³ Expression qui apparaît avec le juriste Hugues DONEAU au XVI^e s. : R. FEENSTRA, « *Dominium and ius in re aliena* : The Origins of a Civil Law Distinction », in *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, P. Birks (éd.), Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 115.

⁵⁴ Les actions noxales (de *nox*, « dommage, faute ») sont données contre le maître à la victime d'un délit commis par un esclave (GAIUS 4, 75-79), qui laissent au maître le choix d'abandonner la propriété de l'esclave en guise de réparation (GAIUS 1, 140 *pro pecunia*).

une chose qui ne consiste pas à en affirmer le propre : ainsi, en cas d'absence, ceux qui y ont intérêt peuvent obtenir à leur retour un jugement équitable, que ce soit comme propriétaires (*sive domini*) ou comme titulaires d'un droit en qualité de créancier (gagiste)⁵⁵ ou d'usufruitier (*sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius*)⁵⁶.

Une telle qualification est si nécessaire qu'elle tient le propre à part, non seulement des « droits » sur la chose, mais aussi de la possession, que les juristes n'assimilent pas au *corpus*, mais à l'usage (*usus*) ou au simple fait d'*avoir*⁵⁷ la chose et d'en jouir. Ainsi, chez Javolenus (D. 50.16.115), à propos d'un champ (comme figure du *corpus*) : « La possession diffère juridiquement du champ par le titre de propriété (*iuris proprietate*) : tout ce que nous touchons et dont nous n'avons pas la propriété ou dont il ne peut y avoir propriété, nous l'appelons possession. La possession est l'usage (*usus*), le champ, la propriété du lieu (*possessio ergo usus, ager proprietatis loci est*) »⁵⁸.

L'expression *in bonis habere* (GAIUS 2, 40), « avoir dans ses biens », qui désigne la « propriété prétorienne », le montre encore : organisée juridiquement par le préteur face à la propriété quiritaire du droit civil, celle-ci n'en est pas moins tenue distincte par la langue du droit, qui ne confond pas la relation exclusive du droit civil et le simple fait d'un « avoir », fût-il garanti avec une efficacité égale sur le terrain du droit prétorien⁵⁹.

⁵⁵ Comme il est probable d'après le parallèle avec le texte de PAUL cité à la note suivante, ce qui n'empêche pas d'étendre le principe de l'opposition aux droits de créance en général, que GAIUS compte évidemment parmi les *iura*. G. FALCONE, « Osservazioni su Gai 2.14 e le *res incorporales* », *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo* (AUPA), 2012, 55, p. 125-170, p. 150 et s.

⁵⁶ D. 9.4.30. Eg. Gaius, D. 39.2.19pr. ; Paul, D. 9.4.26.6 (*dominus*, d'une part, usufruitier et créancier gagiste, de l'autre).

⁵⁷ Pas plus que les autres langues anciennes, le latin classique n'emploie le verbe *habere*, « avoir », pour marquer l'appartenance. On dit en latin *Domus mea est*, « La maison est à moi », ou au datif, *Domus mihi est*. Il est donc significatif de voir ce verbe employé pour qualifier le fait de posséder distinctement de la propriété.

⁵⁸ Égal. Aelius Gallus ap. Festus (L. p. 260, v° *possessio*) : « La possession, ainsi que la définit Aelius Gallus, est l'usage d'un champ ou d'un édifice, non le fonds ou le champ (*usus quidam agri aut aedificii, non fundus aut ager*). En effet, la possession n'est pas parmi les choses qui se touchent (...) ».

⁵⁹ Voir aussi la locution *habere possidere frui (licere)*, « user, jouir, avoir, posséder », relative aux terres de l'*ager publicus*, terres issues de la conquête qui appartiennent à l'État et dont les particuliers n'ont que la possession (O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927, p. 189), la clause de la vente *habere licere*, de « pouvoir avoir », qui garantit à l'acheteur la possession paisible (D. 19.1.11.8 ; D. 21.2.37pr), ou encore l'expression *habere precario* (D. 43.26.2.3).

D. Le corps : qualification juridique d'une exclusive

Corpus (« le corps, la personne, l'ensemble ») est un terme polysémique⁶⁰, dont la signification technique distinctive en droit des biens apparaît à l'analyse de la structure d'opposition qu'il constitue avec les *iura* dans la langue du droit classique.

Par son sens usuel, le terme désigne la chose par le *corps* (la matière) qu'elle constitue physiquement⁶¹. Mais généraliser cet emploi serait hâtif et ferait écran (et de fait) à la qualification qu'il reçoit dans le contexte de son opposition aux *iura* dans la langue du droit classique, dont l'analyse montre que le *corpus* n'est pas identifié à la chose à raison de sa nature matérielle mais en tant que celle-ci détermine une relation d'appartenance exclusive face à autrui.

Que la propriété ne soit pas au nombre des droits (*iura*) ne devrait faire aucun doute à la lumière des sources, comme l'ont montré les travaux de Michel Villey⁶² (ce qui ne préjuge en rien, à notre avis, de la question de savoir si la notion de droit subjectif existait chez les anciens, sur laquelle se sont concentrées les discussions des savants et que nous n'aborderons pas ici). Doit-on par contraste en déduire, comme le fait l'auteur⁶³, que les Romains eussent confondu la propriété avec la chose elle-même ? La réponse nous semble clairement négative : la propriété romaine (le *corpus* opposé aux *iura*) n'est pas identifiée à la chose corporelle à raison de sa nature, mais par sa qualité d'être appropriée.

⁶⁰ A. BERGER, « v° *corpus* », in A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1991, p. 416. Un fragment bien connu de POMPONIUS (D. 41.3.30pr) détaille trois genres de « corps » composant un ensemble (exemples : un homme, un édifice, le peuple).

⁶¹ Par exemple, quand GAIUS (2, 34) précise que les *corps* qui composent le patrimoine du défunt (*corpora... hereditatis*) n'ôtent rien à la nature incorporelle de l'*hereditas* elle-même ; égal. Scaevola, D. 18.4.22 (*corpora hereditaria*) ; Papinien, D. 5.2.15.2 (*corpora vindicare*) ; D. 30.51 (*ipsa corpora nummorum vel rei legatae*) ; FV 92 ; Pomponius, D. 41.3.30pr. Il s'agit toujours dans ces emplois, au demeurant, de considérer la chose en tant qu'elle est susceptible de faire l'objet de la revendication ou d'un acte de cession.

⁶² M. VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », in *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris, Sirey, 1950, p. 187-225 ; « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHDFE*, 1946-1947, vol. 24-25, p. 201-228 ; « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », *RIDA*, 1949, n°3, p. 417-436, p. 427.

⁶³ Et ceux qui partagent son analyse : F. WUBBE, « *Ius in re* », in *Ius vigilantibus scriptum. Ausgewählte Schriften*, P. Pichonnaz (dir.), Freiburg, Academic Press Fribourg, 2003, p. 65-77, p. 68 [= *RE*, Suppl. bd. X, Stuttgart, 1965, spalten 333-343] ; P. PICHONNAZ, « *Res incorporales* et *possessio iuris*. Questions choisies sur les relations entre choses et droits », *Orbis Iuris Romani, Journal of Ancient Law Studies*, 2004, vol. 9, p. 105-131 ; A.-M. PATAULT, « v° Droit de propriété », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.* n.9, p. 1253 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 18, p. 84.

Le *corpus*, dont l'opposition aux *iura* est adéquate aux cadres formulaires et à la langue du droit classique, ne doit pas être confondu, en effet, avec la chose corporelle (*res corporalis*), dont l'opposition aux droits que sont les choses incorporelles (*res incorporales*) ne se situe pas au même niveau que la première.

La fameuse classification entre les choses selon qu'elles sont corporelles ou incorporelles est le résultat de l'introduction par Gaius (en l'état de nos sources) dans la dogmatique du droit civil d'une distinction issue de la tradition rhétorique et philosophique, corporelles étant les choses « qui se touchent » (*quae tangi possunt*, un esclave, un fonds, de l'argent), incorporelles, celles « qui ne se touchent pas mais consistent en un droit⁶⁴, comme une succession, un usufruit, les obligations, de quelque façon qu'elles soient nées » (GAIUS 2, 12-14 *quae non tangi possunt, qualia sunt ea quae <in> iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae*)⁶⁵.

Pour le dire d'un mot, Michel Villey nous semble avoir soutenu avec raison que la propriété (*dominium*) n'était pas un *ius* et n'avait pas sa place parmi les *res incorporales*, mais à tort qu'on dût en conséquence la considérer comme la chose corporelle, *res corporalis*⁶⁶, sur la base d'un contraste de nature duquel il prétendait déduire l'absence de la notion de droit subjectif chez les anciens.

Le *corpus* est si peu la chose corporelle qu'il y a revendication et affirmation d'appartenance exclusive d'une succession (*hereditas*), chose incorporelle elle-même, au titre du *corpus hereditarium*⁶⁷. Quant à l'usufruit ou aux servitudes, la revendication qui les sanctionne⁶⁸ produit l'affirmation par laquelle le demandeur dit non que la chose, mais qu'un droit sur la

⁶⁴ Ou « sont des notions juridiques », « des éléments du patrimoine », selon que l'on admet la leçon *<in> iure consistunt* (« consistent en un droit ») dans le manuscrit de GAIUS, ou pas (*iure consistunt*, « ont consistance juridique »). La question touche à la problématique de l'existence des droits subjectifs en droit romain, l'essentiel pour nous dans ces lignes n'étant pas l'analyse des choses en fonction de leur nature mais bien le principe de leur opposition.

⁶⁵ Parmi une littérature abondante, récemment : Fr. GIGLIO, « Coherence and Corporeality : On Gaius II, 12-14 », ZSS, 2013, vol. 130, p. 127-163.

⁶⁶ Fût-ce pour la préciser aussitôt assortie « de sa sphère d'avantages juridiques », du *ius* qui en définit le statut, comme dans l'expression *ius corporis* (Julien, D. 22.1.25.1), « le droit du *corpus* » (i.e., la chose dont l'appartenance détermine le droit aux fruits), ou *ius soli*, « le droit du sol » (droit de gage sur le sol, chose appropriée, Paul, D. 20.1.29.3). Ou encore, une maison est léguée *cum iure suo*, avec son équipement et son mobilier (Modestin, D. 33.10.8).

⁶⁷ D. 5.3.13.13 *Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil*. D'où la formule de la *petitio hereditatis* dans l'édit du prêteur : *Si paret hereditatem P. Maevi ex iure Quiritium Auli Agerii esse*. O. LENEL, *op. cit.* n.59, p. 177.

⁶⁸ FV 92 *Sicut corpora vindicanti, ita est ius*. Également appelée action confessoire (*actio confessoria*).

chose lui appartient, *ius mihi esse*⁶⁹. Les juristes classiques n'hésitent d'ailleurs pas à concevoir un *dominium usus, ususfructus, servitutis, ou hereditatis*, une « propriété de l'usage, de l'usufruit, d'une servitude, de l'hérédité »⁷⁰.

En définitive, le *corpus* relève du concept autant que le *ius*, mais un concept réduit à être le précipité d'une relation d'exclusivité dont il qualifie juridiquement la figure.

Au plan dogmatique, sa mise en retrait assure le dégagement pour une conception positive des droits patrimoniaux (*iura*) et de la possession (*usus*). Si le *corpus* est la chose en tant qu'elle est à *moi* et dont *je* puis exclure, négativement, tout autre, les droits patrimoniaux, en particulier les droits sur les choses, reçoivent à l'inverse une conception positive, comme facultés susceptibles d'être exercées sur une chose non litigieuse (la chose d'autrui) directement. Seule la propriété, en effet, se suffit à elle-même, alors que les (autres) droits la présupposent⁷¹.

N'étant ni la chose matérielle saisie dans son étendue, ni les droits, les opérations du patrimoine (*iura*), dont celle-ci est capable (successions, servitudes, obligations, mais aussi possession), la propriété romaine est la pierre d'angle du système du droit patrimonial privé tel que l'organise la classification des *res* selon le critère du corps (ou de la corporéité), dont l'origine philosophique indique le rôle didactique qu'elle doit tenir dans ce contexte (à savoir contribuer à l'intégration de toute la matière des *res*, au même titre que les autres classifications que trace Gaius à l'entame des livres II et III des Institutes)⁷².

⁶⁹ À l'inverse, la formule de l'action négatoire, par laquelle le propriétaire peut faire nier toute prétention au droit de quiconque sur sa chose, consiste à affirmer la non appartenance dudit droit : *si paret Nunerio Negidio ius non esse eo fundo quo de agitur uti frui (...)*, « s'il appert que le droit d'user et de jouir de ce fonds, dont s'agit, n'est pas au défendeur » (O. LENEL, *op. cit.* n.59, p. 190 ; p. 193 et s.).

⁷⁰ Julien, D 7.6.3 (*dominium uusufructus*) ; Ulpien, D. 43.24.15.8 ; Marcien, D. 28.5.49pr (*hereditatis dominus*). La remarque a son importance sur fond de la problématique moderne relative à la nature, matérielle ou immatérielle, de la propriété, dont les entrelacs remontent à BARTOLE, particulièrement sensible sur le sujet des droits d'auteur. *Infra*, section 3.

⁷¹ C.-A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino, Giappichelli, 2001, p. 153.

⁷² Trois classifications en particulier répartissent les choses selon leur statut d'appartenance ou de non-appartenance (GAIUS 2, 1 *in patrimonio* et *extra patrimonium*), leur nature, matérielle ou idéale (GAIUS 2, 12-14 *res corporales* et *res incorporales*), et leur qualité de *res mancipi* (susceptibles donc de la mancipation), ou pas (dont la simple tradition réalise le transfert) (GAIUS 2, 14a-18). On ne pourra évoquer cet important contexte dans l'espace de cette contribution. Quant à la *summa divisio* qu'introduit GAIUS immédiatement après (et donc contradictoirement avec) la première classification (2, 2), selon laquelle les choses sont de droit divin (*divini iuris*) ou de droit humain (*humani iuris*), nous y reviendrons dans la Section 3. Voir Y. THOMAS, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales. Histoire Sciences Sociales*, t. 57, 2002, n° 6, p. 1431-1462.

Cette position faïtière évoque les réflexions de Frédéric Zenati-Castaing, qui restitue avec acuité le modèle romain de la propriété quand il discerne en celle-ci non un bien, mais « ce qui permet à toute chose ou tout droit de devenir un bien » : un « mécanisme fondamental du droit », dont le principe repose sur la puissance de la chose appropriée (appropriable) à produire un effet de structure : « La propriété est au cœur des fondements du droit parce qu'elle se confond avec les choses *en même temps qu'elle structure les personnes autour d'elle* »⁷³.

E. L'absoluité en question

Si la propriété romaine qualifie une relation d'exclusivité, qu'en est-il de la sphère de jouissance qui en résulte dans le chef du propriétaire sur sa chose ? Loin de la contredire, elle l'implique, assurément, à ceci près que la conception juridique du propre n'en dépend pas, tant il est vrai que la propriété n'est pas fonction des « usages qu'elle procure, mais du mécanisme qui permet ces usages : l'exclusivité »⁷⁴. Aussi Ulpien (D. 7.6.5pr) dit-il bien que « celui qui a la propriété, n'a pas séparément un droit d'usage et de jouissance » (*qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatim non habet*), droit que seul peut avoir celui au bénéfice duquel il l'aura constitué sur sa chose sans cesser d'en être le propriétaire.

À l'exact opposé de nos conceptions les plus communes, la propriété romaine ne condense pas un faisceau ou une somme de facultés sur une chose matérielle, dont le droit aurait à déterminer les parties et à apprécier l'étendue⁷⁵. Elle définit un espace de souveraineté où s'exerce un pouvoir discrétionnaire⁷⁶, la *patria potestas* du *pater familias*, dont nous savons que le *dominium* signifie étymologiquement la manifestation dans la sphère sociale, *via* les banquets que s'échangeaient les notables à l'occasion du culte de la déesse Cybèle, si munificents (aptés à susciter la rivalité et la surenchère de luxe) que le sénat intervint pour fixer une limite aux dépenses somptuaires réalisées à l'occasion (Aulu-Gelle 2, 24, 2), ce qui nous amène à la question des limites imposées par la loi à la sphère de jouissance privée du propriétaire.

⁷³ Fr. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 448 (nous soulignons) ; Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.* n.19, p. 21 ; p. 92.

⁷⁴ Fr. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 314.

⁷⁵ « On n'avait pas un droit sur une chose, on était propriétaire de la chose ; la propriété n'était donc pas la somme des facultés sur une chose (*ius utendi fruendi abutendi*) » : P. PICHONNAZ, « *Res incorporales* et *possessio iuris* », *op. cit.* n.63, p. 113.

⁷⁶ « La puissance absolue qu'exerce le maître romain sur sa chose, ce n'est pas le droit, c'est le silence (...) » : M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *APD*, 1964, vol. 9, p. 97-127, p. 107.

N'étant pas envisagée comme un contenu, *a fortiori* la propriété romaine (outre sa délimitation de base par le retrait de ce qui en est exclu, les *res extra patrimonium*)⁷⁷ n'est pas illimitée. Certaines limites lui sont inhérentes : cadrant un espace de souveraineté où s'exerce l'*imperium* domestique du *pater familias*, il faut bien, s'agissant en particulier des immeubles, en déterminer les frontières aux confins du *mien* et du *tien* (la loi des XII Tables imposant par exemple une bande de terre libre autour du périmètre de deux maisons, l'*ambitus*, et réglant des questions comme l'élagage des arbres, les dégâts causés par les eaux de pluie, le ramassage, par le propriétaire du chêne, des glands tombés chez le voisin, etc.)⁷⁸.

Pour le reste, le droit n'entre pas dans la sphère de jouissance que délimite l'exclusivité du propre dans les rapports privés entre les concitoyens. Les limites imposées par le sénat ou par la loi pour des raisons sociales (dans le cas des lois somptuaires, par exemple)⁷⁹, ou indirectement par le censeur *via* la note d'infamie⁸⁰, ne sont pas de nature à contredire le *dominium* que le *pater familias* exerce sur les choses qui sont à lui tel qu'il est défini juridiquement sur une base procédurale, limites auxquelles ne s'oppose aucun obstacle théorique⁸¹. Ce n'est que dans le contexte des guerres civiles que ce système s'effondrera, quand une faction victorieuse décrètera des « proscriptions » et vendra, distribuera ou s'appropriera les revenus des terres des vaincus pour des raisons politiques et financières (terres privées, bien entendu, et non publiques, à propos desquelles se posa sous la République la question de l'accès à la propriété du sol, à savoir la question agraire)⁸².

⁷⁷ *Infra*, Section 3.

⁷⁸ A.-M. PATAULT, « Réflexions sur les limitations romaines au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République », *RHDFE*, vol. 55, 1977, n° 2, p. 239-256.

⁷⁹ Que la résistance de la coutume laissait par surcroît inefficaces : C. VENTURINI, « *Leges sumptuariae* : divieti senza sanzioni ? », in *Le luxe et les lois somptuaires dans la Rome antique*, Mélanges de l'École Française de Rome, 128/1, 2016.

⁸⁰ La note d'infamie est une sanction sociale, un stigmate ou une flétrissure morale, infligée publiquement par les censeurs sur base d'une *nota* inscrite en marge du nom de l'intéressé dans les registres du cens à l'occasion du recensement. Elle peut par exemple atteindre un paysan qui négligerait ses champs (Aulu Gelle 4.12 ; 4.20 ; 6.22).

⁸¹ P. BIRKS, « The Roman Law Concept of *Dominium* and the Idea of Absolute Ownership », *Acta Juridica*, 1985, 1, p. 1-37, p. 24. *Contra* : J.-P. CORIAT, « La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble », in *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle). Table ronde, Lyon, 14-15 mai 1993*, O. Faron et E. Hubert (éd.), Rome, Publications de l'École française de Rome, 1995, p. 17-26 (l'auteur y voyant autant de « paradoxes » par rapport à un *absolutisme de principe originnaire* et le reflet d'une *évolution dans les conceptions de la propriété*, laquelle ne se produit pas avant le Bas-Empire dans le contexte de conditions économiques et politiques en complète transformation).

⁸² C. NICOLET, *Rome et la conquête du monde méditerranéen*, 1. Les structures de l'Italie romaine, Paris, PUF, 1977, p. 119 (chap. III. « La question agraire »).

L'absolutisme propriétaire est bien originaire en droit romain, où il participe de l'essence du propre, mais il n'a pas l'extension que nous lui donnons : il se comprend rigoureusement dans la sphère des rapports réciproques entre les citoyens pour lesquels les choses, loin d'être l'étendue sur laquelle s'exerce une maîtrise devenue l'attribut d'un homme sacralisé, sont l'enjeu toujours médiant d'une relation d'exclusivité dont la figure de l'action en revendication acte la substance procédurale (*res de qua agitur*).

Les prérogatives du propriétaire sont sans limites parce qu'elles sont indéfinies, et non absolument, au sens où elles seraient le bastion inexpugnable de l'homme en quête de liberté individuelle et d'autonomie créatrice face à l'État et à la société tout entière. Pour être sans limites positives, en effet, la propriété romaine n'est pas sans mesure : aussi l'empereur Antonin le Pieux a-t-il pu, à l'apogée du droit classique, accorder sa protection aux esclaves fuyant la cruauté excessive de leur maître qui trouvaient refuge dans les temples ou au pied des statues des Princes, sur la base de dispositions que Gaius commente à l'aune d'un mauvais discernement dans l'exercice des droits (d'où le parallèle avec l'interdiction de biens des prodigues) et motive significativement par l'idée de l'*abus* de droit, dont il produit la pristine expression dans l'histoire du droit privé, *male enim nostro iure uti non debemus*⁸³.

F. Au point de basculement...

Absente de la codification de Justinien, l'identification de la propriété à un *ius* est très tôt admise par les glossateurs, dès Irnerius, au XII^e siècle⁸⁴, suivant une évolution dont les racines sont anciennes⁸⁵, mais qui ne s'actualise dans les cadres de l'élaboration dogmatique du droit qu'à partir du XII^e siècle⁸⁶. Il en résulta une recomposition en profondeur du système des droits patrimoniaux, non moins qu'une conception réinventée des rapports entre les personnes et les choses.

Structuré par l'opposition du *corpus* aux *iura*, la propriété tenait une position angulaire dans le système des *res* chez les anciens, n'étant ni la chose à raison de sa nature matérielle (*res corporalis*), ni les droits dont

⁸³ GAIUS 1.53 « car nous ne devons pas faire mauvais usage de notre droit ». Principe que les *Institutes de Justinien* (1.8.2) énoncent de la manière suivante : *expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*.

⁸⁴ L. PFISTER, *op. cit.* n.19, p. 316.

⁸⁵ Dès le VI^e s., l'expression *ius proprietatis*, « impliquant une certaine substantialisation de la notion, est largement présente dans les sources du droit canonique » : R. FAIVRE-FAUCOMPRÉ, *op. cit.* n.19, p. 114. Ce type d'emploi est déjà attesté dans quelques textes classiques, dans une expression comme *ius domini*, sans que la dogmatique de l'opposition du *corpus* aux *iura* s'en trouvât altérée. M. VILLEY, *Du sens de l'expression jus in re*, *op. cit.* n.62, p. 423 et s. ; ég. L. PFISTER, *op. cit.* n.19, p. 315.

⁸⁶ M. VILLEY, *Le jus in re du droit romain classique*, *op. cit.* n.62, p. 198, p. 212.

celle-ci est susceptible de faire l'objet (*res incorporales*), on l'a dit. Or voici la propriété déchuée de cette position paradigmatique dans la dogmatique nouvelle, qui, de pivot du système (qu'elle demeure par ailleurs de manière sous-jacente), devient un droit au même rang que les autres, prenant place dans la série des droits sur les choses, les *iura in re*⁸⁷, dont elle ne se distingue plus par principe mais par l'étendue de la jouissance qu'elle procure.

Telle est bien la célèbre définition du jurisconsulte Bartole de Sassoferrato, au XIV^e s., le modèle de celles qui figurent à ce jour dans les codes civils européens :

Bartolus, *comm. ad D. 41.2.17*.⁸⁸: « Qu'est-ce que la propriété (*dominium*) ? Je réponds que la propriété est le droit (*ius*) de disposer totalement (*perfecte*) d'une chose corporelle à moins que la loi ne l'interdise. C'est un droit, oui, à la différence de la chose corporelle, qui appartient au fait ».

En ces quelques mots d'une définition décidément non anodine, la première dans l'histoire romaine de la propriété, se précipitent plusieurs innovations majeures dont les implications n'ont pas encore toutes été tirées : devenue un *ius* dont l'objet est une chose corporelle, elle est cloisonnée dans une définition positive, tandis que sa conception procède à la manière dont les Romains se représentaient la possession, comme le fait d'avoir la chose et d'en jouir, d'en disposer *parfaitement*.

On se contentera d'une seule considération pour le moins paradoxale : le droit « de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue » de l'article 544 du Code civil, avec ce fameux double superlatif dont les racines remontent à Bartole⁸⁹, apparaît aux antipodes, à bien y réfléchir, de ce qu'a effectivement réalisé le grand romaniste médiéval, dont le travail a conduit à relativiser, tout au contraire, la propriété, en la situant dans une série, celle des droits *de* l'homme sur les choses, où sa primauté ne tient plus qu'à l'étendue des prérogatives qui en dépendent, étant simplement le plus abouti d'entre eux, dans les limites de la loi.

⁸⁷ L'expression n'est pas rigoureusement romaine et semble avoir été employée la première fois par ROGERIUS (XII^e s.) à propos des titulaires d'une emphytéose, d'un *ager vectigalis* ou d'une superficie, auxquels était reconnue une *actio in rem*. R. FEENSTRA, « Les origines du *dominium utile* chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani) », in *Flores legum H.J. Scheltema, J. H. A. Lokin et al.* (éd.), Groningen, Wolters Noordhoff, 1971, p. 49-93, p. 68 n. 111.

⁸⁸ « *Quid ergo est dominium ? Respondeo dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur. Ius hoc dico ad differentiam ipsius rei corporalis quae est facti. Et idem dicitur (...) quod aliud sit dominium quam res* ».

⁸⁹ C.-A. CANNATA, *op. cit.* n.71, p. 151 et s.

Le changement fut si massif que les humanistes Jacques Cujas et Hugues Doneau, bien qu'ils fissent retour aux sources romaines dans le but de restituer le modèle de l'exclusivité contre ses dénaturations médiévales⁹⁰, ne semblent plus penser à le remettre en cause : que la propriété soit un droit (et même un droit subjectif, au dégageant duquel Doneau apporte une contribution décisive) est devenu un truisme, une banalité, aux yeux du juriste⁹¹.

Pour saisir un contraste, il faut bien connaître les deux termes de l'équation. La première moitié du chemin étant parcourue, reste la seconde, consacrée à Locke. Le lecteur doit donc maintenant changer de registre dans sa pensée de l'appropriation, entrer dans un univers où le rapport entre les hommes et les choses, et surtout les représentations de l'homme et des choses elles-mêmes⁹², ont subi une révolution à 180 degrés par rapport aux anciens.

2. John Locke et la réinvention de la propriété privée dans la modernité anglaise

Publiés sans nom d'auteur en 1689, les *Deux Traités du Gouvernement* connaîtront un succès important qui établira Locke parmi les pères du libéralisme politique⁹³. Dans un contexte marqué par l'émergence du capitalisme et l'industrialisation de l'Angleterre et du continent ouest-européen, le cinquième chapitre de cet ouvrage présente une théorie de l'appropriation par le travail qui aura un écho particulièrement important au sein des débats sur la légitimité de la propriété privée qui animeront le XVIII^e, le XIX^e, le XX^e et encore aujourd'hui le XXI^e siècle. Bien qu'il soit

⁹⁰ X. PRÉVOST, « La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste », in *Les piliers du droit civil, op. cit.* n.19, p. 119-139.

⁹¹ Évolution dont les soubassements s'expliquent pour des raisons théologiques tenant à l'idée d'un domaine de Dieu (*dominium Dei*) et, de là, de l'homme, constante du Moyen Âge jusqu'aux Temps Modernes et qui sera également présente chez certains représentants du naturalisme moderne, dont LOCKE. Longtemps discutée auprès des théologiens-juristes durant le Moyen Âge, la confusion du *dominium* et du *ius* est acquise à la fin du XVI^e siècle : M.-Fr. RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Paris, Librairie Droz, 1987, spéc., quant aux arguments contraires à la vision théologique du domaine tirés du droit romain, p. 118 et s.

⁹² Sur le contraste des anciens saisi à partir des choses spécifiquement : Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », *APD*, 1980, 25, p. 413-426. Voir également Section 3.

⁹³ Pour tout ce qui relève de l'histoire du texte, nous nous basons alternativement sur les travaux de référence suivants : J.-F. SPITZ, « Introduction », in J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement*, coll. Epiméthée, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. V-LXXX ; P. LASLETT, « Introduction », in J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960, p. 3-126 ; R. ASHCRAFT, *Revolutionary Politics & Locke's Two Treatises of Government*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1986.

évident que le philosophe anglais n'invente pas à proprement parler la propriété privée⁹⁴, ce chapitre est crucial pour la réflexion et les débats ultérieurs car, comme l'a fort bien relevé K.I. Vaughn : « durant l'essentiel du XIX^e et du début du XX^e siècle, (...) sa théorie de la propriété constitue la pierre d'angle du libéralisme classique »⁹⁵. Le cinquième chapitre du *Second Traité* deviendra *de facto* la référence incontournable de tous les débats sur la légitimité de la propriété privée, et c'est sur cette pierre d'angle que seront érigées par la suite des théories ou critiques aussi divergentes que celles de Rousseau, Hegel, Marx, ou Proudhon⁹⁶. Son influence sera également importante sur les juristes et les philosophes du droit qui traduiront dans les codes civils l'idée d'un droit naturel à la propriété privée.

La centralité de l'argument de Locke dans le débat moderne autour de la légitimité de la propriété s'explique par au moins deux de ses traits fondamentaux. D'une part cet argument réussit à fonder théoriquement (en tout cas en apparence), cette idée simple et ancestrale selon laquelle les individus ont un droit de propriété sur ce que leur travail a produit (idée qui est déjà au centre du débat entre Aristote et Platon sur la propriété privée dans la Cité). Locke opère de surcroît cette légitimation de l'appropriation et de l'accumulation privée dans un contexte socio-politique qui hésitait à se prononcer sur la moralité à attribuer aux comportements capitalistes émergents, usuellement dépréciés comme immoraux en raison de l'égoïsme qu'ils impliquent⁹⁷.

D'autre part, la postérité de l'argument s'explique par le fait que, replacé dans le cadre de sa philosophie politique, la défense lockéenne de la propriété privée aboutit à placer celle-ci en dehors de la sphère de l'action légitime de l'État, une conclusion dont juristes et commentateurs s'empresseront de se saisir. Le raisonnement est le suivant : l'appropriation des terres et des choses originellement communes se déroulant dans l'état

⁹⁴ D'autant moins qu'il la considère *déjà* comme un droit, ce qui, nous l'avons vu, ne va pas de soi puisque cette tradition remonte à BARTOLE. Notons également que le mouvement des enclosures qui a eu lieu près d'un siècle avant la rédaction des *Deux Traités* témoigne bien de ce que le paradigme de l'individualisme possessif, selon l'expression de MACPHERSON, est déjà bien implanté dans l'imaginaire de l'époque.

⁹⁵ K. I. VAUGHN, *op. cit.* n.5, p. 6.

⁹⁶ Sur la postérité de l'argument de LOCKE, voir entre autres : P. GARNSEY, *Penser la propriété*, *op. cit.* n.13 ; K. I. VAUGHN, *ibidem* ; A. RYAN, *Property and Political Theory*, Oxford, Basil Blackwell, 1984.

⁹⁷ C'est là le cœur de l'interprétation que fait MACPHERSON du rôle que joue la théorie de la propriété de LOCKE dans le développement de l'*individualisme possessif* et la légitimation de la société capitaliste (ainsi que des inégalités qu'elle génère). Il conclut ainsi son étude du « moment lockéen » : « De tout ce qui précède se dégage une conclusion évidente : l'œuvre de Locke a eu pour effet de fournir à un État de classes un fondement moral déduit du postulat de l'égalité des droits naturels » (C. B. MACPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, trad. M. Fuchs, Paris, Gallimard, 2004, p. 412).

de nature, l'appropriation individuelle précède par voie de fait l'institution de l'État. Au moment de définir le mandat du Gouvernement civil, les individus ont donc déjà un droit sur leur vie, leur liberté et surtout sur leur propriété. Dans l'état de nature, ces droits sont présumés absolus dans la mesure où ils ne sont limités que par les prescriptions de la loi naturelle, puisque par définition il n'y a pas encore de loi civile à ce stade de la supposée évolution humaine. Il en résulte une importante conséquence : lors du passage à l'état civil, les individus-propriétaires instituent le gouvernement pour protéger leur vie, leur liberté et leur propriété, sur lesquels ils ont déjà des droits (présumés absolus) en vertu de la loi de nature. Lié par ce mandat, tout gouvernement qui s'attaquerait arbitrairement aux propriétés de ses sujets deviendrait *de facto* illégitime, puisque celles-ci lui préexistent et que leur protection constitue la raison de son institution. Cette interprétation classique, qui limite le rôle du gouvernement légitime à la protection des droits qu'ont les individus sur leur vie, leur liberté et surtout leur propriété, constitue le cœur de la *réinvention* moderne de la propriété privée comme droit absolu.

On connaît le succès qu'aura cette approche qui soustrait les lois sur la (re)distribution des richesses aux fonctions légitimes du gouvernement, du XVIII^e siècle à nos jours, comme en témoigne la surprenante seconde vie des théories lockéennes de la propriété au sein du libéralisme de droite⁹⁸. L'essentiel pour notre propos réside dans le fait que la théorie de Locke, qui constituera le point de départ des discussions modernes sur la propriété privée, prend pour acquis que celle-ci confère au propriétaire un droit « absolu » sur la chose (au sens dessiné dans l'introduction de ce chapitre), et que ce caractère absolu de la propriété privée sera ensuite entériné par les commentateurs de Locke⁹⁹. Nous verrons plus loin que l'intention de Locke était sans doute plus de légitimer un droit de résistance contre un Gouvernement illégitime que de soustraire le droit de propriété à tout contrôle politique, mais pour l'instant il s'agit de noter que la base de tout cet édifice théorique est la légitimation du droit de propriété dans l'état de nature, c'est-à-dire avant l'institution du gouvernement. Comment Locke s'y prend-il pour défendre cette idée ? C'est ce qu'il s'agit d'examiner à présent.

⁹⁸ L'étiquette *Lockean Libertarianism* est d'ailleurs parfois utilisée pour désigner le libéralisme de droite, dont l'inspiration lockéenne est patente.

⁹⁹ Il existe donc une distance certaine (sur laquelle nous revenons plus en détails *infra*), entre le sens que LOCKE donnait à son texte et l'interprétation libérale classique (qui sous-tend les lectures libertariennes) devenue canonique, et qui malheureusement efface les nuances importantes que l'on retrouve dans le texte de LOCKE.

A. L'argument de Locke

Le cinquième chapitre du *Second Traité*, intitulé *On Property*, est consacré à la démonstration que la propriété est un droit naturel de l'individu dans l'état de nature. Pour résumer l'argumentation de Locke, on peut y distinguer trois parties¹⁰⁰. La première (paragraphe 25 à 39) expose son célèbre argument pour fonder le droit à la propriété privée sur le travail individuel conformément à la loi naturelle, ainsi que les limites que celle-ci impose à l'appropriation légitime. Dans l'état de nature, l'individu qui travaille une chose inappropriée « mélange » son travail (qui est sa propriété inaliénable) à cette chose (qui est alors encore la propriété commune du genre humain) et peut par ce *mélange* se l'approprier :

« Bien que la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent en commun à tous les hommes, chaque homme est cependant *propriétaire* de sa propre *personne*. Aucun autre que lui-même ne possède un droit sur elle. Le *travail* de son corps et *l'ouvrage* de ses mains, pouvons-nous dire, lui appartiennent en propre. Il mêle son *travail* à tout ce qu'il fait sortir de l'état dans lequel la nature l'a fourni et laissé, et il y joint quelque chose qui est sien ; par là il en fait sa propriété. Cette chose étant extraite par lui de l'état commun où la nature l'avait mise, son *travail* lui ajoute quelque chose qui exclut le droit commun des autres hommes. Car ce *travail* étant indiscutablement la propriété de celui qui travaille, aucun autre homme que lui ne peut posséder de droit sur ce à quoi il est joint, du moins là où ce qui est laissé en commun pour les autres est en quantité suffisante et d'aussi bonne qualité »¹⁰¹

Locke soutient en outre que le même raisonnement vaut pour l'appropriation de la terre : « La *quantité de terre* qu'un homme laboure, plante, amende et cultive, et dont il peut utiliser le produit, voilà ce qui définit l'étendue de sa *propriété*. Par son travail, il l'enclôt, pour ainsi dire, en la séparant de ce qui est commun »¹⁰². Notons cependant que pour Locke, une appropriation qui laisserait se gâter sans que personne ne puisse en faire usage la ou les choses appropriées est illégitime car « Dieu n'a rien fait pour l'homme afin qu'il le gâche ou qu'il le détruise »¹⁰³. En raison de la place centrale qu'il accorde au mélange du travail à la chose appropriée, cet

¹⁰⁰ Nous empruntons (en la modifiant à la marge) la distinction déjà proposée par Karl OLIVECRONA : K. OLIVECRONA, « Locke's Theory of Appropriation », *The Philosophical Quarterly*, vol. 24, 1974, n° 96, p. 220-234.

¹⁰¹ J. LOCKE, *Le Second traité du gouvernement*, op. cit. n.6, p. 22, II.27. Comme pour les autres citations de LOCKE, les italiques sont dans le texte original.

¹⁰² *Ibidem*, p. 25, II.32.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 24, II.31.

argument est connu dans la littérature anglophone comme le *Labour-Mixing Argument*.

Dans la seconde partie (paragraphe 40 à 44), Locke développe un argument supplémentaire pour justifier l'appropriation par le travail conformément à la loi naturelle. Constatant que les choses de la nature et la terre n'ont presque aucune valeur par elles-mêmes, il déduit de cette observation que c'est le travail qui « crée » leur valeur. Un champ en friche n'a par exemple aucune valeur par comparaison à un champ cultivé. Or, étant donné que ce travail qui valorise le champ appartient en propre à l'individu, il est légitime que celui qui crée la valeur du champ (ou plus largement de la chose) en y ajoutant son travail en devienne le propriétaire. Quoique fondé sur des prémisses similaires et aboutissant de la même manière à légitimer un droit de propriété absolu de l'individu sur la chose appropriée, ce second argument est donc distinct du *Labour-Mixing Argument* puisqu'il ne repose pas sur l'idée que l'appropriation est légitime car il y a un « mélange » entre la chose et le travail, mais bien sur celle que le créateur de la *valeur* de la chose en est le propriétaire légitime. Pour cette raison, il est possible de le qualifier de *Labour-Value Argument*.

La troisième partie du chapitre (paragraphe 45 à 51) est consacrée à l'examen de l'invention de la monnaie, et à la manière dont celle-ci altère les limites que Locke avait jusqu'ici posées au droit de s'approprier les choses par le travail. Locke note très justement que lorsque les hommes s'accordent pour donner une valeur « imaginaire » à des pierres, à des coquillages ou à des métaux, et qu'ils consentent à les échanger contre des denrées vraiment utiles à la (sur-)vie, ils abrogent l'interdiction d'accumuler et de laisser se gâcher les choses appropriées, puisque, sans enfreindre la loi naturelle, ils peuvent désormais s'approprier plus et échanger ce dont ils n'ont pas l'usage contre de la monnaie, sans pour autant laisser pourrir ce surplus qu'ils n'auraient autrement pas eu le droit de s'approprier. Cette évolution a un important corollaire, abondamment commenté par Macpherson¹⁰⁴ : en consentant à la monnaie par l'usage qu'ils en font, les hommes consentent également aux inégalités qu'elle génère.

Une remarque s'impose quant à la manière dont Locke légitime l'appropriation originelle dans l'état de nature : son argumentation ne dit en fait pas grand-chose de ce qu'est positivement la propriété, quel « faisceau de droits » elle recouvre (selon l'expression devenue classique suite au célèbre article d'Honoré¹⁰⁵). Locke cherche certes à expliquer comment les

¹⁰⁴ C. B. MACPHERSON, *op. cit.* n.97, p. 336-364.

¹⁰⁵ A. M. HONORÉ, « Ownership », in *Oxford Essays in Jurisprudence*, A. G. Guest (dir.), Oxford, Oxford University Press., 1961, p. 107-147.

premières appropriations ont pu être légitimes dans l'état de nature, et quelles conséquences cela implique pour les rapports que le gouvernement civil peut entretenir avec la propriété des individus, mais il ne définit pas à proprement parler la propriété privée dans la société civile, et ne soutient nulle part qu'elle devrait être ce droit absolu dont nous cherchons les racines. Mais de ce silence il a été déduit que l'argument légitimait un droit absolu sur la chose, similaire à celui que l'individu avait sur sa personne et son travail, malgré l'absence d'une définition qui appuierait cette interprétation (*cf. infra*). Et c'est ce droit de propriété absolu que selon l'interprétation classique du cinquième chapitre, le gouvernement serait chargé de protéger.

Cette conception de la propriété privée se fonde donc essentiellement non pas sur une théorie de la propriété au sens fort du terme (soit une théorie qui tienne compte des enjeux politiques du droit de propriété privée : genèse de rapports de domination suite aux inégalités de richesse, conflits entre intérêts privés et intérêt général, droits de ceux qui n'ont rien pu s'approprier, etc.) mais bien sur une théorie de l'appropriation dans l'état de nature qui a lieu avant l'institution du gouvernement¹⁰⁶. Ce qui a pour effet d'en gommer les dimensions proprement conflictuelles et politiques, puisque la représentation sous-jacente au récit lockéen est celle d'un *Robinson* qui comme celui que Defoe décrira une trentaine d'années plus tard, est libre de s'approprier ce que bon lui semble, puisqu'il n'y a personne de son rang pour lui contester ce droit¹⁰⁷.

Or, quoique cette interprétation de la propriété privée comme droit « absolu » constitue la pierre d'angle de la théorie libérale classique (et soit encore le fondement conceptuel du libéralisme de droite), elle est loin d'être évidente. Locke ne considérait en effet pas la propriété (pas même de la personne) comme un droit strictement individuel et absolu. Ce droit était à ses yeux relatif et situé dans un contexte théologique qui le limite et lui donne sens : « Locke (...) n'accorde à l'individu qu'un droit de garde sur sa propre personne, laquelle est en réalité la propriété d'un Dieu qui nous commande de l'utiliser pour satisfaire aux devoirs qu'il nous assigne, mais

¹⁰⁶ Il ne s'agit pas ici de développer plus avant la différence conceptuelle qui existe entre une « théorie de la propriété » et une « théorie de l'appropriation », ni de montrer quelles difficultés surgissent lorsque l'on tente de dériver une « théorie de la propriété » d'une « théorie de l'appropriation » (comme l'ont fait la plupart des commentateurs de Locke et bon nombre de libertariens). Sur ce sujet, voir : E. FABRI, « De l'appropriation à la propriété : John Locke et la fécondité d'un malentendu devenu classique », *Philosophiques*, vol. 43, 2016, n° 2, p. 343-369.

¹⁰⁷ Sur la proximité idéologique qui existe entre le mythe de Robinson Crusoé de DEFOE et celui de l'individu propriétaire dans l'état de nature de John LOCKE, voir : François OST dans : FR. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 205-257.

aussi de mettre les richesses qu'elle produit à la disposition des autres lorsque ceux-ci sont incapables de produire par eux-mêmes ce qui est indispensable tant au maintien de leur propre existence qu'à l'accomplissement de leurs devoirs »¹⁰⁸. Comme l'a en outre noté James Tully, le concept de propriété que l'on retrouve dans divers passages du *Premier Traité* tend plutôt à être attaché à la famille qu'à l'individu¹⁰⁹. Enfin, ce droit est à ses yeux intrinsèquement limité par différentes contraintes sociales, comme le droit du nécessaire sur la part de superflu du riche déjà mentionné, l'obligation de laisser aux autres des choses ou des terres « en quantité suffisante et d'aussi bonne qualité », ou encore le droit des enfants sur la propriété du père¹¹⁰. Les commentateurs occulteront cependant ces limitations susceptibles de remettre en question l'image classique du Locke « père du libéralisme » et défenseur de la propriété privée contre l'État, et présumeront que ce droit de propriété est absolu car acquis dans l'état de nature avant l'institution du gouvernement civil. C'est cette conception qui servira également de base à l'édifice libertarien, qui selon Spitz se revendique bien mal à propos de Locke, puisque « l'argument lockien diffère donc du tout au tout de celui des libertariens »¹¹¹.

Ceci nous ramène dès lors à notre question : pourquoi la tradition exégétique a-t-elle « réinventé » la propriété privée comme un droit absolu ? On ne saurait ici se contenter d'une explication contextuelle, affirmant comme Macpherson semble parfois le faire, que l'argument de Locke tombait à point nommé pour rendre morales des pratiques capitalistes anciennement condamnées (bien que cette dimension soit certainement non négligeable pour expliquer le succès de l'argument). Avant de nous pencher dans la suite de ce chapitre, sur l'origine de ce caractère absolu de la propriété privée, il nous faut examiner le contexte politique de l'écriture du *Second Traité* afin de comprendre quelles contraintes et quels objectifs ont orienté les choix théoriques posés par Locke au moment de construire son

¹⁰⁸ J.-F. SPITZ, *La propriété de soi. Essai sur le sens de la liberté individuelle*, Paris, Vrin, 2018, p. 226.

¹⁰⁹ J. TULLY, *Locke, Droit naturel et propriété*, trad. Ch. J. Hutner, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 189-192 ; D. P. GAUTHIER, « The Role of Inheritance in Locke's Political Theory », *The Canadian Journal of Economics and Political Science / Revue canadienne d'Economie et de Science politique*, vol. 32, 1966, n° 1, p. 38-45.

¹¹⁰ Selon LOCKE, chaque homme que la nécessité menace dans son existence immédiate aurait ainsi un droit, légitimé par la loi naturelle, sur la propriété de celui qui dispose d'un superflu qui pourrait lui sauver la vie. Dans d'autres passages, LOCKE défend également que le conquérant victorieux n'a pas le droit de confisquer la part de la propriété qui revient de droit aux enfants du vaincu. Sur le droit de charité et les limitations que la loi naturelle impose au droit de propriété, voir : S. FORDE, « The Charitable John Locke », *The Review of Politics*, vol. 71, 2009, n° 3, p. 428-458.

¹¹¹ J.-F. SPITZ, *La propriété de soi. Essai sur le sens de la liberté individuelle*, op. cit. n.108, p. 226.

argumentation, et surtout comment ces contraintes l'amènent, peut-être malgré lui, à construire la propriété privée comme un droit absolu, intrinsèquement lié à l'individu.

B. Le cinquième chapitre en contexte : d'un tract politique révolutionnaire à une révolution du concept de propriété privée

Quoique publiés en 1689 dans un contexte qui les a longtemps fait passer pour une légitimation a posteriori de la *Glorieuse Révolution*, les *Deux Traités du Gouvernement* ont en réalité été rédigés près de dix ans auparavant, entre 1679 et 1681, au plus fort de la crise de l'exclusion¹¹². Cette crise opposait les *Whigs* aux *Tories* quant au droit du parlement d'adopter un *Bill* excluant le futur Jacques II, Duc d'York et frère du Roi Charles II, de la succession de ce dernier en raison des troubles civils majeurs qui pourraient résulter de l'accession au trône d'un Roi catholique, partisan de la monarchie absolue à la française, et suspecté de papisme. Cette controverse politique est animée par les échanges entre différents penseurs affiliés à chaque camp. Lors de la crise de l'exclusion, Locke était le secrétaire particulier du Comte de Shaftesbury, la figure de proue du mouvement *Whig*, et à ce titre s'employait à défendre les positions des *Whigs* et le droit du parlement d'exclure Jacques II, quitte à recourir à l'insurrection armée, comme le révéleront plus tard les travaux de Richard Ashcraft¹¹³.

Aussi, lorsqu'en janvier 1680 les *Tories* publient (à titre posthume) le *De Patriarcha* de Sir Robert Filmer, Locke est sollicité pour préparer la réponse des *Whigs* à la défense de la monarchie absolue et du devoir d'obéissance à la Royauté que présente l'ouvrage. En s'appuyant sur les arguments de Filmer, il est en effet possible pour les *Tories* d'affirmer, en résumant, qu'à l'origine, selon la Bible, Dieu était le souverain propriétaire du Monde qu'il avait créé, qu'il en a ensuite fait don à Adam et à ses héritiers¹¹⁴ (dont les monarques de droit divin sont les héritiers en ligne

¹¹² P. LASLETT, *op. cit.* n.93 ; R. ASHCRAFT, *op. cit.* n.93.

¹¹³ ASHCRAFT a montré de manière convaincante à quel point l'argumentaire du *Second Traité* est à comprendre par ses relations avec les thèses défendues dans les milieux radicaux des *Whigs* de l'époque. Dans cette optique, le *Second Traité* relève du tract à vocation révolutionnaire, destiné à légitimer une insurrection armée en cas d'échec d'une solution parlementaire pacifique à la crise de l'Exclusion. Ce qui en change profondément la signification, puisque jusqu'à la redécouverte de son contexte d'écriture suite aux travaux de LASLETT, le *Second Traité* était lu comme un ouvrage légitimant a posteriori la Glorieuse Révolution et son pacifisme. Cf : R. ASHCRAFT, *op. cit.* ; R. ASHCRAFT, « Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government : Radicalism and Lockean Political Theory », *Political Theory*, vol. 8, 1980, n° 4, p. 429-486 ; J.-F. SPITZ, « Introduction », *op. cit.* n.93, p. LXXIII-LXXV.

¹¹⁴ Notons en passant l'exclusion systématique du genre féminin de la propriété qui émerge de ces généalogies : c'est à Adam, et non à Ève, ou à *Adam et Ève* que Dieu fait don du monde. À

directe) et que, par conséquent, un Parlement ne saurait remettre en cause l'hérédité de ce droit du monarque qui trouve sa source dans la volonté divine. Cette défense des positions *Tories* est appuyée sur une théorie du pouvoir légitime qui identifie le pouvoir du créateur à un « pouvoir souverain » sur sa création (pouvoir également politique en l'occurrence), et affirme que la transmission de ce pouvoir propriétaire absolu se fait par don de Dieu à Adam, puis par voie de primogéniture masculine¹¹⁵.

Malgré son étrangeté à des oreilles modernes, l'argument de Filmer semble avoir eu un certain succès dans l'Angleterre de la fin du XVII^e siècle, à en juger par l'importante réponse de Locke qui consacre l'entièreté du *Premier Traité* à réfuter les thèses du *De Patriarcha* presque point par point¹¹⁶. Le *Second Traité*, dans lequel nous trouvons le célèbre chapitre sur la propriété qui nous occupe, constitue le versant positif de la critique que Locke adresse à Filmer : il ne suffisait pas de montrer dans le *Premier Traité* l'inanité de sa défense de la monarchie absolue, il s'agissait également de lui opposer un solide édifice théorique qui réfute toute prétention à l'absolutisme d'un gouvernement quel qu'il soit, et substitue au devoir d'obéissance passive au Monarque un droit de résistance à un souverain illégitime.

Considérant ce qui précède, nous pouvons comprendre l'influence majeure qu'eut le contexte politique de la crise de l'exclusion sur les thèses défendues dans les *Deux Traités*. Le but de Locke dans le *Second Traité* était de montrer que les individus ont un droit de résister (de manière violente si nécessaire) à un gouvernement illégitime, tel celui de Jacques II s'il venait à accéder au trône anglais. L'objectif ultime, qui est sans doute à

ce titre, Locke ne déroge pas à la règle, puisque, malgré qu'il insiste sur le fait que le monde a été donné « *to mankind in common* » (II.24), les bénéficiaires de ce don semblent implicitement avant tout appartenir au genre masculin.

¹¹⁵ On peut également citer FILMER directement pour mieux illustrer cette théorie de la propriété qui peut surprendre des lecteurs modernes : « Le premier gouvernement du monde fut monarchique, en l'espèce du père de toute chair. Puisque Adam avait reçu l'ordre de multiplier et de peupler la terre, et aussi de la soumettre, et qu'il avait reçu la domination de toutes les créatures, il était par là le monarque du monde entier ; nul de ses descendants n'avait le droit de rien posséder, sauf par son accord ou avec sa permission, ou encore en lui succédant » (R. FILMER, *Patriarcha and Other Political Works*, Oxford, Basil Blackwell, 1949, p. 187-188, nous utilisons ici la traduction citée par J. DUNN, *La pensée politique de John Locke*, trad. J.-Fr. Baillon, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 74). Alan RYAN résume comme suit cette théorie de la propriété : « *Filmer's own solution is agreeably simple : God gave the earth to Adam, and people had the property rights Adam had subsequently created* » (A. RYAN, *op. cit.* n.96, p. 17).

¹¹⁶ La totalité du texte du *Premier Traité* ne nous est malheureusement pas parvenue : il nous en manque la fin. Dans la préface au *Deux traités*, LOCKE ne semble cependant pas s'en émouvoir outre mesure, conscient qu'il était de ce que l'essentiel résidait dans le texte du *Second Traité*.

imputer à la stratégie et à l'agenda de Shaftesbury, était de trouver des arguments pour légitimer une résistance armée au pouvoir monarchique en cas d'échec de la voie parlementaire pour barrer l'accès au trône à Jacques II. Locke atteint cette conclusion en montrant qu'il est légitime de résister les armes à la main à un gouvernement qui trahirait le mandat qui fonde son institution – mandat qui consiste à protéger les droits qu'ont les individus sur leur vie, leur liberté et leur propriété dans l'état de nature. Un passage de la fin du *Second Traité*, le paragraphe 222, résume clairement cette conclusion et souligne bien l'articulation interne de l'édifice théorique construit par Locke :

« La raison pour laquelle les hommes entrent en société, c'est la préservation de leur propriété (...). On ne peut donc jamais supposer à la société la volonté que le législatif ait le pouvoir de détruire ce que chacun a le dessein de préserver en entrant en société, et ce qui a motivé la soumission du peuple lui-même aux législateurs de son choix ; dès lors, chaque fois que *les législateurs tentent de s'emparer de la propriété du peuple ou de la détruire*, chaque fois qu'ils tentent de le réduire en esclavage en lui imposant un pouvoir arbitraire, ils se mettent eux-mêmes dans un état de guerre avec le peuple ; de ce fait, ce dernier est relevé de son devoir d'obéissance, et il est libre de recourir au commun remède dont Dieu a pourvu tous les hommes contre la force et la violence »¹¹⁷.

Mais atteindre cette conclusion est impossible si les droits qu'ont les individus sur « ce que chacun a le dessein de préserver en entrant en société » ne sont que des concessions du gouvernement, qui détient alors à tout moment le pouvoir de les reprendre ; si en d'autres termes, les droits qu'ont les individus sur leur vie, leur liberté et leur propriété sont institués et garantis par le gouvernement *après* son institution. Pour arriver à la conclusion exprimée dans le paragraphe 222, il s'agissait donc de montrer que les individus ont des droits sur leur vie, leur liberté, et particulièrement leur propriété *avant* l'institution du gouvernement, de telle sorte qu'un monarque catholique qui s'en prendrait aux propriétés de ses sujets d'une autre religion soit *de facto* considéré comme illégitime.

Pour ce faire, Locke était obligé, en raison de la construction de son argument, de placer l'appropriation légitime dans l'état de nature. Ce qui impliquait logiquement que, lors des premières appropriations, il n'y ait pas encore d'autorité légitime autre que la loi naturelle pour former, limiter, et éventuellement concilier ces droits avec les exigences de la vie politique. Les premiers droits de propriété qui émergent dans l'état de nature lockéen

¹¹⁷ J. LOCKE, *Le Second traité du gouvernement*, II.222, *op. cit.* n.6, p. 159.

sont donc par voie de fait *absolus*, puisque non limités par un gouvernement encore inexistant ou par les droits d'autrui. Ces droits de propriété doivent même logiquement préexister à toute forme de gouvernement pour pouvoir ultérieurement en contraindre l'action. Autrement dit, en raison de leur nécessaire articulation à l'argumentation légitimant le droit de résistance, Locke doit situer l'apparition des droits de propriété dans l'état de nature afin que ces droits de propriété puissent ultérieurement contraindre le futur pouvoir politique plutôt que l'inverse. L'objectif théorique principal n'était donc pas de légitimer la morale capitaliste ou l'appropriation illimitée des biens précédemment communs (quoique ces réflexions sur la monnaie puissent le laisser croire), mais bien plutôt de poser les fondations de sa théorie du droit de résistance, ce qui explique également pourquoi le cinquième chapitre ouvre pratiquement le *Second Traité*.

C. Trois hypothèses sur l'origine du caractère « absolu » de la propriété privée

Considérant ce qui précède, nous pouvons à présent préciser pourquoi et comment l'argumentation de Locke fournit les bases de la réinvention moderne de la propriété privée comme droit « absolu ».

Selon notre première hypothèse, le caractère absolu de la propriété privée résulte des contraintes liées au contexte politique de l'écriture des *Deux Traités*. En considérant attentivement la place qu'occupe ce chapitre dans l'architecture générale de l'ouvrage, on comprend qu'il fallait, pour le succès de la démonstration menant au droit de résistance, que des droits individuels à caractère absolu puissent être opposés aux droits « relatifs » du Gouvernement civil. Ou pour le dire autrement, que la souveraineté qui échoit au pouvoir légitime soit issue de la souveraineté individuelle. Ce qui a pour conséquence de forcer Locke à penser la propriété sur le modèle d'un droit absolu, même si, comme a pu le souligner James Tully, Locke semble à bien des égards plus proche d'un républicanisme qui modèlerait le droit de propriété sur l'intérêt général que de la conception libertarienne qui a pu se revendiquer de ses écrits¹¹⁸.

Il est encore intéressant de remarquer qu'en donnant aux individus des droits de propriété absolus pour limiter l'étendue des prérogatives du gouvernement, Locke opère en fait l'inverse de la démarche des défenseurs contemporains du commun. Alors que ces derniers, en particulier dans l'approche de Dardot et Laval, cherchent aujourd'hui à rapatrier le pouvoir de définir les relations de propriété dans les mains d'une communauté instituant, Locke avait pour but précisément de soustraire au gouvernement

¹¹⁸ J. TULLY, *op. cit.* n.109. Voir également : J.-F. SPITZ, « Locke et le droit d'appropriation », *Philosophie*, 1985, n° 8, p. 65-86.

ce pouvoir de définir la propriété. Cet effort du philosophe anglais peut être compris comme une affirmation de la priorité de la souveraineté individuelle sur la menaçante souveraineté collective, puisque cette dernière ne peut se penser, dans le cadre lockéen, qu'à partir de la volonté commune à tous les individus de protéger les droits naturels présumés absolus sur leur vie, leur liberté et leur propriété. La souveraineté collective étant réduite à ce socle minimal, la propriété privée peut devenir ce bastion dans lequel l'expression libre de la souveraineté individuelle est inexpugnable. À l'opposé, le mouvement des communs procède d'une réaffirmation de la priorité de la souveraineté collective, qui produit par après l'espace dans lequel pourra se développer la souveraineté individuelle. Cette approche a en commun avec celle de Locke une même volonté de défendre la liberté individuelle ; que les premiers comprennent cependant comme une liberté positive se déployant dans les bornes des règles instituées qu'elle a contribué à élaborer, tandis que le second conçoit cette liberté négative comme s'exprimant dans un espace consacré qu'il s'agit de soustraire à l'action arbitraire du gouvernement. En considérant de concert ces deux mouvements théoriques opposés, on aperçoit encore à quel point une lecture contextuelle des textes est importante. Dans le cas de Locke, le contexte politique justifiait qu'il s'agisse avant tout de protéger les individus contre les exactions d'un gouvernement illégitime en rapatriant en quelque sorte la souveraineté dans leurs mains. À l'inverse, c'est pour tempérer les abus permis par la dimension individuelle absolue du droit de propriété que les partisans du commun désirent aujourd'hui soumettre les rapports de propriété à la souveraineté d'une collectivité instituante. Une même volonté de protéger la « liberté individuelle » donne ainsi lieu à deux approches théoriques aux moyens opposés.

Dans le cadre de notre seconde hypothèse, il s'agit d'identifier comment le droit naturel et le dialogue que Locke entretient indirectement avec Filmer, Grotius et Pufendorf influencent, voire contraignent, la construction de son argument¹¹⁹. En effet, dans ce référentiel conceptuel, le premier modèle à partir duquel la propriété est pensée est celui de la souveraineté divine telle que défendue par Filmer : Dieu a créé le monde, et est le détenteur originel d'un pouvoir absolu sur sa création – au sens le plus fort du terme puisque ce pouvoir est tout à la fois politique, propriétaire, et illimité en droit. Il faut noter que la correspondance entre la propriété que Dieu a sur le monde et sa volonté est ici parfaite : le pouvoir du créateur sur sa création est pensé comme un droit de propriété absolu qui ordonne immédiatement la création à la volonté libre du créateur. Il n'est pas déraisonnable de penser, et c'est là notre seconde hypothèse, que cette

¹¹⁹ J. TULLY, *op. cit.* n.109, p. 88-90 ; J. DUNN, *op. cit.* n.115.

relation de maîtrise parfaite et totale informe la conception que Locke se fait de la propriété privée dans le sens où la relation de propriété privée que l'individu peut avoir sur ce qu'il a créé est pensée comme un *analogon* de la propriété que Dieu a sur sa création.

Cette relation d'analogie est particulièrement évidente dans le cas de la seconde ligne argumentative du cinquième chapitre, le *Labour-Value Argument* (cf. *supra*): si c'est l'individu qui, par son travail, est le créateur de la valeur de la chose, alors il doit avoir un droit aussi absolu que possible sur cette valeur qu'il a créée. Dans le cadre conceptuel du droit naturel, ce droit ne saurait cependant pas être « absolu » au sens fort du terme, car il reste toujours subordonné à la figure de Dieu qui lui est supérieure et la limite. Ainsi pour Locke, les limites à l'appropriation légitime telles l'interdiction de laisser se gâter les choses appropriées, l'interdiction d'enclorre en privant autrui de la possibilité de faire une appropriation similaire, ou l'obligation de céder une part de sa propriété superflue à celui qui décéderait de ne pas l'avoir, relèvent de telles limitations qui marquent la subordination du droit de propriété à une règle supérieure d'origine divine : la loi naturelle. Il n'en demeure pas moins que si l'on considère la situation du premier individu à s'être approprié une chose selon le mythe lockéen, cet individu ayant par son travail créé la valeur de la chose, est présumé avoir un droit de propriété similaire (quoique « moins parfait ») à celui que Dieu a sur le monde, et cette idée est d'autant plus évidente qu'il n'y a pas alors de gouvernement civil pour limiter le pouvoir du propriétaire par les exigences de la vie en commun. À ce titre, il est possible de conceptualiser le geste lockéen comme un rapatriement dans les mains de l'individu d'une forme aussi parfaite que possible de la souveraineté totale qu'a le créateur sur sa création, même si comme nous avons déjà pu le souligner, le premier objectif de ce rapatriement est de pouvoir opposer ce pouvoir propriétaire aux prétentions d'un gouvernement illégitime. Dans le débat qui l'oppose à Filmer, Locke réussit donc à re-conceptualiser l'origine de la propriété privée pour atteindre ses propres conclusions, mais il conserve en partie les termes du débat dans lequel il est inscrit malgré lui, dont au premier rang la conception de la propriété privée comme droit « absolu », *analogon* de la toute-puissance divine, qui était inhérente à l'espace conceptuel dans lequel ce débat s'est construit, et en particulier à la thèse que Filmer défend dans le *De Patriarcha*.

Il faut encore remarquer que cette idée d'un droit absolu du créateur sur son œuvre n'est pas exclusivement d'origine théologique. Une version sécularisée existe, qui est encore très répandue au sein des débats sur la propriété intellectuelle. Selon cette argumentation, le fait, pour un individu d'avoir, par un acte libre de sa volonté, fait être quelque idée ou création, qui n'aurait pas existé sans son acte créateur, doit conférer une forme de

maitrise absolue au créateur sur sa création. Le fait d'avoir librement fait venir à l'être cette chose ou idée qui autrement serait demeurée dans les limbes du non-être, par le fait que la volonté individuelle du créateur en est la cause effective, justifie que cette chose ou idée demeure liée à la volonté de son créateur (pour un temps déterminé du moins)¹²⁰. Cette idée, quoique relativement intuitive dans le domaine de la propriété intellectuelle, ne va cependant plus de soi dès que l'on sort de ce champ. Peu de parents, quoique prêts à se reconnaître « créateurs » de leurs enfants, en revendiquent une pleine propriété par exemple. Tout comme il semble contre-intuitif que l'inventeur d'un néologisme en réclame une propriété absolue et le droit d'exploitation au motif qu'il en est le créateur¹²¹. De tels exemples pointent les limites de cette défense du droit du créateur, qui invitent à approfondir des questions ontologico-politiques aussi fondamentales que « qu'est-ce qu'une création ? », « quels droits un acte créateur peut-il donner à qui et pour quelles raisons ? », ou « quels sont les différents facteurs et composantes d'un acte de création ? ».

Notre première hypothèse expliquait l'origine du caractère absolu de la propriété privée par le contexte politique et l'articulation de l'argumentation légitimant la propriété privée à celle aboutissant au droit de résistance ; notre seconde insistait sur l'influence du contexte intellectuel et des interlocuteurs de Locke sur sa conception de la propriété comme un *analogon* du droit du créateur ; notre troisième hypothèse insiste pour sa part sur la nature de la solution que l'auteur a trouvée au problème théorique qu'il affrontait. Comme nous y avons insisté *supra*, Locke devait réussir à montrer que la loi naturelle autorise les individus à s'approprier les choses et les terres originellement communes dans l'état de nature. Si la solution semble aujourd'hui acquise, la gageure était à l'époque réelle : comment donc réussir à montrer que la loi naturelle autorise l'appropriation privée des ressources communes ? La solution que Locke trouve à cette contrainte (qui émerge de sa stratégie argumentative) consiste à fonder la légitimité de la propriété privée sur le travail, et ce d'une double manière : parce que le travail crée la valeur de la chose (le *Labour-Value Argument* - cf *supra* p. 114), et parce qu'en travaillant sur un objet encore inapproprié, un individu

¹²⁰ La crainte étant également que sans la garantie d'une telle maîtrise sur sa création, le créateur ne voie pas d'incitant à faire être sa création, ce dont pâtiraient les autres individus. Sur ces débats, voir notamment : M. LAMBRECHT, « On water drinkers and magical springs : Challenging the Lockean proviso as a justification for copyright », *Ratio Juris : an international journal of jurisprudence and philosophy law*, vol. 28, 2015, p. 504.

¹²¹ Quoique la star de la télé-réalité Nabila en ait récemment donné un contre-exemple en déposant comme marque sa phrase « Non mais allô quoi. T'es une fille t'as pas de shampooing... C'est comme si je te dis t'es une fille t'as pas de cheveux ». Ce qui révèle bien l'évolution des pratiques du droit et atteste la nécessité d'une réflexion sur le sens même de la possibilité d'être propriétaire d'une phrase ou d'un néologisme.

mélange son travail à cette chose qui n'appartenait encore à personne (le *Labour-Mixing Argument* – cf *supra* p. 114). Nous avons déjà examiné comment la première ligne argumentative conduit à penser la propriété comme un droit absolu, il s'agit désormais d'examiner comment la seconde arrive à un résultat similaire.

Selon cette seconde ligne argumentative, le travailleur devient propriétaire des fruits de son travail car en travaillant la chose, il mêle « le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains », qui « pouvons-nous dire, lui appartiennent en propre »¹²², à cette chose qui n'appartenait encore à personne. Dès lors, si un autre individu prenait cette chose sans son consentement, il prendrait non seulement la chose, mais aussi ce travail qui a été indéfectiblement mêlé à la chose, et qui est indubitablement la propriété de celui qui l'y a mêlé. Reconnaître au travailleur le droit de ne pas se voir enlever la chose à laquelle il a mêlé son travail revient donc à lui reconnaître un droit de propriété sur cette chose¹²³. C'est donc le mélange du travail à la chose qui opère le transfert de la relation de propriété de « la propriété que le travailleur a sur son travail » vers « la chose auparavant inappropriée ».

Mais qu'est-ce donc que ce travail qui permet au travailleur de revendiquer ce à quoi il a été mêlé ? Avant qu'il ne soit extériorisé dans la chose, avant qu'il n'y soit mêlé, ce travail n'a aucune réalité matérielle. Avant que ce mélange ne se produise, le travail n'est qu'une « intention », une virtualité dont en effet le travailleur est indubitablement propriétaire, puisque cette intention, comme toute autre pensée, est entièrement soumise à son vouloir libre¹²⁴. Tant qu'il n'est qu'une intention encore non réalisée, l'empire que la volonté libre de l'individu a sur ce travail est absolu, précisément parce qu'il est alors encore une intention. Le modèle de propriété que l'individu a sur son travail avant le mélange de celui-ci à la chose est donc celui de la propriété d'une « volonté » : l'individu est propriétaire de son

¹²² J. LOCKE, *Le Second traité du gouvernement*, II.27, *op. cit.* n.6, p. 22.

¹²³ Cette synthèse de la structure de l'argument de LOCKE s'appuie sur la discussion qu'en fait WALDRON dans : J. WALDRON, « Two Worries About Mixing One's Labour », *The Philosophical Quarterly*, vol. 33, 1983, n° 130, p. 37-44 ; Voir aussi : J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Oxford - New York, Oxford University Press, 1988, p. 184.

¹²⁴ Bien qu'il soit évidemment absurde de prétendre que l'individu a une pleine maîtrise de sa volonté ou une pleine liberté dans la direction de ses pensées, nous ferons ici comme si tel était le cas. La question des déterminismes et influences qui orientent le flux de pensées n'est en effet pas pertinente pour notre argumentation en tant que telle, car l'essentiel n'est pas la réalité effective des conditionnements et déterminismes qui canalisent notre volonté, mais bien plutôt la représentation que se font les individus de la maîtrise qu'ils ont sur leur pensée intentionnelle. Et sur ce point, s'il y a bien un domaine dans lequel les individus se représentent être absolument libres (ou à tout le moins comme ne pouvant être contraints par autrui), c'est bien dans la maîtrise qu'ils ont de leur pensée au sein de leur *for intérieur*.

travail en tant que celui-ci est une virtualité qu'il décide librement d'actualiser ou non, et cette maîtrise qu'il a sur son travail relève donc d'un pouvoir propriétaire aussi absolu que possible.

Ce point est crucial pour notre troisième hypothèse. En effet, dans l'argument de Locke, lorsque l'individu mélange son travail à la chose, celle-ci est altérée par cette opération et contient dès lors une part du travail qui appartenait en propre à l'individu. C'est précisément pour cette raison qu'il serait injuste de lui prendre la chose travaillée sans son consentement, puisque cela équivaldrait à un vol de ce travail dont on a la certitude qu'il est la propriété du travailleur. C'est donc que le mélange du travail à la chose opère le transfert de la relation de propriété que le travailleur avait sur son travail vers la chose. Dès lors, il est implicite que l'individu doit avoir le même type de propriété sur ce à quoi son travail a été mêlé, que sur ce travail qu'il détenait en propre avant de le mêler. Or, comme nous l'avons souligné, le travailleur avait une maîtrise absolue sur ce travail qui n'était alors qu'une virtualité ou une intention. Dès lors, et c'est là précisément notre troisième hypothèse, la relation que l'individu avait sur son travail avant de le mêler à la chose étant un rapport de maîtrise aussi parfait que possible (assimilable à une relation de propriété absolue), le droit qu'il acquiert sur ce à quoi il a mêlé son travail doit également être absolu. Ce serait donc de la transitivité présumée de la relation de propriété que viendrait le caractère absolu du rapport de propriété exercé sur la chose à laquelle le travail a été mêlé: car l'individu doit avoir sur la chose un droit identique à celui qu'il avait sur son travail avant de le mêler à la chose.

Il s'agit de noter pour conclure qu'il y a ici une prémisse non explicitée par Locke : pourquoi en effet la relation de propriété est-elle parfaitement transitive¹²⁵ ? Pourquoi donc l'individu devrait-il avoir le même droit sur la chose à laquelle il a mêlé son travail que celui qu'il avait sur son travail en tant qu'il n'était qu'une pure volonté ? Il semblerait au contraire intuitivement correct que le mélange du travail à la chose, c'est-à-dire le passage du statut de virtualité au statut de réalité, implique une altération de la relation de propriété traduite par une perte ou une limitation du contrôle absolu que l'individu avait sur son travail en tant qu'il n'était qu'une intention. En effet, la maîtrise qu'a un individu sur une intention dans son for intérieur et la maîtrise de choses réelles à laquelle des intentions ont été mêlées relèvent d'enjeux très différents, et il ne semble pas absurde de soutenir que la réalisation du travail, ou sa matérialisation dans un monde caractérisé par la coexistence de différentes subjectivités, implique une redéfinition des règles de la maîtrise que l'individu a sur son intention matérialisée en fonction

¹²⁵ Par « parfaitement transitive », nous entendons qu'elle se transfère à l'identique du travail sur la chose à laquelle le travail a été mêlé.

précisément des réquisits de l'intersubjectivité. Il y a donc dans l'argument de Locke un « saut métaphysique » qui est effectué et qui n'est pas justifié, puisque nulle part il ne présente d'argument pour étayer cette idée selon laquelle l'individu doit avoir la même maîtrise absolue sur son travail avant et après qu'il ait été mêlé à la chose appropriée.

Au terme de cette enquête sur l'origine de l'absolu propriétaire, il apparaît donc que le texte de Locke joue un rôle central, quoique probablement étranger aux desseins de son auteur, dans le développement de la conception moderne de la propriété. Son argument, développé avant tout pour légitimer le droit de résister à un souverain illégitime, fournissait certes un argumentaire puissant pour appuyer l'idée que le travail est un titre légitime à l'appropriation, mais ce sont ses commentateurs et interprètes qui vont étendre la portée et les conséquences de cet argument en insistant sur l'idée que la propriété est un droit naturel et surtout *absolu*, avec lequel le gouvernement ne saurait interférer sans trahir son mandat. Une telle affirmation était certes possible car elle était présente en creux dans le texte de Locke, comme le soulignent les trois hypothèses présentées, mais il est probable qu'elle était étrangère à la conception que se faisait le philosophe de la propriété dans la société civile, comme nous l'avons également souligné plus haut.

3. Contrastes finaux

La démarche comparative est aux sciences humaines ce que le laboratoire est aux sciences exactes. Si telle est la vocation même de notre essai, il reste à en réaliser la partie la plus directement expérimentale, prospective, exploratoire.

Notre but jusqu'ici fut de comprendre comment l'absolu caractéristique de la propriété privée dans sa forme moderne a été construit et s'est imposé tout à la fois dans la continuité et contre ses pré-supposés dogmatiques chez les anciens. Plutôt qu'une généalogie, dont il eût été vain de prétendre embrasser toutes les étapes, nous avons opté pour une comparaison terme à terme de la propriété des anciens et des modernes, dont il reste à tirer quelques réflexions qui se présenteront sous la forme de sept contrastes. Quels pré-supposés, quels implicites, la démarche permet-elle de dégager dans l'ordre des représentations relatives à la manière dont se définissent les relations des hommes aux choses (quels hommes ? quelles choses ? et quelles interactions entre les uns et les autres ?), dans chacun de ces deux imaginaires, non tant par-delà leurs différences incommensurables que de manière à mettre l'horizon d'incommensurabilité entre les anciens et les modernes lui-même à l'épreuve ? C'est à cette tâche que s'attellera cette dernière partie.

Et pour commencer, une première objection liminaire traverse probablement l'esprit du lecteur : l'horizon d'incommensurabilité, le point de rupture, n'est-il pas à situer entre Locke et nous, plutôt qu'entre les anciens et Locke, attendu les restrictions que la soumission du propriétaire lockéen aux « lois divines » impose effectivement à ce dernier, limites devenues depuis lors problématiques. Or, à bien y réfléchir, le point critique est bien à situer entre les anciens et les « modernes » (à partir de Bartole achevé par Locke), dans la mesure où les anciens ne se souciaient précisément pas de penser l'incompatibilité supposée de limites à la propriété avec le caractère absolu d'une jouissance « individuelle » dont l'idée leur était étrangère¹²⁶. La conception de la propriété à rebours de toute limite pensable à l'étendue de la jouissance qu'elle procure, en somme, est déjà le produit d'une élaboration *moderne* de celle-ci (de Bartole à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

A. La genèse technico-philosophique du concept de propriété

Pour commencer, il s'agit de souligner combien les conceptions romaine et moderne de la propriété sont tributaires du contexte qui a prévalu à leur genèse. En droit romain, la propriété s'affirme à l'occasion d'un conflit où s'opposent deux revendications symétriques et contraires relativement à une même chose. Elle est pensée comme une technique d'appropriation dont l'action en revendication constitue l'archétype. La propriété y est donc juridiquement *latente* tant qu'elle n'a pas à être extériorisée sur la base des modalités rituellement définies de l'action en revendication (ou de l'acte juridique)¹²⁷. C'est cette possibilité toujours actuelle que signifie juridiquement l'opposition du *corpus* aux *iura*, le terme *corpus* désignant non la chose à raison de sa nature matérielle mais la faculté constante de soutenir le défi de son appartenance exclusive face à quiconque. Cette technique inscrit donc le propre sur l'axe d'un antagonisme à égalité entre deux prétentions incompatibles. Il s'ensuit que le lien juridique que sous-tend la propriété romaine n'est donc pas établi de l'homme à la chose mais de la chose aux personnes qui la désirent et en cela s'excluent réciproquement¹²⁸.

¹²⁶ La propriété romaine, on le rappelle, n'étant pas qualifiée comme un *ius*, un « droit », l'objet de notre réflexion est précisément de voir comment et dans quel contexte les modernes posèrent la question du caractère absolu de la propriété, plutôt que de réfléchir à son fondement philosophique et politique, et donc aux limites qui le constituent, ou pas (ce qui nous amènerait en effet à situer la rupture au XIX^e siècle).

¹²⁷ L'affirmation d'appartenance selon le rite de la *vindicatio* étant commune au procès et aux actes juridiques de l'ancien droit civil (mancipation, *in iure cessio*), comme nous l'avons vu.

¹²⁸ La chose (*res*) elle-même empruntant à la figure de l'antagonisme (dont elle est le prétexte) sa valeur de chose en *litige* (*lis*), chose mise en *cause* (*causa*, « procès »), selon la signification du terme *res* dans l'ancien latin pontifical, la chose saisie par le droit étant *res de qua agitur*,

De ce caractère technique il résulte que la propriété romaine est interpersonnelle, « relative », au sens où elle n'a vocation à s'affirmer que dans les rapports réciproques des citoyens et ne constitue pas une essence dont le droit devrait s'inquiéter du fondement ou définir l'étendue. L'opposition jurisprudentielle du *corpus* et des *iura* opère l'adaptation de cette configuration procédurale dans l'ordre du concept, la propriété n'y apparaissant pas comme un droit dont les choses sont susceptibles de faire l'objet mais comme la chose saisie au lieu d'une appartenance exclusive.

Cette donne change à partir des glossateurs, qui définissent la propriété en la qualifiant comme un droit *de* l'homme sur la chose, basculement accompli dans la société médiévale sur fond de conceptions théologiques que précipitera l'École du droit naturel moderne, tel que, de rigoureusement technique qu'elle fut à l'origine, la propriété se gonfle d'une compréhension philosophique analogue et parallèle à celle qui travaille par ailleurs la notion de personne elle-même.

Chez Locke, la propriété est en effet un pur produit de la spéculation philosophique, n'émergeant pas du droit tel qu'il est pratiqué mais d'une argumentation ancrée dans le droit naturel visant à légitimer le droit de résister à un souverain illégitime. La propriété lockéenne autorise et précède ainsi conceptuellement la disposition qu'a l'individu de la chose. C'est même parce que la propriété se conçoit indépendamment de son affirmation contre autrui que son titre est réputé conférer un pouvoir de maîtrise, un faisceau de prérogatives positives sur les choses appropriées. En d'autres termes, loin d'une maîtrise souveraine effective mais appelée à se dilater (quant à son étendue matérielle) dans le silence du droit positif en droit romain, l'affirmation théorique de l'existence du droit de propriété précède et justifie la maîtrise de l'individu propriétaire sur sa chose pour les modernes.

En affirmant que l'homme est propriétaire de son corps et de son travail, et que cette propriété absolue qu'il a sur ceux-ci peut se transférer aux choses et à la terre, Locke achève le basculement médiéval du rapport « hommes - choses ». Non seulement il consacre la propriété privée comme *ius* (un *ius* dont la substance est désormais philosophique), mais il lie celui-ci à l'individu d'une manière qui prolonge et encadre autrement l'imaginaire théologique des romanistes médiévaux.

Le rapport de l'homme à la chose qui chez les Romains était suscité de manière adventice, au creux d'une structure de pouvoir et d'appartenance dont l'axe ne reliait pas l'homme et les choses mais les hommes entre eux se disputant les choses, s'invente ici comme un droit

chose « dont s'agit », saisie par la controverse dans laquelle elle est posée (*res in controversia posita*). Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine », *op. cit.* n.92.

naturel, c'est-à-dire un droit consubstantiellement attaché à la figure de l'individu propriétaire dont Macpherson a pu, à raison, dépeindre l'émergence dans la modernité anglaise.

B. De la chose appropriée (corpus) au droit sur une chose (ius in re) : l'évolution du concept de propriété et son extension ontologique

La structure relationnelle de la propriété romaine (traduite dans l'ordre du concept par l'opposition dogmatique entre le *corpus* et les *iura*) connaît donc au moyen âge une évolution de fond, où, de manière générale, l'effort des romanistes a consisté à se dégager du schéma de pensée romain par actions¹²⁹. Si, à l'occasion, la propriété est devenue un droit, la chose elle-même a corrélativement changé de statut.

En droit romain, l'opposition entre les choses corporelles et incorporelles montre que, n'étant ni la chose à raison de sa nature matérielle, ni les droits dont les choses sont susceptibles de faire l'objet (droits réels et droits de créance), la propriété est la pierre d'angle du système des droits patrimoniaux.

Certes, les litiges ou les cas du Digeste se rapportent le plus souvent à des choses corporelles, d'une manière prévisible dans une société et une économie anciennes où les créances sont, en règle, incessibles. Mais, la qualification du propre étant fonction d'une appartenance exclusive dont la chose est l'occasion, la propriété romaine, le concept opératoire qu'elle configure peut parfaitement se concevoir à propos de choses incorporelles, comme l'atteste l'emploi technique du mot *corpus* pour désigner une succession, ou encore les expressions du droit classique *dominium ususfructus* ou *dominium servitutis* (propriété de l'usufruit ou d'une servitude). Il demeure que cette structure qui qualifie la propriété s'applique d'abord à des choses matérielles en droit romain, même si elle peut virtuellement s'appliquer à tous types de choses.

La situation se complique au Moyen Âge, en particulier avec Bartole qui, en faisant de la propriété un *ius*, a corrélativement provoqué un changement de statut de la chose, qui acquit, à l'image inverse de l'homme nouvellement investi d'un droit sur celle-ci, la qualité passive d'étendue offerte à la liberté et à l'activité raisonnable du premier. Bartole a donc contradictoirement et irrémédiablement associé et dissocié tout à la fois les hommes et les choses en concevant la propriété aux pôles d'un axe où campent deux natures aussi opposées l'une de l'autre que le droit l'est du

¹²⁹ M. KRIECHBAUM, *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts*, Ebelsbach, Aktiv Druck & Verlag GmbH, 1996.

fait : la propriété (*dominium*), d'une part, qui est un droit (*ius hoc dico*, insiste Bartole), et la chose (*res*), d'autre part, qui est de fait, telle étant bien la différence (*ius hoc dico ad differentiam ipsius rei corporalis quae est facti*, « C'est un droit, oui, à la différence de la chose corporelle, qui appartient au fait »).

Il y a là comme un paradoxe. À la fois la propriété comme *ius* se détache *essentiellement* de la chose qui en est l'objet, Bartole préparant ainsi le *grand partage* entre les sujets et les objets qui prendra toute sa mesure à l'époque moderne¹³⁰, mais en même temps elle se rive à la chose corporelle (précise Bartole : *ius de re corporali perfecte disponendi*) au point d'être finalement conçue comme un bien corporel elle-même (meuble ou immeuble), bien corporel unique en son genre au demeurant¹³¹. La propriété se pensera dès lors à partir d'une matrice de maîtrise des biens corporels, toujours soumis à la nécessaire emprise d'un sujet.

Faire de la propriété un bien corporel, le seul bien corporel, fut source d'un renouvellement en profondeur de la tradition du droit civil. On mesure ainsi que, si Michel Villey a considéré à bon droit que la propriété romaine n'était pas un droit (à savoir, selon Gaius, une chose incorporelle), il n'a pas moins subi indûment l'influence de la doctrine médiévale en croyant devoir l'identifier en conséquence à la chose corporelle elle-même.

Du geste de Bartole il résulta que la propriété a vu sa focale se déplacer depuis la structure d'appropriation telle que l'ont pensée les Romains (structure pérenne par ailleurs, ce que l'action en revendication vient rappeler dans l'hypothèse toujours sous-jacente d'un procès) vers les prérogatives du propriétaire sur une chose matérielle (usage et jouissance), prérogatives définies positivement et présentées comme absolues (*ius perfecte disponendi*), sauf ce que la loi interdit, à la différence des autres droits réels dont le contenu est par rapport à elle « limité ». Dès lors qu'elle se définit comme le fait d'user et d'*avoir* la chose (à savoir, selon la manière dont les Romains se représentaient la possession), la propriété médiévale est rabattue sur la possession d'une chose corporelle. Loin que l'empire d'une maîtrise souveraine se dilate dans le creux d'une structure d'appropriation juridiquement qualifiée en droit romain, la propriété devient positivement un droit à la maîtrise d'une chose corporelle avec Bartole.

Le paradoxe est cuisant dès lors que la modernité a vu se multiplier les objets immatériels de la propriété, cette propriété qui va se dématérialisant de manière toujours plus radicale avec l'essor de l'économie

¹³⁰ B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La Découverte, 1997 [1991].

¹³¹ P. PICHONNAZ, « *Res incorporales et possessio iuris* », *op. cit.* n.63, p. 107.

financière, ce que le geste de Bartole permet de comprendre alors même qu'il se trouve aussi à l'origine des difficultés de doctrine attachées, contre la logique romaine du propre, à l'idée d'une propriété confondue avec la chose *corporelle* qui en constitue l'objet. Car à partir du geste bartolien, lorsque la propriété devient un *ius* à part entière, elle devient aussi une entité conceptuelle potentiellement distincte de la chose saisie au lieu d'une appartenance exclusive, avec laquelle elle faisait auparavant *corps* (au sens où le *corps* romain désigne la chose en tant qu'elle est « à moi », au lieu d'une structure de pouvoir, et non à raison de sa nature corporelle). Pour les modernes, la propriété ne se pense plus à partir de la chose, mais à partir du droit à la maîtrise de la chose. Devenue un droit sur la chose, la propriété est donc une entité que l'on peut conceptuellement distinguer de celle-ci.

Dès lors, le titre de propriété, en tant précisément qu'il n'est pas la chose, est susceptible de devenir l'objet d'échanges indépendants de la chose corporelle qui en constitue l'objet « originaire », dont la gestion quotidienne peut très bien demeurer inchangée alors même que les titres qui lui sont liés peuvent être échangés à très haute fréquence. Il en va par exemple ainsi sur le marché des obligations, où l'on échange littéralement des promesses de vente à une date et à un prix déterminés, sans que la gestion de la chose n'en soit particulièrement affectée. Dans la mesure où le titre de propriété ne s'identifie plus à la chose *corporelle* appropriée (la chose appropriée étant le produit financier dérivé, qui n'est plus la chose corporelle), il devient encore possible de le démembler ou de le fragmenter, et d'user de ces droits multiples comme autant d'entités conceptuelles distinctes, ayant une valeur propre. Cette valeur du titre est certes basée sur la valeur de la chose, mais en est relativement indépendante dans la mesure où il s'agit avant tout d'estimer la valeur future ou virtuelle d'un titre de propriété qui précisément n'implique pas la maîtrise matérielle directe et immédiate de la chose à laquelle il est lié. Il en va par exemple ainsi lorsque le ou les propriétaire(s) d'une entreprise met en vente des actions correspondant à autant de parts de la propriété de ladite entreprise : il vend véritablement des fragments de son titre de propriété, eux-mêmes susceptibles d'être revendus en fonction des spéculations sur la valeur future réelle de ces titres¹³². De la même manière, la crise des *subprimes* a montré que la propriété d'une maison, et la propriété du crédit qui a permis d'acheter ladite maison (ainsi surtout que la propriété du droit d'ultimement en exiger la vente pour rembourser le crédit), sont des choses distinctes. Sans même que les « propriétaires » de la maison en soient informés, leur crédit peut être titrisé et échangé sur des marchés financiers dont on

¹³² Il faut noter que si le propriétaire original conserve plus de 50 % des parts émises, il conserve en fait la maîtrise réelle sur l'organisation et la gestion de son entreprise. Qu'a-t-il alors vendu sinon des titres de propriété en réalité dénués de tout pouvoir propriétaire ?

comprend alors qu'ils n'organisent pas tant l'échange des choses elles-mêmes que l'échange de « dérivés », dont la valeur dépend souvent plus de la spéculation sur ces marchés que de la valeur des choses auxquelles sont liés ces « dérivés ».

Un tel « démembrement » des valeurs mobilières est étranger en tant que tel à l'économie de la cité antique. Or, par-delà l'évolution contraire engagée en doctrine à partir de Bartole, la dématérialisation des objets de la propriété n'a fait, à bien y réfléchir, qu'étendre le champ d'opération de la propriété exclusive, à la romaine, telle qu'elle regagna du reste sa place au faite du système du droit positif dès les humanistes et surtout avec la Révolution française.

En droit romain, certes, pas même dans le cas de la nue-propriété d'une chose grevée d'usufruit, on ne vend une propriété indépendamment de la chose elle-même, mais, par contre, le propre immatériel conserve de sa qualification romaine le rapport d'exclusivité auquel prétend son titulaire sur le produit de sa négociation : tel produit dérivé conçu distinctement de la chose en tant que telle, mais non moins soumis à un même mécanisme propriétaire.

L'évolution moderne vers la dématérialisation de la propriété, et la dissociation croissante entre chose (corporelle) et droits sur la chose qui en est l'expression, est donc révélatrice des croisements de la tradition, entre distinction bartolienne de la propriété comme un *droit* détaché théoriquement de la chose corporelle, et conception romaine d'un rapport d'exclusivité et de disponibilité juridique dont la qualification est indépendante de la nature de la chose. Alors que la dématérialisation de la propriété a pu opérer sur le terrain des opérations marchandes sans s'embarrasser des difficultés théoriques qu'impliquait pourtant sa restriction (controversée) aux choses corporelles dans la doctrine des droits codifiés, la structure romaine de relation exclusive et rivale a par contre pu sans difficultés s'étendre à ces objets nouveaux élaborés sur la base de techniques financières.

Même livrée aux opérations de la finance, la propriété qualifie toujours un rapport d'appartenance exclusive et un pouvoir discrétionnaire de disposition, sous l'angle donc de l'aliénabilité, entre les acteurs de ce commerce, l'expression juridiquement qualifiée d'une structure d'exclusivité et de pouvoir. Les modernes s'inscrivent donc bien dans la continuité d'un mécanisme propriétaire inventé à Rome, dont ils explorent des virtualités ignorées de ses créateurs dans l'ordre économique, mais que la notion de *corpus* basée sur l'appartenance exclusive (ou celle de *dominium* basée sur une décision souveraine) n'excluait pas juridiquement. Au long de l'histoire du droit de propriété, on a donc assisté à une permanence dans la structure

du concept, qui s'est offert à une extension ontologique des entités susceptibles d'être appropriées.

D'un point de vue ontologique, le fait que la propriété de la chose est devenue pensable indépendamment de celle-ci a constitué un jalon important sur le chemin de cette dématérialisation extrême de la propriété, laquelle du reste mobilise aussi les techniques du droit des contrats et des obligations¹³³. Mais il est plus inattendu d'observer que, *in fine*, une telle évolution vers les propriétés immatérielles présente moins de contradiction avec la propriété romaine qu'avec les présupposés théoriques (bartoliens) de la propriété moderne dans les droits romano-canoniques. Il reste à savoir où s'arrêtera l'extension ontologique, virtuellement infinie, des objets susceptibles d'être appropriés.

C. Quelle antériorité ? Droit civil ou droit naturel

L'inversion pure et simple de la position de la propriété par rapport au politique, à la cité ou au gouvernement civil, voire à la société elle-même, offre un autre contraste à nos réflexions.

La cité est l'horizon indépassable de la propriété « privée » en droit romain. Selon le droit civil (*ius civile*, réservé aux citoyens romains, à distinguer du *ius gentium*, droit commun aux nations basé sur la raison naturelle), tout droit est par définition attaché à la qualité de citoyen. De plus, comme la plupart des anciens, les Romains considéraient que les citoyens capables de se suffire à eux-mêmes (donc propriétaires) étaient les plus précieux pour la communauté, seuls les riches étant véritablement intéressés au salut de la cité et ayant à cœur, en cas de guerre, de la défendre (principe du couple citoyen-propriétaire/soldat)¹³⁴. Le recensement quinquennal détermine ainsi sur une base censitaire la position du citoyen dans les hiérarchies civiques, tout à la fois fiscales, militaires, politiques, et, *via* la déclaration d'éloge ou de blâme qui l'accompagne et en réalise l'essence, sociales ou *morales*. Enfin, l'organisation juridique du propre est limitée à un certain type de socialité, qui n'a vocation à s'exercer que certains jours de l'année (les jours fastes, *infra*), donc sans préjudice des solidarités et des modes traditionnels de la réciprocité basés sur le don et le contre don par les circuits desquels opère la redistribution de la richesse, qui, à son tour, vaut à son propriétaire gratitude, influence et prestige dans la société (cette manifestation sociale de la puissance que signifie étymologiquement le mot *dominium*). Ainsi, à Rome, le politique précède la propriété, et il est évident pour tous que celle-ci n'a de sens que par son inscription politique, sociale et économique au sein de la Cité.

¹³³ A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Préface de H. Synvet, Paris, Economica, 2010.

¹³⁴ Cl. NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, Gallimard, 1976.

Dans le texte de Locke, comme il est bien connu, le droit à la propriété privée précède, inversement, l'institution politique. C'est même tout l'enjeu de l'articulation de sa théorie de la propriété au droit de résistance. Il s'agissait pour Locke, dans le contexte de la crise de l'exclusion, de montrer que la propriété privée préexiste au politique, et que c'est précisément en raison de cette préexistence que le pouvoir politique légitime est contraint par ce droit naturel.

Inversant la logique des hiérarchies inhérentes aux communautés anciennes, Locke pose le politique à partir des droits que les individus ont sur leur vie, leur liberté et leur propriété, autant de droits qu'ils veulent sauvegarder en entrant en société et qui délimiteront l'étendue de l'action légitime du gouvernement. Il est ainsi significatif que, si Cicéron et Locke partagent l'idée que l'entrée en société des hommes est motivée par leur désir d'assurer une meilleure conservation de leurs biens¹³⁵, le premier n'en déduit pas que la société serait elle-même un objet dont les associés puissent disposer par un pacte en leur qualité *initiale* de propriétaires libres et rationnels.

L'opposition entre ces deux univers est donc ici très claire : homme discret et propriété déliée au fondement du contrat social en amont de toute inscription politique ou sociale préalable, droit naturel dont l'individu est la source et la fin, chez Locke ; *versus* homme inscrit dans des groupes d'appartenance (cité, famille, etc.) et propriété liée, ressort de l'intégration civique (participation militaire et politique) et de l'insertion sociale et économique (redistribution de la richesse et prestige social), chez les Romains.

D. Une appropriation différenciée sur fond de vacance

Dans ces deux univers si différents, l'imaginaire de l'appropriation dessine un horizon commun, une fiction de vacance où les choses sont sans maître, ou réputées telles, toute la question étant de savoir comment et pourquoi elles peuvent (ou ont pu) passer sous le contrôle de ce citoyen/individu-ci plutôt que de tel autre ? Quelle action, en vertu de quel principe de justice, peut justifier l'appropriation d'une chose ? Et quelle place y tient la vacance originaire, réelle ou fictive, des choses ? Les registres sous lesquels se décline l'appropriation originaire à Rome et dans la modernité n'ont à peu de choses près de commun que cet horizon d'une vacance originaire, qui se décline avec des nuances considérables. Il est à

¹³⁵ CICÉRON, *Off.* 2.73 « La conservation de ce qui est à soi (*ut sua tenerentur*) fut la raison principale de la constitution des républiques et des cités. Il est vrai que la nature pousse les hommes à s'assembler (*duce natura*), mais l'espoir de la sauvegarde de leurs biens (*spe custodiae rerum suarum*) est la protection qu'ils demandent aux villes ».

ce titre intéressant d'explorer le fossé qui sépare les modernes, dont la réflexion théologique se mesure à l'aune du don que Dieu fait du monde aux hommes *en commun*, et les Romains, pour lesquels il s'agit bien plutôt d'apprécier comment entrent dans la sphère du droit les choses qui jusqu'au paravant y échappaient.

De plus, à l'échelle même de l'Antiquité, une distinction précise apparaît entre l'ancien droit civil, dont les formules situent l'horizon de vacance dans l'ordre des rapports entre les concitoyens exclusivement, et le droit romain classique (I^{er} – III^e s. ap. J.-C.), où la réflexion des juristes désormais formés à la philosophie convoque la nature sur la question de l'origine historique du *dominium*, d'une manière dont l'École du droit naturel moderne, en particulier, saura se souvenir¹³⁶. Nous verrons à cet égard, que, étonnamment, sous le rapport à la vacance, un lien plus étroit s'établit de Locke à l'ancien droit civil qu'au *ius gentium* des classiques.

1. La vacance originaire dans l'ancien droit pontifical

Nous savons que la séquence de la *legis actio sacramento in rem* sous le régime ancien des actions de la loi présente l'appropriation sous le registre symbolique de la conquête et du butin, comme l'atteste l'usage de la *festuca*, la baguette imposée par chacun des plaideurs à la chose litigieuse en guise de lance (*hasta*, symbole de l'*imperium*) et comme signe de l'appropriation des choses « réputées être par excellence à soi (*maxime sua esse*) d'une juste propriété (*iusto dominio*) », selon le commentaire de Gaius (4.16), à savoir celles qui ont été prises aux ennemis (*ex hostibus*).

Les pontifes étaient donc apparemment moins pusillanimes que Locke qui, à l'instar des jusnaturalistes, élimine la conflictualité de l'appropriation originaire (voir aussi le contraste suivant) : ils voyaient clairement que, la propriété ayant part à l'action, elle procède du choix assumé en connaissance de cause d'un risque apparemment évitable, au point même qu'ils ont pris appui sur cette réalité réciproque, mimétique¹³⁷ ou

¹³⁶ A. J. ARNAUD, « Réflexions sur l'occupation, du droit romain classique au droit moderne », *RHDFE*, 1968, 46, p. 183-210.

¹³⁷ Nous utilisons cette fois l'adjectif au sens moderne défini par René GIRARD dans la locution « désir mimétique » (et non, comme dans le corps du texte [n.35], au sens des anciens, notamment dans la *Poétique*, où ARISTOTE évoque par l'expression « *mimésis* de l'action » un mode de l'énonciation à la première et à la deuxième personne) : un désir non objectal, au sens freudien, dont le rapport s'établirait entre la chose et l'homme qui la désire pour ses qualités propres, mais un désir qu'inspire l'imitation de celui qui la possède ou la désire lui-même. R. GIRARD, *Mensonge romantique et vérité romanesque*, Paris, Grasset, 1961.

agonale¹³⁸, du propre, pour en concevoir le dispositif juridique dans les rapports entre concitoyens.

Les choses relevant du *mancipium*, les *res Mancipi* (à savoir les choses dont il y avait anciennement propriété, *mancipium*), en témoignent également. Les plus anciennes d'entre elles, outre les esclaves (qui nous situent dans le même registre du butin), sont en effet les grands quadrupèdes domestiques, à savoir les animaux qui, nous dit encore Gaius (2.16), se domptent par le col et le cou (*collo dorsove*). Le domptage fait acquérir la propriété (*mancipium*) sur l'animal à celui qui l'a soumis à sa volonté. La qualification de ces *res Mancipi* n'est donc pas fonction de la capture d'un animal sauvage (comme *res nullius*), de sa prise de possession, mais spécifiquement du domptage¹³⁹. Son ressort est ainsi à situer dans le registre de la puissance, notion sociale qui résulte du prestige physique et moral résultant, pour l'homme, de la suprématie qu'il manifeste dans un rapport de force (victoire à la guerre et domptage des grands animaux)¹⁴⁰.

Aux origines de la tradition civile, dans l'ancien droit pontifical, l'horizon de vacance sur fond duquel se détache la figure juridique du propre ne consiste donc pas à imaginer l'homme seul face à la nature mais, d'emblée, le citoyen inséré dans la communauté civique, face à des semblables et des égaux. La possession (condition de l'acquisition d'une *res nullius*) est ainsi deux fois insuffisante au regard de la qualification civile du propre : sous le rapport à la revendication comme affirmation d'appartenance, la chose litigieuse n'étant précisément pas vierge d'une appropriation antérieure (d'où la fiction qu'elle l'est par analogie avec les *res hostiles*, donc avec la guerre et le butin, appliquée à définir étrangement le type de la relation juridiquement ordonnée entre concitoyens) ; et sous le rapport aux *res Mancipi*, qui montre que la nature sauvage est à la possession ce que la lutte et le prestige (le domptage) est à la propriété.

¹³⁸ Conformément à l'étymologie de la racine indo-européenne du verbe latin *agere*, cf. grec *agôn*, « [assemblée avec] concours » ; fr. « agonale (d'après l'étymon latin), agonistique (d'après le grec *agôn*) ».

¹³⁹ Du reste, les animaux indomptables, *ferae bestiae*, comme les ours et les lions, sont *res nec Mancipi*, ainsi que le souligne GAIUS, de même que ceux que leur docilité permet de soumettre sans domptage (les ovins notamment). Leur cession se fait donc par une simple tradition (transfert de la possession, mode de *ius gentium*).

¹⁴⁰ Sur ceci : J.-H. MICHEL, « La révolution néolithique et l'infériorité de la condition féminine », in *Synthèses romaines, Synthèses romaines. Langue latine - Droit romain - Institutions comparées*, Gh. Viré (éd.), Bruxelles, Latomus, 1998, p. 1-22.

2. La vacance originaire selon le *ius gentium* (droit classique)

En droit classique (I^{er} – III^e s. ap. J.-C.), ce que nous appelons l'occupation (le terme abstrait *occupatio* n'étant pas attesté dans le vocabulaire juridique romain) apparaît comme un mode d'acquisition de la propriété basé sur la possession des *res nullius* conforme au *ius gentium* et à la raison naturelle. Par opposition au *ius civile*, le *ius gentium*, le « droit des gens » (expression qui désigne aujourd'hui le droit international public) est le « droit des nations », et, à mesure que se développe la réflexion juridique sous l'influence de la philosophie grecque, il devient le droit commun à tous les hommes (GAIUS, D. 41.1.1), que la raison naturelle (*ratio naturalis*) arrête entre eux et qui est observé par tous les peuples de la même façon.

Au premier siècle de l'Empire, Nerva le Jeune voit ainsi dans la *possession naturelle*, dont la capture des animaux sauvages lui apparaît à son époque le *vestige*, l'origine historique du *dominium* : « La propriété (*dominium*) des choses a commencé par la possession naturelle, selon Nerva le Jeune, qui en voit encore un vestige (*vestigium*) dans la capture des choses prises sur terre, sur mer ou dans le ciel, de sorte que les premiers qui en ont pris possession en deviennent aussitôt propriétaires. De même, les choses prises à la guerre, l'île née en mer, les gemmes, les pierres et les perles trouvées sur le littoral, appartiennent au premier qui en a obtenu la possession »¹⁴¹. Cette opinion nous inspire deux remarques : il s'agit d'une part de souligner le décalage déjà évoqué avec les formules du *ius civile*, où le système de la propriété repose, au contraire, sur une affirmation solennelle d'appartenance relativement à une chose déjà appropriée et insérée dans le circuit juridique des échanges, fût-ce sous le couvert qu'elle ne l'est pas, dans le cadre d'actes et d'actions configurés juridiquement, formellement, au lieu d'une acquisition « originaire » (et ce même alors que l'opération économique, dans le cas de la mancipation par exemple, réalise au fond un transfert de propriété contre paiement, une vente au comptant) ; d'autre part, quant à la nature de l'évolution parcourue, on note que là où le droit pontifical fonde la propriété sur le prestige que vaut au citoyen son aptitude à se rendre maître d'une chose par la parole (au risque du procès) ou par le combat (butin, domptage) face à autrui, le droit classique imagine une nature pourvoyeuse de choses que l'homme s'approprie *sans risque*, ou sans que le risque soit pensé comme un ressort de l'action, un élément de la psychologie du propre (d'où son aspect

¹⁴¹ D. 41.2.1 *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur : nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.*

irénique, qui sera généralisé chez les modernes, développé au contraste suivant). Le schéma, dont l'écho sera considérable dans les débats modernes, d'une forme d'appropriation originaire dont *les autres* ont disparu¹⁴², on le voit, est déjà en place en droit romain classique, face à face de l'homme et d'une nature offerte à ses prises, même s'il n'y prend pas l'envergure du *grand partage* (Latour) moderne : encore continu, il n'a certes pas vocation à séparer en entités ontologiquement distinctes l'homme (la société) et la nature.

3. Locke et les jusnaturalistes face à la vacance

Si la réflexion de Locke, à l'instar de celle de Grotius, Puffendorf, Filmer et des nombreux autres jusnaturalistes, s'inscrit sur fond d'une nature offerte aux prises de l'homme, le contexte dans lequel elle s'articule n'en a pas moins changé considérablement la donne en raison du référentiel biblique¹⁴³ que revêt désormais la question et que, par la force des choses, les anciens ne partageaient pas¹⁴⁴. La notion de vacance se pose en effet de manière radicalement différente pour les modernes : certes les choses de la nature n'appartiennent à aucun individu en particulier, mais il demeure que, selon le Psaume 24, « la terre et tout ce qu'elle contient, le monde et ceux qui l'habitent » appartiennent au Seigneur. D'autres textes de la Genèse laissent similairement entendre que le problème de l'appropriation ne se pose pas *ex nihilo*, mais doit être réglé en conformité avec les prescriptions de la loi divine, qui stipulent que le monde a été donné aux hommes en commun, pour leur subsistance et leur reproduction. Comment dès lors interpréter cette propriété commune originelle et comment surtout penser l'apparition de droits individuels ? Locke résout ce problème en interprétant le décret divin en Genèse : « Soyez féconds, multipliez, emplissez la terre et soumettez-la » comme une donation à l'homme de son domaine naturel au service de sa propre conservation, c'est-à-dire une

¹⁴² « Le possesseur qui se réclame du sien n'invoque aucun rapport juridique avec autrui. Il ne se réclame que de son rapport à la chose », écrit Yan THOMAS de l'appropriation des *res nullius*, cet « acte juridique impossible, mais nécessaire pour penser le droit » : Y. THOMAS, « L'institution juridique de la nature (remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome) », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1988, 6, p. 30.

¹⁴³ Contexte d'une révélation qui, d'après l'exégèse qu'en fit le christianisme, n'est autre que la révélation de l'homme, désormais campé au principe de la culture et même, par les modernes, au centre et à l'origine du droit positif.

¹⁴⁴ Pour de plus amples détails sur la réflexion jusnaturaliste sur la propriété de la terre, voir : P. GARNSEY, *Penser la propriété*, op. cit. n.13, p. 138 et s. De même, sur fond des réflexions des théologiens de la seconde scolastique : M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques*, op. cit. n.91.

communauté « négative » dans laquelle chaque individu a un droit égal à s'approprier les choses vacantes par son travail¹⁴⁵.

Par contraste avec les Romains, l'horizon de vacance dans lequel l'appropriation devient possible n'est donc pas *immédiatement* une vacance, soit une simple fonction de l'abondance¹⁴⁶, mais bien une communauté originaire, fût-elle négative (les « choses communes » n'appartenant à personne individuellement)¹⁴⁷, puisqu'il y a *déjà* un propriétaire¹⁴⁸, un premier *dominus* des choses, le Dieu qui crée l'homme à son image et l'investit par donation de la création elle-même, à savoir un monde *tout entier fait pour l'homme* où celui-ci est par droit naturel *dominus* lui-même de tout ce que Dieu a fait pour lui¹⁴⁹.

La distance avec les anciens apparaît à l'aune de l'idée similaire que son génie inspire à Sénèque, dans les *Bienfaits* (4.28.3), d'un don fait par Dieu (au singulier)¹⁵⁰ à l'ensemble du genre humain (*in universum humano generi*) des choses qui ne peuvent être accordées à certains sans l'être à tous, donc sans exclusion de personne et indépendamment du mérite de chacun (le jour, le soleil, les saisons, la pluie, les sources et les vents) : d'une part, la « donation » se limite à certaines choses identifiées à raison de leur nature, et non à « toute la terre et ce qu'elle contient » ; d'autre part, l'universalité du genre humain n'est pas envisagée par Sénèque comme formant un sujet collectif investi par promesse d'un monde ayant vocation à lui être soumis en droit (voir aussi *Contraste* n° 6), mais « simplement »

¹⁴⁵ Par opposition à la communauté « positive », dans laquelle chacun a droit à une égale part des ressources ou de la terre en propriété privée, indépendamment de son travail, de son mérite ou de tout autre critère. Sur la différence entre communauté négative et positive, voir entre autres : P. GARNSEY, *Penser la propriété*, *op. cit.* n.13, p. 165-184.

¹⁴⁶ Ainsi, dans le cas des *res nullius*, choses sans maître appropriables par occupation, mais aussi des *res communes omnium*, « choses communes à tous » (l'air, l'eau courante, la mer et son rivage, Marcien, D. 1.8.2^{pr}-1), inappropriables à raison de leur nature : en ce sens, P. BONFANTE, *op. cit.* n.33, p. 52. Cf. : P. LAMBRINI, « Alle origini dei beni communi », *Iura*, vol. 65, 2017, p. 394 et s. (dont l'opinion selon laquelle les juristes romains auraient considéré l'« humanité » destinataire des *res communes* comme un sujet collectif à l'égal du *populus* ou d'une communauté civique nous semble pécher par anachronisme).

¹⁴⁷ D'où l'article 714 du Code civil, réceptacle de la théorie du domaine et vestige de la tradition communautaire du christianisme à l'heure de la proclamation du droit naturel de propriété : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». J. ROCHFELD, « v° Communauté négative, positive, diffuse », in *Dictionnaire des biens communs*, M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), Paris, PUF, 2017, p. 241.

¹⁴⁸ « Qui ne sait que nous ne sommes que les seconds propriétaires de nos biens, Dieu étant le premier ? » : ABBADIE (théologien protestant français) cité par M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques*, *op. cit.* n.91, p. 178. Et de même chez les fondateurs de l'école jusnaturaliste moderne, dont LOCKE : Dieu « *is sole Lord and Proprietor of the Whole World* » (*ibidem*).

¹⁴⁹ M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques*, *op. cit.* n.91, p. 157 ; p. 179 ; p. 197.

¹⁵⁰ *Deus quoque quaedam munera in universum humano generi dedit, a quibus excluditur nemo.*

saisie dans un au-delà des cadres de la cité, où les dons (*munera*) ne sont pas proportionnels au mérite ni ne supposent l'épreuve de la censure et de l'estimation des personnes (*censuram et personarum aestimationem*), tant il est vrai, précise le philosophe, qu'« il y a loin entre choisir et ne pas exclure »¹⁵¹.

Si on compare les trois niveaux, ancien *ius civile*, *ius gentium* en droit romain classique et jusnaturalisme des modernes, du point de vue de la vacance comme horizon sur lequel se détache la figure de l'appropriation, on constate donc une évolution non linéaire : 1) Dans l'ancien *ius civile*, où seule compte la cité, les choses ne sont susceptibles de propriété privée que dans un espace de concitoyenneté qui en constitue le fondement, indépendant de la possession, avec ce paradoxe que le rapport à autrui (à un concitoyen) comme principe et condition de l'affirmation du « sien » est configuré juridiquement sur le modèle d'une acquisition originaire, modèle dont le prototype n'est pas la nature, mais la guerre : ainsi, le butin qu'évoque la *festuca* au cœur de la *sacramenti actio in rem* comme source « par excellence de ce qui est à soi d'une juste propriété » (GAIUS 4.16), compose un modèle où les choses sont conçues dans leur rapport à la propriété à raison non de leur état (de choses à l'état sauvage, vierges de tout rapport antérieur et donc capables de possession), mais de leur soumission à la faveur d'une manifestation unilatérale de puissance ; 2) Selon le *ius gentium*, dont la perspective est étrangère au procès ou à l'accomplissement d'un acte juridique selon le droit civil, les choses de la nature offertes à la prédation, à la capture ou à la récolte sur terre, sur mer ou dans le ciel, sont pensées comme susceptibles d'appropriation originaire par la seule prise de possession, ou « occupation », indépendamment de tout autrui, comme une prérogative venant sanctionner un état de fait auquel échappent certaines choses, qui, à raison de leur constitution physique, demeurent naturellement à l'usage de tous ; 3) Chez les jusnaturalistes, enfin, le référentiel biblique change complètement la donne du creuset « originaire » selon le *ius gentium* des anciens, l'état de nature où les choses sont offertes aux prises de l'homme n'étant précisément plus originaire, attendu la donation à l'homme de son domaine¹⁵², devenu pour lors une *autorité de droit*, un *dominium iuris*, un pouvoir dont le fondement est un « droit *a priori*, qui a de lui-même, et en dehors de toute prise de

¹⁵¹ Trad. J. Baillard.

¹⁵² Tous les hommes ensemble, ou chaque homme en particulier ? Toute la difficulté étant en effet d'articuler l'existence d'un domaine divin, où tous les biens sont communs à tous, avec les droits de chacun (ou de tous les hommes en indivision) à se les approprier. J. ROCHFELD, *op. cit.* n.147.

possession effective, une vocation ou une aptitude à s'étendre sur la totalité des créatures »¹⁵³.

En résumé, la donnée initiale est le citoyen en lutte avec ses semblables pour les choses appropriables¹⁵⁴ selon le *ius civile*, l'homme seul et hors compétition face à une nature « originaire » offerte à la possession selon le *ius gentium*, et l'homme face à une nature qui n'est plus originaire, selon les penseurs de la seconde scolastique et de l'École du droit naturel moderne, situation qui soulève la question du droit inné de chaque être humain à s'approprier toutes choses, et engage ainsi Locke à discerner avec plus d'acuité juridique que ses collègues jusnaturalistes ce qui fonde le droit à l'appropriation privée de chacun *indépendamment de la prise de possession*, d'où sa réflexion sur le travail, qui va nous donner l'occasion de constater que le philosophe est finalement plus proche par l'esprit de son questionnement des préoccupations des anciens pontifes que de celles des jurisconsultes classiques dans le contexte du *ius gentium*.

4. La vacance et le propre

Aux pôles extrêmes de l'arc temporel résumé ci-dessus, un point commun inattendu se révèle : le rapport paraît plus étroit, en effet, entre Locke et l'ancien droit civil qu'entre Locke et le *ius gentium* des classiques, dans la mesure où le philosophe paraît soucieux, lui aussi, de qualifier la propriété distinctement de la simple possession des *res nullius*. Tout l'enjeu de l'argument lockéen est de montrer que la loi naturelle autorise l'appropriation par le travail, et que c'est ainsi que les choses et la terre peuvent passer de la communauté négative à la propriété privée. L'horizon de vacance lockéen n'est donc pas la nature « originaire » mais un espace déjà organisé par la loi naturelle, qui rend les choses communes disponibles à l'appropriation par le travail en sus du préalable de la prise de possession (qui, dans l'idée d'une communauté négative où les choses sont vacantes, devrait pouvoir suffire).

Si Locke innove en cela par rapport aux anciens, pour lesquels le travail ne constitue pas une cause spécifique d'acquisition de la propriété¹⁵⁵, il n'innove pas moins, de manière moins prévisible, par rapport à ses

¹⁵³ M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques*, op. cit. n.91, p. 311.

¹⁵⁴ Toutes ne l'étant pas, ainsi, les *res sacrae* et *publicae* (voir notre dernier contraste).

¹⁵⁵ Ainsi, en cas de *specificatio*, qui est le mode d'acquisition de la propriété des choses issues d'un processus de transformation (de l'huile, *res nova*, extraite d'olives, par exemple), les juristes romains proposent, dès lors que l'artisan transforme des matières premières appartenant à autrui, des solutions à la problématique de la propriété de la *res nova* créée par le travail étrangères au travail identifié comme source d'acquisition, mais en considérant soit la création d'une forme nouvelle, soit la matière dont elle est tirée, soit encore la réversibilité ou non du processus (GAIUS 2.79 ; D. 41.1.7.7). P. BONFANTE, op. cit. n.33, p. 155.

collègues jusnaturalistes. Locke ne se contente pas de l'occupation, la simple possession des *res nullius* pour fonder le principe de l'appropriation privée, en effet, mais il pose le travail comme marqueur et cause de celle-ci. De même, pour les pontifes, la capture des grands animaux domestiques et donc leur possession ne suffisait pas à qualifier ceux-ci comme *res Mancipi*, mais bien leur domptage. Le domptage est ainsi aux pontifes ce que le travail est à Locke, un étalon au service d'une conception de la propriété envisagée dans ses causes comme la plus solide et la plus incontestable (*maxime sua esse*, précise Gaius, tel étant aussi le projet de Locke). Locke apparaît finalement plus romain que Bartole (qui, sous couvert de *dominium*, définit en réalité la possession), ayant le souci de qualifier la propriété distinctement de la possession, non tant, toutefois, comme les pontifes, dans le cadre horizontal des rapports réciproques des citoyens entre eux (relativement), que verticalement, sur fond de la théorie du domaine (absolument).

Or si, du domptage et plus généralement du butin on passe au travail, le type de rationalité qui sous-tend l'appropriation a changé du tout au tout à la faveur de l'opération, comme on voudrait le montrer maintenant.

E. L'appropriation, pratique de guerre ou de paix ? D'union ou de division ?

Dans le texte de Locke, tout se passe comme si l'individu était un Robinson sur son île, sans personne pour lui contester le droit qu'il acquiert sur les choses. Autrui n'apparaît qu'en creux dans le récit lockéen, lorsque le philosophe précise que l'appropriation par le travail est légitime « du moins là où ce qui est laissé en commun pour les autres est en quantité suffisante et d'aussi bonne qualité »¹⁵⁶. Certes, l'ombre de ces *autres* plane sur le cinquième chapitre, mais il n'en demeure pas moins que la figure centrale à partir de laquelle est pensée l'appropriation légitime est un individu isolé dans l'état de nature. Ce qui a pour conséquence de faire passer la conflictualité intrinsèque à l'appropriation privative sous le boisseau, puisqu'il semble implicite que nul autre ne peut légitimement venir contester ce que l'individu s'est approprié par son travail. Toute éventuelle protestation est de surcroît neutralisée par l'invention ultérieure de la monnaie, et par le fait que, l'appropriation se déroulant dans un état d'abondance, celui qui s'estimerait lésé de la possibilité de faire une appropriation similaire peut toujours trouver des terres ou des choses « en quantité suffisante et d'aussi bonne qualité »¹⁵⁷. Dans le récit de Locke, l'appropriation dans l'état de nature est

¹⁵⁶ J. LOCKE, *Le Second traité du gouvernement*, II.27, *op. cit.* n.6, p. 22.

¹⁵⁷ Avec deux paradoxes : un, « le temps du monde fini » (VALÉRY) qui a commencé, ce dont les anciens étaient semble-t-il et étonnamment plus conscients que les modernes, éblouis peut-être par les récentes Grandes découvertes (A.-J. ARNAUD, *op. cit.* n.136) ; deux, que, malgré ses

donc le fait d'un individu isolé, dans un contexte pacifié, où autrui n'apparaît que par défaut. Réactivant à l'échelon philosophique le cadre des *res nullius* par nature en droit romain classique, il plante ainsi le décor moderne par excellence selon lequel, l'appropriation originelle instaurant un rapport solipsiste entre l'homme et sa chose, celle-ci se produit sans que le rapport aux autres propriétaires n'en constitue plus le principe¹⁵⁸, mais la simple limite, déployée paisiblement dans *la citoyenneté et dans la mitoyenneté*¹⁵⁹.

Nous disions les anciens Romains moins pusillanimes que les modernes. La séquence complète de la *legis actio sacramento in rem* montre en effet qu'ils se représentèrent la relation d'exclusivité qu'engage le propre par analogie avec la guerre¹⁶⁰, qu'elle n'est pas par les moyens mis en œuvre, mais par la symétrie de l'antagonisme qui en procède dans les rapports entre concitoyens. Pour emprunter à Aulu-Gelle les mots de son commentaire d'un poème d'Ennius¹⁶¹, elle n'est pas une *vis bellica ac cruenta*, une violence armée et sanglante, mais une *vis civilis ac festucaria*, une violence civile et symbolique (verbale)¹⁶².

Précisons cependant que, si la dimension intrinsèquement conflictuelle de la propriété est reconnue (sur une base rituelle, implicite, et d'autant plus structurante) au principe de sa qualification juridique, il s'agit d'éviter que celle-ci ne menace le type d'union nécessaire à la vie commune

considérents sur la monnaie comme condition de l'accroissement de la propriété, le désir d'accumuler des richesses, comme le note SPITZ, demeure inexplicé dans *le Second Traité* de LOCKE (LOCKE, *Le second traité du gouvernement*, *op. cit.* n.6, p. 194).

¹⁵⁸ La séquence de la *legis actio sacramento* (le *lis inter inimicorum* de Cicéron, v. n. 160) montrant à l'inverse que le conflit et sa logique d'exclusivité participent de la rationalité du propre.

¹⁵⁹ « C'est pourquoi cette liberté, lorsqu'elle se fait emprise sur les choses extérieures (...) ne connaît pour limite que celle des autres propriétaires, dans la citoyenneté et dans la mitoyenneté ». M. XIFARAS, *op. cit.* n.11, p. 480.

¹⁶⁰ Aussi CICÉRON distingue-t-il encore à la fin de la République le litige (*lis*) qu'est la *legis actio* de la simple querelle (*iurgium*), le premier étant à l'hostilité entre ennemis (*lis inter inimicorum*) ce que le second est à l'adversité, à la brouille, où l'intention demeure tendue vers la conciliation : *Rep.* 1, 4 ; Non. Marc. 430 (p. 695). Voir A. RUELLE, « Le regard de la romaniste. La forme normative ou la guerre comme raison du droit », *op. cit.* n.32, p. 793.

¹⁶¹ Aulu-Gelle 20, 10, 10 : « Aussi Ennius a-t-il voulu dire que, contrairement à l'usage devant le préteur, [on ne lutte] pas par les actions légitimes (*legitimis actionibus*) ni en croisant les mains selon le rite (*ex iure manum consortum*), mais par la guerre et l'épée (*bello ferroque*), d'une violence vraie et intégrale (*vera vi atque solida*) ; il paraît avoir comparé cette violence civile et symbolique (*vim illam civilem et festucariam*), qui se dit par les paroles (*quae verbo diceretur*), sans en venir aux mains (*non quae manu fieret*), avec la violence armée et sanglante (*cum vi bellica et cruenta*) ».

¹⁶² De même, dans la cité grecque, où PLATON évoque sous le nom de « procès et de séditions » (*dikai kai staseis*) un art de la guerre qui s'exerce à l'intérieur de la cité et par lequel tous les moyens sont mis en œuvre pour se nuire mutuellement par l'action et par la parole. N. LORAU, *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, Payot, 1997, p. 239.

et ne plonge effectivement la cité dans la guerre civile, la *stasis*. C'est tout le paradoxe du *lien de division* auquel Nicole Loraux a consacré de belles réflexions dans la cité grecque¹⁶³, toute la question également de la fonction rituelle de canalisation et retenue que le droit exerçait (encore) chez les anciens. Certes, la *montée aux extrêmes* (Girard) qu'opère la scénographie de la *legis actio sacramento* aboutit à l'indifférenciation des protagonistes acharnés à *faire* la différence l'un contre l'autre et qui, par là-même, sont pris à une surenchère mimétique dont le principe conduit « mécaniquement » à la volonté d'anéantissement de l'adversaire comme signe de la victoire (figure de l'hostilité). Mais elle n'est pas moins engagée sur la base de modalités rituelles rigoureuses et contraignantes auxquelles les deux plaideurs acceptent de commun accord de se soumettre (figure de l'adversité). C'est au fond l'idée que la résolution de la crise¹⁶⁴ en passe par son exacerbation systématique, idée exprimée déjà par Solon qui, en cas de *stasis*, imposa à chaque citoyen de prendre parti sous peine de perte de ses droits civiques¹⁶⁵.

On se contentera à cet égard d'une seule remarque : la cartographie du lien social à Rome montre que le droit, sa rationalité spécifique, n'absorbe pas toute le champ des pratiques normatives, mais une zone définie de celles-ci sur la base du calendrier public.

Le calendrier public distribue en effet les jours de l'année selon le type d'activités qui y a cours, distinguant les jours fastes (235 jours environ), ouverts à l'activité humaine en général, juridique en particulier (procès et assemblées politiques délibérantes), et les jours néfastes, réservés aux rites et aux cérémonies du culte public. L'essentiel est de voir que de part et d'autre de cette ligne de partage s'engagent deux rationalités opposées du lien social et de l'échange, selon le type de parole qui y a cours : la parole contentieuse du droit, ouverte à la contradiction à égalité (à l'adversité, sinon, par la surenchère propre à la *sacramenti actio in rem*, à l'inimitié déclarée, à l'hostilité), et la parole conviviale et festive, communautaire par essence, des sacrifices publics.

En d'autres termes, si la conflictualité propre aux archétypes du droit est, nonobstant son encadrement rituel ou plutôt grâce à lui, effectivement subversive, le lien social ne s'y réduit pas pour le tout, mais il réserve des

¹⁶³ *Ibidem* ; voir aussi E. TERRAY, « Un anthropologue africaniste devant la cité grecque », *Opus*, t. VI-VIII, 1987-1989, p. 24.

¹⁶⁴ Née de l'impasse que solennise le rite, à avoir la mise en présence de « deux prétentions contradictoires qui, toutes deux, ont droit à la protection du groupe. Il y a là, comme l'écrit Henri Lévy-Bruhl, quelque chose de scandaleux et d'intolérable ». H. LÉVY-BRUHL, *Le très ancien procès romain*, Rome, Sirey, 1952, p. 15.

¹⁶⁵ ARISTOTE, *Constitution d'Athènes* 8.5 ; N. LORAUX, *op. cit.* n.162, p. 100.

zones indemnes de ses mécanismes. Envisager la place du droit comme phénomène *sui generis* produit par la société, mais à laquelle il ne se superpose pas, répond ainsi à l'exigence soulignée par le doyen Carbonnier de comprendre les soubassements sociologiques de la propriété afin d'en restituer l'esprit¹⁶⁶, soubassements que la conception solipsiste de Locke et des modernes rendent *a priori* nettement moins transparents.

Or la nuance est sensible, comme en atteste la distinction hégélienne entre le *citoyen* et le *bourgeois*, à laquelle correspondent précisément deux logiques : l'une, fondée sur la surenchère aristocratique de la lutte à mort, et l'autre, sur l'éthique du travail. La propriété, écrit Paul Jorion, « est fondée sur la disposition du guerrier à dire : "Ceci est à moi", et à le défendre au prix de sa vie si nécessaire » ; et, citant Kojève : « L'"occupant" – en particulier le "premier occupant" – n'a un droit de propriété que dans la mesure où il est censé vouloir risquer sa vie en fonction de la chose qu'il "occupe", tandis que les autres sont censés refuser ce risque pour la chose "occupée". (...) Un voleur, brigand, etc., peut risquer sa vie en fait. Mais ce risque n'est pas son but. Et c'est pour la possession qu'il risque sa vie, non pour la propriété. Il risque donc sa vie en animal et c'est pourquoi ce risque *ne crée aucun droit* »¹⁶⁷.

F. Un autre absolu

Enfin, et c'est peut-être le point crucial au regard du sujet de cet article, le caractère absolu de la propriété romaine n'a que peu de choses en commun dans sa forme et son origine avec l'absolu propriétaire dont on impute l'origine au texte de Locke. Comme nous l'avons vu, pour ce dernier, l'origine de l'absolu est profondément individuelle. Elle se trouve pour partie dans la nécessité de pouvoir opposer les droits des individus à ceux du souverain, pour partie dans le fait que le droit de propriété est pensé comme un *analogon* du droit du Créateur sur sa création, et pour partie dans l'idée que l'individu a un droit de maîtrise totale sur son travail qui est transféré sur la chose à laquelle il a été mêlé.

Notons encore que la matrice conceptuelle dans laquelle s'inscrit cet absolu, en plus d'être marquée par le solipsisme de l'individu appropriateur, est située dans la verticalité¹⁶⁸ : l'absolu divin domine l'individu auquel il

¹⁶⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1992, p. 267.

¹⁶⁷ A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, p. 535, cité par P. JORION, *Le dernier qui s'en va éteint la lumière*, Paris, Fayard, 2016, p. 128 ainsi que sur son blog (nous soulignons).

¹⁶⁸ On envisage ici la verticalité par référence aux rapports entre les hommes et Dieu, mais on pourrait aussi bien l'étendre aux rapports entre l'homme et le souverain, au sens de l'effet direct

confère sa valeur dans un lien de subordination. Ce lien de subordination est pourtant paradoxal car, si l'individu ne saurait prétendre inverser la hiérarchie, il peut cependant « s'approprier » l'absolu qui le domine. Dans le paradigme lockéen, l'individu a une valeur au sein même de cette subordination, et cette valeur l'autorise à prétendre à un droit absolu sur son travail et ce à quoi il a été mêlé. L'absolu de Locke est donné *en amont de toute relation à autrui*, il s'identifie à l'homme lui-même, *analogon* du Créateur divin, celui-ci étant à sa création ce que celui-là est aux choses qu'il transforme par son travail. De la sorte, l'absolu dont on aurait pu penser qu'il était l'apanage du divin se trouve en quelque sorte rapatrié dans les mains de l'individu pourtant fondé par le divin¹⁶⁹.

Le cadre de référence biblique de Locke, ainsi que la progression de l'individualisme possessif duquel témoigne son texte, l'amènent donc à poser des hypothèses ontologiques forcément étrangères aux Romains : l'idée que tout homme a un droit de propriété sur lui-même¹⁷⁰, celle d'un

vertical reconnu en droit des droits de l'homme et en droit international, par opposition à l'effet direct horizontal, qui concerne l'opposabilité d'un droit aux particuliers.

¹⁶⁹ Ce qui ne doit surtout pas conduire à minimiser l'importance du cadre jusnaturaliste dans la pensée de LOCKE : la propriété n'est possible que dans un cadre théologique où elle prend son sens, parce qu'elle permet à l'homme de s'approprier les choses indispensables à sa survie. Mais au sein de ce cadre, l'homme acquiert une valeur pour lui-même, qui, tout en ne pouvant pas rivaliser avec l'absolu divin d'un autre ordre, rapatrie un *ersatz* d'absolu qui, pris à l'intérieur de ce cadre, s'assimile à un droit absolu sur soi et sur les choses. Rappelons que la lecture que les libéraux modernes feront de LOCKE aura tendance à gommer l'importance de ce cadre théologique, ainsi que les limitations du droit de propriété qui y étaient associées (droit de celui qui est dans un besoin total, des enfants sur l'héritage des parents, etc.).

¹⁷⁰ L'idée d'un droit à la propriété de soi est cependant très ambiguë au sein du jusnaturalisme (qui y résiste) ainsi que dans le texte de Locke. Celui-ci fonde par exemple son argument en faveur de l'appropriation individuelle sur la propriété que chacun a de sa *personne* et de son *travail* (cf. le paragraphe 27 du *Second Traité* cité p. 136) plutôt que sur la propriété de soi au sens d'un droit absolu de soi à soi qui autoriserait l'homme à une disposition de sa personne déliée de toute obligation d'origine divine. L'idée de propriété de soi ne prendra son plein essor que dans la modernité où elle fleurira dans les débats libertariens autour du *Self-Ownership*, du droit à l'avortement ou au suicide assisté. Une telle idée n'existait qu'en germe chez Locke, et était par contre étrangère aux Romains, comme on peut le déduire de la règle *Dominus membrorum suorum nemo videtur*, « Personne n'est évidemment propriétaire de ses propres membres » (D. 9.2.13pr) (trad. J.-H. Michel). Dans le contexte de la *lex Aquilia*, D. 9.2.27.9). J.-H. MICHEL, *Éléments de droit romain, op. cit.* n.23, p. 226 ; E. CHEVREAU, « *Liberum corpus non recipit aestimationem* : une insuffisance de la procédure civile romaine ? », in J. Hoareau-Dodinau et al. (éd.), *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action*, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique n°13, Presses universitaires de Limoges, 2006, p. 32 ; L. GUTIÉRREZ-MASSON, « À la reconquête du territoire corporel : la *regula iuris* "*Dominus membrorum suorum nemo videtur*" est-elle mise en question ? », *TSDP*, VIII, 2015, p. 5.

Dieu transcendant dont l'homme peut néanmoins se penser l'*analogon*, la conception de l'antériorité d'un droit du Créateur sur les choses de la nature, ou encore celle d'un individu isolé, discret, comme foyer de la vie politique.

Par contraste, la puissance du propriétaire ne se pense pas à Rome dans la verticalité d'un rapport entre Dieu (ou l'État) et l'homme placé au faite de la Création bien qu'ordonné au Créateur, mais dans l'horizontalité des rapports entre concitoyens, dont les relations réciproques, en particulier telles qu'elles sont organisées par le droit, constituent la collectivité politique souveraine. L'absolu romain est social et mimétique : il est celui de la réciprocité que le désir de citoyens semblables et égaux fait monter aux extrêmes, selon des modalités rituellement définies, jusqu'à ce que la rivalité soit tranchée.

Le rapport vertical des modernes au religieux, qui fonde leur conception de l'absolu inhérent à la propriété privée, est inimaginable chez les anciens, tout comme le décentrement de l'axe du monde qui en résulte, cet axe que garantissent les rites du culte voués à assurer la « bonne » distance entre la communauté cultuelle (les hommes collectivement) et les dieux, à la fois présents et partenaires, « dieux citoyens » domiciliés par l'effet d'une fondation, et tenus dans un ailleurs incommensurable mais aussi insondable (arbitraire, non personnel)¹⁷¹. Ce contraste convoque une importante différence entre les anciens et les modernes, peut-être la plus décisive, de laquelle toutes les autres dépendent, même si elle demeure trop méconnue des modernes, différence entre l'archaïque et le moderne en religion, ou entre le grec et le biblique, en particulier le chrétien, dont l'œuvre de René Girard a renouvelé en profondeur la problématique¹⁷².

À l'aune de ce critère, l'opposition entre les anciens et les modernes n'est pas d'abord politique, mais religieuse, comme le voit Benjamin Constant dans son célèbre texte sur la liberté des anciens comparée à celle des modernes¹⁷³ : si les anciens ont pu se donner les moyens de l'autonomie de la raison dans l'ordre des lois de la nature et de la communauté politique, il reste que la cité demeure, sur le plan religieux, une communauté structurée par le principe de la religion poliade, religion politique (une seule hiérarchie publique et sacerdotale), sociale (ce sont des

¹⁷¹ Quand le dieu biblique se met inversement à la mesure de l'homme (doctrine de l'Incarnation). Sur la *maiestas* romaine excluant dans sa pratique sinon dans son principe tout lieu qui ne soit pas immanent au monde de la politique et du droit : Y. THOMAS, « L'institution de la majesté », *Revue de synthèse*, 3-4, 1991, p. 331-386. Sur les dieux-citoyens dans la religion romaine : J. SCHEID, *Religion et piété à Rome*, Paris, Albin Michel, 2001, p. 69.

¹⁷² Voir not. son dernier ouvrage : R. GIRARD, *Achever Clausewitz*, Entretiens avec Benoît Chantre, Paris, Carnets Nord, 2007.

¹⁷³ B. CONSTANT, « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes », in *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, 1997.

situations sociales qui fondent la communauté culturelle, naissance, mariage, adoption, affranchissement, etc.) et coutumière. Il faut donc, à propos des anciens (Grecs et Romains), toujours garder en indice la notion que le droit et la délibération publique dont ils inventèrent et formalisèrent les procédures se séparèrent incontestablement, par leurs mécanismes, de la religion publique, tout en demeurant contigus aux structures de la société telles que celle-ci les *recèle*¹⁷⁴.

Il est bien évident dans ce contexte que la possibilité pour l'homme de se penser comme l'*analogon* dans la verticalité d'un Dieu personnel serait incongrue. La personnalisation du divin, et surtout l'identification d'une position de transcendance irréductible au lien social, ouvrent ainsi la possibilité d'un nouveau type de sujet, le sujet moderne se réclamant d'une extranéité dans l'ordre des choses mondaines, dont il découlera la double figure d'un droit absolu de propriété et d'une souveraineté individuelle, qui prendra tout son essor dans les théories contractualistes. Il semble en effet que les concepts de propriété et de souveraineté aient des racines communes à l'origine de la modernité.

G. Le rapport au commun

Une fois la propriété rendue à son double contexte antique et moderne, ce qu'il est convenu d'appeler l'absolu propriétaire apparaît s'être élevé sur deux piliers : la maîtrise d'un acteur individualisé (*pater familias* ou individu discret) sur les choses qui en sont à la fois l'enjeu (de réciprocité) et l'objet (solipsiste)¹⁷⁵, d'une part, un cadre commun à partir duquel il se déploie de manière nécessaire, d'autre part. Il reste à développer ce dernier aspect de la question.

L'existence ou l'absence d'un horizon commun de référence n'est pas ce qui distingue anciens et modernes. La différence se marque bien plutôt au principe présidant à l'institution du commun. Il faut pour le voir s'arrêter sur la catégorie romaine des choses soustraites à toute appropriation exclusive et la comparer avec l'influence que la théorie de Locke a eue sur (l'absence de) pensée de l'inappropriable en droit moderne.

On commencera avec Cicéron qui, dans le *De officiis*, envisage la cité comme un ensemble clos où sont communs à tous les citoyens : « le forum,

¹⁷⁴ Comme l'observe DURKHEIM dans ses leçons sur la propriété, en effet, la religion recèle la structure d'une société. É. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, présentation par S. Paugam, Paris, Presses universitaires de France, 2015 [1950], p. 281.

¹⁷⁵ Kant se sert de ce terme dans la *Critique de la raison pratique* (3^e section, §3) pour désigner l'amour de soi éprouvé par le moi empirique (dont les choses, de fait, sont devenues le reflet où il mire sa puissance). A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1976, p. 1008.

les temples, les portiques, les routes, les lois (*leges*), les droits (*iura*), les jugements (*iudicia*), les votes (*suffragia*), sans oublier les coutumes (*consuetudines*) et la multitude de liens d'amitié (*familiaritates*) entrecroisés (*multis cum multis*), les réseaux de relations personnelles (*res rationesque*) »¹⁷⁶.

À l'examen de cette liste, si on laisse de côté les coutumes et les réseaux de liens personnels, qui relèvent de la sphère sociale traditionnelle du don et du contre don, on voit que Cicéron rassemble sous le chef du commun deux types de choses. D'une part, le cadre immatériel, social et politique de la cité dont tous participent, qui fixe aussi les archétypes du droit et de la cité juridiquement organisée : lois, droits, jugements et votes, produits de l'activité conforme, rituellement conduite selon les règles du droit, des concitoyens à l'échelle tant publique que privée de l'espace de la parole publique, coextensif lui-même de la *civitas* (terme qui exemplairement signifie « concitoyenneté » plutôt que « cité », à la différence du grec *polis*)¹⁷⁷. D'autre part, les choses matérielles, forum, temples, portiques et routes, soit ces choses qui relèvent juridiquement de la catégorie des *res sacrae* et des *res publicae*, que leur destination au service des dieux ou de la cité, sur décision du peuple romain (et non à raison de leur nature, à la différence des *res communes*, l'air, l'eau, la mer et son rivage), situe hors appartenance exclusive.

Mais quel est le principe de la soustraction à l'appropriation de ces choses communes, au titre du public et du sacré, aux citoyens ? Quelle est, s'interroge Yan Thomas, « la signification de telles enclaves en regard du régime juridique ordinaire d'appropriation et d'échange d'où elles sont écartées »¹⁷⁸ ?

Cette catégorie spéciale de choses affectées au service des dieux ou à l'usage de tous (donc *sensu lato* au « commun »), en effet, n'est pas construite en opposition linéaire avec le régime ordinaire de l'appartenance, auquel elle déroge, mais de manière à en fonder le principe par le contraste que lui oppose de manière pérenne, indépendamment de l'inventaire des choses qui y sont soumises, le régime exceptionnel d'indisponibilité qui en dépend.

Ces deux régimes adossés l'un à l'autre ne s'opposent pas dans l'horizontalité du plan où les choses se distribuent selon l'affectation spéciale

¹⁷⁶ *De off.* 1.17.53 *Multa enim sunt civibus inter se communia, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines praeterea et familiaritates multisque cum multis res rationesque contractae.*

¹⁷⁷ É. BENVENISTE, « Deux modèles linguistiques de la cité », in É. BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, II, Paris, Gallimard, 1974, p. 272.

¹⁷⁸ Y. THOMAS, « La valeur des choses », *op. cit.* n.72, p. 1432.

qu'elles reçoivent, ou pas. La surface où s'étend l'espace des choses sujettes à l'appropriation n'est pas plane, en somme, mais se signale par une réserve dont l'écart fait saillie et libère l'espace (plan, celui-ci) où le *reste du monde* s'approprie et s'échange, capable de propriété et de toutes les opérations du patrimoine (servitudes, usufruit, possession, gage, obligations et contrats, successions, dispositions entre-vifs ou à cause de mort, donation, testament).

Il n'est pas neutre que la *vocation premièrement patrimoniale* des *res* s'affirme en droit romain de manière négative, sur le fondement de ce qui y déroge¹⁷⁹. L'interdit d'appropriation n'est pas ponctuel, en d'autres termes, il ne dépend pas de la décision de l'autorité compétente de considérer telle ou telle chose comme indisponible et de l'affecter à l'usage de tous, mais il est « constitutionnel » et permanent, instituant par contraste la sphère sociale de l'appropriation et de l'échange.

Le mode négatif signifie que l'interdit délimite l'espace des choses appropriables, du *commercium*, du circuit juridique où les choses sont saisies par les procédures par lesquelles elles sont qualifiées et évaluées comme biens. Quant aux *res nullius*, choses vacantes à l'état naturel ou pour avoir été prises aux ennemis, elles entrent *pour la première fois dans leur premier domaine* (Thomas) par l'occupation, sur le mode positif, ce qui pourrait faire penser à la communauté négative chez Locke, sauf que les implications juridiques de cette situation ne sont pas pensées par les anciens dans le cadre biblique d'une communion originaire (et donc sous l'angle d'une sortie problématique de celle-ci, *supra*, contraste n° 4). On voit en tout cas que les *res nullius in bonis*, ces choses qui sont « dans un patrimoine qui n'appartient à personne », *res sacrae* et *res publicae*, s'opposent non seulement à la sphère civile de l'appropriation et de l'échange mais aussi aux choses acquises sans avoir déjà été appropriées (chasse, pêche, cueillette, butin), qui y pénètrent *pour la première fois* selon le *ius gentium*, par occupation.

Il est intéressant de considérer à cet égard la *summa rerum divisio*, la « division suprême des choses », qu'ouvre Gaius au second paragraphe du livre II des Institutes (non sans contradiction avec la classification des *res in patrimonio* ou *extra patrimonium* qu'il vient de tracer au premier paragraphe) selon laquelle certaines choses sont de droit divin (*divini iuris*), d'autres de droit humain (*humani iuris*). Les premières sont les *res sacrae*, consacrées aux dieux d'en haut (temples, autels), les *res religiosae*, laissées aux dieux d'en bas (tombeaux), et les *res sanctae* (enceintes urbaines et castrales).

¹⁷⁹ « C'est par le détour de la soustraction et de l'exception que le commerce nous apparaît comme de droit ordinaire ». *Ibidem*, p. 1448.

Elles « relèvent d'un patrimoine qui n'appartient à personne » (*res nullius in bonis*) en raison de leur affectation à une destination religieuse. Les secondes sont ou publiques ou privées (*aut publicae sunt aut privatae*), les choses publiques étant celles dont le patrimoine n'est à personne (*nullius in bonis*) en raison d'une affectation à l'usage de tous, les choses privées, celles qui appartiennent aux particuliers (*quae singulorum sunt*).

La catégorie des choses *humani iuris* est donc hétérogène. Propre à la littérature didactique des Institutes, elle est étrangère au système qu'attestent les sources, basé sur l'association du sacré et du public, comme l'a montré Yan Thomas. Elle offre ainsi un parallèle avec le droit moderne, qui en reproduit le dilemme, au sens où, pour nous également, choses appropriables et choses soustraites à l'appropriation en raison d'une affectation à l'usage de tous se conçoivent sur un même plan, si bien que nous sommes obligés, comme l'écrit Yan Thomas de la *summa divisio* de Gaius, de classer « le public avec le privé, la cité avec les individus »¹⁸⁰.

Locke est l'horizon de cette constitution dogmatique moderne. On remarque en effet que, dans le récit lockéen, la fondation de l'appropriable sur le socle de ce qui en est soustrait au titre du commun (ou de la communauté) disparaît complètement. Le commun, pour Locke, est immédiatement pensé comme l'appropriable, ou même, comme ce qui est destiné à être approprié et ainsi mis en valeur par le travail des hommes. Le point de départ de la réflexion de Locke, comme de la tradition jusnaturaliste, est le don du Monde en commun aux hommes. Cependant, symptôme et témoin de l'esprit de l'époque, tous les efforts du philosophe consistent à expliquer comment, en conformité avec la loi de nature, le monde a pu être l'objet d'appropriations privées alors qu'il était originellement détenu en commun, d'où cette altération substantielle du concept de commun devenu « communauté négative », ainsi que nous l'avons souligné (*supra*).

À l'inverse du système romain basé sur l'enclave des choses sacrées et publiques, le commun et la propriété se déploient sur un même plan dans lequel ils s'opposent et s'excluent chez les modernes : les choses doivent être soit communes soit privées, mais elles ne peuvent être les deux à la fois, sauf que, à la différence des anciens, la vocation du commun dans le mythe lockéen est d'être approprié (sur fond d'une croyance au caractère illimité de la ressource qu'inspire au philosophe la découverte des grands espaces « vierges » d'Amérique), tandis que la catégorie en saillie de l'inappropriable est purement et simplement effacée.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 1434.

Il faut encore remarquer que, dans la fable de Locke, le commun est « ce dont personne ne prend soin », signification que reprendra allègrement Garrett Hardin dans son célèbre article sur la tragédie des communs¹⁸¹. L'appropriation lockéenne se justifie d'ailleurs par le fait que le travail crée davantage de valeur et augmente le stock de ressources utiles à la survie du genre humain dans son ensemble. Dans ce modèle, et à l'exact opposé des Romains encore une fois, le commun est aussi le « sans-valeur », destiné à être mis au service des besoins humains par l'appropriation privative et la valorisation qui lui est inhérente, loin d'être ce dont la valeur est si grande qu'elle n'est pas susceptible d'estimation, échappant ainsi aux procédures par lesquelles les choses sont qualifiées et évaluées comme biens.

Revenons, pour terminer, aux éléments immatériels que mentionne Cicéron comme communs aux citoyens (*civibus inter se communia*), qui sont les piliers de la cité juridiquement organisée : les lois, les droits, les jugements et les votes, pour souligner que les *institutions* communes, ainsi que leur légitimité, sont pensées chez le philosophe anglais dans une perspective individualiste, dont l'individu souverain et sa volonté de protéger sa vie, sa liberté et sa propriété, sont le principe. Il y a certes élaboration d'une norme commune, mais celle-ci doit être déterminée par les consentements individuels. Au contraire, dans la perspective des anciens, le droit relève forcément du commun – comme une *mise en commun de la division*, en tant que telle assumée par la cité selon les modalités propres aux actes et aux actions (typicité et formalisme, calendrier public) qui précèdent l'individu. Et c'est comme telles qu'elles fondent juridiquement le *pater familias* à agir dans la sphère de ses intérêts privés, familiaux et patrimoniaux, à exercer ses facultés subjectives, à manifester sa volonté souveraine (*iura, iudicia*), avec *et* contre autrui, à l'échelle de la collectivité souveraine.

Les Romains inventèrent le droit, puissant facteur d'individuation, mais du sein d'un univers religieux archaïque qui en contient les manifestations toujours plus exacerbées. Locke, inversement, participe de ce mouvement d'invention de l'individualisme possessif moderne, mais du sein d'un univers religieux biblique qui ne peut plus, par définition, n'étant plus superposable ni à l'État ni à la société, imposer de telles barrières au désir dont l'homme, tant chez les anciens que chez les modernes, est le siège ardent.

Du point de vue de l'histoire des idées, on comprend alors dans quelle mesure l'idée de la main invisible a pu s'articuler à la justification lockéenne

¹⁸¹ G. HARDIN, « The Tragedy of the Commons », *Science*, vol. 162, 1968, n° 3859, p. 1243-1248.

de la propriété pour fonder le libéralisme économique anglais : si le commun est destiné à être approprié, si l'appropriation par le travail valorise les choses appropriées, et si enfin la recherche de son intérêt privé par chacun des propriétaires constitue la meilleure manière de réaliser l'intérêt général, comment ne pas conclure, avec Portalis, que la propriété est « (...) la règle et la mesure de la sage composition de tous les intérêts particuliers avec l'intérêt commun »¹⁸² ?

Si cette conclusion, aujourd'hui largement remise en question, entre autres par le renouveau juridique de la pensée du commun, a pu trouver dans la théorie lockéenne de la propriété le fondement moral qui lui manquait et ainsi devenir un véritable axiome tant de nos codes civils que de la théorie économique classique, le détour par la cité antique aura du moins permis de comprendre combien elle eût paru étrange aux anciens, et combien elle n'est soutenable que si l'homme moderne, à l'image de Jacob luttant avec l'ange, s'accommode enfin de l'*absolu* qui en constitue le substrat théologique et philosophique.

¹⁸² J. E. M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 232.