Zeitschrift: Studia philosophica : Schweizerische Zeitschrift für Philosophie = Revue suisse de philosophie = Rivista svizzera della filosofia = Swiss journal of philosophy

Herausgeber: Schweizerische Philosophische Gesellschaft

Band: 41 (1982)

Artikel: La propriété et ses limites : quelques considérations préliminaires à propos de la garantie de la propriété dans le projet d'une nouvelle Constitution

Autor: Schmidlin, Bruno

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-883192

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Studia Philosophica 41/1982

BRUNO SCHMIDLIN

La propriété et ses limites

Quelques considérations préliminaires à propos de la garantie de la propriété dans le projet d'une nouvelle Constitution.

I.

Le projet de la nouvelle Constitution et, en particulier, les articles concernant le droit fondamental de la garantie de la propriété ont rencontré dans le milieu des juristes un accueil assez réservé[1]. Ces critiques semblent avoir mis une sourdine aux espoirs placés dans la courageuse tentative de moderniser ce droit fondamental et de lui donner une position plus adéquate dans l'ensemble de la Constitution. Les points les plus névralgiques se concentrent sur trois problèmes:

1. La garantie de la propriété formulée dans le Projet ne semble plus être absolue, mais n'est garantie que dans les limites de la législation.
2. Cette garantie est complétée par une législation qui vise moins la protection de ce droit qu'un engagement décidé pour une nouvelle politique de la propriété.
3. De plus, cet engagement politique se concrétise au niveau de la Constitution dans une liste de postulats adressés au législateur, qui prévoit non seulement la protection, mais aussi la promotion de la propriété dans une nouvelle optique sociale.

[1] Cf. Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung. Beiträge zur Diskussion, ed. Inlandredaktion der NZZ, Zürich 1979.
A. Meier-Hayoz, Zur Eigentumsordnung, ZSR N.F. 97, 1978 fasc. 3/4 1978, p. 313 ss.
En outre, P.H. Steinauer, La propriété privée aujourd'hui. ZSR N.F. 100, 1981 fasc. 2.

Correspondance: Prof. Dr. Bruno Schmidlin, 21, route de Florissant, CH – 1206 Genève

Avant d'entrer dans le vif du débat, il me semble utile de préciser et de délimiter le point de vue sous lequel nous aborderons quelques-uns des aspects touchant l'origine et la formation de la propriété comme droit inné de l'homme.

Certes, le problème de la garantie de la propriété se pose en premier lieu sur le plan des droits fondamentaux intégrés dans la Constitution. Il s'agit là de tracer à nouveau les contours de la propriété dans le rapport fondamental entre la sphère publique de l'Etat et la sphère privée de l'individu: problème classique de la garantie de la notion de la propriété (Institutsgarantie) et de la garantie des positions juridiques du particulier (Bestandesgarantie) auxquelles on a ajouté aujourd'hui la garantie de la valeur de la propriété (Wertgarantie). Voilà la base où se déploie le débat juridique sur la portée et la structure de ce droit en tant qu'objet des règlements constitutionnels.

Mais derrière cette problématique se cache un problème plus fondamental et éminemment philosophique qui est – personne ne le niera – présupposé à la discussion juridique et politique. En effet, celui qui essaie, pour ce qui concerne le droit de la propriété, de délimiter les pouvoirs de l'Etat et ceux de l'individu, se heurte bientôt à une question plus fondamentale et plus élémentaire: que signifie la propriété en soi? Ce n'est plus la question du «quid sit iuris», mais du «quid est ius» pour reprendre la formule employée par Kant lui-même, la question «de savoir quel est le critère universel grâce auquel on peut reconnaître le juste et l'injuste (iustus et iniustus)». Cette question demeurera obscure, dit Kant, «si l'on n'abandonne pas pendant quelque temps les principes empiriques et si l'on ne cherche pas la source des jugements dans la simple raison, afin d'établir le fondement d'une législation possible»[2].

Ce repli sur les principes apriori ne doit cependant pas être compris comme une invitation à nous retrancher derrière les bornes d'une théorie pure des normes et de la technique de la législation, tout au contraire ces questions nous obligent à reprendre une tradition historique qu'il s'agit de réinsérer dans le débat. Elle contient des coordonnées, des points d'orientation et une base critique pour dégager les va-

[2] I. Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Suhrkamp Werkausgabe, vol. 8, 1977, p. 336.

leurs impliquées, les engagements pris et les conceptions élaborées au cours des siècles, qui ont influencé profondément la position et l'étendue du problème juridique et philosophique.

Quant à la présentation du problème, je me limiterai aux trois points suivants:

1. La propriété en tant qu'élément d'ordre dans la vie de la société réglant l'appartenance des biens aux particuliers. Cette fonction primordiale nous fait remonter aux bases du droit romain et de la société antique.
2. La propriété en tant que pouvoir subjectif attribué au propriétaire d'une façon exclusive sur la base d'un pacte de partage qui assure à chacun sa part. Comme représentants les plus célèbres de ce vaste courant du droit rationaliste, je choisirai Grotius et Pufendorf.
3. La propriété individuelle et subjective en tant qu'expression de la liberté autonome dans les sphères extérieures du Mien et du Tien que Kant a essayé d'établir sur des principes apriori et qui ont conféré à la propriété son caractère libéral et égalitaire.

Certes, ces trois points sont loin d'épuiser la vaste problématique de la propriété. Ainsi, j'écarte le problème de la propriété, du travail et de la production où il faudrait nous référer à Locke et à Fichte, et je ne toucherai pas non plus au rapport propriété-capital-marché, sujet préféré de la littérature néomarxiste. Dans cette petite esquisse, je me bornerai strictement au rapport propriété et liberté individuelle, au noyau – au «Kerngehalt» – de la garantie de la propriété.

II.

1. Tout le monde croit savoir que l'institution et la conception de la propriété remontent en premier lieu au droit romain. Il serait déjà plus juste de dire qu'elles nous viennent de l'interprétation des sources du droit romain à travers les différentes époques qui se sont servies du matériel romain. Mais dans ce matériel romain, on ne trouve nulle part une définition précise de la propriété, distribuant devoirs et pouvoirs aux propriétaires. En droit romain, la propriété exprime une appartenance «meum esse» protégée par l'action en revendication et par d'autres actions «in rem» contre tout tiers; la propriété montre donc

cette qualité qu'elle a d'être propre à un individu en particulier, mais elle n'explicite ni les pouvoirs ni les devoirs subjectifs du propriétaire lui-même. Les jurisconsultes romains ne sont pas les auteurs directs de la fameuse formule du «ius fruendi, utendi et abutendi», définissant la propriété en tant que totalité subjective du pouvoir telle qu'elle s'est implantée dans nos codifications modernes. User, jouir et disposer ne sont pas l'expression d'une liberté subjective et absolue (Code Napoléon, art. 544: la liberté dont il s'agit doit être arbitraire et totale) qui s'étend jusqu'à la possibilité de la destruction arbitraire de la chose pour autant qu'on ne touche pas autrui. Selon le langage des juristes romains, le «frui, uti, abuti» du propriétaire signifie l'usage de la chose conformément à sa nature qui peut être corporelle (uti), frugiférante (frui) ou consomptible (abuti)[3].

L'apport du droit romain à la conception fondamentale de la propriété se situe ailleurs. La propriété sert à créer un ordre distributif des choses et des biens. Le «meum esse ex iure Quiritium» de la formule de la revendication exprime l'appartenance de la chose selon un ordre de droit objectif constitué sur un niveau purement individuel et privé qui exige que cette appartenance soit respectée par tous. L'Etat et la communauté ne s'y immiscent jamais directement; ils garantissent l'efficacité de cet ordre sans exiger une compétence privilégiée pour la distribution matérielle des biens. Ainsi, l'acquisition de la propriété se fonde sur des éléments purement privés et individuels, d'une part sur l'«occupatio», c'est-à-dire sur la prise de possession uniltérale et individuelle si l'objet saisi est encore une «res nullius», d'autre part, si l'objet appartient déjà à quelqu'un, sur la tradition: transfert de la chose de main à main, et sur la volonté commune des partenaires de transférer la propriété en vertu d'une cause purement privée (vente ou donation par exemple)[4].

[3] Voir D7,5,5,1 (Ulpianus): Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt . . . S'il s'agit de choses non consomptibles le verbe «abuti» exprime un abus de droit dans le sens strict du mot.
D7,1,15,1 (Ulpianus): Mancipiorum quoque usus fructus legato non debet abuti, sed secundum condicionem eorum uti: nam si librarium rus mittat et qualum et calcem portare cogat, histrionem balenatorem faciat, vel de symphonia atriensem vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat, abuti videbitur proprietate.

[4] Pour ce qui concerne l'acquisition originaire:
Voir D.41,2,1,1 (Paulus): Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Ner-

On chercherait en vain un approfondissement philosophique chez les juristes qui se contentent de clarifier et de préciser le profil juridique de cette institution et d'en assurer le bon fonctionnement.

Si nous voulons pourtant dégager les implications idéologico-philosophiques de cette conception, nous devons nous tourner vers d'autres auteurs – vers Cicéron par exemple, porte-parole du monde romain hellénistique – qui reflètent mieux les convictions, les tensions et aussi les antagonismes impliqués dans l'institution de la propriété[5].

Qui uero se populares uolunt ob eamque causam aut agrariam rem temptant ut possessores pellantur suis sedibus, aut pecunias creditas debitoribus condonandas putant, labefactant fundamenta rei publicae, concordiam primum quae esse non potest cum aliis adimuntur, aliis condonantur pecuniae, deinde aequitatem quae tollitur omnis si habere suum cuique non licet. Id enim est proprium, ut supra dixi, ciuitatis atque urbis, ut sit libera et non sollicita suae rei cuiusque custodia.
(Cicero, De officiis 2, 78)

Certes, ce texte n'est pas exempt de partialité ni d'engagement unilatéral pour la classe dirigeante, mais il retient néanmoins la conception romaine originale qui ne fut jamais mise en question. En stabilisant les fondements politiques de la «res publica», en assurant la concorde sociale entre les classes et l'équité dans les rapports entre les particuliers tout en donnant la priorité à la liberté et à la sécurité de l'individu, la propriété a acquis une fonction ordinatrice.

va filius ait: ejusque rei vestigium remanere de his quae terra, mari, coeloque capiuntur. Nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum apprehenderint. Item bello capta, et insulta in mari enata, et gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae, ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nanctus est.
Les principes de l'acquisition dérivée de la propriété sont exprimés dans D41,1,9,3 (Gaius): Hae quoque res quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.
et dans D41,1,31 (Paulus): Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio aut aliqua justa cause praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

5 Voir en outre Cicero, De off. 2, 73 et 2, 85: Ab hoc igitur genere largitionis ut aliis detur, aliis auferatur, aberunt ii qui rem publicam tuebuntur, in primisque operam dabunt ut iuris et iudiciorum aequitate suum quisque teneat et neque tenuiores propter humilitatem circumueniantur neque locupletibus ad sua uel tenenda uel recuperanda obsit inuidia; praeterea, quibuscumque rebus uel belli uel domi poterunt, rem publicam augeant imperio, agris, uectigalibus. Haec magnorum hominum sunt, haec apud maiores nostros factitata, haec genera officiorum qui persequuntur, cum summa utilitate rei publicae magnam ipsi adipiscentur et gratiam et gloriam.

Il serait pourtant erroné de croire que le monde romain n'ait pas connu la fragilité de cet ordre, le déséquilibre dans la distribution des richesses, les luttes sociales et révolutionnaires qui en surgirent et dont la crise agraire est un exemple marquant. Mais ces événements n'ont pas changé la conviction profonde que la propriété privée est un garant d'ordre dans les fluctuations politiques et sociales, et cette conviction de fond a permis aux juristes romains d'extraire et d'isoler le noyau de la propriété comme attribution exclusive des biens à l'individu privé.

2. La conception moderne est directement liée au droit naturel-rationaliste qui, tout en méprisant la casuistique désordonnée du droit romain et du droit commun, continue cependant à se servir de leur langage et de leurs conceptions.

Pourtant, dès le XVIIe siècle, une nouvelle orientation s'annonce qui permet un approfondissement essentiel du débat conférant à la propriété un nouveau pôle de gravitation. Il se dessine dans la définition du droit en tant que faculté ou qualité subjective d'avoir quelque chose et de pouvoir faire quelque chose:

> Ius est qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum.
> (Grotius, De iure belli ac pacis I, 1 §4)

Dans la nouvelle optique subjective, la propriété se transforme et s'intériorise pour passer d'un ordre individuel objectif de la répartition des biens à une position subjective de jouir et de disposer de la chose d'une façon exclusive et absolue. Le contrat de partage, contrat fondamental et créateur de la propriété individuelle, assure à chacun que la chose dont il s'est approprié ne lui sera plus enlevée.

> Inde prima conventio inter omnes mortales circa res haece intellegitur, ut quodquisque ex rebus in medio positis earumve fructibus adprehendisset, ea intentione ut istud ad usus suos applicaret, id ipsi ab altero non eriperetur.
> (Pufendorf, De Iure Naturae et Gentium, L. 4, ch. 4 §5)[6]

[6] Cf. aussi Hugo Grotius, De iure belli ac pacis. lib. 2, cap. 2 § 2.5: Simul discimus, quomodo res in proprietatem iverint: non animi actu solo, neque enim scire alii poterant, quid alii suum esse vellent, ut eo abstinerent; et idem velle plures poterant: sed pacto quodam aut expresso, ut per divisionem, aut tacito, ut per occupationem. Simulatque enim communio displicuit, nec instituta est divisio, censeri debet inter omnes convenisse, ut, quod quisque occupasset, id proprium haberet.

Dans ce modèle, deux éléments caractéristiques structurent le rapport entre le droit subjectif de l'individu et la compétence primitive de la société. C'est l'individu qui s'empare des choses dont il veut s'approprier d'une façon unilatérale et libre. Pour que cette occupation unilatérale ne reste pas un pur fait de force, mais devienne un droit, il faut que tous ceux ayant en principe le même accès aux choses en cèdent l'usage exclusif à l'occupant et en outre s'obligent à s'abstenir de toute ingérence ultérieure. Ce pacte tacite ou explicite impose à tous un devoir négatif: ne pas s'ingérer, s'abstenir, ne pas troubler l'usage exclusif de la chose par son propriétaire. La propriété devient ainsi un faisceau de pouvoirs subjectifs. La prédominance de l'individu sur la société est assurée d'une manière extrêmement claire.

Certes, ce pouvoir subjectif est soumis aux devoirs inscrits dans la nature humaine et développés dans la philosophie morale dont le droit forme encore une partie intégrante. C'est ainsi que nous comprenons les règles que Christian Wolff a formulées et que nous retrouvons dans maints manuels de cette époque.

XXVI. Quoiqu'on ait le domaine de la chose, on ne doit s'en servir que conformément à l'obligation naturelle, sinon l'usage dégénère en abus et l'abus est contraire à la loi naturelle.

XXVII. Cependant personne n'est obligé de rendre raison à autrui de l'usage qu'il fait de son bien; et personne n'a le droit d'empêcher l'abus qu'un autre fait de son bien, dès que cet abus ne touche point autrui.

(Christian Wolff, Principes du droit de la nature et des gens (Extraits par Formey 1758) L. 2 chap. 1)

Mais n'oublions pas que cette autonomie subjective déjà si fortement soulignée par Wolff ne se justifie pas par elle-même, mais repose sur le fond d'un pacte social, d'un accord commun qui seul est capable de transformer le pouvoir subjectif de fait en un véritable droit subjectif. Cet accord commun en forme de pacte de partage détermine les limites de la propriété. Une propriété individuelle illimitée est inconcevable puisqu'elle nierait directement le pacte de partage qui la crée.

3. Nous sentons la proximité de Kant qui, en ouvrant la perspective apriori, se débarrasse des éléments empiriques du modèle: la société primitive (primaeva), le pacte de partage (tacite ou explicite), projeté dans une histoire mythique. Ils doivent faire place au seul principe

apriori du droit, au principe de la liberté en tant qu'autonomie subjective[7].

Celle-ci s'incarne dans la propriété qui devient la sphère extérieure de la liberté autonome. Le droit ne connaît qu'un devoir fondamental enraciné dans l'autonomie subjective: respecter la liberté de chacun en tant que personne.

La résonance de la critique de la raison pratique et en particulier de la doctrine du droit fut extraordinaire[8]. Le droit est conçu comme pouvoir subjectif et non comme devoir objectif et puisque dans ce pouvoir s'expriment la liberté et l'autonomie de la personne, celles-ci ne sont limitées que par la loi générale apriori de la liberté qui coordonne et harmonise la liberté de l'un avec celle de l'autre. Transposées au niveau de la propriété, les sphères extérieures se séparent et forment le Mien et le Tien.

Mais regardons de plus près la définition que Kant donne du droit réel de la propriété: «Das Recht in einer Sache ist ein Recht des Privatgebrauchs einer Sache, in deren (ursprünglichen oder gestifteten) Gesamtbesitze ich mit allen andern bin[9].» Cette définition contient deux éléments, un élément individualiste et un élément communautaire.

[7] Kant, 1. c. 373: «Der Besitz aller Menschen auf Erden, der vor allem rechtlichem Akt derselben vorhergeht (von der Natur selbst konstituiert ist), ist ein *ursprünglicher Gesamtbesitz* (communio possessionis originaria), dessen Begriff nicht empirisch und von Zeitbedingungen abhängig ist, wie etwa der gedichtete aber nie erweisliche eines *uranfänglichen Gesamtbesitzes* (communio primaeva), sondern ein praktischer Vernunftbegriff, der a priori das Prinzip enthält, nach welchem allein die Menschen den Platz auf Erden nach Rechtsgesetzen gebrauchen können.» Voir en outre 1. c. 345: «Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötigender Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht.»

[8] Voir p. ex. Gottl. Hufeland, Lehrsätze des Naturrechts, 1790; Th. Schmalz, Das reine Naturrecht, 1792; P.J.A. Feuerbach, Critik des natürlichen Rechts, 1796; F.v. Zeiller, Das natürliche Privatrecht, 3. Aufl. 1819.

[9] Kant continue son explication 1. c. 371: «Denn das letztere [der Gesamtbesitz] ist die einzige Bedingung, unter der es allein möglich ist, dass ich jeden anderen Besitzer vom Privatgebrauch der Sache ausschliesse (ius contra quemlibet huius rei possessorem), weil, ohne einen solchen Gesamtbesitz vorauszusetzen, sich gar nicht denken lässt, wie ich, der ich doch nicht im Besitz der Sache bin, von andern, die es sind, und die sie brauchen, lädiert werden könne. – Durch einseitige Willkür kann ich keinen andern verbinden, sich des Gebrauchs einer Sache zu enthalten, wozu er sonst keine Verbindlichkeit haben würde: also nur durch vereinigte Willkür aller in einem Gesamtbesitz.»

L'élément individualiste se concrétise dans l'usage privé d'une chose, usage qui, fondé sur l'occupatio, est unilatéral et absolu; l'élément communautaire se réalise dans une possession originaire des choses, en commun avec tous les autres. Ainsi, le Mien et le Tien sont portés par la communauté originaire apriori qui lie l'un à l'autre. Cette communauté originaire impose à chacun l'obligation de s'abstenir de faire usage d'une chose déjà occupée par un autre, dans un rapport de respect mutuel. Ainsi Kant renoue avec la conception d'une société «primaeva» et d'un pacte de partage en les transformant en principes apriori. La communauté «primaeva» est remplacée par une communauté originaire qui ne repose plus sur des mythes historiques, mais sur une volonté apriori commune, liant tous les membres, imposant le respect pour le Mien et le Tien en les transformant en sphères de droit.

III.

Si nous essayons de résumer ces conceptions en une formule, nous pourrions peut-être dire que la propriété est un droit fondamental individuel et privé contenant un pouvoir subjectif libre sur les biens et dont la limite est la liberté de l'autre. Ce Mien et ce Tien se constituent dans une communauté primitive (Grotius), originaire (Kant), qui oblige par une volonté commune apriori (Kant) ou par un pacte (Grotius) à respecter ce que chacun s'est approprié.

Il est évident que cette conception accentue le côté libéral-égalitaire de la propriété et répond à certaines aspirations profondes de cette époque révolutionnaire où sont nées nos grandes codifications et nos premières constitutions protégeant la propriété en tant que droit individuel inné de l'homme.

Mais il est tout aussi évident que ces conceptions ne peuvent guère résister à une confrontation avec les problèmes de notre temps. Je me contenterai de signaler quelques points spécialement ardus qui constituent le front principal de la collision:

a. Changement profond du rapport entre la personne individuelle et la société qui s'ouvre sur une structuration sociale verticale. Les groupements les plus divers se constituent en personne morale: corporations, fondations, sociétés de toutes sortes déploient aussi leurs

forces comme propriétaires en libre concurrence avec les particuliers et avec l'Etat lui-même qui intervient à tous les niveaux. La structuration sociale est devenue extrêmement complexe, anonyme, collective, où le «Nebeneinander», la juxtaposition des individus libres dont parle Kant, est mille fois brisée.

b. En même temps, la nature des biens qui deviennent objet de propriété a subi des changements profonds. D'un côté, nous disposons d'une production énorme de biens industriels et sériels conçus pour des marchés extrêmement vastes et entraînant une circulation intense des biens et de l'argent. De l'autre, nous nous voyons confrontés à une pénurie de biens fondamentaux pour la vie sociale. Leur répartition ne peut plus se faire par le libre jeu de la concurrence entre particuliers (par exemple le sol, les matières premières, l'énergie); le sol s'épuise définitivement dans les agglomérations urbaines, ce qui nécessite des plans d'aménagement, les matières premières deviennent l'objet de monopoles et d'intenses spéculations, et les sources d'énergie vont s'épuisant puisque la société industrielle est bâtie sur une consommation d'énergie jusqu'à présent illimitée.

c. Si la propriété donne le libre usage des biens, l'intensité de cet usage par les moyens techniques modernes crée des problèmes écologiques qui nous forcent à reconnaître des limites internes. Il est évident que ces questions ne peuvent plus se résoudre sur la base du droit de voisinage, car au-delà du «Mien» et du «Tien» apparaît la base solidaire du «Nôtre».

En face de ce changement révolutionnaire, on est tenté de parler d'un saut dialectique de la propriété, qui a acquis une nouvelle qualité qu'on ne peut plus définir par les catégories du passé. Tout porterait à croire que nous sommes devant une rupture totale entre la conception traditionnelle et ces exigences nouvelles. Et pourtant je ne le crois pas. Le droit ne connaît pas de révolutions et la tradition juridique est toujours plus riche et plus profonde que ce qui se trouve momentanément à la surface.

En effet, si nous considérons la pleine étendue de cette tradition, nous constatons que la propriété s'est toujours déployée, et cela dès le début, dans deux dimensions: la dimension horizontale du Mien et du Tien privés, et la dimension sociale qui englobe le Mien et le Tien

dans une catégorie commune, le Nôtre, le faisceau de lumière étant dirigé plutôt sur l'horizontale du Mien et du Tien.

Si la conception romaine a conféré à la propriété son caractère individuel et privé, on s'est pourtant rendu compte que l'institution de la propriété dans la vie sociale est un facteur d'ordre stabilisant la «res publica» et la paix sociale. La propriété rend possible une vie libre et privée dans la société pourvu que celle-ci respecte la règle du «suum cuique»: à chacun son dû, selon l'idéal antique de justice et d'équité.

Le droit naturel de son côté a pour la première fois explicité la conception de la propriété comme une sphère de la liberté subjective à l'aide du modèle de partage créé par un pacte obligeant chacun à s'abstenir de toute ingérence dans la propriété de l'autre. Ainsi, le pouvoir sur la chose devient un droit subjectif absolu entre les mains de l'individu, mais en même temps, il est le résultat d'un pacte de partage qui le délimite et assure ce pouvoir dans la société constituée. Ce problème développé encore dans le cadre traditionnel des récits bibliques et des sources classiques acquiert son expression moderne chez Kant qui a influencé d'une façon déterminante la conception moderne de la propriété. C'est lui qui a lié définitivement la propriété à la liberté conçue d'une manière subjective, afin que la propriété contienne le pouvoir autonome et absolu du propriétaire. Mais on trahirait aussi la pensée de Kant si on voulait y voir la genèse d'un concept abstrait de la propriété illimitée en soi (das Eigentum ist die totale Unterwerfung der Sache, Puchta[10]). Pour Kant, ce pouvoir doit toujours rester soumis à l'unique droit originaire de la liberté qui le délimite et le concrétise.

Une première limitation est contenue dans le concept même du droit qui s'impose aussi au droit de la propriété: «Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.» Le concept d'un droit illimité serait contradictoire puisque le droit est par définition une limite. Certes, ce n'est pas une limite accordée par grâce ou imposée par force, donc par

[10] G.F. Puchta, Cursus der Institutionen, 9, éd. par P. Krüger, 1881 p. 162: «Das Eigentum ist die totale rechtliche Unterwerfung einer Sache. Es ist das vollkommene Recht, theils durch seinen Gegenstand, welcher der einzige dem menschlichen Willen völlig hingegebene ist, theils durch seinen inneren Umfang, weil es diesen Gegenstand nach allen Seiten, von denen er im Recht zur Sprache kommt, unterwirft.»

des faits empiriques, mais une limite reposant sur la loi générale et apriori de la liberté. Que signifie cette loi générale? Simplement que les limites de cette liberté ne peuvent se créer arbitrairement en faveur de l'un et au détriment de l'autre, elles doivent pouvoir être généralisées et prendre la forme d'une loi générale valable pour tous. En coordonnant et harmonisant la liberté de chacun et de tous, elle devient elle-même l'expression de la liberté.

Le droit de la propriété doit lui aussi se plier à cette loi qui la limite d'une façon générale: le pouvoir du propriétaire reste toujours une expression de sa liberté, mais d'une liberté qui trouve sa limite dans la liberté de l'autre, et puisque cette limitation doit se faire d'une façon générale, elle prend nécessairement la forme d'une loi. N'est-ce pas dès lors dire que la propriété comme droit fondamental doit être garantie dans les limites de l'ordre juridique? Ne serait-ce pas ici qu'on trouverait l'accès au fondement a priori du «Gesetzesvorbehalt», si ardemment discuté dans le cadre du projet de la nouvelle Constitution?

Dans cette lumière, une deuxième limitation de la propriété apparaît. Si nous considérons la définition de la propriété par Kant «le droit sur une chose est le droit de faire un usage privé d'une chose que je possède (originairement ou par accord contractuel) en commun avec tous les autres», on remarquera qu'il ne parle pas seulement de l'usage privé d'une chose, mais aussi d'une possession commune, d'un «Gesamtbesitz», qui remet le Mien et le Tien dans un rapport de communauté. Certes, pour Kant, cette possession commune n'a que la fonction de permettre la division des sphères du Mien et du Tien selon des principes a priori.

Mais cette fonction du «Gesamtbesitz» est-elle vraiment exhaustive? Ce fond commun se dissout-il totalement dans le Mien et le Tien, c'est-à-dire dans la constitution de la propriété individuelle ou bien y a-t-il des éléments de fond qui n'entrent pas dans le partage individuel, qui restent communs et qui apparaissent comme une zone commune du Nôtre au-delà du Mien et du Tien? Alors, ce domaine du Nôtre ne s'étendrait pas sur le niveau horizontal du Mien et du Tien comme un troisième secteur juxtaposé, mais il constituerait une dimension nouvelle. Kant ne touche ce problème que marginalement, trop soucieux d'opposer la liberté individuelle et subjective aux privilèges de l'An-

cien Régime. Et pourtant, cette possession commune est aussi selon lui un élément constitutif du concept de la propriété préformant le Mien et le Tien comme propriété individuelle. C'est dans cette dimension qu'il faudrait chercher les limites sociales des pouvoirs individuels et subjectifs du propriétaire. Cette tentation est légitime et elle ouvrirait une possibilité de mieux aborder les problèmes causés par la société de masse, qui se posent dans le monde d'aujourd'hui par les techniques modernes et par la production industrielle. Le projet de la nouvelle Constitution en signale quelques-uns: la protection de l'environnement, l'aménagement du sol, la sauvegarde des particularités naturelles et culturelles du pays[11].

Les conséquences iront plus loin encore et toucheront directement les rapports entre le Mien et le Tien qui doivent trouver un compromis équitable sur la base du «Gesamtbesitz» qui seul garantit que la propriété reste une sphère extérieure de la liberté. Kant ne s'est pas rendu compte de l'abus possible de la liberté, dû aux inégalités, aux déséquilibres, aux pressions surgis au sein de la société moderne, qui contraste fortement avec sa conception de la société bourgeoise fondée sur le zèle, le talent et la chance individuelle. Mais n'oublions pas que Kant déjà s'est demandé comment il a pu se produire de façon légale que quelques-uns aient réussi à obtenir plus de terres qu'il ne leur était possible de cultiver de leurs propres mains[12].

Si cette question est restée sans réponse valable chez Kant, elle a déjà permis à Zeiller, son disciple le plus fidèle, qui rédigea la grande codification de l'ABGB, d'établir un premier critère apriori de la délimitation de la propriété: la propriété a sa limite là où la libre acquisition par un particulier commence à rendre inefficace la liberté de tous les autres[13]. Zeiller aurait sans doute reçu l'approbation de son maître.

[11] Cf. projet de nouvelle constitution fédérale, art. 30. Politique de la propriété:
Par sa politique de la propriété, l'Etat doit notamment
a. protéger l'environnement contre des sollicitations excessives ou préjudiciables à l'intérêt général;
b. promouvoir un usage ménager du sol, une occupation judicieuse du territoire ainsi qu'une image harmonieuse du paysage et des lieux habités;
c. sauvegarder les particularités naturelles ou culturelles du pays.

[12] I. Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, vol. 11, p. 151 ss.

[13] F. v. Zeiller, Das natürliche Privatrecht, 3e éd., Vienne 1819, § 68.

On peut même aller plus loin et en déduire une règle plus élastique tendant à favoriser un équilibre optimal de liberté de tous dans l'acquisition de la propriété. Il est certain que pour Kant, le libre jeu entre le Mien et le Tien repose sur une répartition des biens plus ou moins équilibrée qui seule permet la sauvegarde et le maintien de la liberté individuelle et subjective.

Dans cette optique, les postulats tels que nous les trouvons dans le projet de la nouvelle Constitution acquièrent une actualité surprenante. Prévenir une concentration excessive de la richesse ou de la propriété immobilière, lutter contre la spéculation foncière, promouvoir la propriété personnelle[14], tout cela peut être interprété directement comme des postulats de la protection de la liberté dans le domaine de la propriété, une protection active, certes, nécessitée par la modification de la situation sociale.

Ces nouveaux postulats peuvent aussi être mis en harmonie avec une conception libérale et égalitaire provenant du jusnaturalisme précritique et critique qui a établi les bases des droits fondamentaux.

Il faut ajouter, bien sûr, une condition essentielle pour sortir d'une confusion grave qui pèse sur le débat actuel. Ces postulats doivent être interprétés à la lumière de la liberté individuelle. Ils ne contiennent nullement un programme social politique qui changerait le caractère de la Constitution et qui ouvrirait la porte à une étatisation excessive ainsi qu'à une socialisation incontrôlable de la propriété au nom d'un bien commun ambigu. Mais il est aussi évident que cette garantie de la propriété ne peut plus se borner à une délimitation restrictive de la force publique en face de la propriété privée; elle contient maintenant la possibilité d'intervenir positivement dans cette sphère, non pour y restreindre l'espace libre de l'individu, mais au contraire pour le protéger et le rendre vivable dans la société d'aujourd'hui.

[14] Cf. projet de nouvelle constitution fédérale, art. 30. Politique de la propriété:
d. prévenir une concentration excessive de la richesse ou de la propriété immobilière;
e. lutter contre les recherches de profit qui sont économiquement ou socialement nuisibles;
f. pourvoir à une juste redistribution de la plus-value foncière;
g. protéger et promouvoir la propriété qui sert un intérêt commun et celle qui fait directement l'objet d'un usage personnel;
h. encourager la formation, par les personnes physiques, de patrimoines de dimensions modestes.