

Qu'est-ce que la propriété ?

Une approche reinachienne

[version de travail à paraître dans Philosophie, numéro spécial
Adolf Reinach, dir. D. Pradelle]

Qu'est-ce que la propriété ? Est-elle un ensemble de droits ? La garantie de pouvoir user d'une chose ? Peut-on faire ce que l'on veut de ce qui nous appartient ? Reste-t-on propriétaire d'un bien lorsque celui-ci nous est volé ? Peut-on être propriétaire d'un bien sans avoir le droit de l'utiliser ? La propriété est-elle une invention du droit positif ? De quoi peut-on être propriétaire ? Un même bien peut-il avoir plusieurs propriétaires ? La conception de la propriété que développe Reinach dans le deuxième chapitre des *Fondements a priori du droit civil*¹ apporte une réponse précise à chacune de ces questions, ainsi qu'à d'autres. Elle repose sur deux distinctions fondamentales :

1. la distinction entre *propriété* et *possession* d'une part ;
2. la distinction entre *propriété* et *droits de propriété* d'autre part.

Reinach est, à l'égard de ces trois "formations" (*Gebilde*) un réaliste robuste. Comme "les nombres, les arbres et les maisons", la possession, la propriété, et les droits de propriétés, existent indépendamment de la façon dont nous les concevons, et également indépendamment du droit positif (SW I, pp. 143-144, tr. fr. pp. 41-42). Il faut souligner en particulier que les droits dont il est question dans les exemples précédents sont des droits pré-légaux et non des droits positifs. En outre, ces formations juridiques pré-légales sont liées par des *relations d'essences*. La plus importante ici est que la *propriété fonde, pour le propriétaire, le droit absolu de se comporter comme il l'entend à l'égard de ce qui lui appartient*.

Cette distinction tripartite entre la possession, la propriété, et les droits que fonde cette dernière, se laisse aisément appréhender à l'aide des exemples suivants :

¹ *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes (1913)*, in A. Reinach, *Sämtliche Werke I*, éd. K. Schuhmann & B. Smith, Munich, Philosophia Verlag, 1989, pp. 141-278, tr. fr. R. de Calan, *Les Fondements a priori du droit civil*, Paris, Vrin, 2004. Sauf mention contraire, les références données plus bas se rapportent à aux *Grundlagen*, et les citations sont empruntées à l'excellente traduction de R. de Calan.

- Paul vole le vélo de Julie. Selon Reinach, Julie a perdu le pouvoir d'utiliser son vélo : elle n'en a plus la possession. C'est Paul, qui a désormais la possession du vélo. Julie reste néanmoins propriétaire de son vélo : elle ne commettrait aucun vol si, le retrouvant, elle s'en emparait. La *propriété* d'un bien est ainsi distincte du *pouvoir* d'utiliser ce bien, de sa *possession*.
- Julie prête son vélo à Martin pour l'après-midi. Quoique Martin ait alors le *droit* d'utiliser le vélo de Julie pendant l'après-midi (contrairement à Julie), et qu'il soit également en *possession* du vélo de Julie pour l'après-midi, Julie en reste *propriétaire*. La *propriété* d'un bien n'implique pas toujours le *droit* d'utiliser ce bien : ce droit peut être transféré sans que la propriété ne le soit.
- Paul vole à Martin le vélo que Julie lui avait prêté pour l'après-midi. Martin vient de perdre la possession du vélo, mais il garde *droit* de l'utiliser le vélo pendant l'après-midi. Paul a de son côté désormais possession du le vélo, mais n'a toujours pas le droit de l'utiliser. La propriété du vélo n'a pas changé de main : le vélo est toujours celui de Julie. Paul a ici une possession sans droit ni propriété ; Martin a un droit d'utilisation sans possession ni propriété ; et Julie a une propriété, sans possession ni droit d'utilisation.

L'approche reinachienne de la propriété est une version remarquablement minutieuse de ce que la littérature contemporaine appelle conception "ordinaire", "populaire" ou "profane", selon laquelle la propriété est une relation entre une personne et une chose, en vertu de laquelle le propriétaire a le droit d'user comme il le souhaite de cette chose². Or l'approche ordinaire est largement considérée aujourd'hui comme intenable. Elle a cédé sa place à des conceptions sophistiquées, la plus influente identifiant, à la suite des travaux de Hohfeld (1913), la propriété à un *faisceau de droits positifs* (*bundle or rights*). Une approche voisine identifie la propriété à un *droit positif*, typiquement un droit sur les choses : par exemple, le droit d'usage exclusif (Penner, 1995) ou le droit d'aliénation (Haller, 1998). D'autres approches encore se montrent sceptiques au sujet du concept même de propriété (Grey, 1980). Dans tous les cas, la conception commune de la propriété est mise au rebut, et le seul hommage qui lui soit occasionnellement rendu consiste à noter que certaines conceptions

²Waldron (1988) appelle cette thèse "conception du profane", Grey (1980) baptise cette conception traditionnelle "propriété de choses [*thing ownership*]" par opposition à la conception de la propriété en termes de "faisceaux de droits".

sophistiquées la rejoignent sur tel ou tel point (Munzer, 1990, p. 74 ; Gaus, 2012).

Il est d'autant plus regrettable que la conception ordinaire de la propriété ait été unanimement condamnée que son meilleur avocat n'a pas été entendu. Comme le remarque de Calan (2008), la conception des actes sociaux que donne Reinach dans le premier chapitre des *Fondements a priori du droit civil* a éclipsé son approche de la propriété. Une autre raison de l'oubli dans lequel elle est tombée tient à la réponse au premier abord décevante que Reinach donne à la question sensible de l'origine de la propriété. Reinach semble en effet échouer à formuler une quelconque proposition substantielle concernant l'appropriation originelle d'un bien pré-existant. Par suite, parmi les quelques philosophes, juristes ou économistes qui mentionnent la théorie reinachienne de la propriété, rares sont ceux qui le font favorablement (Gardies, 1987 ; Zaibert et Smith, 2003 et Hülsmann, 2004 comptent parmi les exceptions). La plupart se montrent critiques (Bassenge, 1938 ; Brettler, 1973, p. 165, voir également n. 1 ; Block, 2004—qui multiplie cependant les contresens sur Reinach ; DuBois, 2002 ; de Calan, 2008).

Ces doutes me paraissent infondés : la thèse du présent article est que *la conception reinachienne est fondamentalement la bonne*. Après l'avoir situé au sein l'économie générale des *Fondements a priori du droit civil* (section 1), je présente les deux distinctions sur laquelle elle repose : propriété/possession (section 2) et propriété/droits de propriété (section 3). Je soutiens enfin que cette conception dispose de toutes les ressources nécessaires pour traiter de la question délicate de l'origine de la propriété (section 4).

Avant d'entamer cette présentation prosélyte, il importe de lever doute qu'une telle approche peut susciter d'emblée. Si elle n'est en effet qu'une version de la théorie profane ou naïve de la propriété, est-il vraiment besoin d'une étude philosophique pour la mettre à jour ? La réponse de Reinach, qui vaut pour la propriété comme pour tout objet d'étude phénoménologique, est que bien que la propriété nous soit familière, dans la mesure où nous fondons sur elle un grand nombre de nos pratiques, il est difficile de quitter cette immersion pratique pour adopter à son égard une attitude contemplative :

Qu'une saisie directe de l'essence soit à ce point inhabituelle et difficile qu'elle semble à certains impossible, cela s'explique en partie par l'attitude profondément enracinée de la vie pratique, qui consiste davantage à

prendre les objets et à la manipuler qu'à les regarder de façon contemplative et à pénétrer jusqu'à leur être propre. (*Über Phänomenologie*, SW I, p. 535, tr. fr. p. 40).

Si l'on était vraiment au clair sur l'abondance de ces propositions qui, bien qu'elles ne soient nulle part formulées, sont appliquées sans plus de précaution et dont on n'a seulement pas l'habitude d'avoir conscience, parce qu'elles sont trop évidentes, on ne pourrait plus douter de l'existence d'une sphère *a priori*. (SW I, p. 273, tr. fr. pp.185-186)³.

Ainsi, quoique nous fassions constamment appel à la distinction entre possession, propriété et droits de propriété dans notre vie pratique (par exemple lorsque nous empruntons, prêtons, confions ou vendons des biens), celle-ci n'est pas d'emblée évidente. Si elle ne vient pas spontanément à l'esprit lorsque nous cherchons à démêler l'écheveau des problèmes posés par la propriété, elle frappe en revanche par son évidence une fois introduite.

Outre l'enracinement dans la vie pratique, Reinach avance une seconde raison pour laquelle le fait que la propriété fonde des droits antérieurement au droit positif tend à être méconnu. Le fait que la promesse génère des droits pré-légaux est aisément reconnu car toute promesse n'est pas régie par le droit positif. En revanche, le droit positif régit de fait toutes les relations d'appartenance, de sorte qu'on ne trouve plus d'instance de relation de propriété qui resterait hors de la sphère du droit positif. Bien que nous l'ayons en quelque sorte sous la main, il n'est donc pas aisé de saisir la nature de la propriété.

1 La propriété au sein des *Fondements a priori du droit civil*

Des *Fondements a priori du droit civil*, on a principalement retenu la théorie des actes sociaux. Il faut souligner d'emblée que la conception reinachienne de la propriété ne s'appuie que de façon marginale sur sa théorie des actes sociaux. En réalité, la propriété se situe pour Reinach sur le même plan que les actes sociaux : elle constitue, avec eux, l'un des fondements *a priori* du droit positif. La

³Aristote remarquait, au sujet des difficultés que présente la philosophie, que "De même...que les yeux des chauves-souris sont éblouis par la lumière du jour, ainsi l'intelligence de notre âme est éblouie par les choses les plus naturellement évidentes" (*Métaphysique* II, 1, trad. J. Tricot). Sur ce concept de certitude primitive, voir le remarquable chapitre de Mulligan (2012, chap. VIII).

thèse principale des *Fondements* est que les concepts centraux du droit civil positif ne sont pas créés *ex nihilo* par le législateur, mais lui préexistent :

le droit positif trouve les concepts qu'il utilise ; *il ne les crée en aucun cas.* (SW I, p. 143, tr. fr. p. 42)

Où le droit positif trouve-t-il ces concepts ? Il y a, préalablement au droit positif, deux niveaux distincts selon Reinach. Le niveau le plus fondamental contient les entités naturelles, dans le sens d'entités non-normatives : les choses naturelles, les états psychologiques, les actes sociaux (SW I, pp. 212-213, tr. fr. p. 118). Certaines choses naturelles sont essentiellement telles qu'elles fondent des droits et des obligations qui ne sont pas des droits et des obligations du droit positif. La promesse est un type d'acte social qui bien que n'étant pas un droit, génère *de par sa nature*, une obligation pour celui qui la profère, et un droit pour celui qui la reçoit. Il en va de même de la propriété : elle est une relation entre une personne et une chose qui, bien que n'étant pas un droit, fonde par nature un certain nombre de droits, les droits de propriété.

La propriété désigne un lien particulièrement étroit et puissant qui s'instaure entre une personne et une chose. Se fonde dans l'essence même de l'appartenance le fait que son porteur dispose du droit absolu de se conduire à l'égard de la chose possédée de la façon qu'il souhaite. (SW I, p. 143, tr. fr. p. 98)

1.1 Causer *versus* fonder

Lorsque Reinach soutient que la propriété et la promesse, *génèrent* des droits, prétentions ou obligations, il n'a pas en tête une relation causale, mais une relation de fondation non-causale : il appartient à la nature de la promesse, comme de la propriété, de produire des droits, prétentions et obligations. . Dans ce qui suit j'utilise, en accord avec Reinach, "génère" et "fonde" indifféremment, pour "génère non-causalement, en vertu de sa nature". Il y a, souligne Reinach (SW I, pp. 155-156, tr.fr. pp. 55-56), deux différences entre causalité et fondation :

1. La relation de fondation qui relie promesse d'une part, et prétention et obligation de l'autre, ainsi que propriété d'une part et droit de propriété de l'autre, est une relation d'essence dans le sens suivant : il appartient à la nature de l'antécédent de fonder le conséquent. La relation de causalité, par contraste, est

contingente : il n'appartient pas à l'essence d'un antécédent causal de produire le conséquent.⁴

On pourrait objecter que certaines relations causales au moins ne sont pas des relations contingentes. Par exemple, il appartient peut-être à la nature d'une force de produire, dans certaines conditions, une accélération du corps sur lequel elle s'exerce. C'est une possibilité que Reinach semble ne pas exclure, puisqu'il précise en note laisser ouverte la question de savoir si les relations d'essences ont un rôle à jouer au sein des relations causales –SW I p. 155, tr. fr. p. 55). Mais même si une telle forme d'essentialisme causal devait parfois valoir, il demeurerait, dans le cas des droits et obligations, une seconde différence entre fondation et causalité.

2. Nous pouvons penser à l'existence du mouvement d'une balle sans revenir au choc qui l'a causé ; mais nous ne pouvons pas penser à l'existence d'une obligation sans revenir, par exemple, à la promesse qui l'a générée. L'idée de Reinach n'est pas que la contemplation d'une obligation nous renvoie nécessaire à la promesse qui l'a générée, ni même à *une* promesse. Il insiste au contraire sur le fait que “la même prétention et la même obligation peuvent renvoyer à des sources très différentes” (SW I, p. 156, tr. fr. p. 57). Par exemple, Paul peut avoir l'obligation de transférer une somme d'argent à Julie parce qu'il le lui a promis, ou parce qu'il la lui a volé.

Il est remarquable que Reinach formule cette idée de dépendance entre différents *actes* d'appréhension. Une question qui se pose est de savoir si cette dépendance épistémique entre actes correspond une dépendance ontologique entre les états de choses correspondants. Si Reinach hésite rarement à passer des intuitions d'essences à ces essences elles-mêmes, il se montre ici plus circonspect, qualifiant cette dépendance épistémique de “fait très curieux”. Il paraît ainsi concéder qu'il y a là une asymétrie entre l'épistémologie et l'ontologie des essences : de même que l'existence des mouvements, les prétentions et les obligations dépendent génériquement de quelque antécédent. Mais seule

⁴Smith and Zelanec (2012, n.9, n. 35) notent que cette relation de fondation –telle que l'antécédent génère, en vertu de son essence, le conséquent– n'est qu'une relation d'essence parmi d'autres, telle, notamment, que la relation de la couleur à l'étendue (SW I, p. 250, tr. fr. p. 159 ; voir également SW I pp. 84 sqq.).

l'appréhension de l'existence des obligations et des prétentions nous impose de revenir à leurs sources naturelles.⁵

En somme, tout comme la promesse, la propriété, fonde des droits. Ce fondement est non-causal car contrairement à la causalité, il appartient à la nature des antécédents de générer ainsi les conséquents ; et l'on ne peut appréhender les droits ainsi fondés sans penser que quelque'état de choses les fonde.

1.2 Droits pré-légaux *versus* droit positif

Les obligations et droits ainsi générés par les choses naturelles appartiennent à un niveau normatif *pré-légal*, non-positif. Ils peuvent ou non être ensuite entérinés et modifiés par le droit positif, qui constitue un troisième niveau. Alors que la relation entre les choses non-normatives (telles que la promesse) et les choses normatives (les prétentions et l'obligation qui en naissent) est une forme de nécessité forte, qui se fonde dans l'essence des premières⁶, la relation entre les choses normatives pré-légales et le droit positif est contingente :

il n'est presque aucune proposition que nous avons adoptée à titre de loi d'essence à laquelle nous ne puissions trouver une objection dans une proposition déviante tirée du droit positif. (SW I p. 239, tr. fr. p. 148)

La théorie reinachienne de la propriété est donc fondamentalement indépendante de sa théorie des actes sociaux. La propriété se tient, à l'égard des droits pré-légaux de propriété, dans la même relation que la promesse se tient à l'égard des obligations de celui qui la fait et droits de celui à qui elle est faite. Ce serait une erreur de penser que pour Reinach seuls les actes sociaux fondent le monde juridique pré-légal. La propriété le fait également.

⁵Ce caractère épistémologiquement incomplet des entités normatives sera également relevé par Meinong (1924), qui note que les actes de présentations de valeurs (et de normes) dépendent d'actes de présentation de propriétés naturelles qui les fondent. Un avatar de cette distinction est la thèse mooréenne selon laquelle les valeurs – contrairement aux couleurs– surviennent sur les propriétés naturelles de façon *conceptuelle* ou *a priori*.

⁶Fine (2002) identifie cette nécessité à un type *sui generis* de nécessité normative. Mulligan (2009) souligne à l'inverse, suivant Reinach, que c'est en vertu de leur nature que les promesses imposent une obligation de les tenir : la nécessité dont il s'agit dans ce cas est métaphysique et non pas normative, *pace* Fine.

Venons-en maintenant à la première des deux distinctions admises par Reinach au sujet de la propriété : celle qui oppose propriété et possession.

2 Propriété *versus* possession

2.1 Chose et possession

La propriété comme la possession sont des relations naturelles à deux places, entre une personne et une chose. Une personne peut être en mesure d'utiliser une chose, de la détruire, de la modifier, c'est-à-dire d'avoir sur elle un rapport de *pouvoir naturel* ou *physique* (qui se distingue du pouvoir juridique, tel le pouvoir de renonciation aux droits non-moraux). Ce rapport de pouvoir naturel qu'une personne a sur une chose est la possession :

possession (*Besitz*) : rapport de pouvoir naturel qu'entretient une personne à l'égard d'une chose, c'est-à-dire, sa capacité d'agir sur la chose (de l'utiliser, de la détruire, de la modifier...)

Ce qui appartient ou non à la sphère de pouvoir naturel d'un individu est variable et dépend notamment du progrès des techniques. Seules des choses peuvent être possédées et seules des personnes peuvent posséder. Une chose n'est pas nécessairement une chose corporelle, mais n'importe quelle entité qui peut être *utilisée* :

chose : tout ce dont il peut être fait usage, tout ce qui est utile au sens large (par exemple pommes, maisons, oxygène mais aussi : quantité d'électricité ou de chaleur.)

Reinach pense que l'on ne peut pas faire usage des représentations, des sentiments, des vécus, des nombres, ou des concepts, qui ne sont de ce fait pas des choses. Cela peut surprendre : ne faisons-nous pas usage de nombres pour compter, ou de concepts pour penser ? Non, car pour Reinach *faire usage* de quelque chose implique d'*agir sûr* lui, de le *modifier* (SW I, p. 191, tr. fr. p. 95). Or nous ne modifions pas les nombres quand nous les utilisons. En ce sens nous n'en faisons pas usage, nous n'agissons pas sur eux. Les nombres ne sont pas des choses, ils ne peuvent être possédés. Cette réponse n'est pas sans poser problème. Déplacer une pomme compte certainement comme une modification de cette pomme. Mais un déplacement n'est qu'une modification extrinsèque de l'objet mu. Une fois de telles modifications extrinsèques admises, la question surgit de savoir si les nombres, les concepts, ou les vécus ne deviennent pas également des choses. Saisir un concept, le mettre en relation à d'autres, ressentir une

émotion, utiliser un nombre dans un calcul, ne comptent-ils pas comme autant de façon d’agir sur, de modifier, *extrinsèquement*, ces objets ?

Quelle que soit la bonne définition d’une chose, elle semble devoir inclure certains droits au moins. En effet, Reinach soutient que les droits non-moraux peuvent être transférés, cédés, ou que l’on peut y renoncer. Dans la mesure où ce sont là autant d’usages de ces droits, les droits non-moraux doivent compter parmi des choses, au côté des pommes et des maisons. De fait, Reinach parle occasionnellement de la détention d’un droit comme d’une forme de propriété de ce droit (SW I, p. 195, tr. fr. p. 99), ce qui suggère que dans son ontologie les droits comptent parmi les choses non-naturelles.

2.2 La propriété

La propriété, tout comme la possession, est une relation naturelle, indépendante du droit positif, entre une personne et une chose. Quoiqu’indéfinissable, elle peut être caractérisée ainsi :

propriété (*Eigentum/Gehören*) : relation entre une personne et une chose (ou une partie d’une chose),

- (i) naturelle (contrairement aux droits).
- (ii) indépendante du droit positif.
- (iii) “ultime, irréductible et indivisible” (SW I, p. 194, tr. fr. p. 98)
- (iv) qui fonde, par nature, tous les droits sur les choses.

Contrairement à la propriété, la possession ne fonde aucun droit. Ainsi est-il possible de posséder une chose sans en être propriétaire (lorsqu’on l’emprunte, la vole, lorsqu’on nous la confie...), comme d’être propriétaire d’une chose sans la posséder (lorsqu’on la prête, la confie, lorsqu’on se la fait voler...).

Que la propriété soit “indivisible” signifie que plusieurs personnes ne peuvent pas être propriétaires d’une même chose. Il s’agit là encore d’une loi d’essence selon Reinach : la relation d’appartenance n’ayant essentiellement que deux *relata*, elle ne peut être partagée⁷. D’où vient alors l’idée tenace que la propriété peut être partagée ? Celle-ci repose sur une confusion entre le partage de propriété et les cas suivants :

1. *Partage de droits*. Lorsqu’une seule personne est propriétaire d’une chose, les droits que fondent la propriété peuvent être partagés entre plusieurs personnes (nous reviendrons plus bas sur

⁷Gardies (1987) avance un autre argument en faveur du caractère impartageable de la propriété : y renoncer conduirait à nier le caractère *exclusif* de la propriété.

les transferts de droits), ce qui ne revient pas à partager la relation de propriété..

2. *Propriété de différentes parties d'une même chose.* Lorsqu'une même chose a plusieurs parties, chacune de ces parties peut être la propriété de personnes distinctes. Julie peut-être propriétaire de la selle du vélo et Paul de ses roues.
3. *Propriété d'une même chose, pour différentes portions de sa valeur.* Une même chose peut appartenir pour une portion de sa valeur économique à une personne et pour une autre portion de sa valeur à une autre personne. Julie peut être propriétaire du vélo pour une moitié de sa valeur, et Paul pour l'autre moitié de sa valeur.
4. *La propriété collective.* La propriété partagée voudrait que plusieurs personnes soient, chacune, propriétaire de la chose dans son entièreté, ce qui est impossible ; la propriété collective, à l'inverse, veut que plusieurs personnes soient, collectivement, propriétaire d'une même chose. Le premier *relata* de la relation de propriété est alors une personne collective ou une pluralité de personnes. La relation de propriété demeure ainsi dyadique.

3 Propriété versus droits de propriété

La propriété se distingue non seulement de la possession, mais également des droits de propriété, qu'elle fonde. Pour comprendre cette relation entre la propriété et droits de propriétés, il convient de situer au préalable les droits de propriété au sein de la remarquable typologie reinachienne des droits.

3.1 Les droits de propriété dans la typologie reinachienne des droits

Les droits (ou les prétentions, j'emploierai ici les deux termes de façon équivalente), comme les obligations ont tous un *porteur*, qui est une personne : la personne qui a le droit ou l'obligation. Ils ont en outre un *contenu*. Le contenu immédiat d'une obligation ou d'un droit est toujours, selon Reinach, un *comportement futur*.

Outre le fait d'avoir un contenu et un porteur, remarque Reinach, certains droits et obligations ont en outre un *destinataire*, une partie adverse, distinctes de leur porteur. Ce sont des droits et obligations *relatifs* : bien qu'il soient les droits et les obligations d'une personne, ils *s'adressent* à une autre personne. Par exemple, le droit de Julie à ce

Paul tienne sa promesse se rapporte au comportement futur *d'une autre personne* : Paul. A l'inverse l'obligation *de Paul* de tenir sa promesse à pour destinataire Julie. Certains droits, à l'inverse, ont un contenu et un porteur, mais pas de destinataire : ce sont les droits absolus. Reinach donne comme exemple le droit d'agir par soi-même.

droits et obligations absolus : droits et obligations qui ont un porteur et un contenu mais pas de destinataire.

droits et obligations relatifs : droits et obligations qui ont, outre un porteur et un contenu, un destinataire distinct de leur porteur.

Alors qu'à un droit absolu ne correspond pas d'obligation absolue, ni l'inverse, toute obligation relative nécessite un droit corrélatif de la personne vers laquelle elle est dirigée, et inversement.

droit relatif : droit qui se rapporte à une partie adverse, à un comportement d'autrui. ex : le droits de Julie à ce que Paul tienne sa promesse. A chaque droit relatif correspond une obligation relative (l'obligation de Paul de tenir sa promesse).

obligation relative : obligation qui se rapporte à un destinataire, exemple, l'obligation qu'à Paul vis-à-vis de Julie de tenir la promesse qu'il lui a faite. A chaque obligation relative correspond un droit relatif.

Les droits et les obligations corrélatifs ont *le même contenu* (SW I, pp. 151-152, tr. fr. p. 52). Si Julie promet à Paul d'arrête de fumer alors Julie a l'obligation, vis-à-vis de Paul [que Julie arrête de fumer] et Paul a le droit, vis-à-vis de Julie [que Julie arrête de fumer]. Cela implique que ce n'est pas en vertu de leur contenu que les droits/obligations absolus et relatifs diffèrent : le destinataire d'un droit ou d'une obligation ne figure en général pas dans son contenu. Certes ce contenu peut mentionner une autre personne que le porteur de l'obligation ou du droit, et cette personne peut être le destinataire. Par exemple, si Julie promet à Paul de lui offrir une Porsche, Julie a l'obligation, à l'égard de Paul [que Julie offre une Porsche a Paul], alors que Paul a le droit, relativement à Julie, [que Julie offre une Porsche a Paul]. Mais ce n'est pas parce que Paul figure dans le contenu de la promesse que de Julie que Paul est le destinataire de la promesse de Julie (Julie aurait pu promettre à Jacques d'offrir une Porsche à Paul).

Les droits qui naissent de la propriété ne sont pas des droits relatifs, mais des droits absolus.

droit absolu : droit qui n'a pas de destinataire, qui n'implique par lui-même aucun obligé. Contrairement aux droits relatifs qui se rapportent à un comportement d'autrui, les droits absolus ne se

rappellent qu'au comportement de leur porteur. Les droits absolus n'ont pas d'obligations corrélatives.

obligation absolue : obligation qui n'a pas de destinataire. Par exemple *B* impose une obligation à *A*, *A* l'accepte, mais l'obligation n'est pas relative à *B*. Reinach donne l'exemple des obligations de droit public imposées par l'Etat. Les obligations absolues n'ont pas de droit corrélatif.

Cette différence essentielle entre droits absolus et droits relatifs implique deux autres différences corollaires :

1. La prétention relative d'une personne est en *attente de réalisation*. Par exemple, si Jules a droit à ce que Paul tienne sa promesse, son droit "nécessite une réalisation" : cela correspond à l'obligation qui lui est corrélatrice. A l'inverse, les droits absolus ne tendent pas ainsi vers leur réalisation. Si Paul a le droit de se comporter d'une certaine façon, ce droit ne demande pas à être réalisé : nul, pas même Paul, n'a l'obligation de réaliser ce droit.
2. Si les droits relatifs demandent à être réalisés, il ne peuvent être *exercés*, pour la raison que leur réalisation est aux mains de la partie adverse, non de leur détenteur. A l'inverse, les droits absolus se suffisent à eux-mêmes : leur réalisation ne dépend pas de l'action d'autrui, c'est pourquoi ils peuvent être, contrairement aux droits relatifs, *exercés* par leurs détenteurs.

Les droits absolus ne doivent pas être confondus avec des droits universels. Les droits universels sont des droits dont les destinataires sont *toutes* les personnes : ils sont donc une catégorie de droits relatifs. Il est plausible, remarque Reinach (SW I, pp. 190-191, tr. fr. p. 94), que les droits absolus aient des droits universels pour *conséquences*. Si Paul a un droit absolu, il a aussi droit à ce que tous les autres respectent son droit absolu. Ce dernier droit est un droit universel. Un droit absolu n'est pas un droit universel adressé à toutes les personnes, mais fonde un droit universel, relatif donc, adressé à toutes les personnes.

L'admission de droits absolus constitue une divergence importante entre l'approche de Reinach et l'approche classique –développée simultanément– d'Hohfeld selon laquelle à tout droit correspond un devoir corrélatif (Hohfeld, 1913, pp. 35-41). Notons cependant que si l'on accepte la suggestion de Reinach selon laquelle les droits absolus fondent des droits universels, on peut alors maintenir, dans une veine plus hohfeldienne, que bien qu'aux droits absolus ne corresponde *directement* aucune obligation relative, les droits absolus nécessitent

néanmoins, *via* les droits universels qu'ils fondent, des obligations relatives.

En maintenant l'irréductibilité des droits absolus aux droits relatifs, Reinach fait figure précurseur : dans leurs études influentes Penner (1995) ainsi que Merrill and Smith (2001) réhabiliterons –sans cependant mentionner Reinach– les droits absolus sur les choses, reprochant à Hohfeld d'avoir obscurci la distinction entre les droits *in rem* (tels que la propriété eux) et les droits *in personam* (les droits relatifs). La convergence entre ces auteurs et Reinach ne s'arrête pas là. En effet, quoi que Penner, comme Merrill & Smith, identifient la propriété à un droit, tous sont conduits, malgré eux, à s'exprimer dans les termes de la conception ordinaire de la propriété afin de caractériser l'opposition entre les droits sur les choses et les droits *in personam*. Ainsi Penner (1995, p. 726, n. 55 ; p. 728) souligne-t-il que les droits *in personam* "naissent" des contrats, par opposition aux droits *in rem* qui reviennent au propriétaire "en vertu de la propriété". Merrill and Smith (2001, 360, 364) écrivent pour leur part que "les droits de propriété appartiennent aux personnes dans la mesure où celles-ci entretiennent une relation particulière à une chose". Dans les deux cas, la propriété cessent *d'être* un droit sur les choses, pour *fonder* les droits sur les choses : ce retour subreptice de la conception ordinaire de la propriété chez des auteurs qui ne l'endossent pas officiellement est à mettre à son crédit.

Les droits et obligations envisagés jusqu'ici sont non-moraux. La distinction entre droits et obligations relatifs et absolus vaut aussi bien pour les droits et obligations non-moraux, que pour les droits et obligations moraux. La différence entre les droits et obligations moraux et non-moraux réside dans le fait que seuls les droits et obligations non-moraux peuvent avoir comme source un acte libre, tel un acte social.

droits et obligations non moraux : droits et obligations qui peuvent être fondés dans des actes libres, qui peuvent être transférés par de tels actes, ou auxquels on peut renoncer par de tels actes.

Par exemple : les obligations et droits corrélatifs qui naissent de promesses ; ou le droit absolu d'utiliser le vélo de Julie, qui peut être transféré.

droits(autorisations) et obligations(devoirs) moraux : droits et obligations qui ne peuvent pas être créés par des actes libre. On ne peut ainsi ni renoncer à ses droits et obligations morales (seulement à leur exercice), ni les transférer.

Les droits de propriété relèvent des droits *non-moraux* (ils peuvent être transférés) *et absolus* (ils n'ont pas de destinataires). Au sein de cette catégorie des droits non-moraux et absolus, il convient encore, pour situer précisément les droits de propriété, de distinguer les droits formateurs des droits-non formateurs. Les premiers sont des droits d'effectuer des actes sociaux qui modifient les rapports juridiques (qui créent, détruisent, transfèrent des obligations, des droits...). Par exemple, le droit de renoncer, de révoquer, de promettre.

droits formateurs : droits à des comportements qui ont une efficacité juridique immédiate : droit d'accomplir des actes sociaux qui modifient les rapports juridiques.

Les droits non-formateurs sont à l'inverse des droits à des comportements qui ne modifient pas les rapports juridiques.

droits non formateurs : droits à des comportements qui n'ont pas d'effet juridique immédiat.

Les principaux types de droits non-formateurs sont les droits à se comporter à l'égard d'une chose : par exemple le droit d'user, de modifier, de cultiver, de tirer les fruits d'une chose.

droits sur les choses : droit non-formateur dont le contenu est un comportement du porteur qui se rapporte aux choses.

Les droits de propriétés constituent le principaux types de droits sur les choses, et la propriété est au fondement de tous les droits sur les choses (SW I, p. 209 ; tr. fr. p. 115). Leur contenu est un comportement du propriétaire vis-à-vis de la chose dont il est propriétaire. Les droits de propriété sont donc des droits (i) non moraux (ii) absolus (qui ne sont pas essentiellement liés à une obligation corrélatrice, bien qu'ils puissent indirectement implique un droit relatif lié à une obligation corrélatrice). (iii) non formateurs (iv) sur les choses. (v) qui trouvent leur origine dans la relation de propriété. La place des droits de propriété dans la taxonomie reinachienne des droits est récapitulée dans la figure (3.1).

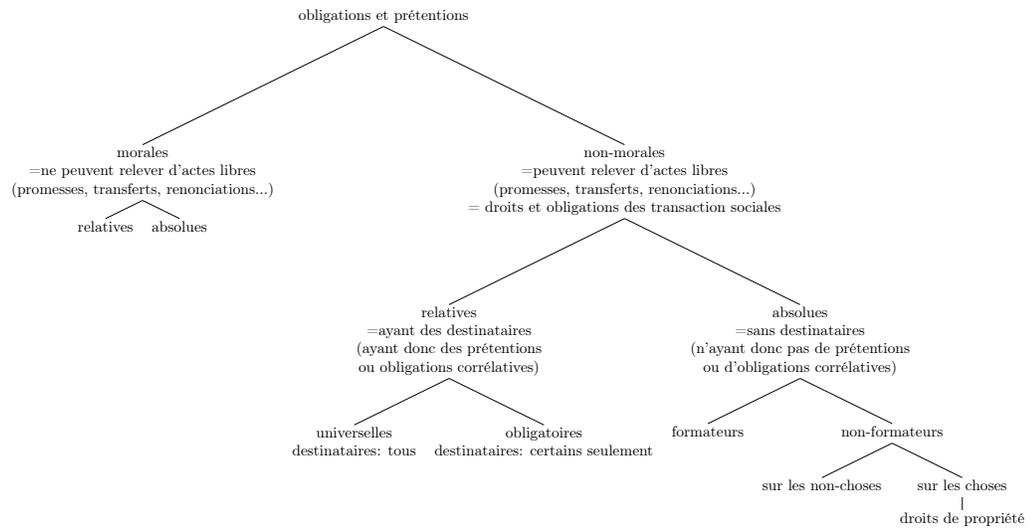


Figure 1: Typologie des droits et obligations dans les *Fondements*

3.2 Les droits de propriété

Les droits de propriété sont donc des droits de se comporter d'une certaine façon à l'égard d'une chose. De quels comportements s'agit-il ? La relation de propriété, soutient Reinach, fonde pour son porteur "le droit absolu de se conduire à l'égard de la chose possédée *de la façon qu'il souhaite*".

droit de propriété : droit absolu qu'a le propriétaire d'une chose de se conduire de la façon dont il souhaite à l'égard de la chose dont il est propriétaire.

Cette caractérisation des droits de propriété semble initialement bien trop radicale : on est tenté d'objecter à Reinach que nous n'avons pas le droit de faire ce que l'on veut de ce qui est nôtre, cela pour deux raisons au moins :

1. Premièrement, nous n'avons toujours pas le droit *moral* de faire tout ce qu'on veut de ce qui est nôtre. Le propriétaire d'un chef d'œuvre n'a pas le droit de le détruire ou de le modifier. Le propriétaire d'une arme n'a pas le droit de l'utiliser contre autrui dans n'importe quelles conditions. Le propriétaire d'un bien nécessaire à la survie d'autrui, et dont il ne tire qu'une utilité marginale faible, n'a pas le droit d'en priver autrui. A tout le moins, de telles thèses ne semblent pas devoir être exclues par la nature de la propriété.

La réponse de Reinach est que les droits absolus qui émanent de la propriété peuvent s'opposer à d'autres obligations –juridiques ou morales. Un droit qui s'oppose à d'autres n'est pas un droit qui n'existe pas : au contraire. Reinach anticipe ici la distinction que Ross (2002) introduira une quinzaine d'années plus tard, au sujet des devoirs, entre les devoirs *prima facie* et les autres. Ainsi, l'absoluité des droits de propriété ne signifie pas qu'ils ne peuvent entrer en conflit avec aucun autre droit, ou qu'ils aient une forme de priorité absolue sur tous les autres droits. Elle signifie seulement que les droits de propriété n'ont pas de destinataires. (La façon dont les différents droits *prima facie* – dont les droits de propriétés– s'additionnent afin de former des droits *toutes choses considérées* se situe hors du projet que poursuit Reinach dans les *Fondements*.)

2. Deuxièmement, même si l'on se limite aux droits de propriété, à l'exclusion des autres droits –tels les droits issus de la promesse,

ou les droits moraux avec lesquels ils peuvent entrer en conflit— il demeure de nombreux cas où être propriétaire d'une chose n'implique aucunement d'avoir le droit de se comporter librement à son égard. La propriété nue, ou l'usufruit constituent les cas radicaux dans lesquels le propriétaire est privé de *tous* les droits de propriété ; les servitudes de passage constituent un autre exemple, où le propriétaire d'un terrain est privé d'une partie de ses droits sur sa propriété. Si vraiment la propriété fonde, essentiellement, la totalité des droits de propriété, comment de telles exceptions sont-elles possible ?

La réponse de Reinach est que la relation entre la propriété et les droits de propriété est une relation d'essence qui ne vaut pas en toutes circonstances mais seulement *en l'absence de certains facteurs* déterminants. Dans le cas de la propriété, ces facteurs consistent dans l'existence d'actes de transferts ou de cessions de droits :

Vaut d'une manière analogue [i.e. en l'absence de facteurs déterminant] la proposition selon laquelle, de la propriété en soi et pour soi tous les droits des choses doivent découler dans la personne du propriétaire, mais sous la présupposition qu'aucun acte de cession ou de transfert n'ait lieu de son côté. (SW I, p. 250, tr. fr. p. 160).

Par exemple dans le cas d'un de l'acquisition d'un terrain comportant des servitudes, que la propriété est transférée “dans un état diminué”, dans le sens où les tiers restent bénéficiaire de ces droits d'usage du terrain. *En l'absence de transfert ou de cession de droits de propriété*, le propriétaire d'une chose a tous les droits sur cette chose.

Reinach fournit une description méticuleuse de la façon dont les droits de propriété peuvent être cédés ou transférés. Sa théorie des transferts et cessions de droit joue de fait un double rôle au sein de son approche générale de la propriété. Deux distinctions sont à retenir : la distinction entre le transfert de la propriété et le transfert de droits de propriété d'une part ; et la distinction entre le transfert de droits et la cession de droits d'autre part.

3.3 Transfert de propriété *versus* transfert de droits de propriété

Le propriétaire d'une chose peut transférer, par un acte social, la propriété à un autre. Le transfert est un acte social distinct de la promesse. Aucune promesse faite à une personne ne peut la rendre propriétaire. Si Jules promet à Paul de lui transmettre une chose, Paul obtient une *prétention* au transfert de la chose, mais non la *propriété* de la chose (SW I, p. 149, n. 1, tr. fr. 49 n.1).

Le propriétaire d'une chose peut également, ce qui est très différent, transférer tout ou partie des *droits* de propriétés à autrui, tout en restant propriétaire de la chose. C'est précisément un des intérêts de la distinction entre propriété et droits de propriété que de permettre de tels transferts et cessions de droits :

On doit maintenir avec la plus grande détermination que la propriété n'est pas un droit sur les choses, mais *une relation* à la chose sur laquelle se fondent tous les droits sur les choses. Ce rapport *se maintient à l'identique, même si tous ces droits sont cédés à une autre personne*. (SW I, p. 195 ; tr. fr. p. 99)

Lorsque l'on transfère certains droits sur sa propriété à autrui, on ne cesse pas d'en être propriétaire, pas plus que l'on en est "moins" propriétaire (la propriété n'a pas de degrés). Si Julie transfère à Paul le droit d'utiliser son vélo pendant une heure, Julie reste propriétaire de son vélo, bien qu'elle perde, pendant une heure, le droit de l'utiliser.

Le transfert d'un droit de propriété, comme le transfert de propriété, sont des actes sociaux, effectués par le propriétaire, qui nécessitent d'être entendus par autrui (SW I, p. 206, tr. fr. p. 111). Comme la promesse, le transfert a une efficacité juridique immédiate, mais contrairement à la promesse, qui transfère n'a pas, une fois l'acte social accompli, autre chose à faire plus tard pour "tenir son transfert".

Le fait que les droits de propriété puissent être transférés sans que la propriété ne le soit présuppose la thèse centrale selon laquelle la propriété *fonde* les droits absolus sur les choses (comme la promesse fonde de prétentions et obligations corrélatives) mais n'est en rien *constituée* par tels droits. Fondations et constitutions sont des relations distinctes :

Lorsqu'une chose est fondée selon une légalité essentielle dans une autre, cette autre ne peut jamais être composée de la première. (SW I, pp. 194-5, tr. fr. p. 99).

Parce qu'elle identifie la propriété à un faisceau de droits sur les choses, plutôt qu'au fondement des droits sur les choses, la théorie de la propriété comme faisceau de droits ne peut s'appuyer sur l'idée que la propriété fonde les droits sur les choses. Elle se heurte, en conséquence, à plusieurs objections. Premièrement, si la propriété était un faisceau de droits, elle devrait disparaître sitôt que l'un de ces droits serait transférés, ce qui n'est clairement pas le cas. Deuxièmement, même si les partisans d'une telle théorie parvenaient à établir que la propriété pouvait se maintenir malgré certains transferts de droits, la propriété se maintiendrait alors à un degré inférieur. Or la propriété ne vient pas par degrés, on est propriétaire d'une chose, ou on ne l'est pas. Enfin, la théorie des faisceaux ne peut rendre compte des cas de propriété nue, ou le propriétaire n'a, pour un certain temps, plus *aucun* droit sur la chose qui lui appartient néanmoins.

3.4 Transfert de droit *versus* cession de droit

Le transfert (*Übertragung*) d'un droit se distingue de la cession (*Einräumung*) d'un droit. Si une personne transfère un droit, cela implique que le droit lui ait d'abord appartenu. Il y a, dans le cas du transfert, une identité numérique du droit, qui passe d'un détenteur à un autre. Qui transfère un droit doit d'abord l'avoir, et ne peut plus l'avoir une fois transféré. Ce n'est pas le cas dans la cession d'un droit. Il est possible de céder un droit que l'on a pas, et il est possible de garder un droit que l'on cède :

- *céder un droit que l'on n'a pas* : une personne bénéficiaire d'une promesse peut céder à la personne qui lui fait la promesse le droit de la rétracter (*widerrufen*, SW I, pp. 174-175 ; tr. fr. pp. 76-77). Ce droit de rétraction n'a, et pour cause, jamais appartenu au bénéficiaire de la promesse, qui pourtant peut le céder.
- *céder un droit en le gardant* : Julie peut céder à Paul le droit de pêcher dans son étang, sans pour autant perdre son propre droit de faire de même.

Ce qu'ont en commun tous les cas de cession est que celui qui cède un droit garde son pouvoir juridique : cela est évident dans le second cas, car le droit est conservé tout en étant cédé. Cela est vrai également dans le premier cas : certes, le destinataire de la promesse qui cède à celui qui a promis le droit de révoquer sa promesse n'a pas lui-même ce droit. Mais son pouvoir juridique de céder un tel droit repose entièrement dans le droit qu'il a acquis à la suite de la promesse. Reinach en tire le principe suivant : "Personne ne peut céder plus de

pouvoir juridique qu'il n'en possède lui-même" (SW I, p. 208, tr. fr. p. 113).

Enfin, un indice du fait que même les droits cédés ou transférés trouvent leur fondement dans la relation de propriété est que si le bénéficiaire de ces droits transférés en vient à disparaître, ou à renoncer à ces droits, ceux-ci reviennent automatiquement au propriétaire, ce que l'on appelle "l'élasticité de la propriété" (SW I, pp. 195, 209, tr. fr. pp. 99, 115). Ils ne disparaissent pas.

4 L'origine de la propriété

4.1 La position de Reinach

La propriété est donc une relation naturelle entre une personne et une chose, qui génère essentiellement pour cette personne des droits absolus sur cette chose. Comment alors une personne devient-elle propriétaire d'une chose ? Reinach fait l'hypothèse que l'origine de la propriété doit se conformer à des lois d'essences. Il doit y avoir, suppose-t-il, des événements naturels qui, de même que la relation de propriété elle-même génère, de par sa nature, des droits de propriété—gènèrent de par leur nature la relation de propriété (SW I, pp. 212-213, tr. fr. p. 118). Reinach met en garde contre une confusion possible entre la recherche—qu'il fait sienne—de fondements a priori à la propriété, et trois autres types de recherches—qu'il écarte :

1. la recherche de l'origine historique des relations de propriétés reconnues par le droit positif ;
2. la recherche de l'origine psychologique du concept de propriété ;
3. la recherche de conditions d'appropriation moralement justifiées.

Il donne comme exemple de la confusion du premier type l'idée que le droit du premier occupant, fonderait, par nature la propriété : "l'*usucapio* [le fait d'être le possesseur d'une chose pendant un certains temps], quelque indispensable qu'elle soit pour le droit positif, *ne constitue pas* une origine de la propriété selon une loi d'essence" (SW I, p. 213, tr. fr. p. 119). La confusion du troisième type, la plus courante selon lui, est commise par la théorie—lockéenne notamment—selon laquelle la propriété naîtrait du travail. C'est là, selon Reinach, une tentative d'établir des rapports de propriété de façon moralement satisfaisante au sein d'une communauté—qui peut être légitime ou non—mais pas une explication de l'origine essentielle de la propriété : le travail ne fonde en rien la propriété par une loi d'essence.

Si *l'usucapio* et le travail sont exclus, quels autres événements naturels sont-ils essentiellement tels qu'ils sont à l'origine de la propriété ? Reinach en envisage deux. Nous avons déjà rencontré le premier : il s'agit d'être le destinataire d'un acte social de *transfert de propriété*. Cela suppose évidemment que la chose en question ait au préalable déjà un propriétaire.

La seconde façon de devenir propriétaire d'une chose implique au contraire que celle-ci n'ait pas eu de propriétaire antérieur. Il s'agit de la *création d'une chose à partir de matériaux qui n'étaient la propriété de personne* auparavant : c'est une loi d'essence que les choses créées appartiennent à leur créateur. Reinach insiste sur le fait que cette thèse est distincte de la thèse selon laquelle la propriété naît du travail. Même lorsque la création requiert du travail, c'est dans la création, et non dans le travail qu'elle exige, que gît alors l'origine de la propriété.

4.2 L'appropriation originelle : objections

En dehors des transferts et de la création, Reinach ne mentionne dans le chapitre consacré à la propriété aucun autre événement naturel susceptible d'être à l'origine de la propriété. En particulier, Reinach n'y explique pas comment une chose que personne ne possède initialement peut devenir la propriété de quelqu'un. La seule exception, somme toute marginale, a trait à la création. Reinach paraît en effet accepter que la matière qui compose la chose créée, et qui lui pré-existait, devient également, avec la chose créée, la propriété du créateur. Le sculpteur devient à la fois propriétaire de la statue et du marbre qui la constitue. L'appropriation originelle de quelque chose de préexistant, qui n'est pas le matériau d'une création, n'est jamais abordée. L'absence de toute explication de l'appropriation de bien fonciers –un terrain ou une source– est particulièrement frappante. Cela ouvre la voie à une deux objections importantes à Reinach.

La première est que *tous* les candidats au statut de fondement de la propriété paraissent avoir été disqualifiés, de sorte que Reinach nous lègue un problème insoluble. Il exclut explicitement l'occupation, la possession, *l'usucapio*, le travail, ainsi que tout autre considération historique ou morale. Ne semblent demeurer que les actes sociaux. Or ceux-ci sont également hors-jeu, fait valoir de Calan (2008), car ils ne sont pas en mesure de fonder les droits sur les choses : "Reinach insiste bien sur l'idée que le fondement des droits sur les choses n'est précisément pas un acte social, ce qui signifie que la théorie des actes

sociaux n'a pas de validité dans la fondation de la relation de propriété et des droits sur les choses qui en découlent" (de Calan, 2008, p. 115).

La seconde objection, due DuBois (2002, p. 342), est que notre intuition de l'essence de la propriété semble désespérément muette au sujet de son origine : "nous devrions être capables, écrit Dubois, de considérer l'essence de la propriété et de répondre alors à des questions très élémentaires au sujet de l'origine de la relation d'appartenance". Or précisément, nous ne le sommes pas : nous avons beau scruter la propriété, celle-ci ne nous dit rien de son origine.

4.3 L'appropriation originelle : réponses

Je pense que ces deux objections échouent. Considérons pour commencer l'objection de Dubois. Lorsque Reinach dit que l'origine de la propriété est régie par des rapports d'essence, cela n'implique aucunement que la contemplation de l'essence *de la propriété* devrait nous en livrer l'origine. Il est clair au contraire que pour Reinach, c'est l'essence *de ce qui génère la propriété* qui en explique l'origine, et non l'essence de la propriété elle-même. Ainsi est-il "dans l'essence de la création que la chose créée appartient à son créateur" (SW I, p. 213, tr. fr. p. 119), et non dans l'essence de la propriété d'avoir pour origine la création. De la même façon, c'est la promesse qui génère, de par sa nature, des obligations et des prétentions corrélatives ; il n'appartient pas à la nature de ces formations juridiques d'être générées par la promesse (Reinach maintient, on l'a vu, qu'une même prétention peut avoir "des sources très différentes"). L'erreur de Dubois est de penser que lorsque *A* fonde *B*, l'explication est à chercher du côté de la nature de *B*, dans l'essence de ce qui est fondé, une thèse récemment défendue par Fine :

Ce qui explique la connexion de fondation théorique est quelque chose qui concerne la nature [du fait fondé] [...] et non la nature des faits qui le fondent. (Fine, 2012, p. 76)

Rien n'est plus étranger à la pensée de Reinach. En matière de formations juridiques, il n'appartient pas à la nature de ce qui est fondé d'avoir les fondements qu'il a, mais il appartient typiquement à la nature des fondements (la création, la promesse, la propriété...) de fonder ce qu'ils fondent (respectivement : la propriété, les prétentions, les droits de propriété). C'est justement parce qu'il ancre la relation de fondation dans la nature des fondements plutôt que dans celle des fondés que Reinach considère comme "très curieux", on l'a vu, le fait que l'appréhension des obligations et des prétentions renvoie à

l'appréhension générique de leurs fondements naturels. Reinach ne nous enjoins donc aucunement, *pace* Dubois, de scruter plus avant la propriété afin d'en découvrir l'origine. Il nous faut au contraire chercher ailleurs ses fondements.

Mais la première objection se fait alors d'autant plus pressante : que reste-t-il, en effet, pour fonder la propriété originelle, une fois exclus l'occupation, la possession, l'*usucapio*, le travail, et les actes sociaux ? Rien, sans doute. Mais contrairement à ce que soutient de Calan, la conception reinachienne de la propriété n'exclut pas que les actes sociaux puissent en être à l'origine. De Calan a raison de maintenir que les actes sociaux ne peuvent pas fonder *les droits* sur les choses : seule la propriété le peut. Mais cela n'implique pas que les actes sociaux ne peuvent pas fonder *la propriété elle-même*, qui n'est pas un droit sur les choses mais qui est au fondement de tels droits.

Nous savons déjà que la propriété, toute naturelle qu'elle soit, peut être transférée par un acte social. La proposition présente est *que la propriété peut également être créée par un acte social*. Quel est cet acte ? Il s'agit d'un acte de disposition (*Bestimmung*). Les dispositions sont les actes sociaux par lequel on prescrit ou édicte de nouvelles normes, typiquement les normes du droit positif. Les dispositions portant sur des formations juridiques –tel les droits ou la propriété– ont ceci de particulier qu'elles ne créent pas seulement un devoir-être, mais l'être même de la formation en question –anticipant au passage les performatifs d'Austin et les déclarations de Searle (Mulligan, à paraître) : “dans la réalité de la disposition et dans la position d'une telle formation comme devant être, l'existence même de ce qui doit être est simultanément posée”(SW I, p. 246, tr. fr. p. 155). On peut ainsi proprement générer des relations de propriété *via* un acte de disposition. Par exemple, indépendamment de toute référence au droit positif, deux parties peuvent s'en remettre à un arbitre pour trancher leur litige. L'arbitre “prescrit” alors que l'une des parties a une dette envers l'autre, mais qu'il lui revient également la propriété d'une certaine chose.

Ce qui est établi par la disposition n'est pas un pur devoir-être en attente de réalisation, mais *dans l'instant* même de la position, et par la position elle-même, il devient réel : la propriété et la prétention existent en vertu de cette disposition. (SW I, p. 247, tr. fr. p. 156)

La disposition fonde dans ce cas, de par sa nature, l'existence de la propriété. Il y a alors deux façons, pour quelque chose qui n'est la

propriété de personne de le devenir. La première est d'être le matériau d'une chose créée. La seconde est d'être attribué à un propriétaire en vertu d'un acte de disposition. Comment la disposition peut-elle avoir un tel pouvoir juridique, celui de faire naître la propriété ? Elle ne le peut que parce qu'elle est elle-même fondée d'autres actes sociaux : des actes d'assujettissement des personnes pour qui la disposition est efficace, envers la personnes qui prescrit. Ces actes d'assujettissement confèrent à leur destinataire le pouvoir de "provoquer par la disposition des effets juridiques dans la personne volontairement assujettie" (SW I, p. 247, tr. fr. p. 157). Nous avons alors la chaîne de fondations suivantes : les actes d'assujettissement, fondent, en vertu de leur nature, le pouvoir de disposer d'une personne. Les dispositions fondent, en vertu de leur nature, des relations de propriété. Ces relations de propriétés fondent, en vertu de leur nature, des droits sur les choses.

Une telle explication de l'appropriation originelle ne manquera pas de soulever l'objection suivante : si la propriété peut être créée par disposition, en quoi est-elle encore une relation naturelle ? De fait, Reinach souligne que puisque la propriété est une relation naturelle, elle ne peut être "artificiellement constituée", ou "fondé[e] sur une création artificielle" (SW I, 193-194, tr. fr.p. 97). Il souligne également que propriété ne relève pas du droit positif. Or il n'introduit les dispositions que pour expliquer l'origine du droit positif. Cela suggère que ce n'est pas la propriété au sens strict qui pourrait être ainsi naître des dispositions, mais seulement un succédané de propriété redéfinie par le droit positif. Par suite, le problème de l'origine de la propriété naturelle resterait entier.

Si une telle lecture est initialement plausible, elle est en réalité erronée. Ce n'est pas la propriété "positive" qui est créé par des dispositions, mais bien des instances de la propriété naturelle. Comment Reinach peut-il alors maintenir que la propriété ne peut pas être artificiellement créé tout en soutenant qu'un acte de disposition peut la créer ? Pour lever la contradiction, je suggère, plutôt que de distinguer la propriété naturelle de la propriété "positive", de distinguer *l'essence* de la propriété de *l'existence* de ses instances. Lorsque Reinach soutient que la propriété, en tant qu'elle est naturelle, ne peut être créée artificiellement, il cherche à répondre à l'objection –que reprendra Bassenge (1938)– selon laquelle ce qu'il considère comme une intuition de l'essence de la propriété n'est en fait qu'une représentation forgée par l'histoire de notre droit positif. C'est contre cette idée que la nature de la propriété serait construite que Reinach fait

valoir que *l'essence* de la propriété ne peut être artificiellement créée ou modifiée : à savoir, le fait qu'elle soit une relation primitive entre une personne et une chose, qui fonde des droits sur cette chose. Cela est tout à fait compatible avec le fait que *l'existence* de la propriété –de ses instances– puisse être artificiellement créée (par disposition) ou modifiée (par transfert).

En somme, une disposition peut créer une instance de la relation de propriété, mais aucune disposition ne peut faire que la propriété ne soit pas une relation entre une personne et une chose, ni ne peut empêcher que la propriété ne génère des droits absolu pour le propriétaire, en l'absence d'actes sociaux contraires (transferts de droits, autre disposition...). Même lorsque des instances de la relation de propriété sont créées par des dispositions de droit positif, leur essence demeure donc indépendante du droit positif. Les actes de dispositions peuvent faire descendre sur terre les essences qui peuplent le ciel platonicien. Mais ils ne peuvent aucunement modifier ces essences.

Outre qu'elle évite d'attribuer à Reinach une position contradictoire et de sortir de l'impasse apparente concernant l'origine de la propriété, l'idée que l'existence de la propriété naturelle –mais jamais son essence– peut trouver sa source dans des dispositions présente deux autres avantages.

Premièrement, elle permet de comprendre comment le travail, la possession ou *l'usucapio* peuvent jouer un rôle dans l'origine des relations de propriété. Il est *a priori* exclu, que ces phénomènes fondent, par leur nature, des relations d'appartenance. Cependant, une disposition peut poser que, lorsque le travail, la possession, *l'usucapio*, etc. sont satisfaits par une personne relativement à un bien, alors cette personne devient propriétaire de ce bien. C'est ainsi à *l'occasion* de telles circonstances que l'on peut devenir propriétaire, même si l'on ne le devient que *par* la disposition qui édicte qu'en de telles circonstances, on devient propriétaire (SW I, p. 249, tr. p. 159).

Deuxièmement, cette solution permet de réconcilier le réalisme de Reinach au sujet de la propriété avec les intuitions anti-réalistes, ou conventionnalistes de bon nombre de ses adversaires : on peut effectivement faire naître des relations de propriété dans le monde en recourant à des actes dispositifs. Mais si la propriété est alors *existentiellement dépendante* de telles conventions, elle en demeure *essentiellement indépendante*, en accord avec le réalisme reinachien.⁸

⁸Je remercie Emma Tieffenbach, Markus Haller, Juan Suarez, Kevin Mulligan, Ronan de Calan, Dominique Pradelle, Denis Seron, Arnauld Dewalque pour leurs

Références

- Bassenge, F. 1938. “Zur Philosophie des Eigentums.” *Archiv fur Rechts-und Philosophie XXXI* :324–335.
- Block, W. 2004. “Austrian law and economics : The contributions of adolf reinach and murray rothbard on law, economics, and praxeology.” *Quart J Austrian Econ* 7 :69–85.
- Brettler, L.A.V. 1973. “The phenomenology of Adolf Reinach : chapters in the theory of knowledge and legal philosophy.” PhD dissertation, Thesis (Ph. D.)–McGill University.
- de Calan, R. 2008. “Une phénoménologie de la propriété : Reinach et les Pandectistes.” *Adolf Reinach*, pp. .
- DuBois, J. 2002. “Adolf Reinach : Metaethics and the Philosophy of Law.” In J. Drummond, ed. *Phenomenological approaches to moral philosophy, a handbook*. Dordrecht, Boston, MA. : Kluwer, pp. 327–346.
- Fine, K. 2012. “Guide to ground.” *Metaphysical grounding : Understanding the structure of reality*, pp. 37–80.
- . 2002. “The Varieties of Necessity.” *Conceivability and Possibility*, pp. 253–281.
- Gardies, J.L. 1987. “Adolf Reinach and the Analytic Foundations of Social Acts.” In *Speech Act and Sachverhalt*. Springer, pp. 107–117.
- Gaus, G.F. 2012. “Property.” In D. Estlund, ed. *The Oxford Handbook of Political Philosophy*. Oxford, Oxford University Press.
- Grey, T.C. 1980. “The disintegration of property.” *Nomos XXII : Property* 69.
- Haller, M. 1998. “Private, Public, and Common Ownership.” *Analyse & Kritik* 20 :166–183.
- Hohfeld, W.N. 1913. “Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning.” *Yale Law Journal*, pp. 16–59.
- Hülsmann, J.G. 2004. “The a priori foundations of property economics.” *Quarterly Journal of Austrian Economics* 7 :41–68.

commentaires précieux, ainsi que les participants à la journée d'étude “La phénoménologie réaliste d'Adolphe Reinach”, Archives Husserl, Paris, 2012.

- Meinong, A. 1924. *Über emotionale Präsentation*, vol. 183. A. Hölder.
- Merrill, T.W., and H.E. Smith. 2001. "What happened to property in law and economics?" *Yale Law Journal*, pp. 357–398.
- Mulligan, K. à paraître, "Persons and Acts, Collective and Social, From Ontology to Politics." In A. Salice and H. B. Schmid, eds. *Social Reality : The Phenomenological Approach*.
- . 2009. "Value." In R. Poidevin, P. Simons, A. McGonigal, and R. Cameron, eds. *The Routledge Companion to Metaphysics*. London : Routledge, pp. 401–414.
- . 2012. *Wittgenstein et la philosophie austro-allemande*. Paris : Vrin.
- Munzer, S. 1990. *A theory of property*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Penner, J. 1995. "The Bundle of Rights Picture of Property" *UCLA Law Review*, 43 :711-820.
- Reinach, A. 1989a. "Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes." In K. Schuhmann and B. Smith, eds. *Sämtliche Werke I*. Munich : Philosophia Verlag, pp. 141–278. Tr. fr. R. de Calan, *Les Fondements a priori du droit civil*, Paris, Vrin, 2004.
- . 1989b. "Über Phänomenologie." In K. Schuhmann and B. Smith, eds. *Sämtliche Werke*. Munich : Philosophia Verlag, pp. 531–550. Tr. fr. A. Dewalque, in A. Reinach, *Phénoménologie Réaliste*, dir. D. Pradelle, Paris, Vrin. 2012
- Ross, W. 2002. *The right and the good*, P. Stratton-Lake, ed. Oxford University Press, USA.
- Smith, B., and W. Zelanec. 2012. "Laws of essence or constitutive rules? Reinach vs. Searle on the ontology of social entities.", in In Francesca De Vecchi (ed.), *Eidetica del Diritto e Ontologia Sociale. Il Realismo di Adolf Reinach*. Milano-Udine, Mimesis .
- Waldron, J. 1988. *The right to private property*. Clarendon Press Oxford.
- Zaibert, L., and B. Smith. 2003. "Real Estate : Foundations of the Ontology of Property." *The Ontology and Modelling of Real Estate Transactions*, H. Stuckenschmidt, E. Stubkjaer, and C. Schlieder, eds., Ashgate, Hampshire, pp. 35–51.