

La propriété bonitaire (" *dominium in boni*") : aux origines de la propriété dissociée

Nicolas BERNARD, Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

Introduction

Souvent, il est permis d'associer un homme à une œuvre, tant celui-là tend à se confondre avec celle-ci. Ainsi en va-t-il de Gilbert Hanard, qui semble personnifier littéralement un enseignement de droit romain qu'il a prodigué tout au long de son parcours académique, jusqu'à incarner physiquement Rome et ses fastes.

Toute règle, même — voire *surtout* — massive, n'a cependant de sens qu'au regard des exceptions qu'elle autorise. Gilbert Hanard, en d'autres termes, n'épuise pas son être dans le droit romain, même si cette branche l'a intimement façonné (au moins autant que son titulaire l'a modelée). Notre homme a "tâté" d'autres domaines, et je ne parle pas ici des questions financières et de bourse qui continuent de tenir sa vivacité en éveil. Ainsi, je dois être l'un des rares à avoir de l'intéressé une image qui ne soit *pas* principalement rattachée au Capitole ou à la Curia. C'est que l'inalmovible professeur de droit romain a voulu, à l'automne d'une carrière déjà bien remplie, opérer une ultime diversification dans ses enseignements, afin sans doute de prendre quelque distance par rapport à une matière dévorante. Et c'est ainsi que, pour les années académiques 2005-2006 et 2006-2007, Gilbert Hanard a décidé de délivrer — en cotitulature avec votre serviteur — le cours de *droit des biens*, tout juste créé aux Facultés universitaires Saint-Louis dans la foulée de la réforme dite de Bologne. Incontestablement proche par ses concepts du droit de la Rome antique, lesquels sont toujours d'actualité pour la plupart (propriété, possession, droits réels démembres), cette matière ne pouvait que séduire un Gilbert Hanard qui trouvait, là, l'opportunité providentielle de prolonger son enseignement romaniste dans la sphère civile contemporaine.

Ensuite de quoi, il est proposé ici une courte réflexion sur la dissociation du droit de propriété (le roi des droits réels, le droit réel des rois), dissociation qui trouve notamment ses origines dans le droit des Romains à qui l'on doit entre autres cette institution hautement révélatrice qu'est la propriété bonitaire.

1. On peut être maître sans être propriétaire

Tout occupant d'un bien entretient avec son lieu de vie un rapport qui, sous l'angle du droit notamment, est loin d'être neutre. La forme juridique de mise à disposition du bien détermine étroitement les pouvoirs, prérogatives et obligations qu'on peut avoir vis-à-vis de son logement. Ainsi, le propriétaire ne se comporte pas dans son habitat comme le locataire, lequel n'agit pas non plus de la même manière que l'usufruitier, l'emphytéote ou encore le squatteur, etc.

Il semble communément admis à cet égard que la propriété constitue le vecteur maximal de maîtrise d'un bien. Ce lien quasi sacré mérite cependant d'être interrogé, sinon distendu. C'est que la stabilité dans le temps et le pouvoir de gestion sur le lieu de vie, pour n'évoquer que deux des éléments liés à la maîtrise, peuvent s'identifier à d'autres mises à disposition d'un bien (que la propriété), parfois même plus pérennes. La maîtrise n'est pas simplement équivalente à la propriété. Qu'on songe par exemple à l'acquéreur criblé de dettes d'un bien immobilier et qui voit son bien saisi au premier contretemps financier, ou encore, pour l'anecdote, au châtelain désargenté incapable de dégager les fonds destinés à entretenir son domaine et condamné dès lors à vivre dans l'insalubrité. "La condition du propriétaire n'est guère plus aisée que celle des occupants", observe en ce sens le juge de paix de Grâce-Hollogne. "Le propriétaire pâtit des conséquences d'un investissement catastrophique dépassant ses facultés"¹. En sens inverse, certains locataires sont installés dans des baux de neuf ans, susceptibles d'être renouvelés pour trois nouvelles années à chaque fois², tandis que d'autres jouissent même d'un bail à vie³. Par ailleurs, sous l'angle du pouvoir de gestion, le locataire qui a conclu un bail dit de rénovation (qui l'autorise à réhabiliter les biens loués dégradés moyennant contrepartie du bailleur) a toute latitude pour façonner le logement à son image⁴. En conclusion, on peut être maître sans être propriétaire, et propriétaire sans être maître. Notion périphérique de l'acte d'habiter, la maîtrise s'inscrit donc au-delà des aspects techniques et juridiques. "C'est bien un signe de notre société utilitariste que de ne pas voir de salut (juridique) en dehors de la propriété", résume Muriel Fabre-Magnan. "Comme si le droit n'avait pour objet que de protéger la propriété"⁵.

2. Protéger le possesseur également : les actions possessoires

a. Position de la question

On le voit, le propriétaire n'est pas le seul à devoir être protégé dans son rapport au bien, par l'entremise notamment d'actions judiciaires destinées à le rétablir dans ses droits. Dont acte. Le possesseur et, même, le détenteur bénéficient eux aussi de la possibilité d'ester en justice en vue de faire cesser un trouble qui perturberait leur relation avec la chose immobilière. Ainsi les actions possessoires, puisque c'est d'elles qu'il s'agit, cherchent à protéger une situation juridique de fait, alors que les actions

¹ J.P. Grâce-Hollogne, 10 octobre 2000, *Échos log.*, 2001, p. 14. "Il pourrait être de l'intérêt général et du sien propre", poursuit le juge, "qu'il sollicite l'intervention d'une agence immobilière sociale".

² Art. 3, §1er, al. 3, de la section 2 ("Des règles particulières aux baux de résidence principale du preneur") du chapitre II ("Du louage des choses") du titre VIII ("Du contrat de louage") du livre III ("Des différentes manières dont on acquiert la propriété") du Code civil, introduit par la loi du 20 février 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer, *M.B.*, 22 février 1991.

³ Art. 3, §8, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III du Code civil.

⁴ Art. 8 de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III du Code civil.

⁵ M. FABRE-MAGNAN, "Propriété, patrimoine et lien social", *RTD civ.*, 1997, p. 613.

pétitoires tendent, elles, à la reconnaissance d'un droit réel immobilier. Peuvent, dès lors, intenter les actions possessoires devant le juge de paix tous ceux qui sont possesseurs ou détenteurs d'un bien immobilier, sans considération immédiate de l'effectivité de leur statut juridique. Le trouble seul suffit à mobiliser une aide vouée en définitive à stabiliser un "reflet apparent" de droit⁶, à charge éventuellement pour l'individu de prouver sa titularité ultérieurement au pétitoire.

C'est pourquoi le législateur a veillé à conforter la maîtrise d'un individu non propriétaire en lui donnant la possibilité de se défendre contre toute perturbation extérieure, qu'elle émane d'un particulier ou même d'une autorité institutionnelle (à l'occasion de l'exécution d'un travail public par exemple⁷). Mais à qui est ouverte cette faculté ? Au possesseur, certes, mais ce cas de figure est, somme toute, marginal. Au locataire également ? Pareille assistance juridique serait, en tout cas, la bienvenue, tant certains preneurs sont soumis à l'arbitraire du propriétaire, de la part duquel ils doivent souvent subir intrusions et voies de fait. Examinons.

b. Quelle action possessoire pour le locataire ?

Pour pouvoir utilement être actionnées, les actions possessoires doivent réunir les quatre conditions suivantes⁸ : concerner des biens susceptibles d'être acquis par prescription, être introduites dans l'année de la survenance du trouble, par un possesseur capable de prescrire⁹ et qui peut revendiquer une possession d'un an au moins. Las, dénué de tout *animus domini*, le simple détenteur qu'est le locataire ne saurait être assimilé à ce possesseur. Il ne fait que "posséder pour autrui"¹⁰. Incapable par conséquent de remplir les deux dernières conditions pour l'introduction d'une action possessoire, le preneur n'est pas pour autant dépourvu de toute protection, dès lors que ces exigences (liées à la possession) ne sont pas requises "quand la dépossession ou le trouble a été causé par violence ou voie de fait"¹¹. Plus rien alors ne s'oppose à ce que le locataire bénéficie d'une action possessoire, pour peu évidemment que le bien soit susceptible d'être acquis par prescription (ce qui est le cas la plupart du temps) et qu'elle soit introduite dans l'année de la survenance de trouble. "L'*animus domini* ou la volonté/intention du possesseur de devenir propriétaire n'est pas requise", confirme le juge de paix de Tirlemont¹².

⁶ Suivant l'expression de P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 126.

⁷ Voy. Cass., 24 septembre 1987, *J.T.*, 1987, p. 627.

⁸ Code judiciaire, art. 1370, al. 1er.

⁹ Cf. Code civil, art. 2228.

¹⁰ Code civil, art. 2236.

¹¹ Code judiciaire, art. 1370, al. 2.

¹² J.P. Tirlemont, 6 juillet 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 154.

Sur la base de cette distinction, la doctrine identifie traditionnellement deux types d'actions possessoires¹³ : la *complainte*, exclusivement destinée au possesseur d'un immeuble dont la possession est actuellement troublée par un tiers, et la *réintégrande*, offerte au détenteur (et donc au locataire) déstabilisé par une voie de fait et destinée au besoin à le faire rentrer à nouveau dans les lieux¹⁴. Concrètement, le locataire troublé dans la jouissance de son bien est admis à exercer une action destinée à mettre fin à cette perturbation et, le cas échéant, à réintégrer le bien dont il a été privé, totalement ou partiellement. En somme, la réintégrande constitue une sorte de "mesure de police" (suivant l'expression du juge de paix de Nivelles¹⁵) ou une "mesure d'ordre et de paix publique" (selon le mot du juge de paix de Saint-Josse-ten-Noode¹⁶). Partant, elle s'apparente à une "application particulière de l'interdiction de se faire justice à soi-même", résume Hendrick Vuye¹⁷, reprenant l'enseignement du juge de paix de Saint-Josse-ten-Noode ("La réintégrande procède du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même"¹⁸). *Spoliatus ante omnia restituendus*.

La question, toutefois, n'est pas exempte de controverses. Une jurisprudence minoritaire dénie en effet ce droit au preneur, l'estimant redondant par rapport à l'action personnelle en bonne exécution du contrat de bail dont il dispose déjà¹⁹. Le droit français lui-même n'accorde la protection possessoire au détenteur que "contre tout autre que celui de qui il tient ses droits"²⁰. Le mouvement n'est pas suffisamment ample cependant pour déstabiliser l'opinion belge majoritaire (tant doctrinale²¹ que jurisprudentielle²²), laquelle refuse de déceler une quelconque connotation contractuelle dans la voie de fait et assoit l'action possessoire sur la seule détention matérielle. "L'action en réintégrande [...] doit être intentée indépendamment d'un éventuel droit de bail car le demandeur ne puise pas ses droits d'un bail mais de la détention matérielle de l'immeuble", pose le juge de paix de Ypres²³, confirmant ainsi l'enseignement du juge de paix de Nivelles ("La réintégrande est recevable même entre des parties unies par un contrat de bail")²⁴. L'objet de la réintégrande n'est donc pas de rétablir le détenteur dans ses droits personnels. Il consiste, plus simplement, à

¹³ Voy. entre autres C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1981, A. FETTWEIS, *Précis de droit judiciaire*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1971, et P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1979.

¹⁴ La dénonciation de nouvel ordre n'est qu'une variante de la complainte, en ce qu'elle a pour but d'*anticiper* la survenance du trouble de la possession.

¹⁵ Civ. Nivelles, 24 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 354, note P. LECOCQ.

¹⁶ J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 13 mars 1993, *J.T.*, 1993, p. 271.

¹⁷ H. VUYE, "Le possessoire, le locataire et son bailleur : un «triangle diabolique» ?", *La Basoche*, 1996, p. 91.

¹⁸ J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 13 mars 1993, *J.T.*, 1993, p. 271.

¹⁹ Voy. par exemple J.P. Andenne, 17 octobre 1974, *Jur. Liège*, 1974-1975, p. 87, note ainsi que Civ. Courtrai, 24 mai 1929, *J.J.P.*, 1929, p. 245.

²⁰ Code civil français, art. 2282, al. 2.

²¹ Voy. notamment H. VUYE, *op. cit.*, p. 90 et s.

²² Cf. entre autres Civ. Bruges, 7 avril 1976, *T. Not.*, 1982, p. 179, note ainsi que J.P. Wervik, 27 avril 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 231.

²³ J.P. Ypres, 28 mai 1998, *Rev. dr. rur.*, 1998, p. 275.

²⁴ Civ. Nivelles, 24 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 354, note P. LECOCQ.

consolider et à rétablir cette détention matérielle. "Il faut naturellement que soit prouvée au minimum la détention, à savoir le fait que l'on ait les biens litigieux en sa disposition", observe le juge de paix de Tirlemont²⁵. Et cette détention n'a pas besoin d'être légitime pour appeler la protection de la réintégrande, admet le juge de paix de Saint-Josse-ten-Noode, qui explique : "La réintégrande est ouverte au simple détenteur, sa détention fut-elle illégitime ou précaire"²⁶. En somme, l'action possessoire procède uniquement du pouvoir de fait (c'est-à-dire, la maîtrise) qu'un individu exerce sur un bien immobilier, alors que l'action personnelle découle du contrat de bail. "Appel est fait", conclut Cyr Cambier, "à un juge qui est juge du fait et non du droit"²⁷.

c. Utilité de la réintégrande pour le locataire (défavorisé) ?

Quels enseignements peut tirer le locataire des considérations précédentes ? Si les actions possessoires sont bien accessibles au preneur défavorisé, encore faut-il voir quelle utilité pratique elles sont susceptibles de revêtir à ses yeux. On l'a vu plus haut, ce type de locataire socialement vulnérable est souvent troublé dans la jouissance du bien loué par le propriétaire lui-même, lequel multiplie les intrusions intempestives dans les lieux, non précédées d'un avis de passage. Qu'elles soient effectuées dans le but de réaliser des menus travaux, de contrôler l'état de détérioration d'une partie de l'immeuble ou, plus pragmatiquement (et le plus souvent, d'ailleurs), de vérifier la bonne exécution du contrat de bail et de surveiller le mode de vie des locataires, ces visites imprévisibles, attentatoires à la vie privée, sont radicalement incompatibles avec le prescrit légal ("Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, de faire jouir paisiblement de la chose louée le preneur, pendant la durée du bail"²⁸).

Ces immixtions arbitraires peuvent-elles cependant suffire à établir la "voie de fait" ou la "violence" nécessaire à la recevabilité de la réintégrande ? Dès lors que l'acte constitutif de trouble est, suivant les conclusions de l'avocat général Janssens de Bisthoven, un "acte positif et matériel qui a pour effet d'entraîner une dépossession ou une perte totale ou partielle de la jouissance d'un bien", une réponse positive s'impose. Et en tout état de cause, n'oublions pas que le preneur dispose toujours de ses protections personnelles issues du contrat de bail.

Encore plus préoccupant, et la réintégrande trouve là son meilleur champ d'application, certains propriétaires n'hésitent pas à expulser physiquement leurs locataires au premier impayé de loyer, par exemple. La pratique est malheureusement courante : des "marchands de sommeil" profitent de l'absence des preneurs pour vider l'appartement, mettre le mobilier à la rue et changer les serrures. Voilà donc ces locataires défavorisés littéralement jetés sur le pavé, sans avertissement, avec leurs

²⁵ J.P. Tirlemont, 6 juillet 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 154.

²⁶ J.P. Saint-Josse-ten-Node, 13 mars 1993, *J.T.*, 1993, p. 271.

²⁷ C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 436.

²⁸ Art. 1719, 3°, du Code civil.

—maigres — effets mobiliers soumis à la fois aux intempéries, aux larcins et au regard impudique d'autrui. Dans ce cadre, l'introduction de l'action en réintégrande, aux effets traditionnellement plus rapides que l'action personnelle, est susceptible de contrarier la voie de fait tant qu'il en est encore temps, permettant au preneur de réintégrer les lieux dont il a été injustement chassé et de condamner éventuellement son agresseur à des dommages et intérêts²⁹. Par exemple, puisque la réintégrande n'est pas à rattacher au droit du bail, "une tentative préalable de conciliation n'est dès lors pas requise", fait opportunément observer le juge de paix de Ypres³⁰.

Enfin, rappelons que le bailleur est tenu de "faire jouir paisiblement [de la chose louée] le preneur, pendant la durée du bail"³¹. Partant, il serait bon que le bailleur puisse, lui aussi, bénéficier de la possibilité d'actionner la réintégrande, aux fins d'assurer la tranquillité du locataire. Ce que le juge de paix de Nivelles prévoit expressément du reste : "la réintégrande est accordée au bailleur qui [...] tend à assurer une jouissance paisible à ses preneurs"³². De la sorte, une protection maximale, directe et indirecte, est assurée au locataire.

La pratique délaisse traditionnellement l'action en réintégrande. Puissent ces quelques considérations inciter les avocats à y recourir plus fréquemment.

3. À la source, la propriété bonitaire

Le législateur cultive, on le voit, un souci de sauvegarde des intérêts de l'occupant non propriétaire. Animés du même souci de protéger, là, le possesseur (en train d'usucaper), les Romains avaient imaginé le mécanisme de la propriété bonitaire. C'est que, tant que le délai d'usucapion n'était pas écoulé, le possesseur n'avait aucun droit sur la chose. S'il en était dépossédé avant terme, la prescription était automatiquement anéantie. Il devait recommencer à usucaper, pour peu que la chose lui soit revenue en possession. Création prétorienne, cette "propriété" (en fait, une possession) protégeait le possesseur de bonne foi *erga omnes*, vis-à-vis de tous, y compris à l'égard du (véritable) propriétaire. Était par exemple visée à l'époque l'hypothèse d'un transfert de propriété irrégulier, car accompli en dehors des formalités strictes ("le *mancipium*"). Il serait malhonnête alors de permettre au vendeur de révoquer la vente en invoquant un vice purement formel, qui relève de sa responsabilité qui plus est. Au risque de distordre le droit, le juge décidait, pour l'occasion, de privilégier l'équité et de consolider une situation de fait. "Le propriétaire bonitaire a pratiquement tous les avantages de la propriété civile", résume René Robaye³³. Ce qui explique, d'ailleurs, que le terme "*propriété bonitaire*" ait été retenu.

²⁹ Cf. C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 434.

³⁰ J.P. Ypres, 28 mai 1998, *Rev. dr. rur.*, 1998, p. 275.

³¹ Code civil, art. 1719, 3°.

³² Civ. Nivelles, 24 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 354, note P. LECOCQ.

³³ R. ROBAYE, *Le droit romain*, t. I, Bruxelles - Louvain-la-Neuve, Academia - Bruylant, 1996, p. 116.

Quoi qu'il en soit, le propriétaire bonitaire se trouve pourvu non seulement d'un certain nombre de moyens de défense (des "exceptions") mais également de moyens d'action, d'attaque, analogues à l'action en revendication. De sorte que, confronté au propriétaire bonitaire, il ne reste plus guère de prérogatives au propriétaire quiritaire, raison pour laquelle, du reste, on qualifie le droit de ce dernier de "*nudum ius quiritum*". Le propriétaire bonitaire, en définitive, "se trouve pratiquement dans une situation analogue à celle du propriétaire quiritaire"³⁴.

De la manière en tout cas que nous faisons de l'apparition de la propriété bonitaire à Rome un jalon important dans l'histoire de la dissociation progressive de la propriété, Paul Huvelin voit dans ce concept une étape "pour arriver à la notion de propriété moderne"³⁵.

4. En aval, la propriété fonction sociale

En introduisant une protection spécifique au bénéfice du non propriétaire, même à l'encontre du véritable propriétaire, le droit romain a enfoncé un coin dans le caractère absolu du droit de propriété. Quelque part, la propriété bonitaire annonçait la socialisation du droit de propriété qui, dans une certaine mesure, s'opère à l'heure actuelle, sous la pression notamment du droit constitutionnel au logement (*cf.* l'article 23 de la Constitution).

D'une manière générale, la notion de propriété fonction sociale doit se comprendre comme une réaction au caractère absolu de la propriété tel qu'affirmé par la Révolution française. Elle trouve, cependant, ses prémices au sein de la Rome antique avant de connaître, par l'entremise de la notion d'usage, un certain épanouissement au Moyen Âge. Mais c'est au XIX^{ème} siècle que la doctrine recevra sa véritable formalisation théorique et au XX^{ème} qu'elle connaîtra une intégration significative au sein des constitutions de différents États européens. Détaillons.

a. À la base, le caractère absolu du droit de propriété

Érigé en "droit naturel et imprescriptible" par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (article 2 : "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression"), le droit de propriété se voit logiquement conféré un caractère "inviolable et sacré" (article 17 : "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité") et ce, contre l'avis exprès de Robespierre, notamment, qui dépeignait la prérogative sous les traits d'une "institution sociale"³⁶.

³⁴ P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, Sirey, 1927, p. 440.

³⁵ P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, Sirey, 1927, p. 439.

³⁶ Voy. J.-M. AUGUSTIN, "L'histoire de la propriété. Entre droit et devoirs", *Territoires et libertés. Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 150.

Quoi qu'il en soit, réputé "naturel", le droit de propriété en est devenu absolu, par un glissement discutable. S'imposant à la société (et lui préexistant du reste), un droit naturel ne saurait, en effet, se voir assigner une quelconque fin par elle, expliquent les tenants de cette interprétation³⁷. Partant, la prérogative ne peut souffrir aucune limitation, si ce n'est celle qu'impose le droit égal d'autrui. De manière générale, "la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui", dispose l'article 4 de la Déclaration de 1789. "Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits [...]".

Élaboré dans la foulée de la Révolution française, notre Code civil répercute docilement cette conception libérale de la propriété, qu'il définit comme "le droit de jouir et de disposer des choses *de la manière la plus absolue*" (article 544). Et c'est précisément le caractère absolu du droit de propriété, permettant à son titulaire d'user du bien en toute discrétion "pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements", qu'il faut tenter de restreindre et ce, afin de dégager un espace au logement. Notons, cependant, que c'est moins la faculté du titulaire de mésuser de son droit de propriété qui est parfois à craindre dans le contexte social actuel, que l'aptitude — corrélative — de ne *pas en user* du tout, c'est-à-dire de laisser son bien immobilier improductif ou inoccupé (*cf.* la problématique aiguë des immeubles vacants³⁸). Rien d'illégal toutefois, suivant la théorie civiliste traditionnelle, dans ce comportement attentiste et négligent car "le propriétaire ayant le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose a par là même le droit de ne pas en user, de ne pas en jouir, de ne pas en disposer, et par conséquent de laisser ses terres sans culture, ses emplacements urbains sans construction, ses maisons sans location et sans entretien"³⁹. Cette théorie, on l'aura compris, requiert d'être revisitée à l'aune des exigences sociales actuelles. En d'autres termes, la propriété privée est moins visée ici que la *propriété privante*, cette propriété négative qui, par son non usage, empêche toute utilisation effective du bien et prive accessoirement autrui d'un logement.

On le voit, il semble nécessaire de circonscrire le pouvoir discrétionnaire du propriétaire. Et pourquoi pas, dans ce cadre, décider de prendre le droit de propriété pour un *instrument* soumis à certaines fins plutôt que pour une prérogative strictement égoïste ? Et si l'on s'attelait, pour le dire autrement, à faire advenir une propriété utilitaire et pénétrée de devoirs, "qui ne se justifie qu'autant qu'elle respecte sa finalité d'intérêt général et perd son fondement si elle s'en écarte", suivant les termes de Jean Rivero⁴⁰ ? Telle est en tout cas la grande ambition des tenants de la théorie de la

³⁷ Cf. J.-L. HALPÉRIN, "Propriété et souveraineté de 1789 à 1804", *Droits*, n°22 ("Souveraineté et propriété"), 1995, p. 67 et s.

³⁸ Cf. notamment N. BERNARD, "Le régime fiscal applicable aux immeubles abandonnés en Wallonie, en Flandre et à Bruxelles. Convergences et ruptures", *Les Échos du logement*, 2005, n°1, p. 1 à 15 et n°2, p. 9 à 24.

³⁹ Voy. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 153.

⁴⁰ J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Paris, P.U.F., 1973, p. 99.

propriété fonction sociale, dont les origines vont maintenant être retracées, en commençant par Rome.

b. Les origines romaines du droit de propriété fonction sociale

Les légistes de la Rome antique apparaissent, à bien des égards, comme les initiateurs principaux de cette doctrine de la propriété fonction sociale (même si, éprise de mesure en toute chose, Athènes condamnait déjà la *pleonexia*, cette frénésie de posséder toujours plus). Ainsi, le droit romain imposait au propriétaire d'un champ, pour éviter la disette, de faire fructifier sa terre et d'améliorer le fonds (*ius utendi ad meliorandum*). Pareillement, dans les pays en voie de développement, la "mise en valeur" est fréquemment érigée en condition de la reconnaissance de la propriété foncière et de sa permanence. Au reste, l'émergence à Rome, à côté de la propriété quiritaire "officielle", d'une propriété de fait, reconnue par le préteur dans certaines circonstances au possesseur (la "propriété bonitaire", décrite plus haut) traduit une conception inavouée de la propriété fonction sociale. C'est que les besoins des non propriétaires doivent parfois limiter les droits du propriétaire. Enfin, cette prérogative la plus extrême du droit de propriété qu'est l'*abusus* ou le *ius abutendi* (pouvoir de disposer, matériellement entre autres, du bien) devait s'entendre à Rome, littéralement, comme un *abus* par rapport à la chose elle-même. Cette capacité — pourtant légale — de destruction n'en était pas moins indexée d'une valeur négative par la jurisprudence, qui interprétait cette aptitude comme la faculté d'abuser de son droit en portant préjudice à autrui⁴¹.

Relevons, pour terminer, que si la propriété ne se perd pas par le non usage, elle peut toujours faire l'objet d'une prescription acquisitive par autrui au cas où elle resterait négligée par son propriétaire. Soucieux, comme on vient de le voir, de ne point laisser de terres inaffectées, les Romains exploitèrent audacieusement cette possibilité, qui fixèrent les délais d'usucapion à des niveaux étonnamment bas (deux ans seulement pour les immeubles contre trente à l'heure actuelle). Tout lot laissé en friche appartiendra donc, dans ce laps de temps ramassé, au premier qui en ferait usage et le rendrait à nouveau fécond.

c. Usage et propriété dissociée

En creux de la théorie de la propriété fonction sociale apparaît une nouvelle forme de rapport au bien : l'usage. En effet, la limitation des droits du propriétaire conduit traditionnellement à libérer un espace sur lequel autrui peut exercer une maîtrise du bien déclinée sous la forme de l'usage⁴². Le concept de l'usage remonte

⁴¹ Voy. R. ROBAYE, *Le droit romain*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1996.

⁴² On verra à cet égard que le Protocole additionnel (n°1) à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, après avoir consacré — indirectement — le droit de propriété, précise dans la foulée que ces prérogatives "ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent

vraisemblablement au Moyen Âge, qui a inauguré une conception divise de la propriété. Si le seigneur est, *sensu stricto*, propriétaire de son royaume ("domaine éminent"), il revient cependant aux paysans de l'exploiter ("domaine utile"). Cette dissociation, du reste, est profondément imprégnée de la doctrine officielle de la théologie médiévale selon laquelle la propriété n'est que *conçédée* par Dieu, l'homme ayant l'usage d'un monde créé pour lui. À l'aube des temps, Dieu a donné son domaine naturel (*dominium*) à l'homme, créature faite à son image. La doctrine cependant a fait long feu. Alors que ce don devait se comprendre comme une *participation* au domaine divin, l'émergence aux Temps modernes d'une nouvelle vision, physique et anthropocentrique, du monde temporel a transformé le droit donné par Dieu en un droit naturel *de* l'homme. L'être humain devait autrefois respecter la destination que Dieu avait inscrite dans l'être des biens. Désormais, il en use en toute liberté. On assiste là au détournement intellectuel de l'idée chrétienne originale, "dénaturée et essentiellement pervertie"⁴³.

Caractéristique de la politique foncière sous l'Ancien régime, le couple *abstine/sustine* (qui voit le propriétaire laisser l'usage de ses terres à ses fermiers tout en donnant à l'occasion son arbitrage) est exemplaire lui aussi de la partition entre la propriété et l'usage. Ce sont toutefois les pays de *Common law* qui ont porté ce système au plus haut point. Les terres appartenant, par définition, à la Couronne, les particuliers ne peuvent les détenir qu'à titre de "tenure". Ils n'ont par conséquent sur elles que des "intérêts" (*estate*), et non une propriété exclusive. Ainsi rompus à la pratique des "intérêts distincts" portant sur le même objet, les pays anglo-saxons connaissent depuis longtemps le mécanisme du *trust*, création de l'*equity law* selon laquelle le propriétaire en droit (*trustee*) gère le bien *dans l'intérêt d'un bénéficiaire*, c'est-à-dire l'administre et l'aliène le cas échéant⁴⁴. Fermement chevillée, en revanche, au caractère absolu et exclusif de la propriété, la mentalité romano-germanique n'a jamais permis à la fiducie, équivalent bâtardisé du *trust*, de prendre un véritable essor sur le continent.

Enfin, l'époque médiévale connaît également le système des "biens communaux", offerts à l'usage collectif des villageois. De la sorte, les membres d'une communauté (qui pouvait comprendre plusieurs villages ou hameaux) étaient autorisés à exploiter différentes pâtures, surfaces boisées et terres en friche. Ainsi, le bétail pouvait librement déambuler dans les pâturages afin d'y trouver sa nourriture tandis que la forêt fournissait aux villageois le bois de construction et de chauffage nécessaire, ainsi que divers fruits (cueillis soit comme complément alimentaire, soit pour survivre en cas de disette). Par ailleurs, les biens communaux constituaient une appréciable réserve de terre, susceptible d'affermage en cas de besoin. Exploités à

nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général [...]", art. 1er, al. 2, souligné par nous.

⁴³ cf. M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, "Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété", *Droits*, n°1 ("Destins du droit de propriété"), 1985, p. 17 et s.

⁴⁴ Voy. A. BOUDREAU-OUELLET, "Aspects conceptuels et juridiques du droit de propriété", *Revue générale de droit*, 1990, p. 169 et s.

volonté et en toute liberté, les biens communaux engendraient parfois certains conflits, qui se réglaient vite cependant par accommodements entre voisins⁴⁵.

Notons, en finale, que le concept d'usage, apparu au Moyen Âge, a connu une extension nouvelle sous l'ère moderne avec l'émergence des propriétés "commerciale" et "culturelle". Ouvrant aux locataires commerçants et aux fermiers ruraux le droit respectivement d'obtenir le renouvellement préférentiel du bail (ou, à défaut, une indemnité d'éviction) et celui d'acquérir le fonds, en cas de vente, par priorité sur d'autres candidats acheteurs (droit de préemption), ces prérogatives fragmentées confirment la tendance à la scission du droit de propriété. En matière de sociétés commerciales, cette dissociation se marque également. Propriétaires *de jure*, les actionnaires sont parfois dépouillés de cette prérogative fondamentale qui consiste à administrer la chose (la gestion effective de la société revenant au bien nommé conseil d'administration). Dans cette hypothèse, la propriété devient une notion accessoire par rapport au pouvoir de décision.

d. Formalisation théorique de la propriété fonction sociale

Façonné sous l'empire romain et endossant ensuite les traits d'une théorie de l'usage tout au long du Moyen Âge, le concept de propriété fonction sociale a connu sa véritable formalisation théorique à la fin du XIX^e ainsi qu'au début du XX^e siècle. Von Ihering, un des premiers, a relevé ainsi l'interdépendance qui existe entre l'exercice individuel du droit de propriété et le développement harmonieux de la société. Bien encadré, l'égoïsme de quelques-uns sert souvent le bien-être de tous. En accordant à certains individus la prérogative propriétaire, la société ne fait rien d'autre finalement que rattacher "son propre but à l'intérêt d'autrui", analyse ainsi le penseur allemand⁴⁶. En somme, "la substance du droit serait non la volonté mais l'utilité"⁴⁷.

Dans cette ligne, Auguste Comte faisait de chaque citoyen un "fonctionnaire public, dont les attributions plus ou moins définies déterminent à la fois les obligations et les prétentions". Érigée en "principe universel", cette soumission à l'intérêt général "doit certainement s'étendre à la propriété où le positivisme voit surtout une indispensable fonction sociale, destinée à former et à administrer les capitaux par lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivante", ajoutait-il. "Sagement conçue, cette appréciation normale ennoblit sa possession sans restreindre sa juste liberté et même en la faisant mieux respecter"⁴⁸.

⁴⁵ Voy. M. LEONHARD, "Les biens communaux. Genèse, rôle et évolution au Moyen Âge", *Dictionnaire historique de la Suisse*, sous la direction de Marco Jorio, Hauterive, Éditions Gilles Attinger, 2002.

⁴⁶ Cité par L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1927, p. 369.

⁴⁷ R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, Bologne, Forni, p. 338.

⁴⁸ A. COMTE, *Système de politique positive ou Traité de sociologie instituant la religion de l'humanité*, t. I, Paris, Anthropos, 1851, p. 156.

Pour sa part, Durkheim prônait, on le sait, la théorie de la division du travail social, qui invite les individus — inégalement dotés — à mettre leurs aptitudes propres au service de la collectivité et ce, en vue de recevoir de leurs pairs un apport de services en contrepartie. Par là, le sociologue français a grandement contribué à accréditer cette idée, au fondement de la propriété fonction sociale, suivant laquelle l'individualisme bien compris renforce la cohésion sociale. Par un jeu de détermination mutuelle, celle-ci consolide, en retour, l'autonomie de l'individu⁴⁹.

Avec Duguit, la propriété cesse définitivement d'être un droit subjectif de l'individu : "La propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale de la richesse"⁵⁰. On serait passé, durant le XIX^{ème} siècle, du stade de la "propriété-spéculation" à celui de la "propriété-fonction"⁵¹. "Le détenteur d'une richesse n'a point de droit sur elle; c'est une situation de fait, qui l'astreint à une certaine fonction sociale, et son appropriation est protégée dans la mesure et seulement dans la mesure où il remplit cette fonction sociale", formule-t-il en 1911 dans *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*⁵², avant de confirmer sa thèse audacieuse un an plus tard dans *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* : "La propriété est pour tout détenteur d'une richesse le devoir, l'obligation d'ordre objectif, d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et à accroître l'interdépendance sociale"⁵³. Pour autant, la propriété fonction sociale ne doit pas mener au collectivisme, précise Duguit. "Ce serait pour l'État une monstrueuse puissance [...] l'écrasement de l'individu, le retour de la barbarie"⁵⁴. Au demeurant, dans sa version fonction sociale, la propriété semble "plus fortement protégée qu'avec la conception traditionnelle"⁵⁵.

Enfin, c'est en se fondant précisément sur cette même obligation du propriétaire de limiter l'exercice de son droit en fonction de l'intérêt général que Louis Josserand a élaboré sa fameuse théorie de l'abus de droit. "Toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir", explique-t-il. "Cette réflexion est exacte, non seulement pour les prérogatives à caractère altruiste, telles que les puissances familiales ou les pouvoirs des administrateurs, mais aussi, et en dépit des apparences, pour les facultés les plus égoïstes telles que le droit de propriété foncière [...] Chacun des droits subjectifs doit se réaliser conformément à l'esprit de l'institution; en réalité, dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonctions; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent sinon leur

⁴⁹ Cf. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, E. de Boccard, 1927, p. 86.

⁵⁰ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé...*, *op. cit.*, p. 150 ("Il n'est pas douteux que la conception de la propriété droit subjectif disparaît pour faire place à conception de la propriété fonction sociale", L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, Félix Alcan Éditeur, 1911, p. 154).

⁵¹ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé...*, *op. cit.*, p. 150.

⁵² L. DUGUIT, *ibidem*, p. 155.

⁵³ L. DUGUIT, *ibidem*, p. 158.

⁵⁴ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 156.

⁵⁵ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé...*, *op. cit.*, p. 160.

titulaire commet un détournement, un abus de droit [...] Le but social, la finalité de la propriété, est de réaliser un aménagement de la richesse aussi fécond, aussi productif que possible par une mise de l'égoïsme individuel au service de la collectivité"⁵⁶. On le voit, l'abus de droit et la propriété fonction sociale semblent dériver d'une même source. La doctrine de l'abus de droit sanctionne en effet l'individu qui, sans avoir outrepassé son droit, l'a cependant exercé d'une manière non conforme à l'intérêt général. On passe ainsi d'un contrôle objectif de la légalité d'une action à un contrôle subjectif des motifs qui sous-tendent celle-ci. "Comme si la validité d'un droit", résume François Ewald, "dépendait d'un supplément : son adéquation aux exigences sociales"⁵⁷.

e. Consécration constitutionnelles

Différents régimes occidentaux ont coulé cette idée de propriété fonction sociale au sein même de leur charte fondamentale. La Constitution de Weimar affirmait ainsi que la propriété entraîne des obligations et doit être utilisée au service de l'intérêt général⁵⁸. Pour la Constitution italienne, "la loi fixe les limites de la propriété, afin d'en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous"⁵⁹ tandis que la Loi fondamentale allemande⁶⁰ proclame : "Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien commun". La Constitution du Land de Bavière avait ouvert la voie en ce sens ("La propriété oblige envers la collectivité. Il n'y a pas de protection juridique pour des abus du droit de propriété ou de possession"⁶¹), suivi en cela par la Constitution du Land de Sarre ("Propriété oblige envers le peuple. Son usage ne peut être contraire au bien commun"⁶²). Dans cette ligne, la Roumanie postcommuniste énonce dans sa Constitution : "Le droit de propriété oblige au respect des charges concernant la protection l'environnement et le bon voisinage, ainsi qu'au respect des autres charges qui, selon la loi ou la coutume, incombent au propriétaire"⁶³. Pareillement, la République Fédérative Tchèque et Slovaque⁶⁴ édictait dans la Charte des droits de l'homme et des libertés fondamentales : "La propriété oblige. Il ne faut pas en abuser au détriment des droits d'autrui ou en contradiction avec l'intérêt général protégé par la loi"⁶⁵. Par ailleurs, la Constitution espagnole dispose : "Le droit à la

⁵⁶ L. JOSSERAND, *op. cit.*, 370 et 371.

⁵⁷ Fr. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 477.

⁵⁸ Constitution de la République de Weimar du 11 août 1919, art. 24.

⁵⁹ Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947, art. 42, al. 2.

⁶⁰ Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949, art. 14, 2.

⁶¹ Constitution du Land de Bavière du 2 décembre 1946, art. 158.

⁶² Constitution du Land de Sarre du 15 décembre 1947, art. 51.

⁶³ Constitution de la République de Roumanie du 21 novembre 1991, art. 41, al. 6.

⁶⁴ La République Fédérative Tchèque et Slovaque a assuré la transition de l'ancienne Tchécoslovaquie (1989) depuis la chute du régime communiste jusqu'à la scission du pays en deux entités distinctes, démocratiques et souveraines (1er janvier 1993).

⁶⁵ Charte des droits de l'homme et des libertés fondamentales de la République Fédérative Tchèque et Slovaque du 16 décembre 1992, art. 11. Cette Charte n'est pas à confondre avec la Constitution de la nouvelle République tchèque. Adoptée le 16 décembre 1992, celle-ci a sorti

propriété privée et à l'héritage est reconnu. La fonction sociale de ces droits délimitera leur contenu, conformément aux lois"⁶⁶. La Grèce quant à elle stipule dans sa charte fondamentale : "La propriété est placée sous la protection de l'État. Les droits qui en dérivent ne peuvent toutefois s'exercer au détriment de l'intérêt général"⁶⁷. Pour sa part, la Constitution irlandaise qui reconnaît explicitement que "l'homme, du fait qu'il est un être raisonnable, a un droit naturel, antérieur à la loi positive, à la propriété privée des biens extérieurs", n'en admet pas moins que "l'exercice [du droit de propriété] doit être régi dans une société civilisée par les principes de justice sociale"⁶⁸. Enfin, la Constitution du Brésil⁶⁹ ne garantit le droit à la propriété que pour autant qu'elle respecte explicitement sa "fonction sociale". Dans ce pays toujours majoritairement rural, cette fonction sociale se définit comme l'obligation de donner à la terre un "usage rationnel et adéquat, compatible avec les ressources naturelles et la préservation de l'environnement, conforme au droit des relations du travail et qui favorise le bien-être des propriétaires et des travailleurs"⁷⁰.

Notons, avant de clore le point, que la France n'a pas osé retenir l'audacieux projet de Constitution du 19 avril 1946, qui adressait cette vigoureuse mise en garde : "le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale"⁷¹. Si cette vue n'a pas retenu finalement les faveurs du peuple français⁷², il n'en reste pas moins que c'est la finalité sociale de la propriété qui servira par la suite à rendre compte de l'abondante jurisprudence sur l'abus du droit de propriété ainsi que toutes les lois restrictives du droit de propriété, spécialement en matière agricole⁷³.

f. Les insuffisances de la théorie de la propriété fonction sociale

ses pleins effets à la date de la partition officielle du pays et de l'indépendance du nouvel État. Le même jour (16 décembre 1992), le Conseil national tchèque a promulgué une Charte des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme faisant partie de l'ordre constitutionnel et prévalant sur les autres textes législatifs. Cette Charte est donc toujours d'application aujourd'hui, malgré la dissolution de la République Fédérative Tchèque et Slovaque.

⁶⁶ Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978, art. 33, 1 et 2.

⁶⁷ Constitution de la République de Grèce du 9 juin 1975, art. 17, 1.

⁶⁸ Constitution de la République d'Irlande du 1er juillet 1937, art. 43, 1 et 2.

⁶⁹ Constitution de la République du Brésil du 5 octobre 1988, art. 5, XXIII.

⁷⁰ art. 186 de la Constitution, traduit par nous).

⁷¹ Art. 36 de la "Déclaration des droits de l'homme" placée au fronton du texte et qui s'ouvre comme suit : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine et viennent d'ensanglanter le monde entier, le peuple français, fidèle aux principes de 1789 — charte de sa libération — proclame à nouveau que tout être humain possède des droits inaliénables et sacrés, auxquels nulle loi ne saurait porter atteinte, et décide, comme en 1793, 1795 et 1848, de les inscrire en tête de sa Constitution".

⁷² Adopté par 309 voix contre 249 le 19 avril 1946 par l'Assemblée constituante, le projet de constitution fut, conformément à la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, soumis à référendum. Mais, le 5 mai 1946, le peuple le repoussa. On trouvera de plus amples précisions sur ce projet dans J. MORANGE, "La Déclaration et le droit de propriété", *Droits*, n°8 ("La Déclaration de 1789"), 1988, p. 107.

⁷³ Voy. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, *Les biens*, Paris, P.U.F., 1975, p. 102 et s.

Aussi séduisante qu'elle puisse apparaître sur le plan des idées, la théorie de la propriété fonction sociale n'en présente pas moins certaines faiblesses, qu'il s'agit de ne pas minimiser.

Relevons tout d'abord que la théorie de la propriété fonction sociale renferme un danger non négligeable, celui de l'écrasement de l'autonomie privée du sujet, dès lors que le droit subjectif se voit instrumentalisé par une instance extérieure. À lire Duguit lui-même, l'un des promoteurs de la thèse des droits-fonctions, ce péril est loin d'être théorique. "L'individu n'est pas une fin mais un moyen", expose doctement le penseur français. "Il n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social, et chacun de nous n'a de raison d'être que dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'œuvre sociale"⁷⁴. Dans ce cadre, on le voit, le droit subjectif, qui a pour fonction traditionnelle de ménager à son titulaire une palette d'options différentes, risque de se retrouver sévèrement comprimé, assujéti qu'il est à une mission exogène. "Si le titulaire du droit de propriété doit employer sa chose à la satisfaction des besoins communs, où se situe son pouvoir sur ce bien ?", s'interroge Hélène Pauliat.⁷⁵ La notion même de droit disparaît, au profit du devoir d'un individu, face aux besoins d'une entité collective. La conséquence finale de la théorie est une aliénation pure et simple de la liberté de l'homme⁷⁵.

Mais la théorie de la propriété fonction sociale recèle une autre difficulté, également épineuse. Car l'exercice qui consiste à apprécier la conformité à l'intérêt général d'un comportement humain relève toujours, d'une manière ou d'une autre, d'un certain arbitraire. Les risques de dérive ne sont pas absents, d'autant moins que la figure du bien commun est, par hypothèse, mouvante et controversée. Comment, plus généralement, arriver à percer l'intention réelle d'un individu dans la conduite de son action ? Il semble plutôt, et c'est heureux, que la finalité d'une démarche demeure toujours, pour une large part, indécidable et insaisissable. Du reste, à s'en tenir au seul registre de la finalité-fonction, on risque de demeurer dans un clair-obscur préjudiciable. Comment répertorier, en effet, l'ensemble des comportements qui ne répondraient pas à un but d'intérêt général ? On le voit, la théorie de la propriété fonction sociale risque de verser dans un essentialisme de mauvais aloi, comme si chaque droit était pourvu d'une finalité précise.

En toute hypothèse, la propriété semble ne pas émarquer à la fameuse catégorie des "droits-fonction" instaurée par Dabin, laquelle regroupe essentiellement des prérogatives qui "sont données à leur titulaire en tant que chargé d'une fonction au service d'autrui"⁷⁶. Ressortissent à cette subdivision des droits de nature plutôt familiale, étatique ou économique. "Les cas de fonction et par conséquent de droits-fonction se rencontrent spécialement, sinon exclusivement, dans les relations de groupe, [comme] dans la famille, dans l'entreprise économique, dans les sociétés,

⁷⁴ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé...*, op. cit., p. 157.

⁷⁵ H. PAULIAT, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, t. I, Paris, P.U.F., 1994, p. 151.

⁷⁶ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 222.

associations ou fondations"⁷⁷. Schématiquement donc, le droit-fonction caractérise, dans l'esprit de Dabin, la situation du *paterfamilias* par exemple, en tant que chef de famille et titulaire de l'autorité parentale, ou celle du fonctionnaire, en tant que dépositaire d'une parcelle de l'autorité publique. À moins qu'elle ne désigne encore le statut du dirigeant de société commerciale, en tant que chef d'entreprise. Autant d'individus, en somme, qui ont reçu la mission de gérer un bien pour le compte d'une ou plusieurs autres personnes, dans une finalité altruiste. Et si Dabin s'autorise à "vanter très légitimement la fonction sociale du droit de propriété", c'est pour "du même coup reconnaître que le droit est fonction sociale *par voie de conséquence* et non de façon immédiate". C'est-à-dire que "premièrement, il est donné dans l'intérêt du titulaire, lequel, ensuite, se ramène à l'intérêt social"⁷⁸.

5. CONCLUSIONS : POUR UNE INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE DES DROITS DE L'HOMME

En plaçant le droit de propriété au fronton des valeurs les plus fondamentales, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ne faisait rien d'autre, au fond, que répondre aux exigences de son époque. Le Moyen Âge, en effet, avait multiplié les sujétions de l'individu envers les rentiers de la terre (seigneurs et Église). À une époque où les dépossessions arbitraires constituaient encore le lot de nombreux paysans, l'affirmation "inviolable et sacrée" du droit de propriété fut dès lors vécue comme une authentique libération (par les bourgeois essentiellement, certes). Cette liberté naissante, quoi qu'il en soit, devait bien trouver un espace pour se matérialiser; ce fut la propriété.

Le contexte a changé depuis lors : la liberté ne semble plus, aujourd'hui, en danger imminent; c'est l'égalité matérielle qui constitue la préoccupation la plus immédiate dans nos régions. "Le droit de propriété ne possède plus le caractère que lui conférait le législateur de 1804", observe en ce sens Simone Goyard-Fabre. "Les doctrines révolutionnaires qui inspirent [l'article 544 du Code civil] trouvaient leur source dans une bourgeoisie qui, attachée à la terre, prétendait faire retour au droit quiritaire que la féodalité avait ruiné"⁷⁹. En conséquence, la Déclaration de 1789 demande à ne plus être interprétée comme elle l'aurait été au début d'une grande révolution destinée à extirper la société de l'Ancien Régime, mais bien plutôt en fonction de notre temps. "Dans nos sociétés modernes, le besoin économique auquel était venue répondre la propriété institution juridique se transforme profondément", exposait ainsi Léon Duguit, en 1912 déjà. "Par conséquent, la propriété comme institution juridique doit elle-même se transformer"⁸⁰. Le caractère absolu du droit de propriété doit ainsi progressivement s'adapter aux exigences d'aujourd'hui et accepter

⁷⁷ J. DABIN, *ibidem*, p. 224.

⁷⁸ J. DABIN, *ibidem*, p. 219, souligné par nous.

⁷⁹ S. GOYARD-FABRE, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris, Klincksieck, 1972, p. 124.

⁸⁰ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé...*, *op. cit.*, p. 148.

de se voir limiter en fonction d'impératifs sociaux sinon nouveaux, à tout le moins nouvellement reconnus⁸¹.

De manière générale, signalons que la Cour européenne des droits de l'homme recommande expressément, s'agissant de son texte fondateur, de recourir à pareille interprétation évolutive. Dès lors que la Convention du 4 novembre 1950 est tenue par la Cour pour un "instrument vivant" (arrêt *Tyrer c. Le Royaume-Uni*⁸²), le texte doit naturellement "s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui", infère en bonne logique la Cour dans son arrêt *Marckx c. La Belgique*⁸³. C'est sur la base en tout cas d'une "évolution" de la société que la Commission européenne des droits de l'homme a pu décréter en 1988 que le logement, étrangement oublié par les rédacteurs de la Convention, n'en cristallisait pas moins un "besoin social fondamental"⁸⁴. Elle ne faisait en cela d'ailleurs qu'anticiper la décision de la Cour qui, ponctuant l'affaire *Mellacher et autres*, n'a pas hésité à assigner au logement une "place centrale dans les politiques sociales et économiques de nos sociétés modernes"⁸⁵. Déjà dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth c. La Suède*, elle avait manifesté le souci d'assurer un "équilibre [...] entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général"⁸⁶. Il existe bien, confirme la Cour dans son arrêt *Spadea et Scalabrino c. L'Italie*, une "nécessité de ménager un juste équilibre entre les intérêts de la communauté et le droit des propriétaires"⁸⁷. Plus fondamentalement, dans son arrêt *James et autres c. Le Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme déclare en termes exprès : "les sociétés modernes considèrent le logement comme un besoin primordial dont on ne saurait entièrement abandonner la satisfaction aux forces du marché"⁸⁸.

Pour l'ensemble de ces motifs, résume Simone Goyard-Fabre, "l'évolution qui fait passer d'une conception libérale à une conception «sociale» de la propriété est donc plutôt une maturation qu'une mutation"⁸⁹. Nulle doute que, dans cette évolution, la

⁸¹ Voy. sur le sujet N. BERNARD, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis. Un essai d'évaluation législative*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

⁸² Cour eur. D.H., arrêt *Tyrer c. Le Royaume-Uni* du 25 avril 1978, Série A, n°26, §31.

⁸³ Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. La Belgique* du 13 juin 1979, Série A, n°31, §58.

⁸⁴ Comm. eur. D.H., rapport *Mellacher et autres c. L'Autriche* du 11 juillet 1988, Série A, n°169, §208.

⁸⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Mellacher et autres c. L'Autriche* du 19 décembre 1989, Série A, n°169, §45. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Tanganelli c. L'Italie* du 11 janvier 2001, §27.

⁸⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Sporrong et Lönnroth c. La Suède* du 23 septembre 1982, Série A, n°52, §73. "Inhérent à l'ensemble de la Convention, le souci d'assurer un tel équilibre se reflète aussi dans la structure de l'article 1 [du Protocole n°1]".

⁸⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Spadea et Scalabrino c. L'Italie* du 28 septembre 1995, Série A, n°315-B, §41. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Immobiliare Saffi c. L'Italie* du 28 juillet 1999, *Rec.*, 1999-V, p. 111, §52, *D.*, 2000, p. 187, note N. FRICERO.

⁸⁸ Cour eur. D.H., arrêt *James et autres c. Le Royaume-Uni* du 21 février 1986, Série A, n°98, §47. Voy. sur le sujet Fr. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2e éd. mise à jour, Paris, P.U.F., 2004, spéc. le chapitre 7 sur le droit de propriété, p. 518 et s. Voy. également le récent Cour eur. D.H., arrêt *McCann c. Royaume-Uni* du 13 mai 2008 (cf. sur cet important arrêt N. BERNARD, "Les expulsions de logement et la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, à paraître).

⁸⁹ S. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 125.

conception divisée de la propriété qu'a instaurée la Rome antique, par l'entremise notamment de la notion de propriété foncière, a joué un rôle fondateur.