

# La propriété : la perception au figuré d'un droit pourtant bien réel

Jean Goulet

Volume 21, numéro 4, décembre 1990

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058215ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058215ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce compte rendu

Goulet, J. (1990). Compte rendu de [La propriété : la perception au figuré d'un droit pourtant bien réel]. *Revue générale de droit*, 21(4), 739–748.  
<https://doi.org/10.7202/1058215ar>

Résumé de l'article

L'auteur nous présente deux ouvrages qui analysent la propriété d'un point de vue historique d'où ressortent des notions non pas juridiques, mais plutôt culturelles et philosophiques. Le premier de ces ouvrages, *Au propre et au figuré : histoire de la propriété*, de Jacques Attali, constitue une réflexion sur le phénomène de la propriété et sur la raison d'être de cette institution. L'auteur nous y fait découvrir un aspect déconcertant de la propriété par sa relation avec l'homme et la mort. Par le deuxième ouvrage, *Pourquoi la propriété*, d'Henri Lepage, l'auteur montre plutôt la légitimité et le rôle créateur de richesses de la propriété. C'est donc sous un éclairage « économique » et s'apparentant parfois au droit naturel que la propriété y est alors présentée. Le droit moderne s'inspire-t-il de ces différentes notions de la propriété ? Dans la dernière partie de son exposé l'auteur s'interroge ainsi sur le sort que les règles de notre droit réservent à la propriété en examinant tour à tour la position du législateur international (par le biais des conventions et traités internationaux) et celles du législateur constituant, tant canadien que québécois. Il appert alors que le droit de propriété moderne n'est plus un droit absolu, non plus d'ailleurs qu'un droit fondamental.

## La propriété: La perception au figuré d'un droit pourtant bien réel

JEAN GOULET

Professeur à la Faculté de droit  
de l'Université Laval, Québec

### RÉSUMÉ

*L'auteur nous présente deux ouvrages qui analysent la propriété d'un point de vue historique d'où ressortent des notions non pas juridiques, mais plutôt culturelles et philosophiques. Le premier de ces ouvrages, Au propre et au figuré: histoire de la propriété, de Jacques Attali, constitue une réflexion sur le phénomène de la propriété et sur la raison d'être de cette institution. L'auteur nous y fait découvrir un aspect déconcertant de la propriété par sa relation avec l'homme et la mort. Par le deuxième ouvrage, Pourquoi la propriété, d'Henri Lepage, l'auteur montre plutôt la légitimité et le rôle créateur de richesses de la propriété. C'est donc sous un éclairage « économique » et s'apparentant parfois au droit naturel que la propriété y est alors présentée. Le droit moderne s'inspire-t-il de ces différentes notions de la propriété? Dans la dernière partie de son exposé l'auteur s'interroge ainsi sur le sort que les règles de notre droit réservent à la propriété en examinant tour à tour la position du législateur international (par le biais*

### ABSTRACT

*The author introduces us to two books which address property from an historical perspective, and with an emphasis on the cultural and philosophical rather than juridical. The first of these books, Au propre et au figuré: histoire de la propriété, from Jacques Attali, is a reflection on property itself and its raison d'être. The author reveals here a surprising side of the notion of property, that which deals with the relation between man and death. The second book, Pourquoi la propriété, from Henri Lepage, reflects on the legitimacy of property and its wealth-providing role. Property here is examined by looking at its economic aspect and to a certain extent at a sense of a natural right. Does our modern right rely on any of these notions of property? In the last part of his exposé the author examines this question by looking at how the rules of this modern right deal with the notion of property on an international level as well as on a Canadian and Québec one. The modern right of property finally appears neither to be*

*des conventions et traités internationaux) et celles du législateur constituant, tant canadien que québécois. Il appert alors que le droit de propriété moderne n'est plus un droit absolu, non plus d'ailleurs qu'un droit fondamental.*

*absolute nor fundamental in this context.*

---

## SOMMAIRE

Introduction .....	740
I. Un aspect troublant de la propriété: son explication par le rôle de la mort..	741
A. La notion porteuse de la mort.....	741
B. La notion porteuse de la religion.....	742
II. Un aspect moral de la propriété: la légitimité de l'enrichissement.....	743
A. L'argument historique des nouveaux économistes.....	743
B. L'argument nouveau du droit naturel.....	744
III. L'aspect transcendant de la propriété: l'absolu formel d'un droit bien réel...	745
A. La réserve du législateur international.....	746
B. Le silence du législateur constituant.....	747

---

## INTRODUCTION

Deux ouvrages, destinés au grand public, ont paru dernièrement en ayant la propriété pour thème commun.

Aucun juriste ne serait excusable de rester insensible à ce sujet qu'intéresse si vivement le droit, et une publication telle que la nôtre ne saurait dès lors passer ces livres sous silence. Leur vaste distribution leur assure d'ailleurs sur le plan des idées une influence que les sévères exposés techniques de la discipline juridique proprement dite ne peuvent pas toujours se vanter d'atteindre. Ignorer ces ouvrages équivaldrait donc à illusion de savant.

Le premier de ces livres est dû à la plume alerte de Jacques Attali et le second à celle, plus didactique, d'Henri Lepage. Les deux ouvrages se ressemblent forcément par leur sujet, mais ils se distinguent l'un de l'autre par le style de leur traitement respectif et l'optique suivant laquelle chacun d'eux traite de la propriété.

Nous allons de notre côté tenter d'établir au cours des prochains paragraphes, les paramètres de leurs similitudes et de leurs dissemblances pour que chaque lecteur puisse décider ensuite vers lequel de ces travaux ses dispositions et goûts personnels le prédisent.

Nous ajouterons enfin quelques commentaires sur le sort que les règles de notre droit réservent à la propriété, un sujet que les juristes n'abordent guère

aujourd'hui dans leurs traités trop souvent pointillistes. Il y a pourtant peu de notions de droit qui arrivent à s'imposer dans l'ensemble des lois avec une telle constance, et qui se révèlent plus aptes qu'elles à provoquer la remise en question de tant de normes juridiques. Le droit dit social n'a-t-il pas par exemple pour objet véritable de favoriser pour certaines catégories de personnes l'accès aux ressources économiques qui leur permettront ensuite les comportements propres au citoyen à part entière? Le droit de propriété n'a de sens que dans la mesure des avantages économiques qu'il procure.

Mais, sans trop devancer Henri Lepage, laissons d'abord parler Jacques Attali, qui est peut-être celui de nos deux auteurs qui montre le plus de détermination à nous expliquer le pourquoi de la propriété.

## I. UN ASPECT TROUBLANT DE LA PROPRIÉTÉ: SON EXPLICATION PAR LE RÔLE DE LA MORT

Jacques Attali a publié en 1985 chez Fayard un fort volume de 553 pages intitulé *Au propre et au figuré: une histoire de la propriété*<sup>1</sup>.

L'exposé de Jacques Attali se déroule sur un net fond d'histoire, mais l'auteur veut surtout organiser une réflexion sur le phénomène de la propriété et sur la raison d'être de cette institution.

Il y développe une thèse qui semble inédite, déconcertante *a priori*, peu familière aux matérialistes à courte vue que nous sommes.

### A. LA NOTION PORTEUSE DE LA MORT

Ce n'est pour lui en effet ni le goût du confort et de la sécurité ni l'attrait du lucre qui constitue le moteur de l'appropriation. C'est plutôt la peur de la mort qui en explique la persistance. «[...] ce que cache la propriété», déclare l'auteur, «c'est la peur de la mort»<sup>2</sup>.

L'homme est en effet hanté tout au cours de son existence par son inéluctable disparition. Où ira-t-il ensuite? Qu'advient-il de lui? N'est-il pas nécessaire qu'il veille soigneusement au lendemain du dernier soir et qu'il assure sa subsistance dans l'au-delà bien avant l'ultime départ?

Quand il vit dans l'*Ordre des dieux*, la première des grandes périodes de l'histoire de l'humanité<sup>3</sup>, l'homme verra à être dès lors enterré avec les biens matériels nécessaires à sa vie dans l'autre monde. Même ses serviteurs seront appelés à l'accompagner là-bas et se joindront à lui, physiquement, au tombeau.

Ses habitudes, mais non ses croyances, se modifieront quand prévaudra ensuite l'*Ordre impérial*<sup>4</sup>. L'homme possédant refusera toujours alors de partir

1. Jacques ATTALI, *Au propre et au figuré: histoire de la propriété*, Paris, Fayard, 1985 (publié aussi dans la collection du Livre de poche en 1988).

2. *Id.*, p. 12.

3. Elle débute avec la naissance de l'humanité pour se terminer au VI<sup>e</sup> millénaire avant notre ère. La *femme* constitue à cette époque le bien fertile par excellence.

4. L'ordre impérial prévaut depuis le VI<sup>e</sup> millénaire avant notre ère jusqu'au XI<sup>e</sup> siècle après Jésus-Christ. La *terre* devient alors le bien par excellence.

seul et les mains vides dans le dernier Ailleurs. Les gens qui prendront la route avec lui, le feront cependant cette fois au figuré, sous forme de statues ou d'une quelconque représentation, un compréhensible soulagement pour ses accompagnateurs forcés de la période précédente. Ces derniers auront d'ailleurs d'autres raisons de se réjouir à l'époque suivante, soit celle de l'*Ordre marchand*<sup>5</sup>.

L'homme modifie alors de nouveau ses habitudes, mais sans que ses croyances profondes ne soient pour autant altérées en profondeur. « Ce qui change le moins chez l'homme », constate d'ailleurs Jacques Attali en commençant son livre, « ce sont les questions qu'il se pose sur lui-même »<sup>6</sup>.

Les relations profondes qu'il cultive avec la mort continuent donc de passer par la propriété. Le propriétaire tend, comme avant, à projeter sa propre existence au delà de sa durée physique, mais en laissant maintenant des biens derrière lui plutôt qu'en les apportant dans son tombeau. Il prolonge l'au-delà de sa vie sur terre par héritage interposé.

Les comportements ont donc changé, mais les intentions sont restées les mêmes. « [...] la première ambition des hommes », dit Jacques Attali, « celle qui les guide avant toute autre, est d'être, de durer, de retarder la mort »<sup>7</sup>. Il ne leur reste donc plus, face à leur incontournable destin, qu'à miser sur les biens pour assurer leur pérennité, puisque leur corps ne parviendra forcément jamais à l'éternité.

Plusieurs s'interrogeront sans doute sur la nature des liens qui unissent la propriété et la mort, les jugeant peut-être tirés de l'imaginaire fertile de l'auteur. L'hypothèse, pourtant, pourrait bien être toutefois mieux fondée qu'on ne serait porté à le croire *a priori*. Un auteur au moins, et pas des moindres, a établi déjà en effet sur des bases qu'il voulait scientifiques, une théorie qui rappelle, sur certains points, celle que propose Jacques Attali.

Remontons dans le temps et revivons par la pensée dans la cité antique de Fustel de Coulanges<sup>8</sup>.

## B. LA NOTION PORTEUSE DE LA RELIGION

Notre vagabondage dans les murs de la Rome ancienne, celle d'avant le VII<sup>e</sup> siècle de notre ère, nous offrira alors la surprise de croiser à nouveau l'ombre mystérieuse de la mort, porteuse de deuil et de vie, puisqu'elle unit le défunt au vivant par la voie de la divinité.

La religion de cette époque est privée. Elle est purement domestique et elle fait du tombeau l'épicentre de la propriété. On est en effet propriétaire du lieu où se trouvent les ancêtres à qui on rend le culte. L'attache au sol par la présence des morts est *ratio* de propriété et confère à l'héritage sa véritable signification. « La règle pour l'héritage », dit Fustel de Coulanges, « est qu'il suit le culte »<sup>9</sup>.

5. L'*argent* constitue le bien fertile de cette époque qui prend naissance au XI<sup>e</sup> siècle. Il tire aujourd'hui à sa fin et est sur le point d'être remplacé par un nouvel ordre où la *vie* prend le titre de bien fertile privilégié. « Le droit à la création de soi deviendra alors le nouveau droit de l'homme », affirme Jacques ATTALI (*op. cit.*, note 1, p. 507).

6. *Id.*, p. 9.

7. *Id.*, p. 12.

8. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, 1864, réédit., Paris, Flammarion, 1984.

9. *Id.*, pp. 78 et 85.

Les choses auront bien changé plus tard dans le droit romano-byzantin du *Code de Justinien*. La propriété n'y sera pas connue encore comme un droit subjectif au sens moderne que l'on connaît aujourd'hui, mais elle existera de manière autonome et elle se sera surtout affranchie pour une bonne part du contexte familial qui l'encadrerait jusque là. Le terme *proprietas* commencera dès lors à se juxtaposer à celui de *dominium*<sup>10</sup>.

Il faudra toutefois attendre la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 pour en arriver à la conception absolutiste de l'article 544 du *Code civil français*, et même une certaine querelle entre l'Ordre des Franciscains et le pape avignonnais Jean XXII pour en arriver là.

Mais n'anticipons pas sur l'exposé d'Henri Lepage.

## II. UN ASPECT MORAL DE LA PROPRIÉTÉ: LA LÉGITIMITÉ DE L'ENRICHISSEMENT

Henri Lepage a publié en 1985 chez Hachette un riche ouvrage de 469 pages intitulé *Pourquoi la propriété*<sup>11</sup>, à propos donc d'une institution dont l'auteur entend démontrer la légitimité et le rôle créateur de richesses.

### A. L'ARGUMENT HISTORIQUE DES NOUVEAUX ÉCONOMISTES

L'auteur est en effet l'un des porte-paroles du libéralisme prôné par l'école de la Nouvelle économie. Or, la propriété constitue pour les maîtres de ce courant de pensée la source et l'explication des libertés individuelles. Écoutons d'ailleurs à ce propos Friedrich Hayek, la référence obligée des néo-libéraux. « La propriété, au sens large », dit-il, « qui est donnée pour inclure non seulement les objets matériels mais, (comme John Locke l'a défini) « la vie, la liberté et le patrimoine » de chaque individu, est la seule solution que les hommes aient jamais découverte pour résoudre le problème de concilier la liberté individuelle avec l'absence de conflit »<sup>12</sup>. « Le droit, la liberté et la propriété sont une trinité indissociable », conclut-il finalement<sup>13</sup> avec une emphase que les civilistes classiques doivent se garder de railler.

10. Voir : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1988, n° 25, p. 114, mais surtout l'étude de Michel VILLEY, « Notes sur le concept de propriété », dans *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 187-200, et l'excellent ouvrage d'Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, P.U.F., 1989, n°s 1 et ss.

11. HENRI LEPAGE, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, collection Pluriel, 1985.

12. F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. 1, *Règles et ordre*, Paris, P.U.F., 1980, p. 129.

13. *Ibid.*

Le baron de Portalis, codificateur de son métier, déclarait, longtemps avant Hayek, que « c'est la propriété qui a fondé les sociétés humaines »<sup>14</sup>. « C'est elle », ajoutait-il, « qui a vivifié, étendu, agrandi notre propre existence [...] »<sup>15</sup>

Devenue élément de doctrine, la propriété exprime et justifie donc l'enrichissement en son aval par l'économie de marché, et, en son amont, la légitimité de ce même enrichissement par la voie du droit.

Henri Lepage redonne ainsi au droit, à l'instar de ses amis libéraux, un lustre et une place que les socialistes lui avaient fait perdre jadis en culpabilisant les possédants.

Il consacre d'ailleurs plusieurs pages, fort à point, sur l'histoire du droit de propriété<sup>16</sup>.

## B. L'ARGUMENT NOUVEAU DU DROIT NATUREL

Il commence sa revue dans ce droit romain essentiellement pragmatique où la propriété, qui est en fait un domaine<sup>17</sup>, se traduit dans l'usage objectif que font les gens des choses suivant le principe de droit naturel de la « juste distribution ».

Il explique ensuite la querelle des Franciscains, où les arguments contraires du pape avignonnais Jean XXII et du moine Guillaume d'Occam menèrent ultimement à la subjectivisation du droit de propriété, suggérée par les termes de l'encyclique *Quia Vir Reprobus* de 1329.

Des esprits pointilleux nous diront sans doute que les théories qu'expose Henri Lepage, sont en fait celles du juriste philosophe Michel Villey et ils n'auront certes pas tort<sup>18</sup>. L'auteur ne s'en cache d'ailleurs pas, citant abondamment ses sources tout au long de son ouvrage.

Ces emprunts, bien assimilés, ne nuisent pas au surplus à l'ensemble de l'exposé original d'Henri Lepage, qui soulève dans son ouvrage la question du problème moral de la propriété et, partant, celui du capitalisme. On devrait lui reprocher alors de s'inspirer aussi des livres et des théories de Richard Posner ou de Murray Rothbard.

Ce dernier auteur pose ce problème éthique en termes de droit naturel. Henri Lepage fait de même. Dans cette optique, on se demande dès lors si « la propriété privée est une institution moralement juste [...] parce qu'elle correspond à la nature même de l'homme »<sup>19</sup>.

14. Extrait du discours de Portalis prononcé devant le Corps Législatif le 26 nivôse de l'an XII (17 janvier 1804) et rapporté par le baron de Locré dans *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, T. VIII, Paris, Treuttel et Würtz, 1827, p. 149.

15. *Ibid.*

16. Henri LEPAGE, *op. cit.*, note 11, pp. 40-84.

17. Le domaine est une maîtrise que les personnes exercent sur les choses. Elle était en droit romain équivalente à la propriété (voir nos références, supra, note 10, et aussi: Michel VILLEY, *Le droit romain*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., Coll. Que sais-je?, n° 195, 1972, p. 81).

18. On retrouve par exemple l'historique de la querelle des Franciscains dans « Droit subjectif I (la genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam) », dans *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969, pp. 140-178 (159-169).

19. Henri LEPAGE, *op. cit.*, note 11, p. 385.

Les néo-libéraux auront tendance, on l'aura deviné, à voir les choses sous cet angle, mais ce rappel au droit naturel traduit-il les croyances profondes du législateur moderne? Nos lois consacrent-elles la plénitude d'un tel postulat?

Voilà de bien philosophiques questions auxquelles nous allons maintenant consacrer quelques brèves remarques.

### III. L'ASPECT TRANSCENDANT DE LA PROPRIÉTÉ: L'ABSOLU FORMEL D'UN DROIT BIEN RÉEL

Aspirés dans la tourmente de l'esprit révolutionnaire de 1789 et inspirés par cet événement, médiatique dans le ton et le sens de l'époque, les parlementaires français ont adopté, les 20 et 26 août de cette année-là, les articles 2 et 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, modifiant ainsi en profondeur tout le droit sur la propriété connu depuis lors.

Ils créaient par ces textes un droit inviolable et sacré<sup>20</sup>, un droit reconnu parmi ceux qui sont naturels et imprescriptibles<sup>21</sup>. Ils considéraient le droit de propriété comme un droit fondamental, dirait-on en langage d'aujourd'hui<sup>22</sup>.

Les codificateurs de 1804, dignes successeurs des légistes révolutionnaires, n'ont certes pas contribué à faire pâlir l'aura de ce droit ainsi mythifié, en lui conférant des attributs d'exclusivisme et d'absolutisme<sup>23</sup> que le droit en vigueur jusque là ignorait totalement.

L'Ancien droit reconnaissait ainsi la multiplicité des domaines utiles, ou maîtrises, sur une même chose. Il était en ce temps-là normal que plusieurs personnes puissent se prévaloir en même temps de droits parallèles ayant une seule et même chose pour objet. Un détenteur exploitant pouvait par exemple faire valoir un droit de récolte sur les premières herbes d'un champ, quitte à ce que les pauvres du lieu se réclament aussi d'un droit de glanage sur le même pré, à l'endroit duquel la communauté prétendra à son tour faire respecter un droit de vaine pâture sur cette portion de terre<sup>24</sup>.

Le droit de propriété implique trop de relations interpersonnelles pour que son exercice réel puisse être enfermé dans une forteresse juridique aux remparts si hermétiques qu'elle empêche indéfiniment qu'un objet arrive à répondre aux besoins des tiers environnants.

Nul droit n'est d'ailleurs absolu au sens où il puisse s'exercer sans contrainte aucune.

Tout droit, quel qu'il soit, doit correspondre pour être applicable aux besoins de l'ensemble culturel et social d'où il émane. Le musée des lois inutiles

20. Voir l'article 17 de la *Déclaration*.

21. Voir l'article 2 de la *Déclaration*.

22. Un droit fondamental est un droit désigné par un supralégislateur dans un document solennel, auquel les dispositions de la Loi ne sauraient contrevenir, sauf pour des motifs justifiés par les principes de l'ordre démocratique.

23. Voir l'article 544 du *Code civil français* ou l'article 406 du *Code civil du Bas-Canada*.

24. Voir nos références à ce propos, *supra*, notes 10 et 17.



est meublé de textes qu'on a tenté d'imposer d'autorité ou qui résultaient d'appréciations fautives de l'état social.

Les rédacteurs de la Déclaration des droits de 1789 avaient su tempérer pourtant leur enthousiasme pour les libertés. Ils avaient en effet reconnu les limitations inhérentes au droit de propriété et convenu, à l'article 17 de leur charte, de la possibilité de l'expropriation pour cause d'utilité publique et sous condition de juste indemnité. La règle a été reprise ensuite, on le sait, par tous les codificateurs, unanimes sur ce point.

Le législateur québécois peut en fait prétendre aujourd'hui à la palme du réalisme en cette matière, puisqu'il a maintenant supprimé toute référence à l'absolutisme dans la définition que son nouveau code civil donne du droit de propriété à l'article 987.

Faut-il conclure dès lors que le législateur québécois constate et accepte que le droit de propriété n'est pas un droit fondamental au sens moderne du terme? Son texte représente-t-il un courant législatif propre au temps d'aujourd'hui?

Comme il serait illusoire de vouloir vérifier cette hypothèse auprès des codes civils des autres juridictions, puisqu'ils émanent du XIX<sup>e</sup> siècle par leur rédaction ou l'esprit qui a présidé à leur conception, tournons-nous plutôt vers les nouveaux législateurs, ceux qui appartiennent vraiment au XX<sup>e</sup> siècle et qui ont légiféré dans le contexte culturel et juridique des temps modernes.

#### A. LA RÉSERVE DU LÉGISLATEUR INTERNATIONAL

Les conventions internationales se sont multipliées depuis au rythme des phénomènes de la nouvelle communication et des migrations accélérées de population. Les réglementations supranationales deviennent la monnaie courante d'une Europe en voie d'unification et qui risquerait autrement le chaos.

La question pertinente au droit de propriété s'est imposée tôt au nouveau législateur, rédacteur maintenant multinational à l'échelle d'un continent ou de la planète, ou pluriculturel au plan des pays/mosaïque tels les États-Unis ou le Canada. Comment celui-ci a-t-il réagi?

La Déclaration universelle de 1948 paraît donner le ton en cette matière. Ce texte ne traite pas en effet le droit de propriété comme un droit fondamental nommé<sup>25</sup>. Il se contente de proclamer un droit à l'égalité en matière d'appropriation, assorti d'une interdiction de principe des expropriations et saisies arbitraires.

Ce droit est donc limité. Il est simplement personnel. Il ne correspond aucunement au droit réel que connaît le droit civil. Il n'est absolu que dans la limite où le sont les libertés individuelles, mais sans que le contenu objectif du droit de propriété ne puisse être déclaré tel.

La Déclaration universelle n'est pas sur ce point isolée. La Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ne traite même pas du droit de propriété. Il faut se référer pour cela au premier protocole additionnel à cette convention, dont l'article premier s'oppose à ce que les possédants soient

---

25. Voir l'article 17 de la *Déclaration universelle*.

arbitrairement dépouillés de leurs biens. Ni le droit de propriété, ni le droit d'appropriation ne sont objectivement garantis par ce texte.

Le législateur international est donc réservé. Mais le législateur constituant, on le verra, ne l'est pas moins.

## B. LE SILENCE DU LÉGISLATEUR CONSTITUANT

Le législateur canadien s'est ainsi refusé à inscrire le droit de propriété dans la liste de ceux que reconnaît nommément la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982<sup>26</sup>. Des pressions politiques ont été ensuite exercées sur lui pour le faire revenir sur sa décision, mais aucun argument, si bien étayé ait-il été, n'a pu le convaincre depuis d'agir en ce sens.

Le législateur québécois s'est d'ailleurs comporté de la même façon. La *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>27</sup> ne déclare nommément protéger ni le droit de propriété ni le droit d'appropriation. On se contente d'y garantir les droits relatifs à la jouissance et à l'aliénation des biens<sup>28</sup>, et d'interdire les saisies abusives et les violations de domicile<sup>29</sup>.

La tendance législative propre au XX<sup>e</sup> siècle concernant le droit de propriété paraît donc fort nette. Celui-ci n'est jamais plus déclaré absolu, même en principe, et il n'est pas intégré non plus à la liste des droits fondamentaux nommés.

Le droit de propriété ne manque pourtant pas de lettres de noblesse dans l'ensemble juridique. Toutes les règles de notre droit civil se sont échafaudées à partir de problèmes associés au droit des biens<sup>30</sup>. Le droit des personnes et celui relatif aux libertés civiles découlent des régimes de tenures féodales par lesquels l'homme constituait l'accessoire de la terre où le seigneur exerçait un droit de suzeraineté porteur de bien des éléments appartenant au droit de propriété. La période du haut moyen-âge occidental se façonne suivant le principe de patrimonialité du royaume<sup>31</sup>.

Les révolutionnaires de 1789, s'appuyant sur le droit naturel pour définir un droit de l'homme imprescriptible leur reconnaissant un droit de propriété sur les choses et les personnes<sup>32</sup>, cherchaient à s'affranchir définitivement des liens

26. *Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. 1985, App. II, n° 44.

27. *La Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

28. *Id.*, art. 6.

29. Voir la Charte québécoise, *supra*, note 27, art. 24.1, 7 et 8.

30. « On sait maintenant », dit Stéphane Rials, « que le [droit de propriété] fut la matrice des droits subjectifs modernes »; voir: Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 344.

31. Michel ROUCHE, « Haut Moyen Age occidental », dans *Histoire de la Vie privée*, t. I, *De l'empire romain à l'an mil*, Paris, Éditions du Seuil, 1985, p. 406.

32. Il faut naturellement prêter aux mots le sens qu'on leur donnait à l'époque. La *propriété de la personne* est, pour les révolutionnaires législateurs de 1789, le moyen rendant l'homme libre et maître de ses actes. Cette expression est toujours employée dans un contexte avoisinant la notion connexe de *liberté*; voir les textes présentés à l'Assemblée délibérante sur la Déclaration des droits par Seyès (S. RIALS, *op. cit.*, note 30, pp. 596 et 616).

qui les maintenaient vassaux des seigneurs par le fil, même symbolique à l'époque, de la terre appropriée<sup>33</sup>.

C'est par l'émancipation du *dominium*<sup>34</sup> ancien que s'est forgé non seulement le droit de propriété moderne, mais aussi, pour une bonne part, le droit relatif aux libertés individuelles que l'on connaît aujourd'hui.

Se montre-t-on dès lors « injuste » envers le droit de propriété en l'excluant de la liste des droits fondamentaux nommés? La chose n'est pas impossible mais il semble bien que, dans le monde du vécu, la protection contraignante d'un droit aussi omniprésent et multiforme que celui du droit de propriété, aurait pour effet de figer l'évolution des affaires et de bloquer ultimement tout l'appareil de la machine du droit et des relations économiques qui en conditionnent le fonctionnement.

Si l'expropriation devenait impossible, l'expansion des grands projets publics serait entravée et l'activité de toute la communauté atrophiée.

Cette crainte paraît exagérée, énoncée telle quelle, me direz-vous? J'en conviendrais volontiers et bien des citoyens sans doute avec moi, mais elle représente, semble-t-il, l'avis unanime des premiers ministres canadiens réunis pour discuter des termes et du contenu de la Charte canadienne<sup>35</sup>.

Et voilà donc ce qui explique la coexistence un peu paradoxale dans nos lois d'une proclamation et d'un silence, le Code civil exaltant le droit de propriété et nos chartes le gardant sous le boisseau.

Du droit de propriété moderne, seul le caractère d'absolutisme reste donc au figuré. La portée de sa réalité véritable appelle pour le reste au delà des mots une saisie de référence aux choses qui, elle, ne cesse jamais d'être propre.

Aix-en-Provence, juin 1990

33. La nuit du 4 août 1789, il ne demeurerait tout au plus du régime de tenure seigneuriale que les droits dits proportionnels, mais leur subsistance irritait d'autant que leur prélèvement s'effectuait dans des circonstances parfois choquantes au XVIII<sup>e</sup> siècle; voir à ce sujet les remarques de Jean-Philippe LÉVY dans *Cours d'histoire des institutions privées — La propriété — Les biens*, Paris, Les cours de droit, pp. 162 et ss.

34. Le *dominium* est « l'asservissement, l'appropriation par un maître d'un corps humain comme sa chose » (voir les remarques de Blandine BARRET-KRIEGEL, *L'État et les esclaves*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Payot, 1988, p. 53).

35. On pourra consulter à ce propos le témoignage à cet effet du ministre fédéral de la Justice de l'époque, l'honorable Jean Chrétien, rapporté aux *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte du Sénat et la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule n° 45 du 26 janvier 1981, rapportant les débats du jeudi 16 janvier précédent, p. 12.

Le 16 décembre 1980, monsieur Duncan McKillop, président du groupe de travail sur le changement constitutionnel de la Chambre de commerce de l'Alberta, avait formulé le souhait que le droit de propriété soit inclus aux dispositions de la Charte canadienne. Le sénateur Austin avait alors exprimé une opinion favorable à cette suggestion, mais, à la suite de prises de positions contraires de la part de deux membres du Cabinet, le ministre de la Justice devait exprimer la position définitive du gouvernement à ce propos dans le sens que l'on sait; voir l'intervention de monsieur McKillop et les commentaires qui s'ensuivent dans les Procès-verbaux cités à l'alinéa précédent, au fascicule n° 27, pages 37-44 et, plus particulièrement à la page 41.