

En droit romain, la nature se donnerait d'abord comme l'autre du droit, et la propriété, comme ce qui vient se substituer à la communauté. Mais la nature apparaît aussi comme une aide ou une auxiliaire du droit : la propriété individuelle autant que la propriété collective se trouvent préfigurées à l'état naturel. Au fond, on verra que la nature participe pleinement du droit car le travail judiciaire consiste précisément à rechercher la nature des choses, des affaires, ou des causes. Et c'est à partir de cette approche processuelle des choses qu'une nouvelle figure de la propriété pourra être esquissée, les diverses acceptions de la nature s'avérant liées les unes aux autres<sup>76</sup>.

*L'altérité juridique de la nature – la propriété substituée à la communauté*

D'après Yan Thomas, ce sont les Anciens, et plus précisément les Romains, qui élaborèrent ce que nous imputons souvent « aux Modernes : le sujet de droit comme support d'une puissance d'agir, la nature comme objet auquel s'applique cette puissance, la dénaturation du monde comme moyen technique de cette action – une technique qui, avant d'avoir été industrielle, fut institutionnelle (...) », et qui portait le nom d'*ars iuris*, soit d'art juridique<sup>77</sup>. Ainsi, d'après le romaniste, « le sujet juridiquement armé pour la maîtrise

76. Y. Thomas étudie la notion romaine de nature dans la perspective du droit naturel, non dans celle du droit de l'environnement. Pour autant, l'étude du droit naturel n'est pas sans renvoyer au statut juridique de la nature au sens des milieux naturels, ainsi qu'en témoignent les exemples ci-dessous des animaux sauvages ou du littoral mouvant. De même, l'expression nature des choses, qui signifie dans le langage courant la substance ou l'essence des choses, paraît-elle *a priori* étrangère à la nature au sens de l'environnement. Cependant, la manière dont Thomas interprète l'expression « nature des choses » s'inscrit en faux contre le subjectivisme juridique (soit la conception occidentale moderne du droit) et, partant, contre une conception qui pourrait avoir à faire avec les actuels problèmes environnementaux.

77. Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature », *Le Débat*, 1998/3, n° 100, p. 105.

et la transformation de soi-même et du monde, et qui est en passe de réaliser cette maîtrise sur le terrain technique comme sur le terrain politique, s'inscrit dans notre plus ancienne tradition du droit ». Et « elle y est beaucoup plus profondément inscrite que nous ne le croyons (...) ». En effet, poursuit l'historien, « dans sa tradition scolastique la plus ancienne, le droit n'a cessé d'être une entreprise au service de la maîtrise de la nature et de l'autonomisation du sujet, dans un sens progressivement absolutiste<sup>78</sup> ». La conception absolutiste de la propriété ne daterait donc pas de l'époque moderne.

Encore faut-il préciser que Yan Thomas s'intéresse ici moins au droit des biens qu'au droit des personnes – il souhaite ouvrir la réflexion sur des thèmes tels que le changement d'état civil des transsexuels ou le recours à la procréation médicalement assistée, il n'entend pas alerter sur les risques que présenterait le droit en tant que technique d'adultération de la nature. Son objectif est bien plutôt de mettre en garde contre une « idéologie nouvelle » « très réactive, pour ne pas dire réactionnaire », laquelle attaque « la toute-puissance que le droit aurait attribuée, sous la catégorie moderne de sujet de droit, à l'individu maître de soi-même et de la nature<sup>79</sup> ». Mais, pour ajouter à la critique, l'historien se déplace sur le terrain du droit des biens, aborde la question de la propriété et poursuit avec facétie : « toute domination nouvelle effraye », mais « s'interroge-t-on du point de vue d'une critique du sujet-roi, sur l'extension actuelle du domaine de la propriété ? » ; « il faudrait que nos psycho-juristes, si attentifs aux "limites" constitutives de la "structure logique" du sujet, nous expliquent en quoi le droit reconnu d'étendre ses possessions à l'infini, sans limite de valeur ni de durée, et d'amputer ainsi le monde d'une part croissante de sa valeur au détriment d'autrui, sert moins le fantasma

de la toute-puissance, que le droit reconnu aux transsexuels de changer leur propre corps et leur propre identité<sup>80</sup> ». On le voit, si Yan Thomas insiste sur le potentiel explicatif du droit romain dans la transformation occidentale de la nature, ce n'est pas pour la cautionner ou la justifier, ni pour nous inviter à restaurer la Rome ancienne et, en particulier, à identifier la propriété de 1804 à celle de l'époque romaine, mais pour que nous prenions conscience des origines lointaines de nos institutions.

De fait, cette artificialité du droit romain interroge : ne serait-il pas vain de rechercher dans notre tradition juridique elle-même les moyens d'aller par-delà droit et nature, et de penser la propriété foncière autrement que comme un pouvoir de domination de sujets-rois sur une nature-objet ? Les divisions nature/culture, donné/construit ne seraient-elle pas inscrites au cœur de notre tradition juridique civiliste, dès lors que celle-ci a pour assise le droit romain ? Certains écrits de l'historien le laissent à penser. Ainsi, dans *Fictio legis*<sup>81</sup>, Thomas définit la fiction comme une technique consistant « à travestir les faits, à les déclarer autres qu'ils ne sont vraiment, et à tirer de cette adultération (...) même et de cette fausse suppression, les conséquences de droit qui s'attacheraient à la vérité que l'on feint, si celle-ci existait sous les dehors qu'on lui prête ». En d'autres termes, « la fiction est une négation du vrai manifeste ; elle transgresse pour le fonder autrement, l'ordre même de la nature des choses en tirant un droit certain d'un fait sur lequel elle statue en sens contraire<sup>82</sup> ». Par exemple, l'on tiendra l'enfant à naître pour déjà né afin de lui permettre d'hériter de son père décédé à

80. *Ibid.*, p. 92, p. 105.

81. Y. Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », in *Les opérations du droit*, EHSS, Gallimard, Seuil, novembre 2011, pp. 133-186, voir notamment p. 153 (texte initialement paru dans la revue *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 21, 1995, pp. 17-63).

sa naissance<sup>83</sup>. La fiction présuppose, alors, l'existence d'un ordre naturel des choses ou d'une nature des choses que l'art juridique permettrait de transgresser. La fiction n'est, certes, pas représentative de toutes les techniques du droit. Ainsi, la présomption ne suppose pas un retournement de l'ordre naturel. Néanmoins, la *factio* romaine révélerait un aspect fondamental du droit civil romain<sup>84</sup> : selon Thomas, elle découvrirait « le rapport qui unit fondamentalement droit et fiction, positivité juridique et construction », soit « la radicale déliaison de l'institutionnalité d'avec le monde des choses de la nature<sup>85</sup> ».

D'ailleurs, la nature ne s'oppose pas seulement au droit comme la réalité à l'artifice, ou le donné au construit, mais encore comme la liberté naturelle aux règles de la cité. Dans « L'Institution juridique de la nature<sup>86</sup> », Yan Thomas commente les *Institutes* d'Ulpien, lesquels présentent, au sein des institutions proprement humaines, deux états successifs de l'humanité. Dans le premier état, relevant encore de la nature, « les hommes y sont libres et égaux, non divisés en statuts ; ils jouissent en indivision des biens de la terre » et « ne sont soumis à aucun pouvoir ». Dans un deuxième état, surgissent ces distinctions que sont l'esclavage, les royaumes, les domaines privés ou les limites des terres. Dans le même mouvement où disparaît l'âge naturel « et où naît le *jus gentium*, le droit des gens, naissent aussi les cites et le *jus*

*civile*, le droit civil<sup>87</sup> ». Le droit naturel s'efface, alors, devant le droit civil et le régime de liberté devant celui, régulé, de la cité. « Introduit après la nature (mais pas d'après elle) », après le droit naturel, « voire contre lui<sup>88</sup> », le droit ultérieur peut être construit *contra naturam*, contre cet « "obs-tacle" physique qui peut lui imposer des limites » et dont il cherche « à se départir », notamment par la technique de la fiction<sup>89</sup>. Comme l'observent Marie-Angèle Hermitte et Paolo Napoli, Yan Thomas relie l'institution civile de la cité à la destitution juridique de la nature. Dans ces conditions, on conçoit que la nature ne soit pas considérée comme une source du droit<sup>90</sup>. À la différence, par exemple, de Michel Villey, Yan Thomas enseigne qu'à Rome les juristes n'em-plotient pas la nature comme « figure d'une norme ultime et constituante<sup>91</sup> », ni ne confèrent au droit naturel un rôle prescriptif. Concernant la propriété, l'exposé des *Institutes* d'Ulpien laisse à penser que celle-ci s'entend, en droit civil, d'un droit non collectif, mais privatif. Dans la mesure, en effet, où l'esclavage, les statuts et la propriété succèdent à la liberté, l'égalité et la jouissance commune, la propriété doit se présenter comme l'envers de cet état de communauté et signifier l'exclusivité *propria vs. factio*.

Ainsi, au berceau de notre tradition juridique, la nature serait l'autre du droit et de la cité, c'est-à-dire l'autre du droit civil. Quant à la propriété, inscrite au fondement de ce droit civil, elle consisterait en une propriété exclusive, repoussoir de la communauté. À ce stade, nous pourrions avancer que le naturalisme et/ou le volontarisme ne naissent pas, sur le terrain du droit, à la fin de la Renaissance, mais avec la tradition civiliste elle-même, et que le caractère hors-sol de la

83. *Ibid.*, pp. 144-145. L'adage romain « *infans conceptus pro nato habetur de commodis ejus agitur* » signifie que l'enfant conçu est réputé né chaque fois que tel est son intérêt. À rapprocher de l'article 725 alinéa 1 du Code civil : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. »

84. Y. Thomas, « *Factio legis...* », *loc. cit.*, pp. 135-136.

85. *Ibid.*, pp. 137-139, pp. 147-149, pp. 151-153.

86. Y. Thomas, « L'institution juridique de la nature. Remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome », in *Les Opérations du droit*, *op. cit.*, p. 21

87. *Ibid.*, p. 22.

88. *Ibid.*, pp. 21-22.

89. M.-A. Hermitte, P. Napoli, « Préface », in Y. Thomas, *Les Opérations du droit*, *op. cit.*, pp. 8-9.

90. Y. Thomas, « L'institution juridique de la nature... », *op. cit.*, p. 23

propriété, dans la théorie renouvelée, renvoie à l'artificialité du droit romain.

Reste qu'à lire Thomas, la nature ne se trouve pas, en droit romain, uniquement « déstituée » et « isolée dans un inaccessible avant » et que, corollairement, la propriété ne s'entend pas toujours d'une propriété privée.

*La nature-auxiliaire du droit — les propriétés individuelle et collective préfigurées*

En dépit des apparences, la nature constitue davantage qu'une « utopie » ou un « âge d'or » que les juristes romains se plairaient à rappeler en marge de leurs ouvrages. « Loin d'alimenter une doctrine ornementale », la nature est rappelée par le droit, « assignée à la sphère du droit privé » — et le droit naturel devient une branche de ce dernier<sup>92</sup>. Il existe, notamment, deux situations dans lesquelles la nature se retrouve dans l'état de cité. La première est celle des choses de la nature survivant à l'état civil. Il s'agit de « prototypes » du droit naturel, de « figures témoins » ou « formes de vestiges » que le droit civil devrait avoir remplacés, mais que les juristes ont laissé exceptionnellement subsister « dans une aire limitée ». Ces choses naturelles, demeurées comme « fossilisées » à l'âge civil, sont de deux sortes<sup>93</sup>. On ren-contre, d'une part, les choses communes ou *res communes*, par exemple, l'air, la mer et ses rivages, « déterminés par le plus grand flot d'hiver ». Par l'intermédiaire de ces choses, qui ne sont encore tombées sous la propriété de personne, la nature continue d'échapper au droit des particuliers, sans pour autant appartenir aux cités, lesquelles peuvent, certes, « en contrôler l'usage, mais non pas l'interdire ou se le réserver ». On découvre, d'autre part, les choses sans maître ou *res quae capuntur*. Par exemple, les bêtes sauvages non encore

capturées demeurent, au temps de la cité, hors de l'emprise du droit des particuliers et de la catégorie des objets de propriété<sup>94</sup>.

La seconde situation dans laquelle la nature se maintient à l'âge civil est celle des choses de la nature qui retournent à l'état naturel. Ces choses de la nature, non pas rémanentes, mais resurgentes, témoignent de la possible restauration de l'état de nature au sein même de la cité. On en compte deux espèces : la première est celle des anciennes choses sans maître, qui auraient été capturées et, un temps, appropriées, mais qui auraient recouvré leur liberté. Ainsi, le fauve tombé dans le piège d'un braconnier, qui s'en trouve libéré par un autre chasseur, mais qui parvient à échapper aux mains de ce dernier, recouvre sa liberté et échappe à la condition de chose appropriée. À telle enseigne que le second traqueur ne saurait être accusé par le premier de l'avoir volé. La deuxième espèce de choses revenant à l'état de nature est celle des anciennes choses communes, tombées sous l'emprise humaine, devenues objets de propriété, mais qui ont recouvré leur liberté. Ainsi, le littoral qui retourne à son état premier, après la destruction d'un édifice avançant sur l'eau, regagne sa liberté originelle<sup>95</sup>.

Sans doute, les choses de la nature (choses communes et sans maître) ne sont-elles « pratiquement plus de ce monde<sup>96</sup> », et subsistent rarement à l'âge civil. Cependant, elles peuvent refaire leur entrée dans la cité, quoi qu'elles aient temporairement perdu leur liberté et qualités de choses sans maître et communes — tel le gibier capturé ou le littoral encerclé. Observons que ces mouvements par lesquels la

94. *Ibid.*, p. 29.

95. *Ibid.*, p. 33-36. À rapprocher de l'article 557 al. 1 du Code civil relatif aux relais que forme l'eau courante (non maritime) lorsqu'elle « se retire insensiblement » de l'une des rives d'un domaine en se portant sur l'autre : « Le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le rivain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain ou y en a perdu. »

nature « opère des retours, annule les situations juridiques conquises sur elle » et « interrompt la continuité des possessions » civilement garantie<sup>97</sup>, ne relativisent guère l'artificialité du droit, mais en accentuent bien plutôt le trait. Tout se passe, en effet, comme si les juristes, après avoir dissocié la nature du droit, entreprenaient de la forger : à travers la mise en scène du retour de la nature, les juristes romains feignent de croire que « le droit rétablit casuellement un régime naturel » disparu à l'âge civil<sup>98</sup>, mais ce sont eux qui élaborent, dessinent et, *in fine*, instituent la nature. Aussi, droit et nature sont-ils moins en opposition qu'en interaction. Dès lors, selon Thomas, le droit naturel ne constitue pas un ordre transcendant que les juristes auraient pour tâche de reproduire ici-bas, et auquel les humains devraient se conformer. Le droit naturel forme bien plutôt une fresque peinte par les juristes afin de représenter les correspondants naturels imaginaires des institutions de la cité<sup>99</sup>.

Dans le domaine, en particulier, du droit des biens<sup>100</sup>, les choses communes et sans maître reflètent, à l'état de nature, les institutions civiles des choses publiques et privées. Tandis que les choses sans maître préfigurent les choses privées, les choses communes préfigurent les choses publiques, encore dénommées *res publicae* ou *universales*. En d'autres termes, les choses sans maître fournissent le modèle de la propriété privée, tandis que les choses communes nous livrent celui de la propriété collective. En effet, un chasseur ne prend pas sa part dans les richesses communes, il n'exerce pas un droit à une jouissance collective lorsqu'il capture une bête sauvage, mais fait sienne un être « originellement autonome », une chose qui « primitivement » s'appartient déjà<sup>101</sup>. Aussi, la pro-

97. *Ibid.*, p. 33.

98. *Ibid.*, p. 35.

99. *Ibid.*, p. 33.

100. Pour le droit des personnes, voir sur l'adoption *ibid.*, p. 36, également « *Fictio legis* », *loc. cit.*, p. 154.

101. V. Thomas, « *Res publicae* », *op. cit.*, p. 154.

priété individuelle du piègeur sur sa proie est-elle à l'image de la propriété que la bête a initialement et individuellement d'elle-même. À l'inverse, le promeneur qui respire ou se désaltère prend sa part de richesses communes, il exerce son droit de jouissance collective à l'eau, à l'air — un droit qui préfigure la propriété indivise. En ce sens, Thomas écrit que « les *res communes*, mer et rivages, constituent en dehors de toute cité un modèle pour ces choses qui, dans les cités, sont qualifiées de publiques, et dont l'usage est commun : fleuves, routes, places, théâtres, marchés, bains, etc.<sup>102</sup> ». Non contentes de subsister à l'état de cité, les choses communes se trouvent donc prolongées avec l'institution d'une multitude de choses d'usage collectif<sup>103</sup>. On s'aperçoit que la propriété ne s'entend pas seulement — y compris dans l'état de cité — d'une propriété privée, individuelle ou exclusive : à travers les dénommées *res publicae* ou *universales*, la propriété se découvre possiblement indivisée, commune ou collective. Dès lors, il paraît délicat de revendiquer l'autorité du droit romain pour défendre l'idée d'une propriété, par principe, exclusive.

En outre, l'approche romaine des choses sans maître, des choses communes et des choses publiques invite à renouveler notre lecture de ces notions civilistes. D'abord, l'interprétation faite par Yan Thomas des choses sans maître pourrait bousculer les catégories d'objets et de sujets de droit et remettre en cause cette idée selon laquelle seules les personnes, à l'exclusion des choses, peuvent être propriétaires : dès lors que le fauve non encore tombé sous le pouvoir du chasseur s'appartient lui-même, et qu'il s'appartiendrait de nouveau s'il recouvrait sa liberté naturelle, n'est-ce pas qu'une même entité peut cumuler les qualités d'objets et de sujets de droit et les choses être, aussi, propriétaires<sup>104</sup> ?

102. *Ibid.*, p. 27.

103. Voir M.-A. Hermite, P. Napoli, *loc. cit.*, p. 9.

De fait, l'article 715 du Code civil actuel, qui prévoit que des lois de police règlent la faculté de chasser ou de pêcher, n'interdit pas de penser que le gibier et le poisson continuent de s'appartenir et d'évoluer librement avant leur prise. Aussi, notre droit pourrait-il connaître des choses-proprétaires, du moins des choses-proprétaires d'elles-mêmes.

Ensuite, les précisions apportées par l'historien relativement aux *res communes* invitent à contester la proposition selon laquelle la catégorie des choses communes est celle des choses inappropriables ou, du moins, inappropriées. Thomas observe que « ces choses (...) qu'aujourd'hui nous hésitons à appeler "choses" parce qu'elles appartiennent à la nature » revêtaient à Rome « une condition juridique singulière : celle de "choses communes à tous les hommes" », ce « qui les rendait inappropriables à quiconque en particulier<sup>105</sup> ». À l'article 714 du Code civil actuel, les choses communes sont, ainsi, présentées : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. » Adoptant la conception romaine des choses communes, nous pourrions lire la disposition de la manière suivante : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne – en particulier – et dont l'usage est commun à tous – ces choses étant la propriété de tous ». Dans cette vision, les choses communes traduisent un état de communisme positif primitif perdurant à l'âge civil, ce pour quoi l'article 714 du Code civil prévoit que « des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

Enfin, les explications apportées par Thomas relativement aux *res publicae* sont également de nature à montrer que la propriété ne s'oppose pas à la communauté et que la propriété collective concurrence la propriété privée au sein même du Code civil. L'historien précise que les Romains ne concevaient pas les choses publiques comme des choses

appartenant à la cité, à l'État, c'est-à-dire telles des propriétés individuelles publiques, mais comme des choses appartenant à la généralité, collectivité ou universalité des citoyens, ce pour quoi elles étaient également appelées *res universales*<sup>106</sup>. Or, l'article 542 du Code civil actuel définit les biens communaux comme étant « ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis ». Sans doute, les juges comprennent-ils cette disposition comme accordant aux personnes morales des communes la propriété individuelle des communaux. Mais une interprétation littérale de l'article 542 conduirait à rapprocher les biens communaux des choses publiques romaines, lesquelles appartenaient à la généralité, collectivité ou universalité des habitants d'une cité. Le rapprochement pourrait être d'autant mieux justifié que la loi du 10 juin 1793, à l'origine de l'article 542 du Code civil, prévoyait, à son article 1<sup>er</sup> de la section IV : « Tous les biens communaux (...) sont et appartiennent de leur nature, à la généralité des habitants ou membres des communes ou des sections de communes dans le territoire desquelles ces communaux sont situés. » À proximité du fameux article 544 du Code civil, l'article 542 pourrait donc offrir une forme de propriété par principe collective et reposant sur l'appartenance à une communauté d'habitants.]

À bien y regarder, la propriété exclusive des choses privées – modelée sur celle des choses sans maître – et la propriété collective des choses publiques – modelée sur celle des choses communes – pourraient correspondre à deux manières de devenir et d'être propriétaire : la captation suivie de la domination, d'une part, l'accès suivi de l'habitation, d'autre part. Représentant, d'une certaine façon, la distinction franque entre les choses mobiles et fixes, périssables et pérennes, nous pourrions distinguer deux types de propriétés : la domination des choses mobiles, tel le gibier, d'une

part, l'habitation des choses pérennes, telle la terre, d'autre part. Convenons qu'autant la définition de la propriété tel un pouvoir de dominer, qui renvoie à la théorie classique de la propriété, ne surprend guère, autant la présentation de la propriété comme un pouvoir d'habiter<sup>107</sup> – notamment, la terre – peut étonner. Et, pourtant, nous pourrions arrimer cette figure propriétaire de l'habitation à l'ontologie romaine des choses juridiques ou *res iuris*.

*Découvrir la nature des choses – concevoir les choses comme des lieux*

En insistant sur la liberté que les juristes romains prennent à l'égard de la nature, Yan Thomas entend montrer que ces derniers n'ont pas le projet d'élaborer un droit fidèle à un ordre naturel ou à une nature des choses préconçus et idéels. Mais il nous délivre un autre enseignement, non moins important, et dont l'omission prêterait à rabattre le droit romain sur notre conception juridique moderne dans son second versant, c'est-à-dire dans son versant non *jus-naturaliste*, mais volontariste<sup>107</sup>. En effet, l'historien rappelle que les Romains ne connaissent pas le concept de droit subjectif, et qu'ils n'ont pas une conception subjectiviste, mais objectiviste du droit, c'est-à-dire une vision réaliste, pragmatique ou, pour le dire encore autrement, casuistique<sup>108</sup>.

107. La pensée juridique moderne se départagerait entre le « volontarisme » (autre nom du positivisme moderne) et le « rationalisme », lequel peut se comprendre tel un *jus-naturalisme*. Voir ensemble V. Descombes, *Le Complément de sujet. Enquête sur le fait d'agir de soi-même*, Gallimard, 2004, NRF, p. 401-402 et O. Cayla, « Le droit de se plaindre », in O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Le Débat, Gallimard, 2002, p. 26.

108. Y. Thomas, *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1976, p. 615 ; la démarche romaine est une « démarche propre à une vision réaliste du droit, qui fait porter tout son effort de recherche sur la formulation théorique et typique de cas concrets et particuliers ».

Cette objectivité du droit romain a plusieurs incidences. Elle signifie, d'abord, qu'il serait vain de rechercher, comme le fait la doctrine renouvelée, les fondements du droit subjectif – dans ce cas identifié à la propriété – dans le droit romain. Cela signifie ensuite que l'on ne saurait défendre, avec la même doctrine, une vision expressément dogmatique de la propriété sur la base du droit pragmatique romain.

Cela signifie, enfin, que la double origine : romaine et germanique, de notre tradition juridique civiliste et, en particulier de notre droit des biens, pourrait ne pas créer une indépassable contradiction, ainsi que le pense Anne-Marie Parault<sup>109</sup>. Peut-être, en effet, ne faut-il pas opposer le droit coutumier des biens, empreint des réalités paysannes, au droit romain des biens, savante construction intellectuelle. Car loin d'être une construction détachée de la réalité des choses et, en ce sens, un édifice hors-sol, le droit romain pourrait être au plus près des choses.

Dans son étude sur la notion de cause, Thomas énonce, en effet, que les notions de chose et de cause, lesquelles participent de catégories composant une conception du monde<sup>110</sup>, se recouvrent l'une l'autre. Partant de l'acceptation procédurale et originelle du mot chose, celle de l'autorité de la chose jugée, l'historien montre comment, dans le cadre du procès, les éléments d'une affaire ou du litige qui composent la chose, la *res*, viennent à se décanter, se structurer et spécifier jusqu'à se réduire à une cause, *causa*, caractérisée. Pour parvenir à la connaissance du cas litigieux, le juriconsulte procède, en effet, à l'épuration ou élimination d'une partie de la *res*, estimée périphérique et inessentielle, au profit d'une autre partie, jugée irréductible et centrale : la *causa*. À l'aide de repères ou points d'appui, il commence par établir la controverse et transforme l'objet ou sujet concret du débat – la *res* – en un objet générique – la *questio*. À son

109. A.-M. Parault, *op. cit.*, p. 16, § 1, p. 135, § 112.

110. V. Thomas, *op. cit.*, p. 107.

tour, cet objet, « auquel se réduisent toutes les affaires du même type » – les *genus causae* –, permet d'attribuer au cas d'espèce son être spécifique : la *natura causa*<sup>111</sup>. Dès lors, *causa* apparaît tel « le dernier échelon d'une série<sup>112</sup> » dont chaque terme inclut le suivant, depuis la *res*. Précisons qu'il revient au juriste de faire correspondre à un nombre illimité d'affaires ou de litiges possibles un nombre limité – car la liste est fermée – de causes ou fondements juridiques. Aussi, son travail ne consiste-t-il pas à découvrir une nature idéale des choses, mais une nature artificielle. La méthode consiste, en effet, à projeter sur l'objet une « structure artificielle que le sujet prend, ou veut prendre, pour la structure réelle de l'objet » et qui est, au final, « reconnue comme sa structure réelle<sup>113</sup> ». En un mot, il s'agit de faire comme si, et seulement comme si, « la connaissance était située au cœur même de l'être<sup>114</sup> ».

On pourra certes se demander en quoi il importe que les choses juridiques romaines (les *res iuris* ou *res incorporales*) dérivent des *res corporales* (des choses litigieuses ou affaires débattues pour appréhender la propriété ou a-propriété des choses de la nature). En effet, ces choses de droit romaines appartiennent à l'ordre juridique procédural, processuel – et non à l'ordre juridique substantiel et, en particulier, pas au droit des biens. À première vue, il n'existe aucun lien entre les choses de la nature : les choses communes et sans maître préfigurant les diverses formes de propriété, d'une part, et les choses obtenues à l'issue d'un procès, d'autre part.

Pourtant, le passage des choses du droit des biens à celles du droit procédural pourrait être moins incongru qu'il y paraît. Tout d'abord, l'un des partisans de la doctrine renou-

velée de la propriété considère qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre le propriétaire du procès et le propriétaire du fonds car « les deux exercent une même puissance sur les choses<sup>115</sup> ». Ensuite, Yan Thomas nous invite à délaisser notre conception moderne des choses : celle d'entités vides, passives et indéterminées<sup>116</sup>, au profit de la vision romaine des choses : celle d'entités pleines de déterminations inscrites en elles – ceci afin d'accéder au monde juridique romain et – pourquoi pas ? – de parvenir à lire le droit autrement qu'au prisme de la modernité.

L'historien explique que si « l'antithèse moderne du sujet et de l'objet », le « partage entre le domaine subjectif de l'action et le domaine objectif des choses », la division entre « liberté de la personne et passivité de la nature » fonde aujourd'hui toute notre vision du droit, le droit romain, lui, fonctionne différemment<sup>117</sup>. N'hésitant pas à comparer la chose romaine – objet ou sujet d'un débat ou différend – à la chose moderne – objet de droit opposé à une personne-sujet de droit<sup>118</sup> –, Thomas écrit ainsi : « contrairement à notre pensée juridique qui fonctionne sur une confrontation du libre vouloir et de l'objet, le droit romain n'envisage pas la *res* dans sa relation d'opposition au sujet, mais dans son rapport d'intégration au droit : la *res* est, d'emblée », une chose de droit<sup>119</sup>. Or, le fait que la chose juridique romaine échappe entièrement à la catégorie cartésienne de *res externa*, comme aux notions kantienne et hégélienne de *Sache*, n'est pas sans incidence sur la manière d'envisager la propriété : il en résulte, observe Thomas, que la chose romaine n'est aucune-

115. F. Zenati-Castaigne, *op. cit.*, p. 263.

116. Y. Thomas, « *Res*, chose et patrimoine... », *loc. cit.* : « Peut-on concevoir un autre système où intégrer l'ensemble des significations de *res*, un système où ne serait pas donné, à titre de présupposé, notre artefact du sujet de droit ? On le peut et on le doit (...) ».

117. *Ibid.*, pp. 413-414.

118. *Ibid.*, pp. 417.

111. *Ibid.*, p. 210, pp. 229-230.

112. Y. Thomas, « Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome », *Archives de philosophie du droit*, pp. 93-114, p. 107.

113. Y. Thomas, *Causa...*, *op. cit.*, p. 112, p. 229-230.

Choses  
ont  
plus  
plus  
plus

ment « le siège où s'exerce la maîtrise unilatérale d'un sujet », soit une entité entièrement soumise à son propriétaire. A telle enseigne qu'en droit romain archaïque, « le *dominium*, la propriété, renvoie à *dominus*, le maître de maison », et forme « une espèce de prolongement de la personne », si bien que choses et personnes ne se distinguent pas nettement les unes des autres<sup>120</sup>. En revenant au sens originel des choses, nous pourrions, donc, découvrir une voie pour penser la propriété autrement que comme un pouvoir exclusif d'un sujet sur un objet qui lui est extérieur.

Il reste à découvrir quel schème, quelle représentation des choses nous pourrions substituer à celle des choses comme d'objets matériels extérieurs aux personnes. Revenant aux écrits de Thomas, on s'aperçoit que la conception juridique romaine renferme et fournit l'image d'une chose comme d'un lieu : l'auteur note que le premier stade de décanation de *res* qu'est la controverse « dessine entre les plaideurs un lieu clos dans lequel la matière du débat se trouve enfermée ». Puis il précise : « la controverse n'est pas une substance », mais « un pur contenant, une limite externe, celle que projettent deux adversaires tournés l'un contre l'autre : dans ce centre commun, la "chose" débattue se trouve posée (...) ». « Prise dans ce milieu, la *res* devient *causa* » ; réciproquement, « la cause est cette "chose" transformée dans le lieu de la controverse<sup>121</sup> ». De même, dans l'étude sur la notion de *causa*, la *res* est cette chose prenant corps dans un lieu, découlant de son inscription même en un lieu : on ne retient du litige que « son inscription dans le lieu d'un conflit entre deux agents (...) » ; le litige, *lis*, « constitue un cadre, un lieu formel<sup>122</sup> », consigne Thomas. En certaines occurrences, chose et lieu se trouvent même identifiés : loin d'être « une

chose (in) différenciée, indéterminée, non qualifiée », « la *res* est située, elle est le lieu de fonctions propres<sup>123</sup> ».

Les choses conçues comme des lieux, le rapport des personnes aux choses, puis la relation d'appropriation entre les unes et les autres doivent être aussi reconstruits. Dans « La chose » et « Bâti habiter penser », Heidegger reprend la signification originelle et juridique du mot chose, celle de l'affaire, du litige ou du cas. Comme l'historien du droit romain, le philosophe en vient alors à définir les choses comme des lieux, des lieux qui accordent, tels la cruche ou le pont, une place au « quadriparti » : soit à la terre, au ciel, aux divins et aux mortels<sup>124</sup>. Aussi, les choses se présentent-elles comme des lieux d'accueil, demeures ou habitations pour ceux-là qui séjournent en elles. Dès lors que l'on se propose de substituer à la conception moderne de la chose-objet, la conception romaine de la chose-lieu, on pourrait suivre le mouvement dessiné par le philosophe et définir les choses comme des milieux, les personnes comme leurs habitants, la propriété telle une faculté d'habiter, et les droits (ou biens) comme les places occupées par les dénommés propriétaires dans les choses-milieux. Dans cette perspective, les propriétés, loin d'être autorisées à faire des choses tout ce qu'ils veulent, seraient obligés d'adopter un comportement respectueux des lieux, c'est-à-dire approprié à ces choses situées ou à ces milieux.

Sans doute, le passage des choses-corps aux choses-milieux ne se trouve-t-il pas, sur le terrain du droit, assuré. Mais il n'est pas interdit de penser que la conception de la propriété comme d'un rapport d'habitation naît avec notre tradition civiliste elle-même. Car, nonobstant les *res publicae* (ces choses appartenant aux habitants de la cité), la *domus*,

123. *Ibid.*, p. 165.

124. M. Heidegger, *Bâti habiter penser*, in *Essais et conférences*, traduit de l'allemand par André Préau et préfacé par Jean Beaufret, 1958, nouvelle édition, coll. Tel, Gallimard, 2003, pp. 170 et s. ; M. Heidegger, « La chose », in *Essais et conférences*, *op. cit.*, pp. 194 et s.

120. *Ibid.*, p. 422. Voir aussi Y. Thomas, « Le droit entre les mots et les choses... », *loc. cit.*, p. 93-98.

121. Y. Thomas, *Causa...*, *op. cit.*, pp. 101-103.

122. *Ibid.*, p. 266.

demeure ou maison, pourrait donner son sens au *dominium*.

Si la propriété ne doit pas être comprise depuis « l'antithèse moderne du sujet et de l'objet » (c'est-à-dire telle une « maîtrise unilatérale » des personnes sur les choses<sup>125</sup>), mais d'après un rapport d'identité, ou du moins de continuité, entre choses et personnes, et que, par ailleurs, le *dominium* se situe dans le prolongement du *dominus* ou maître de maison, n'est-ce pas que la propriété représente primitivement la capacité d'habiter sa demeure ou maison ? Originellement, le *dominium* ne pourrait-il pas, d'abord, signifier le pouvoir d'habiter, avant celui de dominer ? Au lieu de définir la propriété en fonction de la maîtrise du maître de maison, ne pourrions-nous partir de l'habitation du domaine par un *dominus* ? Nous verrions, alors, que la propriété peut être conçue telle une relation d'habitation, non seulement dans le champ de la propriété collective, *via les res publicae*, mais aussi dans celui de la propriété privée, *via la domus*, la maison. Cette reconfiguration de la propriété serait en prise avec une vision juridique du monde : la nature juridique romaine, qui, d'une part, ne comprend pas la nature comme étant simplement l'autre du droit, le « hors-la-loi<sup>126</sup> », mais telle une entité avec laquelle « penser et agir<sup>127</sup> », et qui, d'autre part, ne saurait être dite hors-sol au sens où elle ignorerait la réalité des choses et ne serait plus en lien avec la terre.

*dominus - dominus*  
*Propriété - domus - habitier*

*res - collective - privative - maison*

125. Y. Thomas, « Res, chose et patrimoine... », *loc. cit.*, pp. 413-414.

126. Pour reprendre le titre de l'ouvrage de F. Ost, *op. cit.*

127. Pour reprendre le titre de l'ouvrage de C. et R. Larrère, *Penser et agir avec la nature. Une enquête philosophique*, éd. La Découverte, 2015.

### L'autrice

SARAH VANUXEM est maîtresse de conférences à la faculté de droit de l'Université Côte d'Azur. Ses recherches se situent à la croisée du droit des biens et du droit de l'environnement, avec des incursions en philosophie environnementale, en anthropologie de la nature et en histoire du droit.

*Image : Orienters ou magasins collectifs établis sur les corniches et les flancs des canyons du Haut-Atlas. Guelad (Taqiath) de Beniam, Avez*  
 © D.R.M. Bouis.

Design de la couverture : Lola Douai

**W** éditions  
 wildproject

15 € FRANCE 1-2022

ISBN : 978-2-381140-377

