

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

Edités par Peter Gauch

321

GIUSEPPA OTTIMOFIORE

Le droit de propriété,
un droit fondamental
entre inclusion et exclusion

Table des matières

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PARTIE I LE DROIT DE PROPRIÉTÉ, CONCEPT CULTUREL OU ÉLÉMENT INDISSOCIABLE DE L'ÉPANOUISSEMENT DE L'INDIVIDU ?	7
Introduction Partie I	9
Chapitre 1 La propriété en droit romain : <i>ius utendi, fruendi et abutendi</i> ?	13
§ 1 Le régime de la propriété dans la Rome antique	14
I. La propriété dans la civilisation romaine	14
1. La propriété dans les périodes archaïque et préclassique	15
2. L'âge d'or du droit romain : l'époque classique	22
3. La période postclassique ou vulgaire	24
4. <i>Excursus</i> : la propriété des esclaves	27
II. Le concours de plusieurs régimes de la propriété	31
1. Introduction	31
2. Le régime de la propriété civile à Rome	33
A. Droit civil et titularité	33
B. Le <i>dominium ex iure Quiritium</i>	35
3. L' <i>in bonis habere</i> ou propriété prétorienne	37
A. Une évolution du <i>ius civile quiritium</i>	37
B. La formation d'une double propriété sur la chose	40
§ 2 Les caractères de la propriété	43
I. Le caractère absolu ou illimité du droit de propriété	44
1. Une propriété absolue	44
2. Les moyens de protection de la propriété	46
3. Les restrictions au caractère illimité de la propriété	48
II. Un droit exclusif ?	53
1. Le <i>pater familias</i> , expression du caractère individuel de la propriété romaine	53
2. Une propriété strictement individuelle ?	56
III. Conclusion : l'appropriation justifiée par et subordonnée à l'utilité de la chose	59

§ 3	Le concept de propriété à Rome	61
I.	L'évolution de l'appellation de la notion de propriété	61
II.	La notion de propriété	65
1.	La propriété à travers l'œuvre des juristes	66
2.	Un droit naturel garant de l'équilibre des choses	69
3.	Le droit de propriété, un droit subjectif ?	71
A.	Un droit de nature purement procédurale	71
B.	La considération d'une dimension subjective	75
III.	Possession et propriété	77
1.	Le droit classique : le rôle essentiel de la possession dans l'acquisition et le maintien de la propriété	78
2.	L'assimilation entre possession et propriété en droit vulgaire	82
§ 4	Conclusion	84
Chapitre 2 Du Moyen Âge à la Révolution française : avènement et disparition de l'Ancien droit		87
§ 5	Le système féodal	87
I.	Les origines du régime féodal : l'influence mutuelle des droits romain et germanique	89
1.	La propriété des meubles et des immeubles dans le droit germanique	89
2.	Une influence mutuelle aboutissant à l'installation du régime féodal	91
II.	La propriété dans le régime féodal : droits, pouvoirs et souveraineté	93
1.	Un « enchevêtrement hiérarchisé de liens entre l'homme et le sol »	94
2.	Le statut de la terre, déterminant du statut et des droits du particulier	98
3.	Quelle « propriété » sous le régime féodal ?	102
A.	La saisine : la 'propriété' médiévale	104
B.	Le droit de propriété constitué par la doctrine juridique	105
III.	L'Église : dogme et fonction de l'institution de la propriété au Moyen Âge	109
1.	« [L]e détachement à l'égard des biens de ce monde »	109
2.	L'Église, propriétaire	113

3.	La question de la propriété des biens des franciscains, ou le droit de propriété en tant que faculté inhérente à l'individu	115
IV.	Synthèse : le contenu de la propriété au Moyen Âge et son évolution	118
§ 6	Les transformations opérées par la Renaissance	120
I.	La mutation du pouvoir politique	122
1.	Les facteurs générateurs d'un profond changement culturel	123
2.	La distinction propriété-souveraineté, légitimité de l'État moderne	125
II.	Les doctrines modernes relatives à la propriété	128
1.	Le <i>Siglo de Oro</i> espagnol	128
2.	Hugo Grotius	130
§ 7	Le Royaume-Uni : spécificités et théories du droit de propriété	132
I.	Les caractéristiques de la propriété du Moyen Âge à la Modernité	132
II.	La pensée moderne britannique relative à la propriété	136
1.	La propriété dans le <i>Léviathan</i>	136
2.	La théorie lockéenne de la propriété	137
A.	La propriété, droit naturel de l'homme	138
B.	La propriété, fondement de l'État démocratique et de la liberté de l'homme	140
§ 8	La propriété à l'aube de la Révolution française	143
I.	La nouvelle notion de propriété, en contraste avec les privilèges de l'Ancien régime	145
II.	La propriété, « condition essentielle à l'épanouissement de la liberté et des droits de l'homme »	147
1.	La propriété, condition <i>sine qua non</i> de la citoyenneté	147
2.	La propriété, un droit naturel ou établi par la société ?	150
III.	La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : le triomphe de la propriété privée	152
IV.	Synthèse : signification et conséquences du droit de propriété révolutionnaire	156
§ 9	Conclusion	158

Chapitre 3 Le XIX^e siècle : sacralisation et remise en cause de la propriété privée	161
§ 10 « L'âge de l'individualisme propriétaire »	162
I. Introduction	162
II. La doctrine économique classique ou le politique soumis à l'économique	165
1. Le lien indissoluble entre propriété et travail	166
2. Une institution naturelle et inviolable devant être protégée par l'État	168
3. Le droit à la poursuite du bonheur	170
III. La propriété, élément fondamental du droit	172
1. Le Code civil des Français	172
A. Les éléments exerçant une influence sur le concept de propriété dans le Code civil de 1804	174
a. L'influence du droit romain	174
b. L'influence de la Révolution française : une volonté de non-retour au passé	175
c. La propriété, fondement de l'institution de l'État	176
B. L'article 544 du Code civil français de 1804	179
2. Le droit subjectif de propriété privée dans l'école allemande des Pandectes	183
A. Un droit subjectif propre à un <i>être spirituel</i>	183
B. La détention de la chose, dénominateur commun de la possession et de la propriété	185
3. Conclusion	188
IV. Les biais de la propriété libérale	190
§ 11 La propriété privée remise en cause	194
I. La propriété et l'anarchisme socialiste	196
1. « La propriété, c'est le vol ! »	197
2. Critique de la seule propriété privée	198
II. La propriété et le communisme	201
1. La propriété tournée vers l'intérêt commun, de Babeuf à Otto von Gierke	201
2. <i>Le Manifeste du parti communiste</i> , en particulier	204
§ 12 Conclusion : deux concepts opposés pour un fondement commun	206
Conclusion Partie I	209

PARTIE II L'ÉMERGENCE D'UN DROIT FONDAMENTAL À UNE PROPRIÉTÉ MINIMALE GARANTISSANT L'ÉPANOUISSEMENT DE LA PERSONNE	211
Introduction Partie II	213
Chapitre 4 Des revendications relatives à un droit d'usage des biens nécessaires à la satisfaction des besoins propres à la personne	215
Introduction	215
§ 13 La protection de la propriété des biens indissociables de l'identité de l'individu dans le contexte des institutions fermées	216
§ 14 Pauvreté et propriété	220
I. La légitimation de l'économie informelle par l'usage	221
II. Le microcrédit, instrument d'accès à une activité d'entreprise	225
1. Le microcrédit en tant qu'instrument de lutte contre l'état de pauvreté	226
2. Quelques exemples d'application de systèmes de microcrédit	232
A. Dans les pays industrialisés	232
B. Dans les pays en développement	234
3. Conclusion : l'accès au crédit comme condition de l'épanouissement personnel, du point de vue conceptuel	237
4. Synthèse	238
§ 15 La propriété sociale : la mise à disposition par la collectivité d'un revenu ou de services garants des besoins de la personne	239
I. La propriété sociale dans l'État social	240
II. L'institution du <i>waqf</i>	242
III. Conclusion	246
§ 16 Le droit au logement : limite ou élément essentiel du droit de propriété ?	247
I. L'accès au logement	248
1. L'émergence d'un droit fondamental	248
2. Le principe de l'adéquation du logement	254

3.	Le droit au logement déduit du droit de propriété	255
II.	Les restrictions des droits de propriété, facilitant un droit d'usage du logement	257
1.	L'abus de droit, légitimation de restriction des prérogatives du propriétaire	258
2.	La pratique du Tribunal fédéral en matière de réglementation de l'usage des biens	259
3.	L'expropriation du droit d'usage	263
A.	La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse	263
B.	La réquisition prévue par la législation française	265
4.	La protection du locataire vis-à-vis du propriétaire dans le système européen de protection des droits de l'homme	266
III.	Le cas particulier des squatters, utilisateurs illégaux d'un immeuble inoccupé	272
1.	Définition, contexte et sens du squattage	272
2.	L'occupation illégale du point de vue du TF	276
A.	La protection du droit constitutionnel du propriétaire ne faisant pas usage de son bien	276
B.	Vers un régime plus souple au regard des squatters ?	278
3.	En Europe ; quelques exemples en faveur de la conception du squattage en tant que recours à un droit d'usage voué à la satisfaction du besoin en logement	280
A.	Italie	280
B.	Pays-Bas	282
4.	Conclusion	284
IV.	Synthèse	285
§ 17	La revendication d'une alimentation suffisante	290
I.	Introduction	290
II.	Le droit d'usage des aliments, une limite aux prérogatives du propriétaire ?	292
III.	Des revendications globales d'accès à une alimentation adéquate	295
1.	La crise alimentaire	295
2.	La notion de souveraineté alimentaire	297
3.	Le rôle de l'État dans l'effectivité du droit d'usage d'une alimentation adéquate	299
IV.	Conclusion	304

§ 18 La portée de l' <i>usus</i> dans la propriété des terres	306
I. Des terres sous-exploitées ?	309
II. La protection du droit d'usage de la terre ancestrale	311
1. La garantie du droit à la terre par son usage par les organes régionaux de protection des droits humains	311
A. La Cour interaméricaine des droits de l'homme	311
a. L'affaire <i>Awás Tingni c. Nicaragua</i>	312
b. La jurisprudence postérieure	313
B. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples	316
C. La Cour européenne des droits de l'homme	319
2. La jurisprudence nationale en la matière	321
A. Le phénomène d'accaparement des terres en Inde	323
B. La propriété des terres ancestrales des Bushmen au Botswana	325
III. Conclusion : implications de la propriété de la terre par l'usage	329
§ 19 La propriété de l'eau : des revendications d'accès universel à la ressource vitale	331
I. L'eau, ressource vitale	331
II. L'accès à l'eau potable : un droit fondamental	333
III. L'eau, une marchandise comme les autres ?	337
1. Quelques arguments en faveur de la nature marchande de l'eau	337
2. Les limites des processus de privatisation de l'eau	340
A. Les événements survenus à Cochabamba	340
B. La législation chilienne relative à la propriété de l'eau	343
IV. Les revendications en faveur du caractère non susceptible d'appropriation individuelle de l'eau	345
1. Arguments en faveur du caractère non susceptible d'appropriation de l'eau	345
2. Vers une reconnaissance du caractère non susceptible d'appropriation privative de l'eau ?	348
A. Quelques exemples en droit international et en droit constitutionnel comparé	348
B. Les revendications relatives au caractère non susceptible d'appropriation de l'eau en Suisse	350

3.	L'eau, patrimoine commun de l'humanité ?	353
A.	Notion	353
B.	L'eau en tant que patrimoine commun de l'humanité	356
§ 20	<i>La responsabilité sociale des entreprises : des limitations éthiques au bénéfice d'un droit d'usage par la collectivité</i>	358
I.	Un principe découlant du paradigme socio-économique actuel	358
II.	L'apparition d'une normativité non juridique admise par l'ensemble de la communauté internationale	362
III.	Quelle effectivité pour les normes non juridiques relatives à la responsabilité sociétale ?	365
	Eléments de conclusion : vérification des hypothèses initiales	368
	Chapitre 5 L'évolution contemporaine du droit de propriété, symptomatique de son caractère controversé	371
§ 21	<i>Une reconnaissance laborieuse par le droit international et le droit constitutionnel national</i>	372
I.	La reconnaissance controversée du droit de propriété par le droit international public	372
1.	La Déclaration universelle des droits de l'homme	374
2.	La Convention européenne des droits de l'homme	376
A.	Le rejet d'une disposition relative à la propriété parmi les libertés fondamentales	377
B.	Le droit de propriété dans le système européen de protection des droits humains	380
a.	L'art. 1 du Protocole additionnel n°1	380
b.	L'œuvre jurisprudentielle européenne relative au droit de propriété	382
3.	Les Pactes internationaux de l'ONU de 1966	384
4.	Conclusion	387
II.	Le droit de propriété dans le droit constitutionnel suisse	388
1.	Une institution 'implicite' de l'ordre juridique suisse	389
A.	La situation antérieure à l'ancrage de la garantie de la propriété dans la Constitution fédérale	389
B.	Le rôle du Tribunal fédéral dans la consécration écrite de la garantie de la propriété au niveau fédéral	393

2.	La consécration de la garantie de la propriété dans la Constitution fédérale	398
§ 22	L'évolution du contenu constitutionnel du droit de propriété	400
I.	Caractéristiques générales : notion de droit de propriété	400
	A. La garantie de la propriété en droit constitutionnel suisse	400
	B. La maîtrise privée individuelle des biens	401
	C. La maîtrise privée des biens au service de l'épanouissement de l'individu	403
	D. Le droit de propriété dans au sens du droit fédéral	405
3.	Le droit de propriété dans d'autres systèmes constitutionnels	408
	A. Le droit de propriété dans les États voisins à la Suisse : une proximité conceptuelle ?	408
	a. Italie	408
	b. France	409
	c. Allemagne	410
	B. Le droit de propriété dans le système de la <i>common law</i>	412
	a. Le concept de <i>ownership</i>	412
	b. Le rôle central de l' <i>usus</i>	415
	c. Conclusion : l' <i>ownership</i> , au-delà du droit possessoire ?	417
4.	Le droit de propriété dans le système européen de protection des droits humains	419
	A. La jurisprudence de la CourEDH, instrument d'évolution du contenu de l'art. 1 Protocole n°1	419
	B. L'autonomie de la Cour comme technique d'interprétation du droit au respect des biens	423
	C. L'aboutissement de la jurisprudence de la CourEDH en matière de droit au respect des biens	426
	D. La consécration du droit de propriété dans le système juridique de l'Union européenne	428
II.	Les domaines de protection de la propriété	430
1.	La garantie de l'institution ou fonction institutionnelle	430
	A. La garantie de l'institution de la propriété en droit suisse	432
	a. L'interdiction de l'atteinte à l'institution de la propriété par le législateur	432
	b. La détermination du contenu essentiel du droit	433
	B. La garantie de l'institution dans le système régional européen de protection des droits de l'homme	438

2.	Garantie des droits individuels ou fonction de protection du justiciable	440
3.	Garantie de la valeur ou fonction compensatrice	445
	A. Définition	445
	B. L'expropriation de fait	447
	a. L'expropriation matérielle en droit constitutionnel suisse	448
	i. Le principe élaboré par le Tribunal fédéral	448
	ii. Une notion très restrictive	450
	iii. L'absence d'expropriation matérielle en présence d'une concrétisation du contenu du droit de propriété	452
	b. L'expropriation <i>de facto</i> au sens de la CourEDH	455
4.	La fonction économique de la garantie de la propriété	457
5.	La fonction sociale du droit de propriété : limite ou concrétisation de son contenu ?	458
	A. Notion de fonction sociale de la propriété	458
	B. L'individu soumis à sa condition de membre d'une société	460
	C. Le binôme droit/devoir : une tradition constitutionnelle	464
	D. Le propriétaire, de par son droit, soumis à une obligation	467
	E. La fonction sociale, une limite au droit de propriété ?	470
	F. La notion d'intérêt public	474
	G. La fonction sociale dans les Constitutions des États	479
	a. La fonction sociale de la propriété dans le droit constitutionnel des États européens	479
	b. Quelques exemples emblématiques en dehors du cadre européen	483
	H. La fonction sociale de la propriété en droit européen	485
III.	Conclusion	488
§ 23	L' <i>usus</i> , élément de restriction et de redéfinition du contenu du droit de propriété	490
I.	La sauvegarde de l'environnement	491
	1. La protection de l'environnement, élément de définition des prérogatives du propriétaire	491
	2. L'expropriation d'un fonds situé sur un site protégé	493
	3. La protection de l'environnement, justification de la dégradation volontaire du bien d'autrui	495
	4. La limite au caractère susceptible d'appropriation des ressources naturelles au bénéfice de la sauvegarde de l'environnement : l'initiative Yasuni-ITT	497

5.	La jurisprudence de la CourEDH	499
6.	Conclusion	502
II.	L'aménagement du territoire	503
1.	Une notion moderne répondant à des besoins nouveaux	503
2.	L'aménagement du territoire, une redéfinition du contenu de la garantie de la propriété	506
3.	L'activité du législateur fédéral en la matière	508
4.	Conclusion : la garantie de la propriété, une limite à l'aménagement du territoire ?	511
III.	Synthèse : restrictions et redéfinitions du contenu du droit de propriété privée	513
1.	Sur la légitimité des restrictions au contenu ou à l'exercice du droit de propriété	514
2.	L'art. 12 Cst. : détermination du noyau intangible de l'art. 26 Cst.	518
3.	Le caractère essentiel de l'usage de la chose	523
	Conclusion Partie II : le droit de propriété dans le contexte actuel des droits fondamentaux	527
	PARTIE III NOUVEAUX ENJEUX DU DROIT DE PROPRIÉTÉ	535
	Chapitre 6 Le droit de propriété postmoderne ou le futur technologique de la propriété : l'usage du vivant	537
§ 24	Les parties et produits du corps humain, des éléments exclus du droit de propriété ?	538
I.	Un phénomène nouveau contrastant avec les valeurs traditionnelles	539
II.	Des principes juridiques résultant d'un contexte historique et culturel donné	542
1.	Les principes de l'interdiction du commerce et de la gratuité du don, garants du respect de la dignité humaine ?	542
A.	Les fondements des principes de la gratuité du don et de l'interdiction du commerce en droit suisse	543
a.	Les fondements des principes de l'art. 119a al. 3 Cst.	543
b.	Le caractère relatif du principe de la gratuité du don	549
B.	L'interdiction du profit et le principe de la gratuité du don dans la Convention d'Oviedo	551
a.	Les prémisses des principes des articles 21 de la Convention d'Oviedo et 21 et 22 de son Protocole	

	additionnel relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine	551
	b. Le caractère relatif de la prohibition du profit	553
	C. Des corollaires d'une logique non propriétaire du corps humain et de ses parties	555
2.	La relation entre le corps et la personne, un produit culturel	560
	A. La dimension culturelle de la conception du corps humain et de sa fonction	560
	B. L'évolution historique de la conception du corps humain	564
3.	La bioéthique, une discipline éthiquement neutre ?	569
	A. La bioéthique, recherche de consensus entre principes communs et différences culturelles	569
	B. <i>Morale d'État</i> , paternalisme et bioéthique	571
	a. <i>La morale d'État</i> , un concept encensant l'autorité	571
	b. Critiques du paternalisme et du principe de l'indisponibilité des parties du corps humain	573
4.	Conclusion	574
III.	Le droit de propriété sur les éléments et produits du corps humain	576
	1. L'émergence de revendications en faveur d'une commercialisation des éléments d'origine humaine	577
	A. Les thèses en faveur d'un droit de propriété sur les éléments du corps humain	577
	B. Les biais liés au modèle du don gratuit	581
	C. Mesures d'incitation au don : proposition de modèles pécuniaires	586
	a. Arguments en faveur des instruments pécuniaires d'incitation au don	586
	b. Le modèle du cadeau récompensé	591
	c. Le commerce régulé des transplants	594
	d. Le modèle iranien	598
	e. Les modèles non pécuniaires d'incitation au don	601
	2. Le droit de propriété fondé sur l'usage des éléments et produits du corps humain	604
	A. Le droit positif, en inadéquation avec la réalité	605
	a. La jurisprudence américaine en matière de propriété des éléments et produits du corps humain	605
	b. La brevetabilité des embryons au sens de la CJUE	610
	c. Les contradictions inhérentes aux principes de non- appropriation et de non-commercialisation	612
	B. Les ressources d'origine humaine : des biens	618
	a. Une terminologie révélatrice	618

b.	Une fiction juridique à l'origine du principe de non-appropriation des parties du corps humain	620
C.	Le droit de propriété sur les éléments et produits du corps humain fondé sur le caractère nécessaire de leur usage	624
a.	L' <i>usus</i> des transplants, éléments et produits du corps humain	624
b.	Le renversement du paradigme	626
§ 25	La privatisation des espèces végétales, une menace pour l'usage des ressources agroalimentaires et médicinales	631
I.	Contexte et définitions	632
II.	La privatisation des semences	634
1.	Le procédé de l'hybridation : l'exemple de l'entreprise Monsanto en Inde	634
2.	Droits d'obtention et brevetabilité des espèces végétales	638
III.	La privatisation des connaissances traditionnelles relatives à l'utilisation d'une ressource phytogénétique	640
IV.	De la Convention sur la diversité biologique au Traité international sur les semences	643
§ 26	Conclusion : la propriété des ressources vivantes par leur usage	648
	CONCLUSION GÉNÉRALE	651
I.	Définition	651
II.	Sur la notion de dignité, noyau et point de départ des droits fondamentaux	653
III.	Sur le contenu du noyau intangible du droit de propriété	655
IV.	Le droit d'usage, noyau intangible du droit de propriété au sens de la dogmatique constitutionnelle	657
V.	Le droit d'usage, condition matérielle d'exercice du noyau intangible des droits fondamentaux et facteur d'inclusion	658
VI.	La légitimation de la protection du droit d'usage de biens indispensables à la satisfaction de besoins humains élémentaires	659

VII. Sur la valeur de droit fondamental du droit de propriété	660
VIII. Sur le paradoxe inhérent au droit de propriété	664
Résumé	667
Abstract	671
Kurzfassung	675
Riassunto	679
Resumen	683
Index	687