

Propriété : un acte de foi ?

Pierre-Emmanuel Moyse

Volume 38, Number 2, 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027037ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027037ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Moyse, P.-E. (2008). Propriété : un acte de foi ? *Revue générale de droit*, 38(2), 259–279. <https://doi.org/10.7202/1027037ar>

Article abstract

What is property? Which ever way one approaches the subject, the judicial discourse is lost within the search of its justification, its origin, or even within the analysis of its very nature. It loses itself in other social sciences, such as philosophy, economics and linguistics—to the point, for that matter, where one might ask oneself if it is not simply an act of faith, that is, an idea in which one believes without feeling the necessity to examine the truth of all of its constituting elements. If we adhere to the language of property, we can see that it is modeled by metaphors. Such metaphors, that of absolute property, for example, or even that of natural property, constitute as many false representations as those upon which the law has been built. The manipulation of the meaning of the word "property," in which this imagery of law takes part, is striking in the development of intellectual property rights.

Propriété : un acte de foi?

PIERRE-EMMANUEL MOYSE

Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université McGill, Montréal

RÉSUMÉ

Il est difficile de définir le droit de propriété. Quelle que soit la façon dont on l'aborde, le discours juridique se perd dans la recherche de sa justification, de son origine ou encore dans l'examen de sa nature. Il s'épuise dans la philosophie, dans les sciences économiques et dans le langage. Au point, d'ailleurs, où l'on pourrait se demander si la propriété n'est pas un acte de foi, une idée à laquelle nous croyons sans éprouver la nécessité de vérifier la véracité de tous ses éléments constitutifs. Si l'on s'en tient au langage de la propriété, on s'apercevra qu'elle est modelée par les métaphores. Ces métaphores, celle de la propriété absolue, par exemple, ou celle de la propriété naturelle encore, constituent autant de fausses représentations sur lesquelles le droit s'est construit. La manipulation du sens du mot « propriété » à laquelle cette

ABSTRACT

What is property? Which ever way one approaches the subject, the judicial discourse is lost within the search of its justification, its origin, or even within the analysis of its very nature. It loses itself in other social sciences, such as philosophy, economics and linguistics—to the point, for that matter, where one might ask oneself if it is not simply an act of faith, that is, an idea in which one believes without feeling the necessity to examine the truth of all of its constituting elements. If we adhere to the language of property, we can see that it is modeled by metaphors. Such metaphors, that of absolute property, for example, or even that of natural property, constitute as many false representations as those upon which the law has been built. The manipulation of the meaning of the word “property,” in which this imagery of law takes part,

imagerie du droit participe est particulièrement saillante dans la formation des droits de propriété intellectuelle.

is striking in the development of intellectual property rights.

Mots-clés : *droit naturel — images — métaphores du droit — propriété — propriété intellectuelle*

Key-words : *imagery — intellectual property — legal metaphors — natural law — property*

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| Introduction..... | 260 |
| 1. Les images de la propriété | 264 |
| 1.1. Les métaphores du droit | 264 |
| 1.2. Des images et des mots | 267 |
| 2. Réflexibilité de l'imagerie de la propriété..... | 269 |
| 2.1 L'image de la propriété <i>absolue</i> | 269 |
| 2.2 L'image de la propriété <i>naturelle</i> | 274 |
| Conclusion | 278 |

INTRODUCTION

1. Le droit de propriété fait l'objet de tous les égards, de tous les écarts aussi. Sujet de prédilection, il est le favori du droit. Marie-Angèle Hermitte dira que la propriété a dominé le XIX^e siècle¹. Elle continue à le faire. Sous une autre forme, peut-être, rajeunie, celle de la propriété intellectuelle. Il n'est pas un ouvrage qui n'en dit pas le nom ou qui n'est pas marqué de

1. Marie-Angèle HERMITTE, « Le rôle des concepts mous dans la technique de déjuridicisation — L'exemple des droits intellectuels », (1985) 30 *Archives de philosophie du droit* 331, p. 336.

son sceau — symbolique, au moins : ©. Quant à l'écart dont nous parlons, c'est un écart de langage, une distance, un relief. La propriété, à la fois construction juridique, idéologie, concept, s'exprime à travers un discours très souvent allégorique, métaphorique ou métonymique. Ne vient-on pas à l'instant de dire *propriété* plutôt que droit de propriété? Le droit, par un de ses tours de langue, vient se figer dans la chose, l'objet. D'autres avant nous avaient fait remarquer que l'emploi du possessif dans le langage vernaculaire suffit pour faire comprendre le lien de droit. Mon arbre, c'est l'arbre objet de mon droit de propriété. Le droit de propriété occupe l'objet, il le possède totalement. Le langage contracte simplement la formule. Escamotant la référence au droit, il nous laisse avec l'objet et son propriétaire².

2. La propriété est tout à la fois titre et état. Nulle autre institution n'est plus profondément ancrée dans nos rapports avec les choses. En fait de meubles, possession vaut titre³. La propriété suit ostensiblement la situation physique et géographique de l'objet et constate sa capture par celui qui en aura la maîtrise. Nul besoin d'être définie, la propriété est comprise, vécue et sentie⁴.

3. Elle est garante de nos activités — nos biens étant le gage des créanciers — et la marque de notre passage — le maintien du patrimoine à fin de succession⁵. La force sociologique et anthropologique du droit de propriété se mesure dans le « je » réfléchi qui absorbe l'objet et le soustrait aux autres; un « je » irréfléchi aussi qui se perd dans la consommation. L'enfant casse son jouet pour se l'approprier : voilà donc la nature des choses, la propriété en droit est une violence organisée. Car on entend bien éduquer l'enfant comme

2. Marie-Claude PRÉMONT, *Tropismes du droit*, Montréal, Liber, 2003, p. 144 : « Lorsque l'on nomme un bien par le terme de "propriété", on fait une métonymie en prenant le lien juridique que la chose sous-tend pour la chose elle-même ».

3. La formule célèbre se retrouve à l'article 2279 du *Code civil* français.

4. En droit romain, le demandeur qui revendiquait sa propriété apporte un morceau de la chose au tribunal (par exemple, quelques pierres ou une motte de terre) et doit clamer la formule célèbre : « Je dis que cette terre est mienne en vertu des droit des Quirites ». On parlera par la suite du droit quiritaire.

5. Les biens nous survivent d'ailleurs parfois de façon singulière. Certains étant déclarés juridiquement insaisissables, notamment les papiers et portraits de famille, les médailles et autres décorations (art. 553 (2) C.p.c.). Le droit en devient presque poétique; il en est ainsi lorsqu'il cesse de se prétendre science.

on instruisait autrefois le communiant : « tu ne voleras point ». Dans nos sociétés sans foi où laïcité se conjugue avec uniformité, on entend désormais ce même commandement aux abords des bacs à sable devenu à la place des parvis les lieux modernes de la communication : « demande à la petite fille avant », dira ce père attentionné initiant son enfant au prêt. Plus tard ce sera l'explication de la location, lors du dépôt du film emprunté la veille. Le droit a simplement codifié les modes d'acquisition pour rendre accessible au plus grand nombre non pas l'objet lui-même — la richesse — mais bien plus important pour l'ordre social, l'idée de la propriété. À supposer une chose unique, si elle est tienne, elle n'est pas mienne, à moins que je ne t'en désintéresse : voilà pour la création de valeur, voilà pour le droit marchand. Le concept de vol et sa sanction assurent que le commerce de la chose se fait sans désordre, sans qu'il soit fait violence au propriétaire. Cet ordonnancement s'apprend aussi dans les bacs à sable, il est inculqué, comme une limite à la passion dirait Pascal, une retenue à la pulsion : « qui vole un œuf, vole un bœuf », voilà la leçon populaire. La propriété c'est l'existence contenue, c'est l'animal social, c'est l'envie. L'idée de la propriété se transmet d'abord comme une règle comportementale fondée sur le respect de la propriété d'autrui. C'est là d'ailleurs toute l'illusion du discours sur la propriété : accessible à tous, elle est présentée comme le fief de l'individualisme contre le groupe, la personne contre l'État, « un rempart contre la majorité » écrira Marie-Claude Prémont⁶, l'étendard victorieux du petit propriétaire foncier, roi dans son lopin de terre. Mais puisque les biens sont inégalement distribués, le droit de propriété prend vite un sens unique, profitant à celui qui a plutôt qu'à celui qui n'a que sa force de travail à monnayer⁷. Le respect de la propriété imposé à ceux

6. M.-C. PRÉMONT, *Tropismes du droit*, op. cit., note 2, p. 146.

7. Et nous songeons à ces mots de Voltaire, François M. A. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, dans *Œuvres complètes*, tome 16, Paris, Hachette, 1876, p. 206, sur l'accès des paysans à la libre propriété dont il se fait le timide promoteur :

Tous les paysans ne seront pas riches; et il ne faut pas qu'ils le soient. On a besoin d'hommes qui n'aient que leurs bras et de la bonne volonté. Mais ces hommes mêmes, qui semblent le rebut de la fortune, participeront au bonheur des autres. Ils seront libres de vendre leur travail à qui voudra le mieux payer. Cette liberté leur tiendra lieu de propriété.

qui n'en ont point ou peu. Et puisque la multitude ne pourra compter sur la dépossession volontaire, il faudrait presque songer lui arracher par la force⁸! André-Jean Arnaud, dans un essai de 1973, écrivait à propos du Code napoléonien qu'il « est un système de contrainte qui renvoie à un contexte socio-économique très précis et à une prise de position politique [...] » et l'auteur poursuit plus loin, « [...] sous ces airs libérateurs le Code civil s'occupe en réalité de faciliter le développement des rapports entre propriétaires, laissant à eux seuls le commandement des rapports de distributions (contrat de louage, salaires, etc.) »⁹.

4. « Sous les mots les thèmes »¹⁰, écrit Gérard Timsit. Nous allons en aborder quelques-uns. Une propriété qui se montre sous des jours différents selon l'image employée, celle de l'absolu, celle du droit naturel, celle du petit propriétaire foncier, celle du droit d'exclusion. Quelle est donc cette propriété polymorphe? Nous proposerons ici d'aborder les formes linguistiques d'expression du droit et de la propriété, de présenter ses représentations symboliques, ses couleurs (I). Nous verrons ensuite comment ces images ont pu divertir la réalité et soutenir les discours sur la propriété notamment au moment de l'adoption des droits dits de propriété intellectuelle (II).

8. Avec bien entendu des distinctions idéologiques entre la propriété du petit paysan et la propriété bourgeoise, celle des moyens de production et du capital. Karl MARX, Friedrich ENGELS, *Manifeste du parti communiste*, Paris, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1901, p. 42-43 :

Les conditions de la propriété ont, en permanence, et toutes, été soumises au bouleversement, à la métamorphose. Ainsi, la Révolution française a aboli la propriété féodale au profit de la propriété bourgeoise. Ce qui caractérise le communisme, ce n'est pas qu'il abolisse une propriété; c'est qu'il abolisse la propriété bourgeoise. Mais la propriété privée bourgeoise des temps modernes est l'expression dernière et accomplit d'un état de choses où la production et l'appropriation des produits sont conditionnées par la lutte de classe, par une exploitation de l'homme par l'homme. En ce sens les communistes ont le droit, en effet, de résumer leur théorie dans cette formule : abolition de la propriété privée.

9. André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 152. Cette opinion reflète bien évidemment les théories anticapitalistes en vogue à cette époque contre l'apparente neutralité des textes de loi et du processus législatif.

10. Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991.

1. LES IMAGES DE LA PROPRIÉTÉ

5. Les images passent d'abord par les *tropismes* du droit, par l'emploi de métaphores surtout (1.1). Elles sont aussi inscrites dans le langage du législateur, dans les champs sémantiques de ses textes, ce sont, plus simplement, les discours narratifs du droit (1.2).

1.1 LES MÉTAPHORES DU DROIT

6. On a déjà beaucoup écrit à leur sujet — le mot droit est d'ailleurs lui-même métaphore¹¹. Celles-ci donnent naturellement vie aux concepts, elles les animent. Elles mettent des images ou des sons sur les mots, elles ajoutent la couleur au droit, un peu de baume, parfois même de la poésie. Elles injectent une sève indispensable qui empêche le dessèchement du langage juridique. Certains auteurs leur feront une place à part entière dans la juridicité. Ce sera la figure structurante de l'arbre étudiée par Marie-Claude Prémont, figure « vers laquelle convergent d'autres métaphores juridique plus élémentaires » telles les racines et les branches du droit¹². Ces métaphores, poursuivra-t-elle, non seulement habitent le droit mais participent à sa formation. L'idée est féconde et est attrayante.

7. Les concepts juridiques sont des *outils* dira encore Georges Renard, faute certainement de pouvoir en donner une

11. « Le terme vient de *directum* (en ligne droite) qui implique, au figuré, l'idée de ce qui est conforme à la règle. Cette image se retrouve dans la plupart des langues étrangères : *dirretto, derecho, recht, right.* », Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Introduction au droit*, 3^e éd., Paris, Litec, 1991, p. 1.

12. M.-C. PRÉMONT, *Tropismes du droit*, *op. cit.*, note 2, p. 25. On reproduira également ces mots de la préface à l'ouvrage de Doutre sur l'histoire du droit canadien (Gonzalve DOUTRE, Edmond LAREAU, *Le droit civil canadien suivant l'ordre établi par les codes : précédé d'une histoire générale du droit canadien*, Montréal, A. Doutre, 1872, p. vii), préface écrite par Laurent :

Le droit français, semblable à ces arbres antiques de la forêt, devait perdre graduellement de sa sève, sans espérance d'en acquérir de nouvelle sous ce sol bouleversé. Longtemps ses larges racines le soutinrent contre ces secousses réitérées; longtemps il résista avec un calme; et une majesté superbe [...].

définition¹³. Si ces métaphores peuvent éclairer le droit, elles peuvent également s'emparer du sens juridique, le détourner, tant les images qu'elles véhiculent peuvent être puissantes et divertissantes. Bernard Hibbits a bien saisi les vertus, mais aussi les dangers du discours métaphorique :

Metaphors are generally offered to illuminate their referents' sense or significance; they are most useful and most successful in this respect when they associate an unfamiliar and/or abstract referent with something familiar and/or concrete. At the same time, the very specificity, familiarity, and tangibility that may recommend a metaphor may incidentally enable it to obscure and distort. Calling chess a battle distracts attention from the cooperative aspects of that game; calling a leading citizen a pillar of the community hides the benefits she derives from leadership. Paradoxically, the better a metaphor is, the worse this kind of problem threatens to become. In extreme circumstances, a good metaphor may be so compelling that it altogether subverts its referent's original meaning. No longer recognized as a metaphor, it redefines truth on its own limited terms.¹⁴

8. L'arbre du droit, si l'on veut, voilerait-il le droit, un *droit pur*¹⁵, dégagé des impuretés du langage? On serait tenté de le croire. Car toute métaphore est projection imparfaite et, puisqu'elle fait appel à l'expérience et à nos sens, elle sera

13. Georges RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens*, Paris, Recueil Sirey, 1925, p. 57. Il aura aussi cette jolie formule, métaphore du syllogisme, p. 59 et 60 :

Le conceptualisme est un filet dont notre intelligence tisse les mailles à son gré, sans autre règle que les commodités subjectives de notre entendement; et puis elle jette ce filet. Le filet ramènera des poissons gros ou petits, ou des cailloux, ou rien du tout; il n'en restera pas moins un filet correct si les mailles sont égales et fortement tressées dans une corde solide et flexible; il réalise un beau type de filet, avant d'avoir sorti de l'eau un goujon, par cela seul qu'il est construit selon les règles de l'art. C'est l'image des constructions de la science rationnelle : elles ne nous renseignent pas sur la nature des choses; seulement, en les employant à propos, elles nous valent de bonnes captures : les concepts scientifiques ne sont pas des instruments de connaissance; ce sont des armes pour l'action; ils n'ont qu'une valeur pratique de mise en œuvre.

14. Bernard J. HIBBITTS, « Making Sense of Metaphors, Visuality, Aurality and the Reconfiguration of American Legal Discourse », (1994) 16 *Cardozo L. R.* 229, p. 234.

15. Encore une métaphore dont Picard se fera le champion. Edmond PICARD, *Le droit pur*, Paris, Ernest Flammarion, 1912.

encore subjective. Le mot, déjà, est instable malgré les définitions dans lesquelles on voudrait l'enfermer. La métaphore est quant à elle fautive dans l'information qu'elle diffuse, elle est une figure de style, un faux-semblant. Elle est une distorsion réductrice ou exagérée de la réalité; bref, elle est la sirène du droit¹⁶. La métaphore, c'est finalement ces ombres de la caverne de Platon, une certaine représentation de la réalité. Naturellement, puisque métaphore et droit empruntent les voies du langage et que tous deux sont des constructions abstraites, il est parfois difficile de dire lequel représente le plus parfaitement le droit. Comme la parodie, la métaphore emprunte à son sujet pour en faire une nouvelle représentation; inspirée certes, mais différente. On peut à ce titre déjà affirmer que les images du droit jouent un rôle certain de communication et qu'à ce titre elles sont de loyaux subalternes des textes. On ne peut pas ignorer leur fonction pédagogique non plus : c'est la propriété *utile* et la propriété *directe*. Si l'on veut placer la rupture cotopique sous un registre alimentaire, on pourrait dire que le droit patrimonial est un bagel et que les droits extrapatrimoniaux représentent la partie évidée en son centre. L'esprit s'amuse donc avec ce droit photogénique où l'on fait entrer en scène tour à tour, chaque fois sous des éclairages différents, *les faisceaux de droits* ou *bundle of rights* de la propriété intellectuelle ou encore les *bundle of sticks*¹⁷ de la théorie de la propriété en *common law*. Ce sont encore et plus généralement le *corps* du texte, le *pied* de la lettre ou, plus savante celle-là, *la galerie de tableaux* de Duhem, reprise par Renard, qui caractérise la structure de la pensée et le droit *anglais*¹⁸.

16. C'est aussi le « génie trompeur », dira Marie-Claude Prémont, discutant de la métaphore de la personne morale : « Le génie de la métaphore de la personne morale a été d'habiller le seigneur du vingtième siècle avec les habits du roturier du Moyen Âge : le petit commerçant », M.-C. PRÉMONT, *Tropismes du droit*, op. cit., note 2, p. 56.

17. Thomas ROSS, « Metaphor and Paradox », (1989) 23 *Ga. L. Rev.* 1053, p. 1055-1063. Jeanne L. SCHROEDER, « Chix Nix Bundle-O-Stix : A Feminist Critique of the Disaggregation of Property », (1994) 93 *Michigan Law Review*, p. 239-319, à la p. 239 : « Property is, in fact merely a "bundle of sticks." »

18. G. RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens*, op. cit., note 13, p. 28. Pierre DUHEM, *La théorie physique*, Paris, Bibliothèque de philosophie expérimentale, 1906, p. 100. Certaines généralisations de Duhem sont délicieuses. Comparant l'esprit

9. Plus proche de nous, le *droit du cyberspace*, cette terre sans loi, constitue également une métaphore usée et abusée qui témoigne des difficultés d'appréhender la télématique¹⁹. Et que dire de ces autres figures empruntées aux métiers du bâtiment qui décrivent le droit comme une *architecture* faite de notions qui sont tour à tour *clé de voûte*, *ciment*, *Pierre angulaire*, ou celles empruntées à l'anatomie comme les *démembrements* du droit de propriété, *démembrements* qui demeurent toutefois articulés entre eux. Toutes ces figures hyperboliques représentent le ferment fertile de la littérature juridique, elles sont infinies. Les thèmes auxquels elles appartiennent varient²⁰ et ne connaissent de limites que nos inspirations, nos inclinations. Picard veut, par exemple, sortir le droit d'auteur du « magasin général » des droits réels²¹. Il faut, selon lui, renoncer à faire rentrer, « à coups de maillet », les droits intellectuels dans les droits réels²².

1.2 DES IMAGES ET DES MOTS

10. La propriété, dans l'imaginaire collectif, c'est une clôture, le registre foncier, l'inscription cadastrale. Mais il y a aussi l'imagerie des codes, du Code napoléonien et de ceux qu'il a

abstrait ou de justesse dont les Français seraient dotés et l'esprit imaginaire ou de géométrie des Anglais, plus porté vers la casuistique, il écrit (p. 98 et 100) :

Chez toutes les nations, on trouve des hommes qui ont l'esprit ample : mais il est un peuple où l'amplitude d'esprit est à l'état endémique : c'est le peuple anglais. Cherchons en premier lieu, parmi les œuvres écrites qu'a produites le génie, les deux marques de l'esprit ample et faible : une extraordinaire facilité à imaginer des ensembles très compliqués de faits concrets, une extrême difficulté à concevoir des notions abstraites et à formuler des principes généraux. [...] L'Anglais n'a point de semblables exigences : toutes ces choses visibles, palpables, tangibles, [...] il les voit sans peine toutes ensemble, chacune à sa place, avec tous les détails qui la caractérisent : il voit un tableau qui le charme là où nous n'apercevons plus qu'un chaos qui nous obsédait.

19. Michel RACICOT, Mark S. HAYES, Alec R. SZIBBO, Pierre TRUDEL, « L'espace cybernétique n'est pas une terre sans loi. Étude des questions relatives à la responsabilité à l'égard du contenu circulant sur l'Internet », étude préparée pour Industrie Canada, février 1997.

20. Pour des comparaisons cynégétiques et parlant de *rabatteurs* pour décrire la fonction des méthodes intuitives par exemple, G. RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens*, *op. cit.*, note 13, p. 25.

21. E. PICARD, *Le droit pur*, *op. cit.*, note 15, p. 92.

22. *Id.*, p. 94.

inspirés. Naturellement, dans leurs factures du XIX^e siècle, les codes sont plutôt des *bréviaires* civiques. Ils portent le droit au seuil des communautés rurales d'alors dans un langage suffisamment général pour qu'il soit compris et qu'il puisse absorber la plus grande part des situations particulières. Procédant à un fabuleux exercice de synthèse, les codificateurs concentrent le droit dans le plus petit espace lexical possible. Cela s'appelle de l'économie intellectuelle. La conceptualisation a toutefois ses limites et la réduction du texte en norme doit s'accrocher au réel pour que le droit puisse s'appliquer. Le droit est ainsi tendu entre l'abstrait et l'action, en équilibre si l'on peut dire. L'anatomie de la norme fait apparaître ce trait et offre ainsi à observer plusieurs niveaux de lecture. L'une, évidente, est la construction qui supporte le mécanisme déductif. C'est à ce niveau que la mécanique juridique opère. Le texte appuie le syllogisme et établit la proposition, il est la salle des machines du droit. À un autre niveau, on trouve les étaies de la qualification : le droit s'applique aux objets et aux sujets que le législateur identifie. C'est là que se trouve le discours narratif du droit. Il est fait de verbes et de styles qui chargent le texte d'images concrètes et saisissables; il gorge la norme de vie. Là, la règle abstraite plonge dans une réalité palpable, elle s'y enracine.

11. C'est au fil des mots de la propriété et de ceux du chapitre des biens plus largement que le droit se raconte. Le pittoresque s'illustre, à des degrés certes différents, autant dans le texte du Code civil de 1866 que dans celui de 1994. Le langage de la propriété y demeure très bucolique, on y voit les fruits de l'arbre tombés dans le jardin du voisin (art. 984 C.c.Q.), les animaux croître (art. 910 C.c.Q.), on y parle d'îles (art. 968 C.c.Q.), de sources (art. 979 C.c.Q.), on y découvre le climat du Québec et ses toits enneigés (art. 983 C.c.Q.), etc.

12. Qu'elles nous proviennent des métaphores ou qu'elles participent à la narration juridique, ces images appartiennent au droit. Elles sont le texte et le contexte. Ces images vivent et fabriquent le droit tout à la fois. Elles illustrent les mots du droit et jouent de leur polysémie en renforçant certains sens comme l'on accentue une note. C'est en cela qu'elles peuvent modeler le droit. Les images que l'on prête à un concept ou une institution telle que la propriété peuvent être trompeuses et

altérer la compréhension des objets, des concepts qu'elle éclaire de façon partielle. Ce phénomène de l'impact des représentations du droit sur le droit lui-même est plus difficile à saisir et donc à exposer. Il est ce que nous appellerons le pouvoir réflexif des images du droit.

2. RÉFLEXIBILITÉ DE L'IMAGERIE DE LA PROPRIÉTÉ

13. La réflexibilité est cette disposition des rayons lumineux de retourner dans le milieu d'où ils étaient venus. Bien entendu, le rayon renvoyé peut ne pas avoir toutes les qualités du faisceau originel. La projection à laquelle la propriété procède est souvent imparfaite. Tout aussi imparfaites peuvent être les images du droit de propriété. Il en est deux en particulier qui vont fortement influencer la formation du droit de propriété intellectuelle : celle de la propriété absolue (2.1) et celle de la propriété naturelle (2.2).

2.1 L'IMAGE DE LA PROPRIÉTÉ ABSOLUE

14. La propriété est absolue. C'est ainsi qu'elle est déclinée aux articles 544 et 406 respectivement du *Code civil* français et du *Code civil du Bas Canada*²³. Alors qu'il demeure dans la loi française, le qualificatif disparaît avec l'adoption du *Code civil du Québec* de 1994. Il faut aujourd'hui en convenir : le droit de propriété n'est pas absolu. L'adjectif est réminiscence d'un engouement excessif et révolu pour une propriété affranchie d'obligations, sans banalités, ni cens. Zonage, expropriation, abus de droit, nuisances sont autant de limites modernes à ce droit surdimensionné.

15. Au XIX^e siècle, la propriété est absolue car sa consécration emporte nécessairement l'abolition des dépendances féodales. Elle constitue l'expression particulière de la liberté individuelle. « La propriété est un droit, écrira Thiers, aussi légitimement

23. Article 406 C.c.B.C. : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements. » Sa rédaction est identique à celle de l'article 544 du *Code civil* français : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

que je dis : la liberté est un droit »²⁴. C'est ainsi qu'on la trouvera sacralisée dans la *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789 à l'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 ». On notera que le rapprochement de ces droits fondamentaux est une vue particulière sur fond de révolution, fait qui n'a pas son pareil au Canada. Là, le système féodal n'a été abrogé qu'en 1854²⁵ et le droit de propriété n'a pas été élevé, à proprement parler, au rang constitutionnel. Liberté et propriété sont en ce pays désolidarisées; elles sont séparées de corps²⁶.

16. La grandeur historique de la propriété demeure incontestable. Pour la doctrine du XIX^e siècle, elle est plus qu'un droit, elle est un état ou, comme le dira Thiers, un *fait général* :

La propriété est donc un fait général, universel, croissant et non décroissant. Les naturalistes en voyant un animal qui, comme le castor ou l'abeille, construit des demeures, déclarent sans hésiter que l'abeille, le castor sont des animaux constructeurs. Avec le même fondement, les philosophes, qui sont les naturalistes de l'espèce humaine, ne peuvent-ils pas dire que la propriété est une loi de l'homme, qu'il est fait pour la propriété, qu'elle est une loi de son espèce!²⁷

17. C'est au mât de la propriété ordinaire que l'on a monté les voiles de la propriété intellectuelle. Non sans difficultés d'ailleurs puisque ces deux types de propriété, non miscibles

24. Adolphe THIERS, *De la propriété*, Paris, Plon, 1848, p. 21.

25. *Acte pour l'abolition des droits et devoirs féodaux pour le Bas-Canada*, 18 Vict. c. 3 (1854).

26. Tout au plus notera-t-on la formule laconique de l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui garantit à chacun le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens.

27. A. THIERS, *De la propriété*, *op. cit.*, note 24, p. 29. « La méthode d'observation étant reconnue la seule bonne pour les sciences morales, aussi bien que pour les sciences physiques, j'examine d'abord la nature humaine dans tous les pays, dans tous les temps, à tous les états de civilisation, et partout je trouve la propriété comme un fait général, universel, ne souffrant aucune exception », *id.*, p. 22. Aujourd'hui ces affirmations chancèlent bien entendu et ne résistent pas à l'élargissement des connaissances. Il suffit de s'intéresser un instant à la culture autochtone pour rencontrer un système différent et dans lequel la notion de propriété a bien peu de résonance.

et différentes dans leur objet sont très souvent fusionnées dans la matière, ce qui ne manque pas de créer un conflit de règles. Ces propos de Gaius illustrent bien leur cohabitation forcée et les difficultés pratiques qui en résultent : « si on trace, fût-ce en lettres dorées, des caractères sur un rouleau de papyrus ou une feuille de parchemin t'appartenant, ils t'appartiennent également, car les caractères suivent le rouleau ou la feuille. [...] Mais si sur une planche t'appartenant, on peint par exemple un tableau, il faut adopter la solution inverse : il faut mieux dire, en effet, que le panneau suit la peinture [...] »²⁸. Naturellement, cette propriété *intellectuelle* captive de l'exemplaire, du livre ou du disque, aura du mal à se définir autrement que par référence à la propriété ordinaire. La propriété privée sera ainsi une notion tutrice au développement des droits de propriété intellectuelle, qui se réaliseront au sein de disciplines distinctes, une image embellie que l'on tentera maladroitement de reproduire²⁹. Sur le plan terminologique, ces nouveaux droits ne se sont pas toujours affichés comme des produits dérivés de la matrice du droit de propriété. Picard et d'autres dénonceront d'ailleurs le mauvais emploi des termes propriété artistique, « propriété littéraire » ou « propriété industrielle », condamnant du même coup l'assimilation, voire la confusion qu'ils engendrent avec la propriété ordinaire³⁰. Les lois actuelles s'affranchissent de

28. GAIUS, *Institutes de Gaius, traduites et commentées*, dans Charles-Auguste PELLAT, G. Thorel, Paris, §§ 77-78, p. 119.

29. Ysolde GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », (1993) 27 *R.J.T.* 87. L'auteur conclura que l'insertion du droit d'auteur au sein des institutions du Code civil demeure imparfaite. On ajoutera pour illustrer nos propos que les règles de l'accession mobilière du *Code civil du Québec*, par exemple, sont inadéquates pour résoudre les conflits de propriété concernant des œuvres créées par plusieurs auteurs : « La personne, énonce l'article 972 du C.c.Q., qui a travaillé ou transformé une matière qui ne lui appartenait pas, acquiert la propriété du nouveau bien si la valeur du travail ou de la transformation est supérieure à celle de la matière employée. » Bien entendu, de nombreux auteurs ont souligné la spécificité de la propriété intellectuelle, dénonçant du même coup son assimilation à la propriété ordinaire. Desbois n'hésitera pas à voir dans l'emploi même de l'expression « propriété littéraire et artistique » un abus de langage. Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 1950, p. 273. Dans ce sens également, André LUCAS, Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 31 et suiv.

30. « Aussi s'accoutuma-t-on à dire Propriété artistique, Propriété littéraire, Propriété industrielle, comme on disait propriété d'un immeuble ou d'un meuble matériel. [...] Les résultats irrationnels de cette assimilation ne se firent pas attendre.

ces considérations jugeant certainement qu'elles sont de pure forme. La loi anglaise actuelle énonce expressément que le droit d'auteur est un droit de propriété : « Copyright is a property right [...] »³¹. Pour poursuivre avec les mots de Harris, « [...] [t]he much condemned (but actually harmless) usage, whereby “property” is employed to refer to the object of an ownership interest in the case of tangible items, is also common in the context of intellectual property [...] »³². De la même façon, l'article L.111-1 du *Code de la propriété intellectuelle* français précise que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Le mot *propriété* ne porterait plus les stigmates de la controverse doctrinale sur son origine, son fondement ou sa raison d'être. Cela ne doit cependant pas faire oublier qu'il avait presque totalement disparu au XIX^e siècle³³.

18. On retiendra donc le développement asymptotique de la propriété intellectuelle sur l'axe imaginaire d'un sacro-saint droit de propriété, droit devenu lui-même métaphorique et que Boileux décrit comme la « base fondamentale des États

De chose matérielle à chose intellectuelle, les différences de nature et d'origine sont trop grandes pour que le même régime juridique puisse convenir », E. PICARD, *Le droit pur, op. cit.*, note 15, p. 93-94. Picard note également dans un autre de ses ouvrages : « On s'efforçait d'appliquer aux droits intellectuels les règles des droits réels ordinaires, de la propriété sur les choses matérielles; de là, des malentendus constants, des bévues : les droits intellectuels exigent, en effet, un régime distinct », Edmond PICARD, *Les constantes du droit*, Paris, Ernest Flammarion, 1921, p. 67. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur, op.cit.*, note 29, p. 273, parle d'un abus de langage : « C'est par un abus de langage que, sous l'influence des courants où le sentiment tenait plus de place que la pensée, l'expression “propriété littéraire et artistique” était jadis d'un usage courant. »

31. Article premier du *Copyright, Design and Patent Act*, c. 48 (1988).

32. James W. HARRIS, *Property and Justice*, New York, Oxford University Press, 1996, p. 46.

33. La Cour de cassation cesse notamment de l'employer en 1887 : *Grus c. Ricordi et Durdilly et comp.*, Cour de cass., 25 juillet 1887, D.P. 1888.1.1. Claude COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 13. Dans ce jugement, les juges précisent que « [l]es droits d'auteurs et le monopole qu'ils confèrent, désignés d'ordinaire sous la dénomination de propriété littéraire, ne constituent pas, à proprement parler, une propriété; ils confèrent seulement aux personnes qui en sont investies le privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire ». Voir, Pierre RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 54-56. L'auteur relève que le terme propriété était devenu impopulaire.

civilisés » et qu'il place « au-dessus toute constitution »³⁴. C'est aussi un droit *étalon* qui provoquera enfin un vaste débat sur le caractère perpétuel des droits de propriété intellectuelle. L'avocat Louis d'Héricourt militera pour cet alignement des deux propriétés. Dans ses mémoires, publiées en 1720, il s'applique à défendre la cause des éditeurs parisiens et martèle avec conviction sa théorie d'un droit immuable et perpétuel dans l'œuvre intellectuelle. Son raisonnement repose sur la rhétorique suivante : l'écrivain est propriétaire de son œuvre et c'est cette propriété tout entière que l'auteur transmet, avec tous ses attributs, y compris la perpétuité du droit. L'enjeu était alors de garantir aux imprimeurs des bénéfices identiques à ceux dont ils avaient bénéficiés sous l'Ancien Régime. Louis d'Héricourt écrit :

Si les productions littéraires tiennent le premier rang entre toutes celles dont les hommes sont capables par rapport aux avantages qu'ils en tirent, elles doivent se communiquer pour l'intérêt commun. Si elles doivent se communiquer, il faut que les auteurs puissent faire passer à d'autres par le canal de la vente ou de l'échange; donc, les productions littéraires sont au nombre des choses qui tombent dans le commerce comme les autres productions de l'industrie; et, par une conséquence nécessaire les lois du royaume auxquelles le commerce et l'industrie ont donné lieu pour assurer l'état des conventions des citoyens doivent être singulièrement appliquées à celles qui se font entre les auteurs et les libraires. Or, il n'est pas douteux que le propriétaire d'une chose, en la faisant passer à un autre par le canal de la vente et de l'échange, transmet au nouveau possesseur les mêmes droits qu'il avait sur la chose dont il se dépouille [...]. Donc, un libraire qui a acquis un manuscrit [...] et obtenu un privilège pour l'imprimer doit demeurer perpétuellement propriétaire du texte de cet ouvrage.³⁵

19. La controverse sur la perpétuité aura également lieu en Angleterre³⁶. D'ailleurs, une loi anglaise de 1775 accorde à

34. J.-M. BOILEUX, *Code Napoléon*, vol. II, Paris, Marescq Aîné, 1866, p. 653.

35. De larges extraits du mémoire de Louis d'Héricourt sont cités dans Marie-Claude DOCK, *Étude sur le droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 116-117.

36. Voir à ce sujet, Pierre-Emmanuel MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole? », (1998) 43(3) *R.D. McGill* 507. On retiendra également

certaines universités un droit d'auteur perpétuel sur les livres qui leur sont donnés ou légués³⁷. Toutefois, on le sait, les législateurs ne retiendront pas les revendications de perpétuité mais créeront plutôt des monopoles limités dans le temps. L'époque des privilèges et de l'arbitraire avait prodigué quelques leçons, l'abolitionnisme est désormais la règle.

20. L'image de la propriété absolue a donc fortement guidé les développements de la propriété intellectuelle. Mais son rôle de révélateur ou sa responsabilité, pourrait-on dire, dans le détournement de sens ne s'arrête pas là. C'est la métaphore du droit naturel qui aura sans aucun doute marqué le plus les développements de la propriété intellectuelle.

2.2 L'IMAGE DE LA PROPRIÉTÉ NATURELLE

21. La représentation la plus fabuleuse de la propriété est sans aucun doute celle de la propriété *naturelle*. Assise sur ce mythe, la propriété de l'auteur dans sa création sera élevée au rang de la plus sacrée des propriétés. C'est peu dire. Lors de la discussion du projet de loi devant l'Assemblée nationale française, le rapporteur Le Chapelier fit cette remarque désormais célèbre : « La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain »³⁸. On retrouve ici le thème central de la philosophie lockéenne. Le travail intellectuel, plus encore que le travail manuel, fort de son caractère hautement personnel, justifie la place d'un droit de propriété au profit de l'auteur³⁹. Mais le travail n'est pas la seule justification

la célèbre affaire *Millar v. Taylor*, (1769) 4 Burr. 2405 (Court of King's Bench) qui avait consacré un droit immuable de common law dans les créations de l'esprit.

37. « An Act for enabling the two Universities in England, the four Universities in Scotland, and the several College of Eton, Westminster, and Winchester, to hold in Perpetuity their Copy Right in Books, given or bequeathed to the said Universities and Colleges for the Advancement of useful Learning and other Purposes of Education, [...] », 15 Geo. III c. 53 (1775), reconduite expressément par la loi de 1801 — 41 Geo. III c. 107. Elle survivra à l'adoption de la loi de 1956 avant d'être abrogée en 1988. Voir sur ce point, Harold G. FOX, *Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1967, p. 283.

38. Rapport fait par Le Chapelier devant l'Assemblée nationale, 13 janvier 1791.

39. Alain Strowel rappelle que Sieyès, qui déposa le premier projet postérieur à la Révolution en matière de propriété littéraire, s'inspira des idées de Locke. Sieyès écrit : « La propriété de sa personne est le premier des droits. De ce droit primitif découle

de cette juste appropriation. L'œuvre est inséparable de son auteur car elle forme avec lui un tout et si l'on reconnaît que chacun a la propriété de sa propre personne, alors la propriété paraît bien naturellement s'étendre, par accession si l'on peut dire, aux productions de l'esprit. « Every man has the "property" in his own "person." This nobody has any right to but himself », écrit Locke⁴⁰. Thiers suit : « La première de mes propriétés, c'est moi, moi-même [...] »⁴¹. Voilà donc le rattachement de la propriété intellectuelle à celle de la propriété de son corps⁴². La rhétorique est simple, puissante car imagée, et elle convainc. Elle servira à asseoir un monopole puissant, celui des éditeurs. Car enfin, cette propriété si naturelle, celle de l'homme dans ses facultés et donc dans ses créations, est destinée à être transférée aux imprimeurs. Ces auteurs cèdent ainsi tout ce que la nature a bien voulu leur donner. Si cette propriété est perpétuelle et absolue, celle des cessionnaires ne le serait pas moins. C'est à l'abri des tropes et des hyperboles qu'a pu se forger une propriété intellectuelle peu servante des intérêts de l'auteur. Tout comme la métaphore du petit propriétaire foncier fut utilisée dans le Code napoléonien pour masquer le confort des nantis, celle de l'auteur propriétaire des fruits de son génie profitera à l'industrie.

22. On trouve peut-être ici une explication à la disparition du terme propriété dans les lois sur le droit d'auteur du XVIII^e et XIX^e siècle. N'oublions pas que ces lois ont été adoptées à une

la propriété des actions et celle du travail; [...]», Alain STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Étude de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 186.

40. John LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, Londres, J. M. Dent & Sons Ltd., 1924, Livre II, Chapitre V — Of Property, par. 27, p. 130.

41. A. THIERS, *De la propriété*, op. cit., note 24, p. 34.

42. Pour Marie-Claude Prémont dont nous suivons encore ici les recherches, Thiers « tisse un discours guidé par la logique métonymique » (M.-C. PRÉMONT, *Tropismes du droit*, op. cit., note 2, p. 140) lorsqu'il écrit, A. THIERS, *De la propriété*, op. cit., note 24, p. 34 :

Je m'approprie d'abord ma personne, les sensations qu'elle éprouve, les jugements qu'elle porte, les volontés qu'elle conçoit, et je crois pouvoir dire, sans être un tyran ni un usurpateur : la première de mes propriétés, c'est moi, moi-même... Cette reconnaissance opérée, je m'écarte un peu de cet intérieur, de ce centre de mon être, j'en sors, et, sans aller bien loin, je regarde mes pieds, mes bras, mes mains. Je suis encore là certainement, à la limite la plus approchée de mon existence, et je dis : Ces pieds, ces bras, ces mains sont à moi, incontestablement à moi.

période où l'on voulait chasser l'arbitraire, s'éloigner des *privi-lèges*. Et cette nouvelle propriété, n'était-ce pas la même chose, sous un autre mot? Toute revendication de type propriétaire devait donc se faire à couvert, avec discrétion, afin qu'elle ne soit pas dénoncée comme une tentative de rétablissement des privilèges. Mais tout le monde ne sera pas dupe. Certains reconnaissent dans les revendications des imprimeurs ou des industriels la renaissance des monopoles. Le retour aux privilèges est pourtant impensable, ils ont laissé une odeur de poudre. Par ailleurs, sous l'impulsion des économistes libéraux, les monopoles sont déclarés néfastes. En France, l'Assemblée constituante, suivant les dispositions innovatrices du *Statute of Monopolies* de 1623⁴³, proclame en 1791 la liberté du commerce et de l'industrie et supprime les corporations d'arts et métiers.

23. L'industrie pourtant n'abdique pas. Imprimeurs et éditeurs veulent une protection commerciale, une propriété pour exclure, au moins pour un temps, la concurrence. C'est ainsi que l'on va ressortir l'auteur et réclamer la propriété en son nom. On va l'habiller de droit *naturel* et faire accepter l'incontestable : ce génie ne demande point la création d'un monopole d'une nouvelle sorte, il réclame seulement ce qui lui est dû, une propriété sur son génie et ce qu'il engendre. Le terme propriété, murmuré d'abord, se fera de plus en plus entendre. Dès lors, on ne se gêne plus : point d'exclusion ici, il s'agit de

43. *Statute of Monopolies*, 21 Jac. 1 c. 3 (1623). Le législateur anglais dans sa proximité proclame dans son article premier que :

[...] all monopolies and all commissions, grants, licenses, charters, and letters patents heretofore made or granted, or hereafter to be made or granted to any person or persons, bodies politic or corporate whatsoever, of or for the sole buying, selling, making, working, or using of anything within this realm or the dominion of Wales, or of any other monopolies, or of power, liberty, or faculty, to dispense with any others, or to give licence or toleration to do, use, or exercise anything against the tenor or purport of any law or statute; [...], and so are and shall be utterly void and of none effect, and in no wise to be put in use or execution.

L'article 6 du même texte prévoit l'octroi de brevets d'invention au bénéfice du véritable inventeur pour une durée de 14 ans. Cette durée de protection égale celle de la loi sur le droit d'auteur de 1709. Notons à ce propos que Renouard avait souligné l'influence des idées anglaises sur la formation du droit français de la propriété intellectuelle. Celle-ci aurait notamment été déterminante dans l'élaboration de la loi française de 1791 sur les brevets d'invention. A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, Paris, Guillaumin, 1844, p. 78 et suiv.

redonner à l'auteur ce qui lui appartient. L'idée de *propriété intellectuelle* est reconditionnée en droit divin. Elle invite à regarder vers le centre, vers l'auteur, l'individu et non vers ceux qui auront le bénéfice de cette propriété. C'est ainsi que les ayants droit, imprimeurs comme éditeurs, présenteront et obtiendront les droits de propriété intellectuelle. Un certain discours sur la propriété a donc pu servir à bâtir des monopoles commerciaux, dès l'origine et loin des éléments justificatifs séminaux, l'auteur ou l'inventeur. Les auteurs Penrose et Machlup, dans leurs travaux sur les origines du droit des brevets, apportent un éclairage fondamental sur ce point :

The strength in nineteenth-century Europe of the movements against privilege and monopoly and free international trade was such that the ideological linking of patent protectionism with tariff protectionism and of patent monopoly with monopoly privileges in general tended to help the opponents and to weaken the defenders of the patent system. It was strategically essential for the latter to separate as far as possible the idea of patent protection from the monopoly issue and from the free-trade issue. This was attempted by presenting the case of patent protection as one of natural law and private property, of man's right to live by his work [...].⁴⁴

24. C'est ainsi qu'ailleurs⁴⁵, dans une étude sur le droit d'auteur, nous avons pu conclure que sous couvert d'un droit pour les inventeurs de tous genre, les droits consacrés par les premières lois en propriété intellectuelle étaient des lois rétablissant des monopoles, parfois même plus étendus que ceux accordés sous l'Ancien Régime. La propriété ne profite pas directement à celui qui la justifie. Tout comme celle du Code civil ne profite pas forcément au petit propriétaire foncier. Cette supercherie, car on peut l'appeler ainsi, a été découverte plus tard, non très loin de nous. On a alors tenté de réinjecter de l'auteur dans le droit d'auteur, notamment par l'adoption des droits moraux⁴⁶.

44. Fritz MACHLUP, Edith PENROSE, « The Patent Controversy in The Nineteenth Century », (1950) 10 *The Journal of Economic History* 1, p. 9.

45. P.-E. MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole? », *loc. cit.*, note 36.

46. Notons que le droit moral fut introduit au Canada en 1931.

CONCLUSION

25. C'est ainsi que certaines projections déforment la propriété. Les prismes du droit naturel, celui de la propriété de son corps, du droit absolu, constituent des caricatures d'une réalité fort complexe. Les métaphores et métonymies, ces tropismes du droit, sont encore des « sentinelles aux portes de la connaissance du droit pour tenir à l'écart l'indiscrète et gênante ouverture informationnelle »⁴⁷. Seraient-elles même des cerbères?

26. Il faut bien admettre que la propriété est bien difficile à saisir, à définir, tant juridiquement qu'économiquement. Les écrits sur son origine, sa justification ou sa nature semblent intarissables. Nous avons imaginé présenter le droit de propriété tel qu'il se manifeste dans les bacs à sable pour démontrer que, imitant les enfants qui s'échangent leurs pelles et leurs seaux, la propriété est peut-être aussi une invitation à transiger, à communiquer, bref à vivre ensemble et non à exclure. Voilà donc encore une autre image du droit.

27. Ces quelques réflexions nous laissent dans une certaine obscurité, il faut l'avouer. Nous semblons incapable de parler du droit sans puiser dans les descriptions graphiques et sonores, ce qui ne manquera pas de nous laisser nous interroger sur le langage du droit et son imperfection, son rapprochement avec la littérature ou la poésie mais aussi, de manière plus troublante peut-être, sur sa réalité. Car à trop colorer, à trop forcer sur le relief, le droit perd en netteté et l'on ne sait plus très bien quelle réalité il décrit. On ne sait plus si le droit est contenu dans les mots durs et aseptisés ou dans son langage fleuri; il se loge certainement dans les deux. Il semble que nous ayons perdu l'habitude de vivre dans l'imperfectible. La place des sciences exactes et des techniques en est certainement responsable. On dira avec Renard que « le conceptualisme est une manière apprêtée, factice, de représenter les choses »⁴⁸. Nos outils sont grossiers. Que l'on considère aussi l'insistance de nos contemporains — déformation à

47. M.-C. PRÉMONT, *Tropismes du droit*, op. cit., note 2, p. 13.

48. G. RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens*, op. cit., note 13, p. 161 et 162. Le conceptualisme, c'est une *photographie*, écrira-t-il (p. 162). Les concepts sont pour lui des *enveloppes* (p. 173), des *bonnes à tout faire* (p. 242).

laquelle nous n'échappons pas — à vouloir entasser les notes de bas de page pour appuyer toute et chacune de nos propositions comme autant de preuve de leur véracité. Ces propositions ne sont pourtant pas des axiomes et la référence ne démontrera certainement rien. Tout au plus sera-t-elle la marque d'une opinion concurrente ou belligérante. Cette forme d'expression écrite — car quand le texte des notes surpasse celui du texte principal, elles deviennent indiscutablement une forme d'écriture — voudrait imiter les sciences statistiques ou mathématiques. Elle est la représentation de l'incertitude cachée derrière le nombre et le groupe, derrière la doctrine, une conception statistique du droit.

28. Tout finalement est image et chacun y placera sa croyance, c'est en ce sens que nous pourrions dire, peut-être, que la propriété comme tant d'autres institutions est un acte de foi, une espérance — sociale pour certains, personnelle pour d'autres. La propriété serait ce que l'on veut bien y voir.

Pierre-Emmanuel Moyse
Pavillon Chancellor-Day, bureau 44
Faculté de droit, Université McGill
3644, rue Peel
Montréal (Québec) H3A 1W9
Tél. : 514 398-8947
Télec. : 514 398-8197
pierre-emmanuel.moyse@mcgill.ca