

Fabienne Orsi

Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune

Avertissement

Le contenu de ce site relève de la législation française sur la propriété intellectuelle et est la propriété exclusive de l'éditeur.

Les œuvres figurant sur ce site peuvent être consultées et reproduites sur un support papier ou numérique sous réserve qu'elles soient strictement réservées à un usage soit personnel, soit scientifique ou pédagogique excluant toute exploitation commerciale. La reproduction devra obligatoirement mentionner l'éditeur, le nom de la revue, l'auteur et la référence du document.

Toute autre reproduction est interdite sauf accord préalable de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

revues.org

Revues.org est un portail de revues en sciences humaines et sociales développé par le Cléo, Centre pour l'édition électronique ouverte (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Référence électronique

Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation* [En ligne], 14 | 2e semestre / Autumn 2013, mis en ligne le 14 février 2014, consulté le 02 juillet 2015. URL : <http://regulation.revues.org/10471>

Éditeur : Association Recherche & Régulation

<http://regulation.revues.org>

<http://www.revues.org>

Document accessible en ligne sur :

<http://regulation.revues.org/10471>

Document généré automatiquement le 02 juillet 2015.

© Tous droits réservés

Fabienne Orsi

Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune

Introduction

- 1 C'est à partir d'une définition originale de la propriété, une propriété conçue comme un « *bundle of rights* », un faisceau de droits, qu'Elinor Ostrom propose une conceptualisation de la propriété commune.
- 2 Il s'agit là d'une contribution théorique majeure, en ce sens qu'en mobilisant une certaine manière de concevoir la propriété, Ostrom ouvre un véritable espace pour repenser la propriété, et tout particulièrement la propriété commune aujourd'hui. La notion de propriété commune a longtemps été occultée, malmenée par l'histoire des faits et des idées. Elle est restée un impensé voire un impensable des théories économiques depuis au moins les premières attaques physiocratiques jusqu'à sa mise à terre par les auteurs de la théorie économique des droits de propriété. C'est pourquoi les travaux d'Elinor Ostrom revêtent une importance toute spéciale. Face à l'hégémonie du postulat de la supériorité de la propriété privée et ses conséquences en termes d'appauvrissement du débat sur la propriété, les enjeux intellectuels et politiques d'un renouveau de la pensée relative à la propriété commune sont considérables.
- 3 Cet article propose donc une mise en lumière de l'importance des travaux d'Ostrom sur la propriété en revenant sur l'histoire intellectuelle et politique de son approche singulière de la propriété.
- 4 Il s'agit d'une gageure car Ostrom ne développe pas les fondements intellectuels sur lesquels elle assoit sa définition de la propriété. Nous l'avons souligné dès le départ : la propriété comme faisceau de droits est cruciale dans l'analyse d'Ostrom. Cette conception de la propriété comme faisceau de droits n'est toutefois pas propre à Ostrom et à l'école de Bloomington. Elle constitue en fait le cœur d'une puissante doctrine américaine dont le développement au cours du XX^e siècle a conduit à une véritable révolution dans la conception même de la propriété aux États-Unis. Elle est aujourd'hui largement répandue aux États-Unis, dans la pratique juridique comme dans la théorie, et fait l'objet de débats et de controverses. En revanche, la propriété comme faisceau de droits reste peu ou pas connue en France. Elle a pourtant une histoire singulière. Initiée par John Commons et les juristes critiques et progressistes du début du XX^e siècle, elle est ensuite récupérée par les penseurs libéraux des années 1970. Connaître l'histoire de cette conception de la propriété, ses origines et son développement nous paraît essentiel pour comprendre la portée des travaux d'Ostrom. Cette dernière ne dit presque rien de la généalogie de cette conception de la propriété, de ses soubassements théoriques et politiques, ainsi que des controverses actuelles à son propos. La démarche d'Ostrom est avant tout pragmatique. Toutefois, la manière dont elle se réfère à la notion de faisceau de droits, en s'inscrivant explicitement dans la continuité des travaux de John Commons (cf. *infra*) constitue, nous semble-t-il, un positionnement théorique fort, marquant par là même une opposition claire aux tenants de la théorie des droits de propriété qui s'est développée dans la lignée des travaux de Coase, au moment de l'ascension de l'école de Chicago à partir des années 1970. Néanmoins, la difficulté d'inscrire les travaux d'Ostrom sur la propriété dans la lignée directe de ceux de Commons tient au fait qu'Ostrom elle-même n'expose pas les travaux de Commons sur la propriété ni ne développe la manière dont sa conceptualisation des systèmes de propriété comme faisceau de droits s'inspire de lui. Ostrom n'ira jamais au-delà dans ses explications quant à son attachement à la propriété chez Commons de ce qu'elle déclara lors de sa nomination au prix d'économie de la banque de Suède « en mémoire d'Alfred Nobel » à propos de sa contribution sur les régimes de propriété : « *[It] drew on the earlier work of John R. Commons ([1924] 1968) to conceptualize property-rights systems as containing*

bundles of rights rather than a single right » (Ostrom, 2009). Commons, chez Ostrom, reste donc au stade de la citation.

- 5 À vrai dire, à notre connaissance, très peu de travaux dans la littérature se sont attachés à rendre explicite l'approche de la propriété chez Commons ainsi que son influence sur le courant du réalisme juridique en la matière ; ce courant juridique critique à qui l'on attribue généralement la révolution conceptuelle de la propriété comme faisceau de droits. Aussi, dans cet article, nous n'avons nullement l'intention de proposer une analyse fine et complète de la propriété dans l'institutionnalisme de Commons, pas plus que nous n'entendons nous pencher sur la question de l'importance de son influence sur la pensée d'Ostrom. Les articles de Chanteau et Labrousse (2013) et de Weinstein (2013) dans ce dossier montrent combien il est difficile de trancher cette question. Dans cette investigation nous avons pour seule ambition de contribuer à éclairer les travaux d'Ostrom sur la propriété en les situant au sein de l'histoire des concepts qu'ils mobilisent et les grands enjeux politiques et intellectuels qu'ils sous-tendent.
- 6 Pour ce faire, l'article est organisé de la manière suivante.
- 7 Afin de situer historiquement l'apport des travaux d'Ostrom sur la propriété commune et de souligner en quoi ils marquent un événement majeur dans la littérature économique, une première section revient brièvement sur les grands assauts contre la propriété commune qui ont marqué l'histoire de la pensée économique et la manière dont ces attaques accompagnent le développement de la pensée économique libérale. À cette occasion, le parallèle sera fait entre les influences respectives des physiocrates et de l'école des droits de propriété sur la pensée ainsi que sur les orientations politiques en faveur de la propriété privée et exclusive.
- 8 La suite de l'article se concentre sur la définition de la propriété comme faisceau de droits et tente de rendre compte des grands moments de l'histoire du concept, de l'influence de Commons sur le courant du réalisme juridique jusqu'aux débats contemporains dont les faisceaux de droits font l'objet. Nous soulignerons tout d'abord les contributions complémentaires de Commons et du juriste Hohfeld dans la première phase de l'histoire du concept. Il s'agira aussi d'inscrire cette genèse conceptuelle dans les contextes intellectuel, social et politique des États-Unis de la fin du XIX^e siècle et du début XX^e. Nous constaterons ainsi que les enjeux théoriques et politiques convergent autour de la lutte contre le laissez-faire.
- 9 Nous nous intéressons ensuite au deuxième moment de l'histoire des faisceaux de droits marquée notamment par l'émergence de la nouvelle théorie de la propriété de l'école de Chicago. Nous apportons quelques éléments éclairant la manière dont cette théorie économique des droits de propriété s'est constituée sur la base d'une récupération du concept de faisceau de droits, une récupération qui rompt avec l'approche originelle. Le faisceau de droits y est en effet réduit aux seuls droits d'exclure et d'aliéner, et la propriété exclusive est reconduite comme le facteur déterminant de l'efficacité du marché. À ce stade de notre cheminement, nous serons alors en mesure de revenir sur les travaux d'Ostrom, d'éclairer la manière dont ils se déploient. Nous exposerons alors en quoi, selon nous, ces travaux constituent un renversement des positions essentielles de la théorie des droits de propriété de l'école de Chicago, tout en offrant pour la première fois dans l'histoire de la littérature économique, une conceptualisation de la propriété commune.
- 10 Enfin, l'article se conclura sur une invitation à poursuivre la réflexion pour une pensée alternative de la propriété.

1. En attendant Ostrom : les assauts contre la propriété commune

- 11 Chez les économistes¹, la propriété est très souvent synonyme de propriété privée et elle n'intéresse qu'en tant qu'elle est considérée comme l'un des piliers fondamentaux des économies de marché. Ce sont à vrai dire les penseurs libéraux qui, massivement, se sont intéressés à la propriété et ont constitué des « théories » de la propriété qui ignorent, pour la plupart, toute possibilité de formes plurielles de propriété ou fondent le postulat de l'efficacité supérieure de la propriété privée sur une critique radicale de toutes autres formes de propriété. C'est ainsi que, dans la littérature économique, la propriété commune a, soit suscité très peu d'intérêt, soit fait l'objet d'attaques sévères car jugée par essence inefficace, ou encore,

assimilée à la propriété des économies socialistes, elle a été érigée en preuve patente de leurs échecs².

- 12 En réalité, depuis les physiocrates, les assauts contre la propriété commune sont consubstantiels aux luttes violentes contre les communaux et fondent le socle de la pensée libérale³. Les auteurs de l'ouvrage *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914)* nous éclairent sur le rôle déterminant des physiocrates dans la remise en cause de toutes formes collectives de propriété et à la privatisation des terres communes (d'utilisation collective) qu'ils jugent indispensable à la modernisation de l'agriculture (Démélas et Vivier, 2003). Ces auteurs montrent comment, dès 1750, partout en Europe occidentale et en Amérique latine, c'est sous l'influence des intellectuels physiocrates que les processus de division des communaux s'organisent. Au Portugal, par exemple, Margarida Sobral Neto explique comment, pour les physiocrates portugais, les communaux (*baldios*) constituent des obstacles aux progrès agricoles et comment ils associent les notions de collectif et d'improductif, et considèrent l'individualisme agraire comme le moyen le plus efficace pour développer l'agriculture. En 1801, indique l'auteure « en syntonie avec les physiocrates, l'État encourage la privatisation des *baldios* » (Sobral Neto, 2003, p. 118). Et l'auteure de poursuivre « tous les physiocrates se font l'écho des réactions négatives du peuple comme un indice de l'ignorance et de la rusticité des gens accusés de méconnaître leurs intérêts ainsi que les intérêts généraux de l'agriculture » (*ibid.*).
- 13 Comme le résume Nadine Vivier : « Pour tous ces théoriciens, les droits collectifs ne sont souvent qu'un élément laissé à l'arrière-plan de leurs développements, mais leur condamnation est inéluctable. Les terres collectives livrées au pâturage collectif donnent une production physique et financière insuffisante, de plus elles sont exclues du marché foncier et des droits de mutation ; enfin, étroitement associées aux autres droits collectifs, elles sont une restriction au libre jeu des initiatives individuelles. Ainsi, dans toute l'Europe occidentale, les écrits des agronomes relayés par ceux des médecins et hygiénistes, condamnent ces terres toujours décrites comme humides et mal entretenues. [...] Partout, juristes et hommes d'État se rallient à cette condamnation et la propriété collective est considérée comme une « monstruosité » (France) ou comme une « propriété imparfaite » (Espagne) » (Vivier, 2003, p. 18).
- 14 Plus de deux siècles plus tard, c'est sur la base d'arguments étonnamment semblables qu'Hardin (1968) dans son texte fameux "The tragedy of the commons" tout comme Alchian et Demsetz (1973) dans "The property right paradigm" fondent leur critique de la propriété commune. Tout comme les physiocrates, ils auront une influence considérable aussi bien sur le plan politique qu'en matière de théorie économique. Dans son article, Benjamin Coriat évoque déjà cette influence, de même qu'il pointe la manière dont la thèse de Hardin trouva un levier considérable dans l'émergence de la nouvelle théorie économique des droits de propriété (Coriat, 2013). Nous reviendrons plus en détail sur cette théorie « néolibérale » des droits de propriété dans le paragraphe suivant en resituant son émergence dans l'histoire intellectuelle et politique des faisceaux de droits. Ici, il nous importe de rappeler que l'on retrouve en effet chez ces auteurs comme chez Hardin l'idée selon laquelle la propriété commune conduit systématiquement à une surexploitation et *in fine* à l'épuisement des ressources rares. Si, pour Hardin, la propriété commune est assimilée au libre accès, pour Demsetz et Alchian, il s'agit plus finement de définir la propriété commune par l'absence du droit d'exclure quiconque de l'utilisation de la ressource. Ils écrivent :

Communal rights mean that the working arrangements for the use of the resource is such that neither the state nor the individual citizens can exclude others from using the resources except by prior and continuing use of the resource (Alchian et Demsetz, 1973, p. 19).

- 15 Pour ces auteurs, la fonction première de la propriété privée est d'internaliser les externalités dès lors que le coût de celles-ci dépasse le bénéfice. Aussi, la propriété privée devient-elle une nécessité dès lors qu'un changement de l'ordre de la valeur économique ou de caractère technologique intervient. C'est ainsi que, par exemple, la privatisation des terres des indiens d'Amérique est analysée comme un changement institutionnel déterminant pour le

développement du commerce de la fourrure, évitant ainsi l'épuisement de la ressource par une situation de « sur-chasse »⁴. De même, pour les auteurs, le mouvement des enclosures

may have significantly reduced the cost carrying on transactions among those possessing rights of use, and this may have eased the task of putting resources to their most productive uses (Alchian et Demsetz, 1973, p. 22).

- 16 Ainsi, selon ces auteurs, le passage de la propriété commune à la propriété privée réduit les coûts de transactions, augmente la productivité, évite l'épuisement des ressources et évite des comportements immoraux. Et les auteurs d'illustrer ce dernier point avec un exemple de massacre de bébés phoque (!) :

*Often, the exercise of communal rights forces persons to behave in ways that are thought to be immoral. In 1970, the newspapers carried stories of the barbaric and cruel annual slaughter of baby seals on the ice floes Prince Edward Island in the Gulf of St. Lawrence*⁵ (Alchian et Demsetz, 1973, p. 20).

- 17 Dès lors, qu'il s'agisse de la pensée physiocratique ou encore des pères fondateurs de la nouvelle théorie économique des droits de propriété, la question des droits collectifs de propriété, leur nature, leur organisation ainsi que la question de la gestion collective des ressources sont complètement exclus de l'analyse au profit d'une définition partielle et simpliste de la propriété commune sur laquelle s'appuie le postulat de supériorité de la propriété privée et exclusive⁶.

- 18 On ne peut qu'être surpris par le fait que tout un pan de l'histoire des communs et de la propriété commune a, parallèlement au développement de la pensée économique libérale, été effacé, occulté, autorisant ainsi la diffusion d'une vision hégémonique et dogmatique de la fonction sociale de la propriété privée.

- 19 Certains travaux d'historiens ont néanmoins joué un rôle précurseur dans le débat renouvelé sur les communs et la propriété commune. Ces travaux sont toutefois restés longtemps isolés et nombre d'entre eux se sont concentrés sur la période des enclosures et de la révolution agraire, mais beaucoup moins dans l'analyse de la gestion des communaux, la nature et l'organisation des droits collectifs de propriété. De même, très peu de travaux se sont intéressés à l'opinion anti-enclosure dont on sait désormais qu'elle fut d'une importance considérable ainsi qu'aux controverses nombreuses qui ont eu lieu au sujet du partage des communaux (Vivier, 2003). Jeanette Neeson est l'une des rares historiennes à avoir travaillé sur les droits des *commoners* en Angleterre. Son travail, qui se situe dans la lignée de ceux d'Edward Thompson (Thompson, 1993), est remarquable en ce qu'il nous éclaire sur la nature et l'importance de ces droits collectifs et sur la manière dont ils sous-tendaient une véritable organisation sociale de la paysannerie anglaise et en assuraient l'« indépendance » :

*The common right prospered in the 18eme where forest, fen, hill and vales villages hade generous common pastures, or where they housed many small occupiers of land and cottages. Here commoners ensured the value of common right with effective local system of by-laws, and common right offered some independence of wages and markets. More than this: it was a crucial part of the structure of social relations. Commoners were the last of the English peasantry*⁷ (Neeson, 1993, p. 12).

- 20 Il est important de rappeler qu'à cette époque en Angleterre, comme dans la France d'avant la Révolution de 1789 et l'avènement du Code civil, la propriété relevait d'un régime dit de droit coutumier, c'est-à-dire un régime caractérisé par une pluralité de règles juridiques et une juxtaposition des normes locales marquée par la prédominance de la coutume⁸. La propriété n'était pas attachée à une chose, mais portait sur ses utilités, ses produits (on parle d'absence de « corporéité » de la propriété). De fait, cela impliquait non seulement l'absence de liberté de disposer de la chose (l'*abusus*) mais autorisait la superposition (ou la juxtaposition) de différents droits de propriété ou d'usage d'une même chose. Ces systèmes de propriété étaient qualifiés de « propriétés simultanées » (Patault, 1989) en ce qu'ils autorisaient la distribution de droits d'usages séparés et leur juxtaposition.

- 21 Ce système qui, en France, a sous-tendu la féodalité était aussi celui qui organisait les terres communes. Le modèle archétypique était souvent celui d'une juxtaposition à niveau égal des

droits de l'exploitant (du labour à la récolte) et de différents droits d'usage des communautés villageoises tels que le droit de glanage, le droit de vaine pâture, le droit d'affouage ; l'ensemble de ces droits étant réglementés et reconnus par les cours de justice (De Moore, 2009 ; Neeson, 1993).

22 Avec les enclosures, c'est certes à un vaste processus de privatisation des terres auquel on a assisté mais, à cette occasion, plus important encore, c'est en même temps un véritable changement de conception de la propriété elle-même qui s'est opéré. Il s'agit du point de bascule vers la conception « moderne » de propriété conçue comme privée et exclusive : les droits d'usage sont abolis et relégués au statut de « faveur », le propriétaire unique sur une même chose est consacré en même temps que le droit d'aliénation est instauré.

23 Certes, en France, au moment de la Révolution, la consécration de la propriété privée et exclusive fait souvent office d'emblème de l'abolition de l'Ancien Régime. Mais, c'est oublier les mouvements pour la sauvegarde des communaux qui opposèrent la paysannerie française aux grands propriétaires fonciers hostiles à la vaine pâture (code rural, droit de clore) ainsi qu'aux actes de partage des biens communaux (De Moore, 2011 ; Vivier, 1998).

24 Les travaux de l'historien anglais E. P. Thompson témoignent, pour l'Angleterre, de ce changement de nature de la propriété qu'opèrent les *Enclosure Acts* (1760 et 1840) et soulignent la manière dont cela a constitué le tournant déterminant dans la destruction du système d'organisation économique et social de la paysannerie anglaise :

Les enclosures redéfinirent la nature de la propriété agraire elle-même. C'était le point culminant d'un long processus séculaire détruisant les rapports coutumiers des hommes aux moyens de production. Ce fut socialement d'une grande portée parce que cela illumine, à la fois avant et après la destruction des éléments traditionnels dans la société paysanne anglaise (Thompson, 1991, cité dans Neeson, 1999)⁹.

25 Ce n'est donc que très récemment que le thème¹⁰ des communs et de la propriété commune, après avoir été dans l'histoire un champ vivant de pratiques, s'est constitué en un véritable champ de recherche pluridisciplinaire. Incontestablement, cette renaissance est à mettre en parallèle avec le développement des travaux de l'école de Bloomington et du formidable effort de mise en réseau international et interdisciplinaire qui s'organise à partir du milieu des années 1980¹¹. Ses conséquences théoriques, politiques et intellectuelles sont de considérable portée puisque, c'est à partir de cette accumulation de connaissances que vont enfin pouvoir s'élaborer des contre-arguments solides aux thèses défendues par les détracteurs de la propriété commune voilà plus de deux siècles !

26 Clairement, les travaux empiriques conduits sur les régimes de propriété dans le domaine des ressources naturelles, puis l'analyse conceptuelle de la propriété en termes de faisceaux de droits développée par Schlager et Ostrom (1992) vont constituer un tournant décisif. En proposant une analyse originale de la propriété à partir d'une définition en termes de faisceau de droits, Schlager et Ostrom vont, pour la première fois dans l'histoire de la littérature économique, donner corps au concept de propriété commune, rendre compte de l'existence de cette forme de propriété, en décrire le fonctionnement et l'organisation. Ce faisant, elles opèrent un renversement des positions des théoriciens des droits de propriété, en particulier Demsetz et Alchian. Comprendre ce renversement, nécessite d'abord de revenir sur les origines du concept de propriété comme faisceau de droits.

2. La propriété comme faisceau de droits : John Commons et le réalisme juridique

27 On attribue souvent la paternité de la conception de la propriété en termes de *bundle of rights* au courant juridique critique américain dit du *legal realism* (ou réalisme juridique). Néanmoins, nous verrons plus loin le rôle précurseur de l'économiste institutionnaliste John Commons dans l'émergence de cette conception de la propriété. On situe souvent Commons dans le prolongement de la théorie juridique critique nord-américaine du début du XX^e siècle. À l'inverse, son influence sur ce courant juridique critique semble moins connue. Le réalisme juridique émerge au début du XX^e siècle avec comme projet de saisir le fonctionnement social et les effets sociaux et économiques produits par le droit en s'émancipant de l'emprise

du formalisme juridique. Il s'agit d'affirmer que les concepts juridiques n'ont pas de sens préétabli et de proposer une analyse basée sur des catégories réalistes et pragmatiques, c'est-à-dire construites à partir de l'observation de définitions établies empiriquement et de leur mobilisation par les acteurs (Kirat, 1999)¹². Pour le courant du réalisme juridique ainsi que pour Commons, il s'agit de dépasser l'idée dominante de neutralité des juges et des tribunaux et de leur indifférence aux forces sociales mises en jeu pour mettre en lumière le fait que l'activité judiciaire dissimule en fait des préférences politiques et que les décisions de justice résultent en réalité de mécanismes quasi-politiques d'arbitrage entre intérêts sociaux concurrents (Kirat et Melot, 2006).

28 C'est pourquoi la littérature s'accorde à reconnaître que les *legal realists* (ou les juristes réalistes) ont opéré une véritable révolution dans le domaine du droit, en particulier dans le domaine du droit de propriété (Mossoff, 2009 ; Merrill et Smith, 2001). Ils ont introduit une conception nouvelle de la propriété fondée sur des dimensions sociales et politiques, s'opposant en cela à la vision jusnaturaliste de la propriété dominante jusqu'au début du XX^e siècle (Johnson, 2007).

29 Le réalisme juridique émerge à un moment particulier de l'histoire intellectuelle et politique des États-Unis. Ce courant juridique critique se crée en opposition au courant du « laissez-faire » et se développe entre 1880 et 1930 (Fried, 1998). Les enjeux sont d'ordre théorique mais aussi politique : il s'agit de défendre l'idée et la possibilité d'un État interventionniste dans la régulation de l'économie en s'attaquant à deux piliers fondamentaux du « laissez-faire » : les lois naturelles de marchés comme régulateurs de la justice sociale et le respect absolu des droits de propriété. Les enjeux sont d'autant plus importants que le « laissez-faire » et le principe de droit naturel de propriété sont considérés comme étant inscrits dans la constitution des États-Unis. Cela fonde le principe d'intervention minimale de l'État dans la régulation économique et conduit à rejeter toute limitation à l'exercice des droits de propriété ou à la liberté de contracter. Dès lors, l'apport des premiers « réalistes » participe de cette lutte contre le « laissez-faire », car en s'attaquant au droit naturel de propriété ils vont grandement contribuer à affaiblir les droits constitutionnels afférents et autoriser l'intervention de l'État dans le contrôle et la redistribution des droits de propriété¹³.

30 Pour les réalistes, la propriété doit être conçue non pas comme un droit antérieur à la loi conférant un droit absolu d'une personne sur une chose, mais comme un ensemble complexe de relations juridiques entre des personnes. Ici, la propriété n'est plus considérée comme un droit absolu d'une personne sur une chose, mais relève d'un faisceau de droits reliant le propriétaire à d'autres personnes à propos de son bien. Cette distinction est cruciale. L'ensemble des commentateurs situe l'origine de cette approche dans l'article de Wesley Hohfeld publié en 1913 "Some fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (Hohfeld, 1913).

31 Le rôle du juriste Hohfeld est en effet considérable tant dans la révolution conceptuelle des droits de propriété, que dans la manière dont s'organise la distribution de ces droits, nous y reviendrons. La théorie du droit de Hohfeld sera d'ailleurs reprise et prolongée par Commons dans son analyse des transformations du capitalisme américain qu'il développe dans son ouvrage de 1924 *The Legal foundations of capitalism* (Commons, 1924). Néanmoins, il convient à ce stade de s'intéresser à John Commons, non pas pour son ouvrage de 1924 mais pour un ouvrage de parution antérieure : *The distribution of Wealth* (Commons, 1893). C'est dans ce livre, qui constitue le premier ouvrage de Commons traitant des relations entre le droit et l'économie, que l'auteur donnera une définition de la propriété en termes de faisceau de droits. En réalité, ce sont les thèmes centraux abordés dans cet ouvrage que relayeront par la suite les pères fondateurs du réalisme juridique. L'ouvrage de Commons est de fait un assaut frontal contre le mouvement du « laissez-faire » et son influence sur le réalisme juridique historique semble avoir été considérable (Stone, 2009).

2. 1. L'influence de John Commons

32 Lorsque Ostrom fait référence à Commons pour ces travaux sur la propriété, seul l'ouvrage majeur de 1924 *Legal Foundations of capitalism* est cité. Pourtant, c'est dans *The distribution*

of Wealth publié en 1893 que Commons pose les bases de sa conception de la propriété et en donne une définition en termes de faisceau de droits. Ce point revêt une importance essentielle car les deux ouvrages sont marqués par une évolution significative dans le parcours intellectuel et politique de Commons.

- 33 En effet, *The distribution of Wealth* fait partie de ces écrits marginalisés, ayant fait l'objet de critiques sévères dans le cercle des économistes où les tenants du « laissez-faire » étaient largement représentés à cette époque. L'ouvrage fut accusé par certains d'être « une tentative déguisée de trouver des bases scientifiques pour une théorie du socialisme » (Stone, 2009, p. 12). Selon Katherine Stone, la publication de *The distribution of Wealth* eut de graves conséquences sur la carrière académique de Commons. Elle lui valut son licenciement de son poste d'enseignant à l'université d'Indiana. Et, après quelques années passées à Syracuse, il fut de nouveau licencié pour ses positions « radicales ». Stone rapporte les raisons invoquées par le président de l'université de Syracuse :

The Syracuse Chancellor, James Day, told Commons that several potential contributors were disturbed by Commons' radicalism and had refused to make contributions so long as Commons' remained in the Chair. Chancellor Day also told Commons that he should not bother to look for another academic position because at a recent meeting of college presidents, they all had agreed that no person of radical tendencies would be hired. Thus at age 37, Commons found himself banished from academia (Stone, 2009, p. 14).

- 34 La publication en 1924 de *The legal foundations of Capitalism* se réalise semble-t-il dans un environnement académique plus serein, la pensée de Commons et sa contribution à l'économie institutionnelle et à l'analyse des bases juridiques du capitalisme y apparaissent plus abouties y compris dans ses interactions avec les juristes réalistes, en particulier Hohfeld. Mais les positions qu'il défend apparaissent, selon Katherine Stone, beaucoup plus réformistes (Stone, 2009).

- 35 Dans *The distribution of wealth*, Commons défend l'idée que la distribution des richesses résulte de la politique de l'État et non des forces naturelles de marché. Par politique de l'État, Commons entend non seulement la régulation explicite de l'État mais aussi les règles juridiques qui définissent et protègent la propriété et gouvernent l'échange. Il écrit à ce propos :

The place of law in Political Economy is a subject which has received from English economists no attention at all commensurate with its far-reaching importance... The English economists have taken the laws of private property for granted, assuming that they are fixed and immutable in the nature of things and therefore needed not investigation. But such laws are changeable – they differ for different peoples and places, and they have profound influence upon the production and distribution of wealth (Commons, 1893, p. 84).

- 36 Ainsi, déjà chez Commons, il s'agit de s'attaquer à l'idée de droit naturel et immuable de propriété. Pour lui, la propriété consiste en une création de l'État, par le biais de règles légales. Ces règles ayant dès lors une influence déterminante sur la production et la distribution des richesses. En agissant par le biais de la loi, l'État génère ainsi des privilèges de monopole permettant aux individus privés d'en retenir les bénéfices. Ainsi, pour Commons, la manière dont les droits de propriété sont définis, distribués et protégés juridiquement détermine la distribution du revenu. C'est pourquoi, selon Commons, l'État est le premier acteur dans la distribution du revenu.

- 37 Partant de l'idée fondatrice que toute propriété doit être comprise comme étant une création de l'État et que la propriété ne peut exister sans l'État (« *property cannot exist without the state* »), la question même de la limitation des droits de propriété perd tout son sens puisque cette limitation est déjà affirmée dans les droits de propriété définis par l'État : la propriété ne peut donc, par définition, être absolue et illimitée. Et la part attribuée au contrôle privé et celle réservée à l'État ou au public dépendent alors de la politique du gouvernement :

It is inaccurate, therefore, to speak of limitations on the right of property. There is, strictly speaking, no such thing as absolute, unlimited right of property, which law steps in as an afterthought to restrict. When a property right is originally given by the state, it is with these restrictions already asserted. The state gives to individuals a certain amount of control over material objects, reserving for itself and the public at large a certain share. The amount of

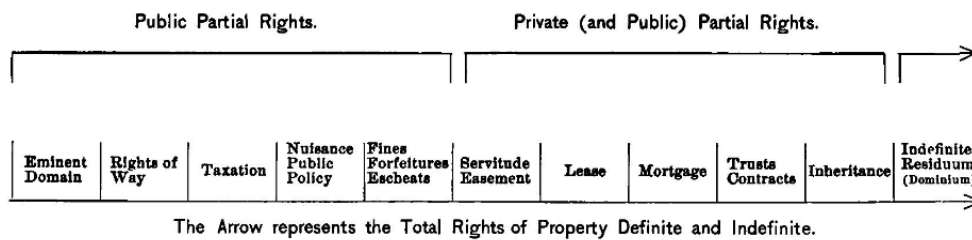
private control may be greater or less, according to the stage of civilization, and the policy of the government (Commons, 1893, p. 110).

38 Commons affine alors sa conception de la propriété en la définissant non pas comme un droit absolu mais comme un faisceau de droits définis et partiels pouvant être distribués entre les individus et la société, certains de ces droits étant publics, d'autres privés. Ce faisant, Commons développe une approche de la propriété ne pouvant se définir que relativement et par là même ne pouvant jamais se concevoir comme complète. La propriété chez Commons, ne peut qu'être intrinsèquement incomplète, son caractère illimité ne pouvant s'entendre que par du résidu indéfini :

Property is, therefore, not a single absolute right, but a bundle of rights. The different rights which compose it may be distributed among individuals and society some are public and some private, some definite, and there is one that is indefinite. The terms which will best indicate this distinction are partial and full rights of property. Partial rights are definite. Full rights are the indefinite residuum. The total right of property over a valuable object may be represented by a line of indefinite length, from which are marked off definite lengths for the partial rights (Commons, 1893, p. 92)

39 Commons illustre son propos de la manière suivante :

Figure 1. (cliquez sur « Original » sous la figure pour la visualiser)



Source : Commons, 1893, p. 93

40 Commons décompose ainsi la propriété en plusieurs droits, certains relevant de l'État : le domaine éminent¹⁴, les droits de passage, les taxes, la nuisance publique, l'abandon ou la déshérence. Pour Commons, ces deux derniers droits se définissent par la négative dans le sens où le propriétaire ne peut pas faire usage de son droit au point qu'il nuise à autrui. « Sa propriété ne doit pas devenir une nuisance publique » (Commons, 1893, p. 95). Ces droits sont imposés sur la propriété simplement en vertu de la force que le gouvernement exerce, sans considération pour la liberté du propriétaire. Dans la constitution des États-Unis, précise Commons :

certain principles and machinery of law are provided to prevent the arbitrary employment of these rights, and to do justice to the individual. But, in the end the individual is compelled to submit to them, and in so far he is not the absolute owner of his property (Commons, 1893, p. 96)

41 Dès 1893, Commons élaborait les bases conceptuelles de la propriété comme faisceau de droits. Les travaux du juriste américain Hohfeld, vont poser les jalons suivants.

2. 2. Hohfeld et le « détronement » de la propriété

42 Le rôle du juriste américain Hohfeld au sein du courant du réalisme juridique est unanimement reconnu¹⁵ (Johnson, 2007 ; Penner, 1996). La contribution majeure d'Hohfeld est de proposer un usage novateur de la notion de droits. Usage à partir duquel il élabore un cadre analytique permettant de décrire la réalité complexe du phénomène juridique et partant d'appréhender différemment les problèmes posés et leur résolution. Hohfeld part du constat que le terme de « droits » (*rights*) est en fait utilisé pour nommer des choses différentes telles que le droit de propriété, le droit de circuler librement, le droit de manifester et qu'il s'agit de l'usage d'un même qualificatif recouvrant en fait des réalités très différentes : de simples autorisations, des interdictions faites pour protéger une liberté, des impossibilités juridiques de venir faire obstacle à l'exercice d'une liberté, etc. (Bennet, 2011).

43 Plus encore, selon Hohfeld, ce terme de droits est utilisé indistinctement pour qualifier dans certains cas, un privilège, dans d'autres un pouvoir ou encore une immunité, plutôt qu'un droit dans le sens le plus strict. C'est ainsi que dans certains cas, le terme de droits en matière de propriété, par exemple, est utilisé pour désigner un pouvoir, une prérogative ou encore un privilège :

The term "rights" tends to be used indiscriminately to cover what in a given case may be a privilege, a power, or an immunity, rather than a right in the strictest sense; and this looseness of usage is occasionally recognized by the authorities. As said by Mr. Justice Strong in People v. "The word 'right' is defined by lexicographers to denote, among other things, property, interest, power, prerogative, immunity, privilege (Walker's Dict, word 'Right'). In law it is most frequently applied to property in its restricted sense, but it is often used to designate power, prerogative, and privilege (Hohfeld, 1913, p. 21).

44 Partant de ce constat, pour Hohfeld il est erroné de résumer la relation juridique à l'opposition classique entre droits et devoirs. Réduire la relation juridique à cette opposition est insuffisant pour décrire la complexité de la réalité juridique et trouver des solutions concrètes aux problèmes posés par les litiges. Il écrit à ce propos :

One of the greatest hindrances to the clear understanding, the incisive statement, and the true solution of legal problems frequently arises from the express or tacit assumption that all legal relations may be reduced to "rights" and "duties", and that these latter categories are therefore adequate for the purpose of analyzing even the most complex legal interests (Hohfeld, 1913, p. 28).

45 En fait, pour Hohfeld, toute tentative de définitions formelles des relations juridiques est vaine et il propose alors de procéder à un recensement exhaustif de toutes les relations juridiques selon une organisation entre opposés (*opposites*) et équivalents (*correlatives*) :

The strictly fundamental legal relations are, after all, sui generis; and thus it is that attempts at formal definition are always unsatisfactory, if not altogether useless. Accordingly, the most promising line of procedure seems to consist in exhibiting all of the various relations in a scheme of 'opposites' and 'correlatives' and then proceeding to exemplify their individual scope and application in concrete cases (Hohfeld, 1913, p. 30)

46 Le cadre analytique qu'il propose procède alors par décomposition et recomposition des relations juridiques à partir de huit notions juridiques : « *rights and duties, privileges and no-rights, powers and liabilities, immunities and disabilities* » (Droit et devoir, privilège et non-droit, pouvoir et assujettissement, immunité et incapacité) ; ces huit notions formant quatre relations juridiques fondamentales unies par les principes d'opposition et de corrélation (ou d'équivalence). Hohfeld synthétise son propos de la manière suivante :

Tableau 1.

Oppositions juridiques (<i>Jural opposites</i>)	Droit/Non-Droit (<i>Right/No-right</i>)	Privilège/Devoir (<i>Privilege/Duty</i>)	Pouvoir/Incapacité (<i>Power/Disability</i>)	Immunité/ Assujettissement (<i>Immunity/Liability</i>)
	(1)	(2)	(3)	(4)
Corrélations juridiques (<i>Jural correlatives</i>)	Droit/Devoir (<i>Right/Duty</i>)	Privilège/Non-droit (<i>Privilege/No-right</i>)	Pouvoir/ Assujettissement (<i>Power/Liability</i>)	Immunité/Incapacité (<i>Immunity/Disability</i>)

Source : Hohfeld, 1913, p. 30

47 Ainsi la notion de droit (*right*) que Hohfeld préfère qualifier (*claim*)¹⁶ s'oppose à celle de non-droit (*no-right*) et à pour équivalent la notion de devoir (*duty*). Privilège (*privilege*) est l'opposé de devoir et à pour équivalent absence de droit (*no-right*). La notion de pouvoir s'oppose à celle d'incapacité ou d'absence de pouvoir (*disability*) et est équivalente à la notion d'assujettissement (*liability*). Enfin, la notion d'immunité s'oppose à celle d'assujettissement et à pour corrélat la notion d'incapacité. L'encadré 1 ci-dessous, reprend les principales explications que donne Hohfeld de son cadre analytique des relations juridiques. Ces explications sont résumées et traduites en français par Matthieu Bennet (Bennet, 2011).

Encadré 1. Les relations de droit fondamentales selon Hohfeld, traduit et commenté par Bennet, 2011

Droit / devoir : « X a un droit, contre une personne Y, à une prestation A » est équivalent à, a pour corrélat : « Y a un devoir, envers X, d'accomplir A ». Par exemple : X a le droit, contre Y, que Y n'utilise pas sa propriété (ne traverse pas cette terre qui est sa propriété). Si Y le fait, X peut obtenir d'un juge qu'il le fasse expulser, ou que X se fasse indemniser si l'usage de la propriété de X par Y a nuit à X ou à son bien. En anglais, cette notion de *right* sera renvoyée à celle de *claim*, selon lui plus adaptée. Le terme apporte la nuance de revendication, de réclamation (même origine) de ce qui nous appartient, nous revient de droit.

Privilège / non-droit : « X a le privilège, ou la liberté, contre Y, d'accomplir A » a pour équivalent : « Y n'a pas de droit à faire valoir contre l'action A accomplie par X ». Le privilège a pour corrélat la négation du devoir de l'action opposée. Si je suis libre d'user de ma propriété, c'est que je n'ai pas le devoir de n'en pas user. C'est pourquoi Hohfeld choisit le terme de privilège (*privilege*), plutôt que celui de liberté (*liberty*) : le privilège connote la possibilité d'un interdit, d'un devoir, mais qui est nié, suspendu. Si j'ai le droit/privilège d'user de ma propriété, c'est que vous n'avez aucun droit de me demander d'arrêter d'en user.

Pouvoir / assujettissement : « X a un pouvoir sur Y, de faire que A » équivaut à « Y est assujetti à X, relativement à l'action A ». Qu'est-ce que cela veut dire ? Simplement que le pouvoir se définira comme la possibilité de modifier la situation juridique d'autrui. Cela se comprend assez facilement si l'on reprend l'exemple de la propriété privée. Premièrement, le propriétaire a des privilèges sur sa propriété : moi qui ne suis pas propriétaire n'ai pas de droit pour l'empêcher d'en user à sa guise. Le propriétaire a aussi des droits : il peut m'en interdire l'accès. Mais il peut aussi aliéner son bien, il peut m'en faire don, m'en rendre propriétaire. Ici est le pouvoir. Sa volonté peut modifier le statut juridique d'autrui.

Immunité / incapacité : « X a une immunité relativement à Y, au sujet de la situation A » équivaut à « Y est dans l'incapacité de faire que A soit le cas, relativement à X ». L'immunité de certains personnels politiques en fournit un bon exemple : c'est le fait que les justiciables et les juges, pour un grand nombre de faits répréhensibles, ne puissent pas poursuivre et condamner certaines personnes qui s'en seraient rendues coupables (en France, immunités parlementaire et du chef de l'État)

- 48 L'analyse détaillée de la théorie du droit d'Hohfeld ainsi que l'exposé des débats auxquels ses travaux ont donné lieu dépassent le cadre de cet article. Par contre ce qui nous importe de mettre en avant est la portée de ce cadre analytique lorsqu'on l'applique à la propriété. Matthieu Bennet nous éclaire sur ce point en mettant en lien l'analyse conceptuelle d'Hohfeld et ses prises de position en faveur du droit du travail, au moment de l'opposition violente du milieu juridique aux droits des travailleurs (Bennet, 2011). Nous sommes au début du xx^e siècle et bien que le droit de grève soit reconnu, on assiste à une restriction importante de ce droit au nom de la protection de la propriété privée au motif que les grévistes y portent atteinte¹⁷. « L'idée était que la propriété consistait en un droit de jouir et de faire fructifier son bien. Ainsi, les manifestations, les piquets de grève de personnes extérieures à l'entreprise n'étaient qu'une nuisance à condamner au titre du respect du droit de propriété » (Bennet, 2011, p. 150).
- 49 Son analyse des relations juridiques permet à Hohfeld de faire une distinction capitale entre d'une part le fait d'avoir le droit de faire quelque chose ; et d'autre part le fait d'être protégé de toute intervention extérieure qui viendrait faire obstacle à l'exercice de ce droit.
- 50 Ainsi pour Hohfeld, indique Bennet, « d'un point de vue juridique, il ne suffit pas de constater l'existence d'un droit de propriété constitutionnellement protégé, pour en *déduire* le devoir pour certaines personnes de ne pas mener des actions de revendication syndicale. Passer de l'une à l'autre n'a rien d'une nécessité logique, d'une vérité d'essence au sujet de la propriété privée » (Bennet, 2011, p. 151).
- 51 Pour le dire autrement, la propriété privée n'est pas une norme dont la signification objective serait l'interdiction de tous les comportements nuisibles à l'usage et à la valorisation de cette propriété. Il faut justifier plus qu'un droit de propriété pour justifier ces interdictions. Et le droit de grève n'est pas une atteinte à la liberté de la propriété et est tout aussi fondé dans la constitution des États-Unis (Bennet, 2011).
- 52 Ainsi selon Bennet (2011, p. 152), pour Hohfeld « c'est une chose d'avoir le droit d'user de sa propriété, mais ce droit est un faisceau de droits particuliers et qui restent à spécifier ».
- 53 Nous pensons avoir fourni certaines clés de lecture offrant un premier éclairage sur la manière dont les auteurs comme Commons, puis Hohfeld et à leur suite les juristes réalistes plus largement ont introduit un changement complet de perspective pour penser la propriété. Ici, la propriété ne relève pas d'un droit naturel ni d'un droit absolu d'une personne sur une chose mais de relations sociales entre les personnes¹⁸. La propriété étant un faisceau de droits

socialement construit et soumis aux rapports sociaux, elle se décompose et se recompose en fonction des forces sociales en présence. C'est ainsi que, selon certains auteurs, ce changement de perspective pour penser la propriété s'identifie à un programme de « détronement » de la propriété ayant ainsi ouvert la voie à l'État interventionniste aux États-Unis :

They [the realists] sought to undermine the notion that property is a natural right, and thereby smooth the way for activist state intervention in regulating and redistributing property. If property has no fixed core of meaning, but is just a variable collection of interests established by social convention, then there is no good reason why the state should not freely expand or, better yet, contract the list of interests in the name of the general welfare. The realist program of dethroning property was on the whole quite successful. The conception of property as an infinitely variable collection of rights, powers, and duties has today become a kind of orthodoxy. Not coincidentally, state intervention in economic matters greatly increased in the middle decades of the twentieth century, and the constitutional rights of property owners generally receded (Merrill et Smith, 2001, p. 365).

54 De fait, Commons et le courant du réalisme juridique ont joué un rôle considérable dans la mise en place du *New Deal*¹⁹.

3. Les faisceaux de droits récupérés : le tournant des années 1970 et la naissance de l'école de droits de propriété

55 Dans leur introduction au colloque *Property : A bundle of rights ?*, Klein et Robinson soulignent :

In later decades, when Ronald Coase and other classical-liberal thinkers embraced the bundle formulation, it certified such formulation as non-partisan, it prospered such thinkers within the intellectual culture, and it provided classical liberals a means of talking about property without challenging the culture too fundamentally – without, that is, decrying the regulatory state as wholesale coercions (Klein et Robinson, 2011).

56 Depuis Coase (1960) et l'émergence de la théorie économique des droits de propriété, la conception juridique de la propriété semble avoir connu un destin bien différent de celui qui semblait tracé par ses origines, à tel point que tout un pan de son histoire se trouve parfois effacé. Il est en effet intéressant de constater que dans la littérature économique on attribue souvent la paternité de la conception de la propriété comme faisceau de droits à l'école de la théorie des droits de propriété²⁰. Dans Alchian (1965), Demsetz (1967), Alchian et Demsetz (1973), la propriété est en effet définie comme un faisceau de droits :

It is not the resource itself which is owned; it is a bundle, or a portion of rights to use a resource that is owned (Alchian et Demsetz, 1973, p. 17).

57 Mais nous le savons, ce qui intéresse ces auteurs est l'analyse des coûts de transaction liés à la rareté en économie capitaliste. Leur objectif est de fonder une théorie des droits de propriété remettant au cœur de l'analyse la propriété comme pilier fondamental du capitalisme et proposant une exploration de la structure des droits de propriété faisant valoir le potentiel supérieur de la propriété privée et du marché pour gérer les ressources rares. L'enjeu est bien évidemment d'ordre politique. Alchian et Demsetz précisent :

It is unfortunate that the study of the underpinnings of capitalism has been left by default to its critics on the left (Alchian et Demsetz, 1973, p. 16).

58 Pour tout un pan de la littérature économique, la propriété comme faisceau de droit est désormais associée à l'idée que l'efficacité d'un système de propriété impose que le pouvoir soit donné aux détenteurs de droits d'exercer un contrôle total sur l'ensemble du faisceau (Epstein, 1997) de même que soit reconnue la pleine liberté d'exercer l'ensemble des droits, cet exercice devant être protégé de toute interférence :

The legal conception of property is, then, that of a bundle of rights over resources that the owner is free to exercise and whose exercise is protected from interference by others (Cooter et Ulen, 1988).

59 C'est donc toute la conception juridique originelle de la propriété comme faisceau de droits qui connaît, au tournant des années 1970, un renversement de positions au profit d'un retour au « dogme propriétaire » et d'une utilisation libérale : dans le domaine de la théorie économique d'abord, avec la théorie des droits de propriété, mais aussi dans le domaine du droit²¹. Citons à titre d'illustration le professeur de droit américain Richard Epstein qui s'exprime à ce sujet :

I am a classical liberal, and I think that the bundle-of-rights image, rightly understood, offers the best path to preserving the institution of limited government (Epstein, 2011).

60 Dans les universités américaines comme dans la pratique juridique, la conception de la propriété comme faisceau de droits s'est progressivement imposée comme « *mainstream* » (dominante) (Mossoff, 2009 ; Johnson, 2007 ; Penner, 1996). En matière d'enseignement, Mossoff indique :

in their first year of law school, law students learn the modern orthodoxy that "property" refers to an aggregate set of social relations – various rights and obligations between citizens that are bundled together for socially contingent policy reasons (Mossoff, 2009).

61 Ce faisant, dans le cours de sa transformation en nouvelle « orthodoxie », la conception de la propriété comme faisceau de droit a évolué dans un sens bien précis, à la fois chez les théoriciens et dans les cours de justice, plaçant le droit d'exclure au premier rang des critères déterminants de la propriété :

The claim that the right to exclude is the essential characteristic of the legally protected entitlement known as "property" soon became orthodoxy within modern property theory. By the end of the twentieth century, the Supreme Court confidently asserted that the right to exclude is "one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property (Mossoff, 2009).

62 Finalement, que l'on se situe sur un plan théorique ou dans la pratique juridique, tout semble indiquer que la doctrine des *bundle of rights* a pris une orientation « néolibérale » s'imposant désormais comme un puissant outil de défense du droit d'exclure²².

4. Ostrom et les faisceaux de droits : d'un renversement à l'autre

63 Dans leur article "Property-rights regimes and natural resources : A conceptual Analysis", Schlager et Ostrom ont pour objectif de développer un schéma conceptuel permettant de distinguer et caractériser les différents régimes de propriété – publique, privée et commune – selon divers faisceaux de droits pouvant être tenus par des utilisateurs de ressources (Schlager et Ostrom, 1992). Nous l'avons déjà souligné dans l'introduction de cet article, c'est dans la continuité des travaux de Commons que ce travail de conceptualisation est inscrit. Rappelons ce qu'indique Ostrom à ce sujet : « [Notre démarche] s'inspire du travail antérieur de John Commons pour conceptualiser les systèmes de propriété comme contenant des faisceaux de droits plutôt qu'un droit unique » (Ostrom, 2009).

64 Ce n'est clairement pas dans la lignée de la conception renouvelée de la propriété comme faisceau de droits qu'Ostrom entend s'inscrire, et en retournant aux origines de la notion, – en se référant à Commons –, elle tient incontestablement à se démarquer des tenants de la théorie économique des droits de propriété, d'Alchian et Demsetz, notamment. Nous l'avons aussi déjà précisé, ni dans Schlager et Ostrom (1992), ni dans Ostrom (2000), les travaux de Commons sur la propriété ne sont réellement exploités. Cependant, ce qui apparaît de manière évidente est que l'analyse conceptuelle de Schlager et Ostrom est construite sur la critique de deux positions fondamentales de la théorie des droits de propriété que sont : i) l'assimilation de la propriété commune à l'absence de droit d'exclure et ii) une définition de la propriété selon un faisceau composé de deux droits : le droit d'exclure et le droit d'aliéner. De là, la critique de l'idée que tout système de propriété ne contenant pas ces droits est considéré comme mal défini voire inexistant et par conséquent générateur d'inefficience. Ostrom souligne son opposition à cette vision de manière claire :

A further reason for the lack of awareness about property systems developed by local users was that many scholars presumed that unless users possessed alienation rights – the right to sell their

property – they did not have any property rights (Alchian and Demsetz 1973; Anderson and Hill 1990; Posner 1975) (Ostrom, 2009).

65 Dès lors, dans la conceptualisation des régimes de propriété que développent Schlager et Ostrom c'est un renversement des positions défendues par la théorie néolibérale des droits de propriété qui s'opère. En mobilisant l'approche par les faisceaux de droits, sont mis en évidence que i) le droit d'exclure participe de la définition des régimes de propriété commune et ii) l'absence de droit d'aliénation ne signifie en aucun cas une définition incomplète ou « faible » du régime de propriété. De surcroît, comme de nombreux travaux sur les communs le montreront, cette absence de droit d'exclure n'implique nullement l'inefficacité de l'exploitation mise « en commun ». Tout au contraire, dans nombre de cas, c'est l'absence du droit d'exclure qui fonde l'efficacité²³.

66 S'agissant du droit d'exclure, il faut en effet rappeler avec Anne Fennell que :

An exclusion-focused view of property also carries some limitations that are especially relevant in the context of common-pool resources. Most obviously, much of the relevant action for such resources occurs “on the inside,” where participants share a commons²⁴ (Fennell, 2011, p. 15).

67 Et de fait, ce qui intéresse Ostrom c'est bien ce qui se passe « à l'intérieur » (du commun), là où les participants partagent l'utilisation de la ressource. Ainsi sur le plan conceptuel, un des grands intérêts du travail de Schlager et Ostrom est d'appliquer le concept de *bundle of rights*, au cas des ressources partagées de décrire ces droits dans le cas des ressources naturelles, d'explorer leur distribution et d'en exposer le fonctionnement.

68 On le sait, et plusieurs articles de ce dossier le mettent en exergue, l'analyse d'Ostrom découle d'études empiriques portant majoritairement sur des systèmes de ressources naturelles qu'elle qualifie de pools communs de ressources ou CPR (lacs, rivières, pêcheries, systèmes d'irrigation, forêts, etc.) qui produisent ou sont composés d'unités de ressources (poissons, arbres, quantité d'eau, etc.). Ces CPR se caractérisent à la fois par le fait qu'ils sont constitués de biens « rivaux » en ce sens que la consommation d'une partie des biens qu'il inclut, par un individu donné, prive les autres de la jouissance de ces mêmes biens, et qu'il est difficile d'exclure les utilisateurs potentiels. Ainsi, ils partagent à la fois certains attributs des biens privés et des biens publics.

69 Soulignons, comme le font l'auteure, qu'il n'y a aucune association automatique – ou naturelle – entre un pool commun de ressources et un régime de propriété commune. Le régime de propriété associé à un CPR peut être public, privé, relever d'une communauté d'utilisateurs ou encore le CPR peut être utilisé en libre accès complet :

Common-pool resources may be owned by national, regional, or local governments; by communal groups; by private individuals or corporations; or used as open access resources by whomever can gain access. Each of the broad types of property regimes has different sets of advantages and disadvantages, but at times may rely upon similar operational rules regarding access and use of a resource (Ostrom, 2000, p. 338)

70 La question posée par Ostrom est celle de savoir quel régime de propriété, régi par un ensemble complexe de règles, se présente comme le plus approprié pour assurer la consommation de la ressource tout en garantissant la préservation et le développement durable de la ressource concernée.

71 Pour étudier le type de propriété associé à un pool commun de ressources particulier, Ostrom²⁵ propose une définition de la propriété décomposée en cinq droits en rapport avec les CPR : le droit d'accès, le droit de prélèvement, le droit de gestion, le droit d'exclure, le droit d'aliéner. Ces droits sont indépendants les uns des autres, mais dans de nombreux cas de CPR, notamment des pêcheries, ils sont, la plupart du temps, détenus de manière cumulative. Ces cinq droits sont répartis entre deux niveaux hiérarchiques²⁶ :

- Un niveau inférieur qualifié d'opérationnel (« *operational level property rights* ») où se situent les droits d'accès au CPR et le droit de prélèvement (*withdrawal*) des unités de la ressource (des poissons dans une pêcherie, du bois dans une forêt, etc.)

- Un niveau supérieur dit de choix collectif (« *collective-choice rights* ») où se définissent les règles qui seront appliquées au niveau opérationnel. À ce niveau se situent trois types de droits : le droit de gestion (*management*), le droit d'exclure et le droit d'aliéner.

- 72 Le droit de gestion est le droit à réguler les conditions d'utilisation de la ressource ainsi que les changements nécessaires à son amélioration. Il s'agit ici plus spécifiquement du droit à déterminer les règles de prélèvement de la ressource.
- 73 Le droit d'exclure concerne le droit de déterminer qui va bénéficier du droit d'accès et comment ce droit lui-même à l'accès peut (ou non) être transféré.
- 74 Enfin, le droit d'aliéner est défini comme étant le droit de vendre ou de céder entièrement ou partiellement l'un ou les deux droits d'exclure et de gestion.
- 75 Ostrom insiste tout particulièrement sur la distinction qu'il convient de faire entre les termes « droits » et « règles ». Ces termes sont très souvent utilisés de façon interchangeable alors même qu'ils traduisent des réalités distinctes. Pour Ostrom, les droits sont le produit de règles. C'est donc la règle qui crée l'autorisation (ou l'injonction ou l'interdiction). Ainsi il y a une différence centrale entre exercer un droit et participer à la définition des droits futurs et, de fait, la distinction entre les droits se situant au niveau opérationnel et ceux relevant du niveau des choix collectifs est cruciale puisque c'est à ce dernier niveau que se conçoivent les droits qui seront appliqués au niveau opérationnel. Schlager et Ostrom soulignent : « le pouvoir de concevoir le droit au niveau opérationnel est ce qui rend les droits de choix collectifs si puissants »²⁷ (Schlager et Ostrom, 1992, p. 251). Dans son article Olivier Weinstein discute en détail de la centralité des règles chez Ostrom et de son affiliation avec les différentes approches institutionnalistes, parmi lesquelles le nouvel institutionnalisme (Weinstein, 2013). Tel n'est pas l'objet de cet article, si ce n'est de souligner que c'est certainement sur ce sujet que la filiation d'Ostrom avec Commons est la plus évidente et trouve matière à débat. En se référant à Commons, cette fois à juste titre pour son ouvrage de 1924, Ostrom indique « un droit de propriété est le pouvoir d'entreprendre une action particulière dans un domaine spécifique (Commons, 1924). Pour chaque droit qu'un individu détient, des règles existent qui autorisent ou exigent des actions relatives à l'exercice de ce droit »²⁸ (Schlager et Ostrom, *op. cit.*, p. 250).
- 76 Sur la base de cette décomposition de la propriété en cinq faisceaux de droits indépendants, quatre types de détenteurs de droits de propriété sont caractérisés ; cette catégorisation s'appliquant aussi bien à un individu qu'à une collectivité (ou communauté).

Tableau 2. Faisceau de droits associés aux positions

	Propriétaire (<i>Owner</i>)	Propriétaire sans droit d'aliénation (<i>Proprietor</i>)	Détenteur de droits d'usage et de gestion (<i>Claimant</i>)	Utilisateur autorisé (<i>Authorized User</i>)
Accès et prélèvement (<i>Access and Withdrawal</i>)	x	X	x	x
Gestion (<i>Management</i>)	x	X	x	
Exclusion	x	X		
Aliénation	x			

Source : Schlager et Ostrom, 1992, p. 252

- 77 La première catégorie est celle des utilisateurs autorisés (*authorized users*) dont les prérogatives se situent uniquement au niveau opérationnel en détenant uniquement les droits d'accès et de prélèvement. Les détenteurs de droits d'usage et de gestion (*claimants*), détiennent les mêmes droits que les utilisateurs autorisés mais détiennent en plus un droit relevant du niveau supérieur, le droit de gestion. La troisième catégorie est celle des propriétaires sans droit d'aliéner (*proprietors*) mais possédant le droit d'exclure en plus des autres droits du faisceau. Enfin, la catégorie des propriétaires (*owners*) qui est la seule à détenir l'ensemble du faisceau de droits.

78 Cette typologie a d'abord comme avantage de rendre compte de la complexité du monde des
droits de propriété, d'ouvrir en quelque sorte la « boîte noire » de la classification classique
propriété d'État, propriété privée, propriété commune.

79 Elle permet surtout d'identifier des régimes de propriété se composant et se décomposant selon
la distribution des droits qu'ils incluent. C'est aussi, pour Ostrom, faire la démonstration qu'un
régime de propriété peut se composer de droits clairement définis sans que cela implique qu'ils
intègrent le droit d'aliéner. Pour Ostrom, ce qui importe dans l'identification d'un régime de
propriété, c'est la possession ou non des droits d'exclure et de gestion.

80 De là, deux types de régimes de propriété sont identifiés : les régimes de type *proprietorship*
lorsque les propriétaires détiennent l'ensemble des droits à l'exception du droit d'aliénation
et ceux de type *ownership* dans le cas contraire.

81 Dès lors, en matière de propriété commune, selon Ostrom, « un groupe d'individus est
considéré comme partageant des droits de propriété commune lorsque ces individus ont au
moins formé des droits collectifs de gestion et d'exclusion en relation avec un système de
ressource définie et des unités de ressources produites par ce système »²⁹ (Ostrom, 2000,
p. 342).

82 Ainsi, on parlera de régime de propriété commune lorsque celui-ci est soit de type « *communal
proprietorship* », c'est-à-dire lorsque les droits de gestion et d'exclusion relèvent de choix
collectif ; soit de type « *communal ownership* » lorsque le droit d'aliénation participe lui aussi,
avec les droits de gestion et d'exclusion, du niveau de choix collectif.

83 Cette distinction entre deux types de régime de propriété commune est avant tout construite
pour et sur la base d'observations de système de pool commun de ressources naturelles.
Et la théorisation proposée par Schlager et Ostrom permet de mettre en évidence que les
régimes de propriété qui sous-tendent ces CPR sont souvent de type *communal proprietorship*,
sans que cela implique un moindre investissement dans la préservation des ressources. À
l'inverse, soulignent les auteures : « céder des droits de propriété complets ne garantit pas
la réduction de la dégradation des ressources et leur surexploitation »³⁰ (1992, p. 259). De
fait, leur contribution théorique est déterminante, car remettant en cause l'idée maîtresse de
la théorie économique des droits de propriété de l'école de Chicago, selon laquelle seul est
efficient un régime de propriété privé fondé sur le contrôle total d'un propriétaire unique
de l'ensemble des droits sur la ressource et en mettant en évidence la nature des droits qui
gouvernent des communs, Schlager et Ostrom redonnent de l'ampleur à la conception de la
propriété comme faisceau de droits. Elles donnent en effet corps à l'idée que la propriété ne
peut se concevoir que comme relative et partagée entre plusieurs acteurs³¹. Elles autorisent
à penser des formes de propriété partagée au sein même d'une communauté mais aussi des
formes de propriété hybride où la distribution des droits s'opère entre l'État (ou l'autorité
publique) et une communauté³², ou encore entre communauté et individus ou bien encore, entre
État et individus. Ainsi conclut Ostrom :

*Thus, where many individuals will work, live, and play in the next century will be governed and
managed by mixed systems of communal and individual property rights* (Ostrom, 2000, p. 352).

Conclusion

84 Arrivée au terme de cet article et au regard du chemin parcouru depuis notre première
rencontre avec la littérature sur les faisceaux de droits et la thématique des communs mais
aussi, consciente du chemin qu'il reste à tracer, nous souhaiterions que le lecteur envisage la
lecture de cet article comme un agenda de recherche, comme une invitation à saisir les défis
intellectuels et politiques qu'il y a à investir la question de la propriété commune ou partagée
au XXI^e siècle. Si cette question a traversé l'histoire, il est indéniable que se jouent autour
d'elle, aujourd'hui, des enjeux de société considérables. On doit bien sûr beaucoup à Elinor
Ostrom et à l'École de Bloomington dans l'ouverture de cet espace de pensée et bon nombre
de leurs contributions théoriques restent encore à approfondir. Cependant, il nous semble que
le retour à une lecture fine des auteurs comme Commons et les juristes réalistes critiques du
début du XX^e siècle ouvrent des perspectives politiques bien plus grandes que celles qui sont
offertes par Elinor Ostrom et son école de pensée. Chez Ostrom, il y a comme un « chaînon

manquant » : la dimension politique. La remise en cause de la notion de propriété exclusive, notamment, est peu ou pas explorée. De même pour Ostrom, l'objectif est quasi-immuable : appréhender la question de la gestion collective des ressources naturelles dans une optique de viabilité des systèmes socioécologiques³³. Opérer un déplacement du questionnement sur le terrain du partage et de la distribution des richesses nous paraît pouvoir donner une tout autre portée et dimension à la problématique de la propriété commune ou partagée.

85 Bien sûr, la conception de la propriété comme faisceau de droits est porteuse d'une limite intrinsèque : son inscription dans la tradition de la *common law*. Qu'en est-il en matière de droit européen par exemple, ou, plus encore, au regard du droit français ? Y a-t-il eu débats et refondation de la théorie de la propriété ? Et ailleurs, dans les pays du Sud par exemple, comment ont évolué les différentes conceptions de la propriété ? Sur quelles bases juridiques et coutumières ? Peut-on observer une migration du concept de faisceau de droits ?

86 Poursuivre la réflexion sur les fondements et les formes possibles de propriétés communes ou partagées en mobilisant l'approche par les faisceaux de droit nous paraît relever d'enjeux nombreux et d'envergure. Les questions de propriété ont été délaissées par les économistes ou laissées aux mains de ceux qui en ont fait un outil déterminant de l'efficacité de marché. Aujourd'hui, c'est la connaissance elle-même qui se trouve aux prises avec la logique de marché et de propriété privée. Cette même connaissance qui fut pendant longtemps considérée par la théorie économique comme un bien public, par nature inappropriable mais étrangement similaire au *res nullius* des juristes, « ces choses qui ne sont pas encore appropriables mais qui pourraient l'être un jour puisqu'elles sont inscrites elles aussi sous l'horizon théologique de la communauté négative, et que l'extension de l'empire de l'homme est indéfinie » (Xifaras, 2004, p. 502). Elinor Ostrom a ouvert la voie pour penser différemment la propriété. Désormais, il s'agit d'aller au-delà. Nous espérons avoir fourni ici les premiers éléments d'analyse permettant de jeter les bases de ce qui pourrait constituer un programme de recherche futur sur les fondements institutionnels et juridiques de la propriété comme faisceau de droits, susceptible de nourrir le développement d'une pensée alternative de la propriété pour le XXI^e siècle.

Bibliographie

- Alchian A.A. (1965), "Some Economics of Property Rights", *Il Politico*, n° 30, p. 816-29.
- Alchian A.A., Demsetz H. (1973), "The Property right paradigm", *Journal of Economic History*, (33), March, p. 16-27.
- Balkin J.M. (1986), "Learning Nothing and Forgetting Nothing: Richard Epstein and the Takings Clause", *Faculty Scholarship, Series*. Paper 295, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/295
- Bennet M. (2011), « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », *Klesis – Revue philosophique*, n° 21, *Philosophie analytique du droit*, p. 133-156.
- Bloch M. (1999), *La Terre et le Paysan. Agriculture et vie rurale aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Armand Colin.
- Bromley D. (1988), "Resource and Environmental Economics: Knowledge, Discipline, and Problems", *Agricultural and rural areas approaching the twenty first century: Challenges for agricultural economics*, p. 208-30.
- Bromley D. (1991), *Environment and Economy: Property Rights and Public Policy*. Oxford, UK; Cambridge, USA: Blackwell.
- Chanteau J. P., Labrousse A. (2013), « L'institutionnalisme méthodologique d'Elinor Ostrom : quelques enjeux et controverses », *Revue de la régulation*, n° 14, décembre.
- Claeys E.R. (2009), "Property 101: Is Property a Thing or a Bundle?", *Seattle UL Rev.* n° 32, p. 617-631.
- Coase R. H. (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3 October, p. 1-44.
- Cooter R., Ulen T. (1988), *Law and Economics*. Boston: Pearson Addison Wesley.
- Commons J.R. (1893), *The Distribution of Wealth*, Macmillan and Co., London.
- Commons J.R. (1924), *The legal foundations of capitalism*, New York: The Macmillan Company.

- Coriat B. (2013), « Le retour des communs. Sources et origines d'un programme de recherche », *Revue de la régulation*, n° 14, décembre.
- Cox S. (1985), "No Tragedy on the Commons", *Environmental Ethics*, n° 7, p. 49-62.
- da Costa I. (2010), « L'institutionnalisme de John Commons et les origines de l'État providence aux États-Unis », *Revue Interventions économiques* [En ligne], <http://interventionseconomiques.revues.org/1283>.
- Demélas M. D, Vivier N. (dir.) (2003), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Rennes, Presses universitaires de Rennes.
- De Moor T. (2009), "Avoiding tragedies: a Flemish common and its commoners under the pressure of social and economic change during the eighteenth century", *The Economic History Review* (62), p. 1-22.
- De Moor T. (2011), "From common pastures to global commons: A historical perspective on interdisciplinary approaches to commons", *Natures Sciences Sociétés*, vol. 19, p. 422-431.
- Demsetz H. (1967), "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, (57/2) Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, p. 347-359.
- Epstein R.A. (1995), *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press.
- Epstein R.A. (1997), "A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules", *Yale Law Journal*, vol. 106, n° 7, p. 2091-2120.
- Epstein R.A. (2011), "Bundle-of-Rights Theory as a Bulwark Against Statist Conceptions of Private Property", *Econ Journal Watch Scholarly Comments on Academic Economics*, vol. 8, n° 3, p. 223-235.
- Fennell A. (2011), "Ostrom's Law: Property Rights in the Commons", *International Journal of the Commons*, Vol. 5, n° 1, p. 9-27.
- Fried B. (1998), *The progressive assault on laissez faire: Robert Hale and the first law and economics movement*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Gauthier F. (2002), « À l'origine de la théorie physiocratique du capitalisme, la plantation esclavagiste. L'expérience de Le Mercier de la Rivière, intendant de la Martinique », *Actuel Marx*, vol. 2, n° 32, p. 51-72.
- Hale R. (1922), "Rate Making and the Revision of the Property Concept", *Columbia Law Review*, vol. 22, n° 3, p. 209-216.
- Hardin G. (1968), "The Tragedy of the Commons", *Science*, vol. 162, p. 1243-1248.
- Hess C. et Ostrom E. (eds) (2007), *Understanding Knowledge as a Commons*, Cambridge (Mass.) and London: The MIT Press.
- Hohfeld W.N. (1913), "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, (23), p. 16-59.
- Jamin C. (2010), « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », *Droit* (51).
- Johnson D.R. (2007), "Reflexion on the bundle of rights", *Vermont Law Review*, vol. 32, n° 247, p. 248-271.
- Kirat T. (1999), *Économie du droit*, éditions la Découverte.
- Kirat, T., Melot M. (2006), « Du réalisme dans l'analyse économique des conflits d'usage : les enseignements de l'étude du contentieux dans trois départements français (Isère, Loire-Atlantique, Seine-Maritime) », *Développement durable et territoires*, Dossier 7 [En ligne] <http://developpementdurable.revues.org/2574?lang=en>
- Klein R., Robinson J. (2011), "Property: A Bundle of Rights? Prologue to the Property Symposium", *Econ Journal Watch Scholarly Comments on Academic Economics* (8/3), p. 193-204.
- Magnan de Bornier J. (1993), « Efficacité ou éthique : les fondements de la propriété chez les Autrichiens », *Journal des Économistes et des Études Humaines*, vol. 5, n° 1, p. 105-126.
- Merrill T.W., Smith H.E. (2001), "What happened to property in law and economics?", *The Yale Law Journal* (2), p. 357-398.
- Merrill T.W., Smith H.E. (2007), *Property: Principles and Policies*, Foundation Press.
- Mossoff, A. (2001), "Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800", *Hastings Law Journal* (52), p. 1255-1322.

- Mossoff A. (2009), "Use and Abuse of IP at the Birth of the Administrative State", *University of Pennsylvania Law Review* (157), p. 2001-2050.
- Neeson J.M. (1993), *Commoners: Common right, enclosure and social change in England, 1700-1820*, Cambridge New York Melbourne: Cambridge University Press.
- Neeson J.M. (1999), « La clôture des terres et la société rurale britannique : une revue critique », trad. par Hannah Collings, *Histoire, économie et société*, n° 18, p. 83-106.
- Nicita A., Rizzolli M., Rossi M.A. (2007), "Towards a Theory of Incomplete Property Rights", *American Law & Economics Association Annual Meetings*, working paper n° 42, bepress: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=2037&context=alea>
- Ostrom E. (2000), "Private and common property rights", In *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II, *Civil Law and Economics*, Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (ed.), Cheltenham, England: Edward Elgar, p. 332-379.
- Ostrom E. (2009), "Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems", disponible à : http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf
- Patault A.M. (1989), *Introduction historique au droit des biens*, PUF.
- Penner J.E. (1996), "The 'bundle of rights' picture of property", *UCLA Law Review* (711):711-818.
- Piel J. (2003), « Les formes de propriété collectives au Pérou de 1750 à 1920 », in *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Démélas M. D. et Vivier N. (dir.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, p. 259-280.
- Rose C.M. (1998), "The Several Futures of Property: Of Cyberspace and Folk Tales, Emission Trades and Ecosystems". *Minnesota Law Review* (83), p. 129-182.
- Schlager E., Ostrom E. (1992), "Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis", *Land Economics*, (68/3): 249-262, University of Wisconsin Press.
- Sobral Neto M. (2003), « Biens et usages communaux au Portugal (1750-1950) », in *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Démélas M. D. et Vivier N. (dir.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, p. 175-194.
- Steiner P. (1987), « Le projet physiocratique : théorie de la propriété et lien social », *Revue économique*, (38/6), p. 1111-1128.
- Stone K. (2009), "John R. Commons and the Origins of Legal Realism; Or, The *Other* Tragedy of the Commons" in *Hamilton, D & Brophy, A, Transformation in American Legal History*, vol. 2, Harvard University Press.
- Thompson E.P. (1991), *The making of the English working class*, Rev. ed. London: Penguin Books.
- Thompson E.P. (1993), *Customs in common- Studies in Traditional Popular Culture*, The New Press.
- Vivier N. (1998), *Propriété collective et identité communale, les biens communaux en France 1750-1914*, Publications de la Sorbonne.
- Vivier N. (2003), « Introduction », in *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Démélas M. D. et Vivier N. (dir.), Rennes, Presses Universitaires de Rennes, pp. 15-34.
- Xifaras, M. (2004). *La propriété, étude de philosophie du droit*, PUF.
- Weinstein O. (2013), « Comment comprendre les "communs" : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », *Revue de la régulation*, n° 14, décembre.

Notes

1 L'expression « en attendant Ostrom » constitue une facilité de langage et nous ne souhaitons en aucun cas éluder tous les travaux réalisés sur les régimes de propriété commune de l'École de Bloomington. Voir par exemple Bromley (1988 ; 1991). Pour une vue exhaustive, le lecteur pourra se référer à la bibliographie d'Ostrom (2000). Toutefois, nous considérons que l'article de Schlager et Ostrom (1992) marque un vrai événement en matière de conceptualisation de la propriété commune comme nous nous en expliquons par la suite.

2 On pense bien évidemment ici à la critique autrichienne du socialisme. Voir Magnan de Bornier (1993) pour une analyse de la propriété chez les autrichiens.

3 On le sait, les physiocrates sont considérés comme ayant donné naissance à la première théorie économique de la propriété, laquelle place la propriété privée au centre du système productif agricole qu'organisent *les riches fermiers* et grands propriétaires fonciers. Pour plus de détail sur le projet physiocratique voir par exemple (Steiner, 1987 ; Gauthier, 2002).

4 Cet exemple est précisément développé dans Demsetz (1967).

5 Pour l'exposé complet de cet exemple se référer à Alchian et Demsetz, (1973, p. 20).

6 Notons qu'aussi bien chez Hardin que chez Demsetz et Alchian, la propriété publique est reconnue sans pour autant que son rôle économique et social soit développé.

7 Pour une histoire des terres communes en France voir notamment Vivier (1998).

8 Pour une analyse historique des droits coutumiers et de la signification juridique de la coutume en Angleterre voir en particulier Thompson (1993).

9 Sur l'histoire de la société paysanne française voir en particulier les travaux de March Bloch (1999).

10 Selon Jean Piel, jusque-là, outre leur caractère épars, plusieurs des travaux traitant des communs sont restés pendant toute une époque « hypnotisés par la question de la survivance de l'institution communautaire, de ses caractères ethniques et de ses conséquences politiques, la plupart se sont peu interrogés sur les conditions matérielles de reproduction historique des phénomènes de droit et de culture dont ils prétendaient rendre compte » (Piel, 2003, p. 296).

11 Voir notre traduction française de l'article de Laerhoven et Ostrom (2007) dans ce dossier.

12 Selon Jamin au moment de son essor, ce mouvement insuffla y compris en France « le doute sur un très grand nombre de croyances fortement ancrées chez les juristes : sur la naturalité des catégories juridiques, l'incapacité à se mettre au contact des faits autrement qu'en les assujettissant aux classifications juridiques préétablies, la distinction des sphères publiques et privées, la cohérence et l'autonomie du droit, voire sa neutralité axiologique, ou encore, car la liste n'est nullement exhaustive, son éventuelle indétermination » (Jamin, 2010).

13 Voir en particulier l'article de l'un des pères fondateurs du réalisme juridique, Hale (1922).

14 Le domaine éminent est une prérogative de l'État l'autorisant à s'approprier une propriété privée pour une « utilisation publique » sans consentement du propriétaire. Le domaine éminent, appelée encore clause du « *takings* » est inscrite dans la Constitution des États-Unis avec obligation d'une « juste compensation ». Cette clause et son interprétation font l'objet de bon nombre de polémiques. Voir Epstein (1995), Balkin (1986).

15 Les travaux d'Hohfeld ont fait et font toujours l'objet de controverses. Ces controverses dépassent le cadre de cet article. Néanmoins le lecteur peut notamment se référer à Penner (1996). On trouvera aussi dans Bennet (2011) des références utiles.

16 Voir *infra* encadré 1.

17 Pour cela, indique Matthieu Bennet, on recourait aux *labor injunctions* :

« Il s'agissait de procédures très rapides (parfois en quelques heures à peine), qui permettaient à un employeur de faire interdire tout rassemblement devant son établissement de la part d'employés extérieurs (syndiqués le plus souvent) qui viendraient manifester leur soutien à des employés grévistes de son établissement ». (Bennet, 2011, p. 150).

18 La citation suivante extraite de l'article de Merrill et Smith semble assez bien traduire cette idée selon laquelle ce qui importe n'est pas la chose concernée, ni même sa nature, mais bien les relations juridiques entre personnes. Le droit de propriété est conçu non plus comme un droit réel mais comme un droit personnel « *Property is a composite of legal relations that holds between persons and only secondarily or incidentally involves a "thing". Someone who believes that property is a right to a thing is assumed to suffer from a childlike lack of sophistication-or worse* » (Merrill, Smith, 2001).

19 Sur ce point voir notamment da Costa (2010).

20 Voir en particulier Nicita *et al.* (2007).

21 Ce au prix, notons-le, de multiples impasses et contradictions sur lesquelles nous ne reviendrons pas ici. Voir sur ce point Nicita *et al.* (2007) et Klein et Robinson (2011).

22 À ce titre, il est intéressant de signaler que l'on retrouve cette mise au premier plan du droit d'exclure y compris chez les auteurs qui s'opposent pour autant farouchement à la conception de la propriété en termes de *bundle of rights* et militent pour une refondation de la théorie (ainsi que de la pratique) de la propriété en termes de droit réel (« *in rem* ») (Merrill, Smith, 2001 ; 2007 ; Claeys, 2009).

23 Cf. les réflexions précises sur ce point conduites dans l'ouvrage NRC, 1986 et rappelées dans Coriat (2013).

24 Sur ce point particulier Voir Rose (1998).

25 Rappelons que cette analyse est développée dans deux principaux articles : Schlager et Ostrom (1992) et Ostrom (2000).

26 Schlager et Ostrom identifient un troisième niveau qui est le niveau constitutionnel, mais sa place dans l'approche que les auteures développent semble mineure. Voir Schlager et Ostrom (1992, note de bas de page 2).

27 « *The authority to devise future operational-level right is what makes collective-choice rights so powerful* »

28 « *A property right is the authority to undertake particular actions related to a specific domain (Commons, 1924). For every right an individual holds, rules exist that authorize or require actions in exercising that property right* »

29 « *Groups of individuals are considered to share communal property rights when they have formed at least the collective-choice rights of management and exclusion in relationship to some defined resource system and the resource units produced by that system* ».

30 « *Assigning full ownership rights does not guarantee an avoidance of resources degradation and overinvestment* ».

31 Notons aussi que les régimes de propriété peuvent combiner des droits dit *de jure* lorsqu'ils émanent et sont reconnus par l'État et des droits dits *de facto* lorsqu'ils sont uniquement créés par la communauté. Voir Schlager et Ostrom (1992, p. 254).

32 Schlager et Ostrom donnent plusieurs exemples de régimes de propriété mixant une propriété d'État de type *ownership* avec une propriété commune de type *proprietorship*

33 Notons cependant qu'avec l'ouvrage coédité avec Charlotte Hess (Hess, Ostrom, 2007), cette problématique est étendue aux domaines des communs informationnels et culturels.

Pour citer cet article

Référence électronique

Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation* [En ligne], 14 | 2e semestre / Autumn 2013, mis en ligne le 14 février 2014, consulté le 02 juillet 2015. URL : <http://regulation.revues.org/10471>

À propos de l'auteur

Fabienne Orsi

Chargée de recherche à l'Institut de Recherche pour le Développement, SESSTIM, UMR IRD/INSERM/ Aix-Marseille Université, fabienne.orsi@ird.fr

Droits d'auteur

© Tous droits réservés

Résumés

En mobilisant une certaine manière de concevoir la propriété, en termes de faisceau de droits, les travaux d'Ostrom sur la propriété ouvrent un véritable espace pour penser la propriété commune aujourd'hui. Cet article propose d'éclairer la portée des travaux d'Ostrom en les situant dans l'histoire du concept de faisceau de droits et des enjeux politiques et intellectuels associés à ce concept. Initiée par John Commons et les juristes critiques américains du début du XX^e siècle, cette conception de la propriété est ensuite récupérée par les penseurs libéraux. En mobilisant l'approche par les faisceaux de droits dans la lignée revendiquée de Commons, Ostrom opère alors un renversement des positions de « l'école des droits de propriété » pour proposer une conceptualisation inédite de la propriété commune.

Elinor Ostrom and the bundle of rights: a new space for thinking about common property

By adopting a certain approach to property, in terms of a *bundle of rights*, Ostrom's work on property opens up a real space for thinking about common property today. This article

appraises the significance of Ostrom's work by situating it within the history of the concept of the *bundle of rights* and the political and intellectual issues related to that concept. First developed by John Commons and American critical jurists of the early 20th century, this conception of property was then picked up by liberal theorists. By returning to the line advocated by Commons in her bundle of rights approach, Ostrom has overthrown the positions of the "property rights school" to propose a completely new conceptualisation of common property.

Elinor Ostrom y los abanicos de derechos: la apertura de un nuevo espacio para pensar la propiedad común

Movilizando de una cierta manera de concebir la propiedad en términos de abanico de derechos, los trabajos de Ostrom sobre la propiedad abren un verdadero espacio para pensar la propiedad común en nuestros días. Este artículo se propone iluminar la significación de los trabajos de Ostrom situándolos en la historia el concepto de abanico de derechos y los desafíos políticos e intelectuales asociados a este concepto. Iniciado por John Commons y los juristas americanos críticos de comienzos del siglo XX, esa concepción de la propiedad fue luego recuperada por los pensadores liberales. Movilizando el enfoque de los abanicos de derechos en la línea reivindicada por Commons, Ostrom opera una desactivación de las posiciones de la « escuela de los derechos de propiedad » para proponer una conceptualización inédita de la propiedad común.

Entrées d'index

Mots-clés : Ostrom, faisceau de droits, John Commons, théories des droits de propriété, propriété commune, réalisme juridique

Keywords : Ostrom, bundle of rights, John Commons, property rights theories, common property, legal realism

Palabras claves : Ostrom, abanico de derechos, John Commons, teorías de los derechos de propiedad, propiedad común, realismo jurídico

Codes JEL : P14 - Property Rights, K11 - Property Law, B15 - Historical; Institutional, P26 - Political Economy; Property Rights

Notes de l'auteur

Une première version de cet article a été présentée et discutée à deux reprises : une première fois à l'occasion du séminaire international du projet ANR Propice, à Paris en avril 2013 puis, lors du colloque « Culture des républicanismes », à l'université de Rouen en novembre 2013. Je remercie tout particulièrement Mikhaïl Xifaras, Florence Gauthier et Yannick Bosc pour les échanges riches et stimulants que nous avons eus dans les domaines du droit et de l'Histoire et qui ont profondément nourri la rédaction de cet article. J'adresse aussi mes chaleureux remerciements à l'ensemble des coordinateurs de ce dossier ainsi qu'à Thomas Lamarche pour leurs encouragements, leurs conseils – souvent très judicieux, ainsi que pour leur soutien et leur solidarité.