



HAL
open science

À l'ombre du Léviathan : Coutume et propriété comme “ faisceau de droits ” de Henry Sumner Maine à Elinor Ostrom

Marc Goëtzmann

► **To cite this version:**

Marc Goëtzmann. À l'ombre du Léviathan : Coutume et propriété comme “ faisceau de droits ” de Henry Sumner Maine à Elinor Ostrom. Philosophie. COMUE Université Côte d'Azur (2015 - 2019), 2019. Français. NNT : 2019AZUR2029 . tel-04368853

HAL Id: tel-04368853

<https://theses.hal.science/tel-04368853>

Submitted on 2 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE DE DOCTORAT

À l'ombre du Léviathan

Coutume et propriété comme « faisceau de droits » de
Henry Sumner Maine à Elinor Ostrom

Marc GOETZMANN

Centre de Recherche en Histoire des Idées (CRHI)

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en Philosophie**
d'Université Côte d'Azur

Dirigée par : Pierre-Yves Quiviger

Co-encadrée par : Mélanie Plouviez

Soutenue le : 5 décembre 2019

Devant le jury, composé de :

Frédéric Audren, Directeur de Recherches
CNRS, Sciences Po Paris

Stéphane Chauvier, Professeur, Université
Paris-Sorbonne

Myriam-Isabelle Ducrocq, Maître de
Conférences HDR, Université Paris-
Nanterre

Bruno Karsenti, Directeur d'études, EHESS

À l'ombre du Léviathan

Coutume et propriété comme « faisceau de droits » de
Henry Sumner Maine à Elinor Ostrom

Marc GOETZMANN

Centre de Recherche en Histoire des Idées (CRHI)

Jury

Frédéric Audren, Directeur de Recherches CNRS, Sciences Po Paris

Stéphane Chauvier, Professeur, Université Paris-Sorbonne

Rapporteurs :

Myriam-Isabelle Ducrocq, Maître de Conférences HDR, Université Paris-Nanterre

Bruno Karsenti, Directeur d'études, EHESS

Sommaire

Sommaire	3
Remerciements.....	5
Liste des abréviations et des conventions utilisées	7
Note de traduction.....	9
Introduction	11
Première partie. Le XIX ^e s. britannique et l'épreuve de la colonisation indienne à travers l'œuvre de Henry Sumner Maine.....	55
<i>Premier chapitre.</i> Henry Sumner Maine et la « question indienne ».....	57
<i>Deuxième chapitre.</i> Du « statut au contrat » : une perspective juridique et économique sur le changement social	113
Deuxième partie. Droit coutumier, gestion des ressources et « faisceau de droits »	161
<i>Troisième chapitre.</i> Coutume et droits de propriété.....	163
<i>Quatrième chapitre.</i> La propriété comme faisceau de droits : patrimoine contre maîtrise souveraine	191
Troisième partie. Un autre regard sur la propriété et le droit coutumier au XIX ^e siècle .	245
<i>Cinquième chapitre.</i> De l'Inde à l'Irlande – H. S. Maine et J. S. Mill sur la propriété .	247
<i>Sixième chapitre.</i> Henry Sumner Maine et les « analytiques », Jeremy Bentham et John Austin	335
<i>Septième chapitre.</i> Le droit coutumier et le « Souverain » - <i>contra</i> Hobbes, Bentham et Austin	381
Quatrième partie. Perspectives contemporaines	435
<i>Huitième chapitre.</i> L'appel du Léviathan et la « tragédie des communs ».....	437
<i>Neuvième chapitre.</i> Elinor Ostrom contre le Léviathan.....	489
<i>Dixième chapitre.</i> Communs, mécanismes coutumiers et « faisceau de droits »	519
Conclusion	582
Bibliographie	591
Œuvres de Maine, éditions originales par ordre chronologique	591
Ouvrages de Maine publiés en français, éditions originales	593
Bibliographie générale	594
Table des matières	625

Remerciements

Je remercie bien évidemment mon directeur, Pierre-Yves Quiviger, et ma directrice Mélanie Plouviez. Je me félicite d'avoir répondu avec enthousiasme, il y a de cela un peu plus de quatre ans, à la question de cette dernière, « souhaitez-vous *nous* rejoindre au département de Nice ? ». Ce « nous » était un présage de l'accueil presque familial que j'ai reçu au sein du département de philosophie de l'Université de Nice Sophia Antipolis, désormais Université Côte d'Azur, et de son laboratoire, le Centre de Recherche en Histories des Idées (CRHI). Pierre-Yves Quiviger et Mélanie Plouviez ont en effet su m'accueillir à la fois comme leur étudiant et leur collègue et je leur dois d'avoir su mener à bien ce projet de recherche dans les meilleures conditions possibles, bénéficiant de leur soutien intellectuel, mais pas uniquement. Leur sensibilité aux réalités matérielles du doctorat, dans un contexte où entrer dans le monde de la recherche est un pari quelque peu insensé, a fait toute la différence. C'est surtout grâce à eux que j'ai à la fois pu voir mon projet de recherches évoluer librement et bénéficier de conseils avisés à chaque fois que je le demandais. Ils ont su trouver le moyen d'encadrer mes élans parfois trop enthousiastes, sans jamais brider la créativité nécessaire au jeune chercheur.

Je remercie également Frédéric Audren, Stéphane Chauvier, Myriam-Isabelle Ducrocq et Bruno Karsenti de l'honneur qu'ils me font de participer à ce jury.

Toute ma gratitude va bien sûr à mes collègues, camarades et amis du département de philosophie et du CRHI. Mélanie Plouviez et Grégori Jean s'y sont distingués en tant que directeurs de département pendant l'ensemble de mes années d'enseignement. Je salue leur travail et la façon dont ils ont su traiter les doctorants comme des membres de plein droit de l'équipe enseignante. Grâce à eux, enseigner à Nice fut un plaisir mais aussi une fierté. Au CRHI, que j'ai rejoint sous la direction de Pierre-Yves Quiviger puis de Philippe Audegean, j'ai trouvé une équipe qui a su me considérer comme un collègue à part entière, loin toute hiérarchie universitaire. Merci à Philippe Audegean de montrer autant de considération envers les doctorants de son laboratoire, à la fois comme directeur et comme collègue de recherche. Parmi les autres membres du CRHI, je remercie Grégori Jean, pour son amitié et son soutien, qui ont largement dépassé ses attributions administratives. Merci aussi à Sébastien Poinat d'avoir montré un réel intérêt pour mes travaux. Enfin, je n'oublie pas Laurence Fulconis, secrétaire du CRHI, dont l'efficacité m'a été d'une aide précieuse dans toutes mes activités de recherches.

Merci à Laurent Jaffro pour tout le soutien qu'il m'a apporté, depuis mon master au département de philosophie de l'Université Paris 1, jusqu'à mon retour à la Sorbonne l'an dernier. Je remercie aussi James Bernard Murphy de l'Université de Dartmouth d'avoir montré autant d'intérêt pour mon travail sur la coutume. Comme il est essentiel, lorsque l'on travaille à la croisée de plusieurs sciences sociales, de pouvoir échanger avec des chercheurs et des chercheuses d'autres disciplines, mes remerciements vont à Frédéric Audren et Laetitia Guerlain, à Paolo Silvestri, ainsi qu'à Yara Al Salman et Rutger Claassen pour les événements qu'ils ont organisés et leurs précieux conseils. Je remercie bien évidemment Luke Mason de m'avoir aidé, en compagnie d'Edoardo Frezet, à mener à bien la publication de *Spaces of Custom and Law*, ainsi qu'à Thibaud Zuppinger de m'avoir fait confiance au sein d'*Implications Philosophiques*. Merci aussi à Jean-Louis Halpérin et Pierre Mouseron pour leur enthousiasme concernant les questions coutumières.

Ma gratitude va aussi à Nathalie Cournarie, Laurent Cournarie et Stéphane Robilliard, mes enseignants de classe préparatoire à Saint-Sernin de Toulouse, pour m'avoir mis sur le chemin de la philosophie.

Bien que le doctorat soit fait de chemins qu'on parcourt souvent et malheureusement seul, j'ai eu la chance d'être accompagné par des collègues et amis qui ont cheminé avec moi, et qui ont rendu la route moins solitaire. Je pense ainsi à camarades et amis doctorants du département de philosophie et du CRHI, Clarisse Goudet, Alexandre Bies, Edoardo Frezet, Bertrand Cochard et Salim Abdelmadjid. Nos discussions et leur amitié n'ont cessé de me donner le courage de poursuivre dans cette voie, notamment lorsqu'il venait à manquer. Mes pensées les plus chaleureuses vont bien sûr à Charlotte Chrétien, Melanie Bavaria, Alexandre Puche, Fabrizio Corda, Nicolò Dalvit, Donna Jung, Lucille Bokobza et Fanny-Elizabeth Rollet pour leur amitié.

Parmi tous mes amis, qui ont été nombreux à me soutenir pendant ces quatre années, je tiens à remercier tout particulièrement Etienne Flury, Rémi Gomes Da Silva, Thibault Daudé, Giorgio Mattana, Guillaume Azam et Antoine de Cacqueray Valmenier. Merci à Marie Bétemps, camarade philosophe depuis presque toujours, de m'avoir toujours rappelé que la philosophie devait rester une activité vivante. Merci aussi à Stéphan Pereira et Stanislas Richard pour leur amitié et leurs relectures, et à Bob Cerfontaine pour ses talents de typographe.

Je dois tellement à ma mère, Isabelle Jolibert, que des remerciements paraissent insuffisants. Je lui suis à la fois entièrement redevable de la curiosité et de l'ouverture intellectuelle qui est à l'origine de ce projet de recherche et de la force d'âme qui m'a permis de le mener à bien. Surtout, je porte en moi la résilience qui est notre héritage commun.

Sans aucun doute, cette thèse aurait pris une forme radicalement différente si je n'avais pas rencontré Mario Luca. S'il m'a souvent dit que j'écrivais la thèse qu'il aurait souhaité écrire dans une autre vie, il est certain que cette thèse est telle qu'elle est en grande partie grâce à lui. Nous avons affronté ensemble les moments les plus difficiles de ces quatre dernières années et c'est lui qui m'a appris à faire attention à ne jamais détacher l'activité philosophique de la complexité du réel. Les pages qui suivent portent la marque de sa rigueur sans compromis, de son esprit critique ainsi que de sa patience. J'ai hâte de voir à quoi ressembleront les nombreuses années qui suivront nos soutenances respectives.

Enfin, cette thèse n'aurait peut-être jamais pu aboutir sans le soutien inconditionnel de Guillaume Diana, dont la présence à mes côtés a été déterminante. Si sa maîtrise des outils informatiques et sa rigueur ont été des composantes essentielles de la réalisation de ce document, je ne saurais lui faire l'affront de limiter sa contribution à ces détails techniques. Sa nature bienveillante, son empathie et sa patience sans bornes m'ont permis de surmonter tous les obstacles que j'ai pu rencontrer, et ce depuis bien avant le début de mon doctorat. Un jeune chercheur ne saurait souhaiter meilleur compagnon au quotidien.

Liste des abréviations et des conventions utilisées

cf. : de *confer*, voir

in : dans

op. cit. : de *opus citatum*, ouvrage cité précédemment

ibid. : de *ibidem*, références identiques à une note précédente, présente sur la même page

dir. : ouvrage collectif dirigé par

art. : article

chap. : chapitre

Par commodité, les références aux œuvres de Henry Sumner Maine sont simplifiées. Les œuvres dont le nom n'est pas rappelé appartiennent donc à Maine seul. Le titre complet de ses œuvres est toutefois indiqué, pour éviter toute confusion. John Stuart Mill est aussi généralement désigné comme « Mill », dans le texte comme dans les notes de bas de page, convention que nous appliquons aussi généralement à Elinor Ostrom. Pour tout autre auteur, à l'exception des plus connus, le nom et le prénom sont indiqués une première fois, les autres mentions ne contenant généralement que l'initiale du prénom et le nom.

Note de traduction

Le lecteur pourra remarquer que la quasi-intégralité des citations utilisées sont traduites de l'anglais. Par conséquent, nous ne rappelons pas systématiquement que sommes à l'origine de cette traduction. Nous avons tâché de le rappeler lorsqu'il s'agissait d'une œuvre ou d'un article nouveaux.

Afin de permettre au lecteur de se confronter directement au texte original de toutes les citations traduites, nous avons systématiquement placé les extraits longs en note de bas de page. Certains extraits moins longs sont aussi présents en note, lorsque nous avons estimé que le lecteur pourrait y trouver un quelconque bénéfice.

Nous avons choisi de retraduire les extraits tirés de l'œuvre de Maine, bien qu'il existe une traduction en français pour ses œuvres majeures. Nous n'avons pas souhaité utiliser cette traduction pour trois raisons : tout d'abord, il n'en existe qu'une, faite lors de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle et qui comporte selon nous certaines erreurs et approximations qui seraient dommageables à notre entreprise ; ensuite, utiliser le texte original s'est avéré plus pratique car c'est à lui et aux éditions originales que tous les commentateurs font référence, il nous a donc paru logique de respecter cette pratique ; enfin, il nous a semblé qu'il était nécessaire, par honnêteté intellectuelle, de se confronter directement au texte original et d'en offrir une traduction personnelle et cohérente avec nos propres interprétations.

Concernant certaines œuvres, comme celle d'Elinor Ostrom, *Governing the Commons*, ou encore les œuvres de John Stuart Mill, nous ne nions pas qu'il en existe des traductions de grande qualité. Toutefois, il nous a paru potentiellement confus de ne recourir aux textes originaux que pour certains auteurs de notre corpus principal, et pas pour d'autres. Maine, Mill et Ostrom bénéficient donc d'un traitement spécifique à ce sujet.

Qui plus est, les *Principes d'économie politique* de John Stuart Mill ne sont, du fait de leur longueur, que très partiellement traduits. Il nous aurait paru étrange de recourir à des passages traduits à certains moments, et à traduire nous-mêmes ceux qui n'ont pas fait l'objet de traduction à d'autres. Cette cohérence nous permet aussi de renvoyer à l'édition de référence des œuvres de Mill, les *Collected Works*. Par conséquent, les œuvres de ces trois auteurs sont mentionnées avec leur titre anglais, les *Principes* pour Mill ou *Governing the Commons*, pour Ostrom.

Introduction

« (...) Je préviens mon voisin de l'autre côté de la colline ;
Et nous nous retrouvons un jour pour longer le mur,
Et le dresser entre nous une nouvelle fois.
Nous gardons le mur entre nous en marchant.
Chacun s'occupe des rochers tombés de son côté.
(...)
Chacun dans son camp. Rien de moins :
Là où nous n'avons pas besoin du mur :
Où il n'est que pins et où je ne suis que pommiers
Mes pommiers n'iront jamais de l'autre côté
Pour manger les pommes de ses pins, lui dis-je.
Il répond seulement, 'Les bons enclos font les bons voisins' . »

Robert Frost, « Mending Wall ». Traduction personnelle.

1. Délimitation des axes d'étude

Custom is the fullest manifestation of law in that it presents law's ambivalent dimensions without qualification. Custom is said to be responsive. It is so close to what people do that it is characteristically described as being habitual or as corresponding to a people's habits. If it ceases to change with practice, it cannot still be custom. Yet custom is notoriously taken to be fixed and unchanging. It exists from 'time immemorial'.¹

Si l'on en croit Peter Fitzpatrick, la coutume exprime à la fois toute l'essence et tous les paradoxes du droit comme régime de normativité. D'une certaine façon, elle réalise en effet le rêve du droit : on obéit aux règles sociales qui composent la coutume de manière tellement naturelle qu'il ne s'agit plus que d'une habitude intériorisée, rendant ainsi inutile tout mécanisme de contrainte. La coutume est alors autant un usage constaté qu'une obligation, aplanissant en quelque sorte l'écart entre l'être et le devoir-être. Chacun agit en suivant la coutume, pensant que c'est « ce que l'on fait », et ce que les autres attendent de nous que l'on fasse, ces deux éléments se renforçant mutuellement². Bien sûr, cela place la coutume dans une position difficile face au changement social : si elle ne fait que refléter les pratiques, comment expliquer qu'elle puisse aussi être l'image par excellence de l'inertie des corps sociaux ? Comment une coutume, qui est à la fois ce que l'on fait, ce qu'on a toujours fait et ce que l'on fera donc toujours, peut-elle subir la moindre évolution ? Si la coutume incarne donc un certain aboutissement pour le droit, et explique probablement pourquoi il n'est pas nécessaire de toujours contraindre les individus à respecter les règles sociales, le droit, en tant qu'institution et ensemble de règles, ne saurait s'y réduire, notamment s'il a pour fonction de déterminer les règles dont une société a besoin pour faire face aux circonstances de son existence.

Reste à déterminer si la coutume précède le droit ou le complète, si elle est la source de tout droit ou bien si elle n'est qu'une source du droit. La première possibilité nous pousse

¹ Peter Fitzpatrick, *Modernism and the Grounds of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 68. Nous proposons la traduction suivante :

La coutume est la manifestation la plus complète du droit en ce qu'elle en incarne sans réserve toutes les ambivalences. On dit de la coutume qu'elle est sensible à son environnement. Elle est si proche de ce que les gens font qu'elle est typiquement décrite comme tenant de l'habitude ou comme correspondant aux habitudes d'un peuple. Si elle cesse d'évoluer avec l'usage, elle peut plus être coutume. Pourtant, la coutume est connue pour être immuable. Elle existe « depuis des temps immémoriaux ».

² On peut consulter, à ce sujet, l'excellente typologie des normes de Cristina Bicchieri, voir Cristina Bicchieri, *The grammar of society : The nature and dynamics of social norms*, Cambridge University Press, New York, 2005.

à nous demander si coutume et droit partagent une même nature en tant que formes de régulation sociale, ou si au contraire elles demeurent distinctes. La seconde question a pour enjeu la relégation de la coutume à la périphérie du droit, dans l'ensemble indistinct de ce que John Austin appelle la « moralité positive »³. Ces problèmes se trouvent au cœur de notre étude, dont le point de départ chronologique demeure la question de la spécificité et de l'autonomie de la coutume. Dans la mesure où il était impossible d'embrasser l'ensemble des questionnements et des réflexions sur le sujet, ou même d'en faire rendre compte de manière exhaustive à une époque particulière, nous nous sommes donc concentrés sur une époque particulière : la deuxième moitié du XIX^e siècle britannique, et sur un penseur en particulier, le juriste victorien, Henry Sumner Maine (1822-1888), qui publie son ouvrage le plus célèbre, *Ancient Law*, en 1861⁴.

Ancient Law est surtout connu pour la loi d'évolution sociale de Maine, qui fait passer les sociétés « du statut au contrat »⁵. Toutefois, du point de vue de l'histoire de la philosophie du droit, Maine reste dans les mémoires pour avoir émis, avant H. L. Hart, les critiques les plus directes à l'encontre de *The Province of Jurisprudence Determined* de John Austin⁶. Maine fait ainsi une critique de la conception du droit et du souverain proposée par Austin qui fait grand bruit dans un contexte spécifique : celui de la gestion de l'Inde coloniale, qui est aussi un grand moment de développement pour les sciences sociales, notamment l'anthropologie, développement qui n'est pas sans liens avec les impératifs coloniaux⁷. Plus largement toutefois, Maine adresse une critique à trois auteurs qu'il estime s'être trompés dans une certaine mesure non tout à fait sur la nature du droit, mais sur ses rapports à la coutume : John Austin, Jeremy Bentham et Thomas Hobbes. Maine perçoit ces trois auteurs comme appartenant à une même tradition et lisse ainsi les différences entre leurs théories respectives, pour leur adresser une critique à caractère historique, qui a pour objectif de remettre en cause la validité de leur pensée au-delà des sociétés occidentales modernes.

Si Maine a presque été oublié de nos jours, bien qu'il faille garder à l'esprit qu'*Ancient Law* est resté un *best-seller* incontesté pendant des décennies, la pensée de John Stuart Mill a su s'arracher au contexte particulier de la fin du XIX^e siècle. Cela n'avait pourtant

³ Voir John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined : Being the First Part of a Series of Lectures on Jurisprudence, Or, the Philosophy of Positive Law*, Vol. 2, J. Murray, Londres, 1863.

⁴ Henry Sumner Maine, *Ancient Law : Its Connections with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, John Murray, Londres, 1861. Les mentions futures de cette œuvre se limitent à « *Ancient Law* ».

⁵ *Ibid.*, chap. V.

⁶ Voir Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

⁷ Voir Alan Diamond (dir.), *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine : A Centennial Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

rien d'évident, le jeune Mill ayant lui-même grandi dans l'ombre de son père, James Mill, auteur de d'une fameuse *History of British India*⁸. À leur époque, Mill et Maine sont probablement autant présents l'un que l'autre à l'esprit de leurs contemporains. Si *Ancient Law* est une lecture obligatoire pour tous les officiers coloniaux, les *Principles of Political Economy* de Mill sont aussi au centre de toutes les discussions de son époque, notamment celles qui, en Inde, agitent les officiers coloniaux au sujet de l'applicabilité de la théorie ricardienne de la rente⁹. On notera le point commun entre ces différents auteurs : l'Inde est au centre de toutes leurs préoccupations. Stuart Mill a travaillé comme assistant de son père, à Londres, à l'*Indian Office*. Il a préparé des rapports destinés aux officiers coloniaux pendant des décennies. Maine, quant à lui, a occupé le poste de *legal member*, en Inde elle-même, au sein du conseil du Viceroy.

Maine et Mill ne partageaient donc pas simplement des repas dans leurs foyers respectifs à Londres. Leur pensée portait sur des objets communs¹⁰. On ne saurait réellement dire que l'un a un impact direct sur l'œuvre de l'autre : il s'agit plutôt de deux auteurs aux intérêts similaires, dont les pensées entrent régulièrement en contact direct, sans pour autant partager un projet commun, et montrant parfois des divergences importantes. Une chose est sûre toutefois : le contexte indien et le contexte politique anglais en général sont focalisés sur la question de la propriété. Maine comme Mill consacrent d'importantes parties de leurs ouvrages à cette question centrale à une époque où pointent des critiques à l'encontre de l'institution de la propriété individuelle. Maine n'est qu'un des auteurs dont Mill s'inspire, utilisant leurs travaux, pour défendre la possibilité du collectivisme, ou bien exiger la limitation des droits des grands propriétaires terriens anglais et irlandais. Le contexte indien est par conséquent déterminant dans la pensée de ces deux auteurs, mais c'est plus précisément l'articulation entre les questions posées par la gestion de l'Inde et celles d'ordre politique qui secouent la scène politique anglaise, qui est un fort point commun entre ces deux auteurs.

⁸ James Mill, *The History of British India*, Baldwin, Cradock and Joy, Londres, 1817.

⁹ Voir John Stuart Mill, *Principles of Political Economy with Some of Their Applications to Social Philosophy*, livres I et II, in *Collected Works*, vol. II. Voir *Collected Works of John Stuart Mill*, J. M. Robson (dir.), University of Toronto Press, Toronto, Routledge and Keagan Paul, Londres, 1963-1991, 33 vol. Les références ultérieures se limitent à J. S. Mill, *Collected Works*. Pour les *Principles of Political Economy*, on se contentera d'indiquer *Principles*, in *Collected Works*, avec les références aux livres, chapitres et pages correspondants. L'intégralité des *Principles* n'étant pas traduite en français, notamment dans certains passages de grand intérêt pour ce travail, il nous paraît préférable, comme pour les œuvres de Maine, de faire référence à la version anglaise.

¹⁰ Voir la lettre de John Stuart Mill à Henry Sumner Maine du 30 mars 1871 in John Stuart Mill, *Collected Works*, vol XVII, « The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1973 », part. IV, <https://oll.libertyfund.org/titles/165>.

Les constats suivants ont donc déterminé le corpus et les thématiques de notre travail : tout d'abord, la question de la propriété est prégnante pour les penseurs britanniques qui s'intéressent au droit et à la politique au XIX^e siècle, leurs réflexions étant nourries par des études historiques ou anthropologiques ayant pour but de présenter l'histoire et la pluralité des régimes de propriété ; ensuite, c'est dans ce cadre qu'une réflexion sur le droit coutumier et la souveraineté va s'élaborer, et que l'idée de propriété comme « faisceau de droits » va émerger ; enfin, le fait que deux auteurs aussi importants de cette époque que Maine et Mill partagent autant de points de convergence sur ces sujets malgré leurs intérêts divergents nous a conduits à penser que reconstituer leur dialogue serait particulièrement pertinent, afin de remarquer l'originalité tout autant que la représentativité de leur pensée.

Le surplus d'attention accordé à Maine dans ce travail a pour but de corriger l'illusion produite par le passage du temps : Mill étant un auteur particulièrement commenté encore aujourd'hui, il nous a paru nécessaire de prendre tout l'espace nécessaire pour développer la pensée de Maine. Qui plus est, ce dernier propose des avancées importantes sur la thématique sous-jacente de notre travail, la nature de la coutume, qu'il lie à des considérations essentielles sur la propriété, par sa description du droit de propriété comme « faisceau de droits ».

Nous avons choisi, par la suite, de consacrer une dernière partie de ce travail à des perspectives contemporaines, en conservant à l'esprit les remarques de Maine et de Mill sur les sujets qui les préoccupaient. Afin de proposer le début d'une histoire du concept de « faisceau de droits », il nous a aussi paru nécessaire d'étudier le moment « contemporain » de son succès à travers la pensée d'Elinor Ostrom. Si une histoire de ce concept reste à faire, nous faisons l'hypothèse que son utilisation par Ostrom réactive sa fonction d'origine, longtemps après que le concept soit devenu courant dans le vocabulaire juridique aux États-Unis. L'une des ambitions de ce travail est donc de comprendre ce que l'idée de « faisceau de droits » veut dire dans le contexte qui lui est propre, afin de lui donner davantage de substance que ne le font ses critiques, comme ceux qui en font un usage trop fréquent pour être rigoureux.

2. Le problème de l'autonomie de la coutume

Comment penser l'autonomie de la coutume par rapport aux deux formes de normativité que sont la *morale*, d'une part, et le *droit* d'autre part ? Ce travail a en effet pour ambition sous-jacente de dégager l'espace nécessaire pour penser un véritable *droit coutumier*, qui ne serait pas une simple région du droit (dont la coutume serait la source) mais qui serait un mode de régulation spécifique, avec ses mécanismes propres. Il s'agirait alors d'éviter un certain nombre de « réductions » visant la notion de coutume. Deux formes de réductions la concernent particulièrement. Tout d'abord, elle ne serait qu'une simple *source* du droit, comme nous l'avons évoqué, à la fois dans le sens technique du juriste où elle est un ensemble normatif parmi d'autres, comme les lois ou les décrets, et dans le sens commun d'origine ou de fondement. Considérer ainsi la coutume implique un présupposé fort à son propos : au mieux, la coutume serait un pan du droit parmi d'autres et, au pire, elle serait un droit tronqué, parce qu'elle ne posséderait pas les instruments nécessaires pour être contraignante par elle-même, au-delà du droit. La coutume comme origine du droit devrait passer par le droit, être juridicisée, pour devenir véritablement contraignante. Ensuite, la coutume est souvent réduite aux « mœurs », à un ensemble de pratiques, d'usages. Ainsi, la coutume serait caractérisée par un faible degré de normativité, à cause de la distinction ténue voire inexistante entre le fait et la norme. La coutume est suivie parce qu'elle est « ce qui se fait », alors que l'idée de la morale, comme celle du droit, implique un divorce entre les faits et la norme. Le *devoir-être* est alors détaché de l'*être* précisément parce qu'il entend explicitement le réguler, aller à l'encontre des faits, ce qui suppose la possibilité de sanctionner le comportement « déviant ».

À l'opposé, considérer la coutume comme un devoir-être paraît presque paradoxal : elle ne régule pas les comportements de la même façon puisque qu'elle n'est coutume que parce que les individus se comportent déjà comme ils le doivent. Considérer la coutume comme un devoir-être serait donc problématique. Les *règles* de la coutume sont en effet, selon ce raisonnement, tirées d'un raisonnement inductif : c'est le constat que les individus se comportent ainsi qui permet de formuler une règle. C'est la raison pour laquelle il semble presque étrange d'exiger, comme double *preuve* de la coutume, qu'elle soit un fait constatable empiriquement et qu'elle soit simultanément considérée comme un devoir-être, une règle comme celle du droit et de la morale¹¹. Nous souhaitons extirper la coutume de cette

¹¹ On renverra à la double « preuve » de la coutume, le constat d'une pratique régulière et effective d'une part, et l'existence d'une acception subjective de la coutume comme source d'obligation, ou *opinio juris*.

impasse, en rejetant la réduction de la coutume aux pratiques, aux usages, ou aux mœurs. Parler alors de coutume ou de droit coutumier est un problème : le premier terme renvoie systématiquement à cette réduction au fait, tandis que le deuxième situe immédiatement la coutume dans le périmètre du droit et des institutions modernes. Par conséquent, aucun de ces termes n'est adéquat. C'est pourquoi il serait sans doute plus correct de parler de la spécificité des *systèmes* coutumiers, ou des *institutions* coutumières, et que le simple terme de coutume sera évité là où il s'agira précisément de comprendre quels sont les mécanismes spécifiques des systèmes coutumiers. Cela nous permettrait d'envisager la régulation sociale autrement qu'avec les instruments spécifiques du droit moderne et de ses institutions, et notamment au-delà de la *sanction* juridique, caractéristique du « Souverain » tel qu'il est décrit par John Austin¹². Il s'agirait aussi d'éviter toute réduction de la coutume aux seules modalités qui rendent la morale contraignante, comme par exemple la honte comme pression directe ou indirecte par les pairs.

Bien que le débat sur la distinction entre droit et morale ne soit en aucun cas l'objet central de notre réflexion, il nous semble qu'une réflexion sur les modes de régulation sociale qui ne sont ni ceux de la morale ni ceux spécifiquement juridiques permet d'établir davantage une continuité qu'une distinction entre droit et morale, et de plaider pour une complémentarité des différents modes de normativité. C'est notamment ce que permet l'exploration de la pensée d'auteurs comme Mill et Maine. L'intention à l'origine de cette étude est en effet de comprendre comment un problème précis, celui de la colonisation et de la gestion de l'Inde, avec les questions qu'il soulève sur la question de la propriété et de la codification juridique, permet de proposer une définition autonome du droit coutumier, qui ne serait alors plus une forme inférieure de normativité. Nous verrons notamment comment ces auteurs de la seconde moitié du XIX^e siècle se confrontent à un paradigme qui s'exprime de façon particulièrement claire dans la pensée du juriste John Austin, considéré par Mill et Maine comme le descendant de Jeremy Bentham et de Thomas Hobbes. Nous chercherons à montrer, dans un tel cadre, comment la coutume se situe à la fois *en-deçà* et *au-delà* du droit, dans le sens où elle fournit à la fois des modes de régulation pré-juridiques et se trouve être la garante de la stabilité des relations sociales en remplissant des fonctions qui viennent en complément de celles du droit.

¹² J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*

Plus spécifiquement, il s'agira tout d'abord de comprendre comment l'étude de systèmes de propriété non-étatiques, que l'on peut provisoirement qualifier de *collectifs*, permet à de tels auteurs de critiquer les conséquences de l'hégémonie d'une certaine conception absolutiste de la propriété individuelle. Leur démarche permet alors de faire le lien entre la question des mécanismes spécifiques aux systèmes coutumiers et la description de la propriété comme *faisceau de droits*. Cette étude a donc pour ambition, dans une perspective non pas seulement comparatiste, mais proprement généalogique, d'analyser un moment de gestation particulièrement fécond du concept désormais incontournable de faisceau de droits lorsqu'il s'agit de la propriété. Nous souhaitons ainsi comprendre comment une théorie des *commons* repose nécessairement sur une conception de la propriété comme un tel faisceau de droits et impose de prendre en compte des mécanismes de régulation sociale qui sont le propre du droit coutumier. Aussi, nous verrons comment Maine ainsi que Mill articulent la question de la propriété, de la coutume et celle du développement économique d'une façon tout à fait pertinente pour les interrogations que soulèvent le développement économique et social, dans certains contextes, notamment post-coloniaux.

3. Un ensemble de problèmes récurrents

Se permettre de tels parallèles, à plus d'un siècle de distance, se justifie par la récurrence de thématiques au sein d'un type de problèmes similaires. Comparons ainsi les propos de Henry Sumner Maine avec ceux de Martha Nussbaum. Pour Nussbaum,

Des lois inégalitaires en matière de propriété et d'héritage contribuent à la mise au ban des jeunes filles indiennes (...) Les systèmes de droit privé fondés sur la religion, qui existent en Inde depuis l'indépendance, régissent la propriété et l'héritage ainsi que le droit familial. Ils institutionnalisent l'inégalité intrinsèque des femmes.¹³

Pour Maine :

Le droit Hindou écrit telle qu'il existe, mélange de préceptes religieux, moraux et juridiques, se distingue particulièrement par la rigueur avec laquelle il conserve actives un grand nombre d'obligations que l'on peut faire visiblement faire remonter à l'ancien

¹³ Martha Nussbaum, *Capabilités : Comment créer les conditions d'un monde plus juste ?*, Solange Chavel (trad.), Flammarion, Paris, 2012. Pour le texte original, voir Martha Nussbaum, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts et Londres, 2011, p. 4 :

Unequal laws of property and inheritance contribute to the predicament of India's daughters (...) The religion-based system of personal law that have existed in India since Independence govern property and inheritance as well as family law. All the system institutionalizes large inequalities for women.

despotisme de la Famille et à sa dureté excessive à l'égard de la liberté des femmes de disposer de leurs biens comme de leur personne.¹⁴

Malgré plus d'un siècle et demi d'écart, Sumner Maine et Martha Nussbaum font le même constat : les inégalités de développement, et plus précisément ici les inégalités de genre, proviennent essentiellement d'un ensemble d'institutions liées à la propriété. Martha Nussbaum partage avec le juriste victorien l'idée que ces institutions sont essentielles pour le développement socio-économique des sociétés humaines. En effet, bien que la philosophe ne mette pas outre mesure en valeur le rôle que la propriété joue dans sa théorie des « capacités »¹⁵, probablement afin de distinguer sa pensée d'un grand nombre de théories qui la précède, un simple regard sur la liste des capacités essentielles qui sont présentées au deuxième chapitre de l'ouvrage cité ci-dessus ne laisse aucun doute : aux deux extrêmes de la liste des capacités, nous retrouvons les éléments de ce que les libertariens qualifieraient de « propriété de soi » (« 1. *Life* (...) 2. *Bodily health* (...) 3. *Bodily integrity*) et la propriété des choses (« 10. *Control over one's environment* (...) (B) *Material. Being able to hold property* »)¹⁶. Cette dernière capacité n'est en rien marginalisée du fait de sa relégation à la fin de cette liste, elle est véritablement décisive pour les individus : la notion de *fertile functioning*, désignant un « fonctionnement » qui promeut le développement des autres capacités, est valide pour le cas de la propriété de la terre. Être propriétaire a, pour les femmes indiennes, un grand nombre de bénéfices secondaires¹⁷. Nussbaum s'appuie ainsi sur des études montrant que la propriété foncière demeure le facteur le plus important qui explique

¹⁴ Henry Sumner Maine, *The Early History of Institutions*, Henry Holt and Company, New York, 1875, p. 322-323. Notre traduction. Voir l'intégralité de la leçon XI, « The Early History of the Settled Property of Married Women ». Dans le texte original :

The existing Hindoo written law which is a mixed body of religious, moral and legal ordinances, is pre-eminently distinguished by the strictness with which it maintains a number of obligations plainly traceable to the ancient despotism of the Family, and by its excessive harshness to the personal and proprietary liberty of women.

Les mentions ultérieures de cette oeuvre se limitent à *EHI*.

¹⁵ Le terme de capacité, parfois appelé « liberté substantielle », désigne une forme de liberté réelle, par opposition à une liberté dite « formelle », de réaliser certains choix, qui suppose qu'un ensemble d'opportunités soient effectivement disponibles à l'individu. Ce dernier reste libre de son choix de les réaliser ou non, l'important étant qu'il en ait la possibilité. Voir Nicolas Journet, « Capacités », sur *Sciences Humaines*, octobre 2012 ou Martha Nussbaum, *Capabilities*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶ *Ibid.*, p. 33-34.

¹⁷ *Ibid.*, p. 44. Nussbaum attribue cette idée à Wolff, Jonathan et Avner De-Shalit, *Disadvantage*, Oxford University Press, New York, 2007.

pourquoi certaines femmes sont victimes de violences domestiques et d'autres non¹⁸. La propriété n'apparaît donc plus tout à fait comme un paramètre parmi d'autres du bien-être individuel : il semble possible, en extrapolant à partir des propos de Nussbaum, de considérer que la question des droits liés à la propriété est une question essentielle voire fondamentale de justice sociale¹⁹.

Ainsi, loin d'être limité à la question des inégalités de genre, le propos de Nussbaum s'inscrit dans une longue tradition qui lie propriété, développement socio-économique et bien-être individuel. L'économie des institutions a en effet mis en avant l'importance des institutions dans le développement économique depuis le début du XX^e siècle. Dans la seconde moitié de ce même siècle, la théorie des droits de propriété s'est efforcée de prouver le rôle central de l'institution de la propriété individuelle dans le développement économique²⁰. Enfin, l'économie du développement a quant à elle tendance à présupposer qu'il existe un lien intrinsèque entre ce développement et le bien-être individuel, pour lequel les institutions de la propriété sont essentielles. La démarche de Nussbaum est particulièrement révélatrice à cet égard, mais elle trouve des échos dans celle d'un grand nombre d'Organisations Non Gouvernementales (ONG)²¹. Ce lien entre propriété, développement économique et bien-être individuel se retrouve dans la pensée libérale, à la fois économique et politique, du XIX^e siècle. La récurrence de telles thématiques n'est donc pas fortuite, puisqu'il s'agit d'une même tradition de pensée. En effet, le lien entre sa pensée et celle des économistes des institutions et du développement n'est pas un simple hasard : l'influence indirecte de Maine sur la constitution de l'économie des institutions a déjà été remarquée²². Cependant, ce premier constat de filiation semble insuffisant, tout simplement parce que l'idée même de propriété, ainsi que les concepts de développement et de bien-être individuel, ne sauraient être restés les mêmes au cours du siècle et demi qui sépare Sumner Maine de

¹⁸ Voir Agarwal, Bina, and Pradip Panda « Toward Freedom from Domestic Violence : The Neglected Obvious. » *Journal of Human Development*, 8, p. 359-388. Voir aussi Argawal, Bina, *A Field of One's Own : Gender and Land Rights in South Asia*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

¹⁹ Rutger Claassen, « The Capability to Hold Property », *Journal of Human Development and Capabilities*, 2015 16 (2), p. 220-236.

²⁰ L'institutionnalisme en économie étant un courant d'une immense diversité, couvrant l'intégralité du XX^e siècle et le début du XXI^e siècle, il ne nous paraît par pertinent de proposer ici une référence plutôt qu'une autre. La page Wikipédia qui lui est consacré propose un grand nombre de références, notamment dans sa version anglaise : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Institutionnalisme>. Voir aussi Cyril Hedoin, *L'institutionnalisme historique et la relation entre théorie et histoire en économie*, Paris, Classiques Garnier (Bibliothèque de l'économiste), 2013.

²¹ Voir Erica Harper (dir.), *Working with customary justice systems : post-conflict and fragile states*, International Development Law Organization, Rome, 2011.

²² Voir Francesca Lidia Viano, « Ithaca transfer : Veblen and the historical profession », *History of European Ideas*, 35 (1), p. 38-61.

Nussbaum. Il nous semble néanmoins essentiel, afin de faire la généalogie du lien entre coutume et communs par l'intermédiaire de l'idée de propriété comme faisceau de droit, de situer les différents auteurs que nous mobilisons au sein d'une tradition qui, même si elle donne un sens différent à certains concepts fondamentaux, partage un même cadre de pensée qui émerge en s'interrogeant sur des problèmes similaires.

Afin de comprendre la teneur de cette relation de filiation, il nous paraît donc pertinent d'explorer en détails le problème auquel se confrontent Maine et d'autres penseurs britanniques majeurs du XIX^e siècle, comme John Stuart Mill. C'est l'articulation entre la question de la coutume et celle de la « décomposition » de la propriété en faisceau de droits qui permet de comprendre le lien entre le second XIX^e et les réflexions contemporaines sur la propriété, les communs et la coutume. La loi qui a rendu Maine célèbre à son époque, selon laquelle les sociétés connaissent une évolution progressive du *statut* au *contrat*, dissimule, comme nous tâcherons de le montrer, l'idée selon laquelle l'individualisation des droits de propriété est consubstantielle à la fois au développement socio-économique et au bien-être individuel²³. Maine considère en effet que la propriété, ainsi que l'ensemble des institutions juridiques qui y sont liées, comme le contrat, les testaments, l'héritage, pour ne citer que ceux-ci, reflètent autant qu'elles causent le changement social. Dans la pensée de Maine, le développement économique est alors directement lié à l'individualisation des rapports sociaux, ce que résume le mouvement vers le *contrat*.

Cette individualisation prend la forme d'un double processus d'affranchissement, par lequel l'individu se détache des liens traditionnels qui définissent son *statut* juridique à l'intérieur de la communauté. Ce mouvement est double en ce qu'il signifie, d'une part, que l'individu acquiert des droits en tant qu'être autonome (et non plus comme membre d'un sous-groupe social) et, d'autre part, que les relations sociales, notamment marchandes, s'individualisent du fait de la généralisation des relations contractuelles. L'individualisation de la propriété est à la fois un résultat et un moteur de ce processus. La propriété individuelle n'est donc ni l'état originel des sociétés humaines, voire la caractéristique d'un état présocial, ni un droit *naturel* pour Maine. Nous verrons quelle forme prend le rejet du jusnaturalisme chez Maine ultérieurement, mais l'on peut pour l'instant, afin de comprendre la singularité de sa pensée, rappeler que pour lui la propriété est *de facto*, mais non *de jure*, collective. La propriété individuelle, bien que sans conteste supérieure aux yeux de Maine, a tout d'un

²³ *Ancient Law*, chap. V.

développement historique contingent, et n'apparaît en aucun cas comme le critère de légitimité du pouvoir politique. Elle est cependant essentielle à la fois au développement de l'individu et des relations commerciales, deux aspects, politique et économique, que le libéralisme classique de l'époque de Maine considère comme inséparables.

Le parallèle entre la pensée de Maine et les préoccupations contemporaines des économistes paraît aussi d'autant moins fortuit que le propos du juriste victorien s'inscrit dans un contexte et un problème identique : la difficulté de promouvoir des règles sociales avantageuses pour l'ensemble des individus dans une société comme l'Inde dont le droit comporte d'importants éléments « traditionnels », d'ordre religieux et coutumiers. À l'époque de Maine, où la gestion de l'Inde est un défi pour l'Empire britannique, la question des rapports entre le droit et la coutume est d'autant pressante que les juristes anglais ont la lourde tâche de produire un droit à la fois formalisé et compatible avec les institutions indiennes préexistantes. Alors que les intellectuels européens débattent de la pertinence de la rationalisation du droit dans le sillage des guerres napoléoniennes, la question de la codification devient une urgence pratique pour l'administration coloniale britannique.

On remarquera que c'est à cette même époque que la question de la propriété échauffe les esprits en Europe, où l'on s'affronte pour déterminer qui de la propriété individuelle et de la propriété collective est naturelle²⁴. Maine va participer à ce débat et y joue un rôle actif, mais son propos doit impérativement être resitué dans son contexte pratique : il partage alors les interrogations des administrateurs britanniques, dont il fera partie, et dont la tâche est de financer l'Empire colonial britannique au moyen d'impôts *fonciers* et donc d'établir des droits de propriété. Or, ce contexte a une influence directe sur les réflexions de Maine et de ses contemporains sur la propriété : les droits qu'ils rencontrent, partiellement au moins définis par la coutume, sont caractérisés par une double pluralité : non seulement il n'y a pas de droit unifié sur le sous-continent indien, mais ces droits reflètent aussi la complexité des relations entre « propriétaires » et « fermiers ». En Inde, la définition blackstonienne des droits de propriété comme domaine souverain est loin d'être une évidence²⁵. La propriété individuelle et exclusive n'apparaît pas, aux yeux des administrateurs

²⁴ Pour une reconstitution de ce débat et de la place que Maine y trouve, voir Paolo Grossi, *An Alternative to Private Property*, Lydia G. Cochrane (trad.), The University of Chicago Press, Chicago, 1981. L'ouvrage original étant *Un altro modo di possedere' : L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè Editore, Milan, 1977.

²⁵ Selon William Blackstone, la propriété est « that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe ». Voir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, II, chap. 1 « Of property », p. 2, in *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, notes selected from the editions of Archibold,

britanniques, comme un pouvoir absolu de l'individu sur la chose, mais plutôt comme le reflet d'un tissu de relations locales, situées dans le temps.

C'est en faisant l'histoire des droits de propriété, et en comparant la situation indienne dont il est contemporain avec les développements du droit romain, que Maine a recours au concept de *bundle of rights*, ou de faisceau de droits²⁶. Cette expression s'est davantage popularisée dans le sillage du travail sur les *communs*, représenté par la Prix Nobel d'économie, Elinor Ostrom. Tel qu'il est utilisé aujourd'hui de la façon la plus courante, le concept de faisceau de droits permet d'affirmer que « la » propriété n'est pas *un* droit, mais un ensemble composé de droits distincts dont la distribution peut varier parmi les acteurs d'une situation donnée²⁷. L'exemple du locataire, qui a un droit d'usage sur un bien immobilier alors que le « propriétaire » retient d'autres droits que le locataire n'a pas, comme celui de vendre, est présent à tous les esprits. L'évidence de cet exemple technique ne doit cependant pas masquer la portée politique du concept de faisceau de droits, dont la fonction reste de s'opposer à l'hégémonie d'une conception de la propriété considérée comme absolutiste, individualiste et exclusiviste. Dans le cadre des travaux d'Elinor Ostrom, de son équipe et des chercheurs qui lui ont succédé, l'idée que la propriété est un faisceau de droits permet d'envisager la *viabilité* des systèmes de mise en commun de la gestion et de l'exploitation des ressources par une collectivité d'individus. Il s'agit alors de remettre en cause l'idée, populaire dans le sillage de la *Tragédie des communs* de Garrett Hardin, que la propriété individuelle est nécessaire pour éviter le drame de la surexploitation des ressources, les systèmes de propriété collective n'étant pas en mesure de contrôler les appétits individuels²⁸.

Le véritable enjeu pour Ostrom n'est alors pas de démontrer qu'une forme de propriété est supérieure à une autre, d'autant plus que l'essence de son propos est au contraire de dépasser l'opposition entre des formes stéréotypées de propriété, notamment collective et individuelle. Le concept de faisceau de droit permet précisément de rejeter toute distinction caricaturale entre ces régimes de propriété, et de penser même leur complémentarité dans certains contextes. L'objectif du travail d'Elinor Ostrom est davantage de déterminer quels

Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, *Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author* by George Sharswood. In Two Volumes. (Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893). Vol. 1 - Books I & II. 08/09/2019. <https://oll.libertyfund.org/titles/2140>.

²⁶ *Ancient Law*, chap. VI, p. 178.

²⁷ Fabienne Orsi, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014/3 (t. XXVIII), p. 371 à 385.

²⁸ Garrett Hardin, « The tragedy of the commons », *Science*, 162.3859, 1968, p. 1243-1248. Pour le français, voir Garrett Hardin, Laurent Bury (trad.), *La Tragédie des Communs*, PUF, Paris, 2018.

sont les mécanismes qui permettent à d'autres formes de gestion et d'allocation des ressources que la propriété privée d'être soutenables économiquement et socialement²⁹.

Cette démarche implique, au moins indirectement, une valorisation des modes de régulation sociale propres aux communautés concernées, qui leur permette d'obtenir une forme d'autonomie face à l'État centralisé et les règles juridiques mises en place par celui-ci. La question posée par Ostrom est en effet la suivante : comment la gestion en commun d'une ressource est-elle possible à l'échelle d'une communauté locale, si le respect des règles collectives repose uniquement sur l'autodiscipline et la gestion intra-communautaire des conflits ? Le reproche principal à la description que propose Hardin de la « tragédie des communs » est en effet celui de ne pas prendre en compte les mécanismes spécifiques d'application des règles collectives propres aux « communs ». Il n'y aurait, dans son modèle, aucune alternative à l'intervention, extérieure aux communautés locales, des institutions juridiques modernes et de leurs sanctions spécifiques. Si Hardin lui-même s'est détaché de cette interprétation caricaturale de son propos, il ne fait aucun doute que la controverse qu'il a pu déclencher est la marque d'un impensé qui, au-delà de l'État souverain, des institutions et des sanctions juridiques, n'envisage que l'absence de régulation sociale, voire l'anarchie³⁰. Il n'est alors en rien fortuit, selon nous, que les réflexions des économistes sur la viabilité des ordres spontanés, y compris sur l'anarchie, rejoignent souvent celles sur la gestion communautaire des ressources, la *coutume* apparaissant régulièrement comme une alternative possible aux mécanismes de régulation sociale caractéristiques de la modernité.

On retrouve en effet chez Maine, parce qu'il s'intéresse simultanément à la question de la propriété et à la question de l'articulation entre droit et coutume, une réflexion similaire à celle d'Ostrom sur les mécanismes spécifiques aux systèmes de droits coutumiers et notamment comment ils sont liés au problème de mettre en place une gestion collective des ressources sans les institutions modernes du droit. Il est rappelé ici la proximité importante entre la démarche de Maine et celle, contemporaine et dans laquelle Ostrom s'inscrit, qui établit une connexion directe entre institutions de propriété et développement. Or, il importe aussi de noter qu'Elinor Ostrom fait référence directement à Henry Sumner Maine pour

²⁹ Voir Edella Schlager et Elinor Ostrom, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *Land economics*, 1992, p. 249-262 et Elinor Ostrom et Charlotte Hess, « Private and Common Property Rights », *Workshop in Political and Policy Analysis, Indiana University*, 2007, <http://ssrn.com/abstract=1304699>.

³⁰ Voir aussi Marc Goetzmann, « Recension – La Tragédie des communs, Garrett Hardin », *Implications Philosophiques*, consulté le 8 septembre 2019 : <https://www.implications-philosophiques.org/ethique-et-politique/philosophie-politique/%EF%BB%BFrecension-la-tragedie-des-communs-garret-hardin/>.

retracer l'origine des réflexions sur le fonctionnement de la propriété collective. Par une référence au livre de Paolo Grossi, *Un altro modo di possedere*, elle reconnaît elle-même cette filiation, et fait d'*Ancient Law* le tournant décisif à partir duquel l'idée selon laquelle la propriété était originellement individuelle se trouve contestée. Toujours selon Ostrom, la synthèse que l'œuvre de Maine opère parmi les travaux historiques de son époque met en valeur l'omniprésence, dans l'histoire des sociétés humaines, des modèles collectifs de gestion des ressources³¹. Cela nous paraît d'autant plus remarquable que le concept de faisceau de droits, lorsqu'il n'est pas directement attribué à Ostrom, se voit donner une origine plus tardive que les écrits de Maine par certains auteurs contemporains, comme nous le verrons ultérieurement. S'il ne nous est pas possible d'affirmer que Maine est le premier à utiliser le concept, notamment parce que sa propre utilisation ne ressemble pas à celle d'un auteur proposant un concept novateur, il nous est toutefois possible de tenir pour acquis qu'elle est l'une des plus anciennes. Maine pourrait avoir été l'un des auteurs les plus influents à avoir popularisé cette notion, de par sa notoriété à son époque.

Il est possible qu'Elinor Ostrom n'ait pas lu Maine en profondeur, même si elle cite le texte même d'*Ancient Law*. Sa lecture a en effet pu passer principalement par l'analyse de l'œuvre de Maine que propose Paolo Grossi. On remarquera toutefois que Hess et Ostrom font aussi référence, dans le même article, à Émile de Laveleye, dont l'œuvre est aussi analysée par Grossi, et dont le travail sur les « communautés de village » est étonnement semblable aux travaux les plus connus sur les communs³². Nous tâcherons d'explorer les implications de cette filiation conceptuelle. Notre propos ne se situe donc pas dans une perspective simplement comparatiste, et se propose d'être généalogique, sans pour autant nous limiter à cette seule tâche. En effet, nous souhaitons montrer qu'il existe un lien intrinsèque entre les débats les plus contemporaines et l'époque de la colonisation de l'Inde à laquelle s'intéressent les penseurs du XIX^e comme Maine, parce qu'il existe un lien intrinsèque entre les sujets abordés ci-dessus, lorsque la réflexion sur la pluralité des droits de propriété rencontre celle sur la coutume : la question de la propriété, collective ou individuelle, le thème de la propriété, l'interrogation sur la nature spécifique du droit dit coutumier par distinction avec le droit moderne, et enfin la question de l'évolution des modalités de régulations sociales et

³¹ Elinor Ostrom et Charlotte Hess, *op. cit.* Ostrom et Hess font référence à la page 252 d'*Ancient Law*, dans une édition publiée par Beacon Press à Boston, en 1861. Pour l'œuvre de P. Grossi, voir *An Alternative to Private Property*, *op. cit.*

³² C. Hess et Ostrom, dans leur bibliographie, font référence à « Laveleye, Emile de (1985), *Primitive Property ; Translated from the French of Emile de Laveleye*, ed. G. R. L. Marriott, Littleton, CO : F. B. Rothman (Reprint of 1878 edition) ».

leurs liens avec droit et droit coutumier. Nous considérons alors ces thématiques comme une forme de *nexus* conceptuel, dont les éléments récurrents s'imposent et s'impliquent mutuellement lorsque les mêmes problèmes sont abordés à travers les âges et l'œuvre d'auteurs différents. Leur point commun semble se trouver par la négative : leur opposition commune à une conception hobbesienne du droit, de la souveraineté et de la nature humaine, qui aurait certaines implications concernant le droit de propriété. Nous utilisons l'expression de « conception hobbesienne » avec toutes les précautions qui s'imposent, Hobbes n'apparaissant le plus souvent que comme un homme de paille ou une référence « repoussoir », son œuvre n'étant que rarement commentée pour elle-même.

4. Propriété et droit coutumier

Dans la seconde moitié du XIX^e siècle britannique, les penseurs comme Henry Sumner Maine ou John Stuart Mill se voient pressés de répondre à la question suivante : une forme de propriété, notamment individuelle ou collective, est-elle supérieure à l'autre ? John Stuart Mill, notamment dans ses *Principles*, tente de répondre à cette question, à laquelle il ne donne pas une réponse tranchée. En effet, son propos s'efforce de concilier deux positions nuancées : d'une part, Mill soutient que l'idée selon laquelle la propriété doit être individuelle et absolue atteint son paradoxisme à son époque, et conduit aux abus qu'il dénonce ; d'autre part, Mill accorde en quelque sorte au collectivisme le bénéfice du doute, et préfère conditionner toute réponse sur sa légitimité à une question que d'autres traitent comme subsidiaire, celle de sa viabilité. Mill ne rejette donc pas le collectivisme et tâche d'envisager ses conditions de possibilité. On retiendra pour le moment que Mill considère qu'une éducation active peut susciter un respect pour les règles du collectivisme, et qu'il est nécessaire de concevoir des mécanismes de régulation qui permettraient aux individus de s'autodiscipliner et de se contraindre réciproquement à obéir à ces règles sans avoir recours aux sanctions juridiques qui sont le bras armé de l'État³³. Plus largement, certaines des réflexions de Mill sur la propriété, notamment lorsque Mill s'interroge sur la viabilité de l'anarchie, tendent à dénouer le lien conceptuel établi avec lui par certains contractualistes entre l'État et la propriété individuelle. En effet, penser la viabilité de l'anarchie tout en maintenant que l'institution de la propriété individuelle est essentielle implique de remettre en cause la triple affirmation selon laquelle, tout d'abord, l'État a pour *raison d'être* le fait de garantir un droit

³³ Voir J. S. Mill, *Principles, op. cit.*, livre II « Distribution », chap. 1 « Of Property » et chap. 2 « The Same Subject Continued », p. 199-234.

individuel à la propriété, que sa *fonction* est alors de fournir les institutions et les contraintes nécessaires pour que les individus respectent le droit à la propriété les uns des autres, et enfin qu'il est le *seul* à pouvoir fournir un appareil institutionnel efficace pour remplir cette fonction.

Or, le débat sur la propriété qui agite le XIX^e siècle s'appuie, quel que soit l'argument défendu, sur une historicisation des institutions et des concepts qui les sous-tendent³⁴. Dans l'œuvre de Henry Sumner Maine notamment, c'est le modèle de la souveraineté proposé par John Austin, qui le tiendrait lui-même de Hobbes, qui subit les conséquences de cette réflexion historicisante. Dans l'œuvre de Maine, l'idée même d'un droit de propriété naturel garanti par le Souverain et les institutions modernes, où les tâches juridiques et législatives sont clairement séparées, ne résiste pas à la comparaison avec les formes « archaïques » de régulation sociale, notamment dans le cadre des communautés de village, centrales dans la pensée de Maine et de ses contemporains³⁵. Bien sûr, le recours à la coutume comme mode de régulation sociale est avancé comme exemple de sociétés qui fonctionnent, et dont les régimes de propriété, quels qu'ils soient, sont viables, et ce sans le recours au Souverain comme garantie. Cela explique comment le thème de l'anarchie peut acquérir un écho presque positif dans l'œuvre de John Stuart Mill³⁶. Ainsi remise en cause, l'association entre droit, propriété, sanction et État n'apparaît en rien comme étant fortuite : elle forme un système cohérent dans lequel les différents éléments conceptuels se fondent les uns sur les autres. La propriété individuelle justifie l'existence de l'État, tandis que la première ne saurait trouver une stabilité qu'au moyen de ce dernier, de ses institutions, notamment de son droit et des formes de sanction qu'il impose. Des sanctions infligées individuellement à ceux qui ne respecteraient par les termes du contrat social semblent en effet nécessaires au nom du présupposé anthropologique, commun à la littérature contractualiste, selon lequel les individus sont uniquement motivés à coopérer par leur intérêt personnel et par la crainte des sanctions dans le respect des droits des autres.

Sans recourir à cette opposition entre motivations purement égoïstes et altruisme, il apparaît clair que penser des modes de propriété collectifs en l'absence d'un État centralisateur impose d'élargir le modèle qui permet de comprendre la façon dont les individus peuvent se contraindre collectivement à respecter certaines règles sans avoir recours à des

³⁴ Voir P. Grossi, *op. cit.*

³⁵ Louis Dumont, « The 'village community' from Munro to Maine », *Contributions to Indian Sociology*, 9.2, p. 67-89.

³⁶ Voir J. S. Mill, *Principles*, in *Collected Works*, *op. cit.*, livre V, chap. VIII, p. 882-883.

sanctions individuelles imposées par une entité extérieure à leur communauté. La honte et la pression des pairs sont sans doute des moteurs d'obéissance aux règles sociales. Une telle solution nous paraît néanmoins insuffisante, en ce qu'elle valide une distinction entre droit et morale qui creuse un fossé immense entre ces deux modes de régulation sociale et laisse impensée toute alternative. John Austin reconnaît d'ailleurs la force de la pression sociale qui permet aux individus de respecter les règles de la morale, mais il nous paraît nécessaire le suivre, au moins partiellement, dans sa tentative de distinguer le droit coutumier de la morale et du droit³⁷. Comprendre la spécificité des systèmes coutumiers et les distinguer à la fois des systèmes de morale et du droit moderne est possible si l'on s'efforce d'explorer la façon dont des communautés peuvent mettre en place de véritables systèmes qui ne reposent pas sur l'application de sanctions par une autorité extérieure. Cela nous permettra simultanément d'éviter deux types d'explications, du moins dans leur version simpliste : l'une, qui voit dans la coutume une forme d'« ordre spontané »³⁸ et l'autre, qui se contente de réduire les coutumes à de simples usages, sans prendre en compte le fait que toute société a besoin de méthodes pour régler les conflits qui apparaissent naturellement malgré une certaine stabilité des pratiques établies. En d'autres termes, nous tâcherons de justifier l'utilisation du terme de droit *coutumier* autrement que comme une simple catégorie du droit positif, où la coutume n'apparaît que comme une *source* du droit et non comme un mode de régulation sociale spécifique. Pour ce faire, il nous apparaît nécessaire de distinguer ce droit coutumier de la morale comme du droit « moderne », en maintenant sa dimension normative et donc en évitant toute réduction aux « mœurs », aux « usages » ou encore aux « pratiques », tout en explorant la spécificité des modes d'actions coercitives qui lui sont propres. Élargir voire se départir du concept de « sanction » sera alors nécessaire. Nous proposons ainsi une conceptualisation de la coutume qui se distingue de celle que Frédéric Brahami tire de l'étude de son corpus dans *La raison du peuple*³⁹. Pour Brahami, alors que la morale se caractérise par une distance de l'individu à lui-même, la coutume se situe du côté des mœurs en ce qu'elle n'est « pleinement elle-même que lorsqu'elle s'ignore comme telle ». Elle n'est révélée que par la critique et réflexive. Ainsi, « les mœurs sont donc *la coutume au présent* » pour Frédéric Brahami⁴⁰. La morale nous apparaît donc explicitement comme un « système

³⁷ Voir par exemple J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, I.

³⁸ On pensera notamment à Friedrich Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1973, vol. 1, p. 100.

³⁹ Frédéric Brahami, *La raison du peuple*, Les Belles Lettres, Paris, 2016.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 205-206.

de normes contraignantes » alors que les coutumes-mœurs demeurent du domaine de l'instinctif⁴¹. La morale implique un calcul de l'individu, puisqu'elle requiert de lui un sacrifice, tandis que la loi est l'expression d'une volonté qui transcende la société et ses mœurs. La loi ne saurait donc être une forme de codification des mœurs pour Brahami, puisque la loi est « un mixte de raison et de volonté », car « une loi doit inévitablement être fondée sur quelque instance reconnue qui l'autorise »⁴². Comme nous avons tâché de l'expliquer, nous nous efforcerons de proposer un concept alternatif de coutume qui ne se réduise ni à celui de morale, ni à celui des mœurs ou des usages, et qui permette d'envisager un mode alternatif de régulation sociale que celui du droit produit par la volonté du souverain.

Il ne s'agira toutefois pas d'établir une distinction franche et imperméable entre ces différents domaines de la normativité. Il nous semble en effet qu'une réflexion sur les spécificités du droit coutumier met en lumière les limites d'une conception du droit qui serait trop centrée sur l'existence de sanctions. Une question plus large découle de fait de ces premières interrogations, et se retrouve chez l'ensemble des auteurs qui s'engagent sur cette voie : comment expliquer la stabilité des sociétés modernes et contemporaines ? Comment expliquer cet « état de droit », le *rule of law*, qui rend précisément inutile le recours quotidien, d'ailleurs impossible, à la violence des sanctions pour contraindre les individus à l'obéissance aux règles ? Les économistes ont bien sûr traité de cette question lorsqu'ils se sont interrogés sur les raisons de l'émergence d'une *confiance* mutuelle entre les partenaires commerciaux, y compris dans des contextes où le recours aux sanctions est impossible⁴³. Nous retrouvons logiquement cette question au cœur des débats sur la mise en place d'un droit des contrats en Inde, dans la seconde moitié du XIX^e. Nous verrons comme Sumner et Maine interviennent justement à ce sujet, dans un contexte de révolte entre les paysans et les exploitants d'indigo. De même, on ne cherchera pas à affirmer la supériorité du droit coutumier sur le droit « moderne ». Nous tâcherons davantage de comprendre, en suivant notamment la pensée de James Bernard Murphy, comment ces deux formes de régulation sont des techniques sociales adaptées à des contextes spécifiques et répondent à des problèmes bien distincts⁴⁴. Cela nous permettra de mettre en valeur la complémentarité entre droit et

⁴¹ *Ibid.*, p. 208.

⁴² *Ibid.*, p. 209.

⁴³ Voir notamment les travaux de Avner Greif, « Contract enforceability and economic institutions in early trade : The Maghribi traders' coalition », *The American economic review*, 1993, p. 525-548 ; « Institutions and international trade : Lessons from the commercial revolution », *The American Economic Review* 82 (2) p. 128-133 ; « Reputation and coalitions in medieval trade : evidence on the Maghribi traders », *The journal of economic history*, 49 (4), p. 857-882.

⁴⁴ James Bernard Murphy, *The philosophy of customary law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

coutume, et de voir comment la « supériorité » du droit provient davantage de sa capacité à relever les défis spécifiques de la modernité.

5. Propriété, coutume et gestion des ressources

Il nous faut désormais interroger la centralité de la question de la propriété dans notre réflexion. Le fait que ce thème semble être le creuset dans lequel ont lieu toutes les réflexions que nous avons déjà abordées n'a rien de fortuit. À n'en pas douter, la sélection que nous avons opérée parmi les auteurs et les théories abordés produit un biais qui fait de la propriété une thématique centrale. Toutefois, une interrogation sur la pluralité des régimes de propriété paraît destinée à aborder le thème de la coutume comme mode local de répartition des ressources alternatif à la propriété individuelle exclusive. Une pensée en particulier peut servir d'introduction à cette idée, celle que développe Karl Marx dans la *Loi sur les vols de bois*, notamment par le lien extrêmement clair qu'elle établit entre la question de la coutume, celle de la propriété et celle de la gestion des ressources⁴⁵. En effet, Marx ne semble pas envisager le droit coutumier concernant la propriété autrement que comme un faisceau de droits, cette caractéristique de la propriété étant particulièrement adaptée à la question de la gestion locale des ressources, contre le formalisme du droit qui peut, notamment s'il est animé par une conception idéologique de la propriété individuelle exclusive, être en décalage total avec les impératifs locaux de l'exploitation et la répartition des ressources. Dans sa *Loi sur les vols de bois*, une inspiration importante pour la question des *communs*, Marx met clairement en valeur le lien entre la question de la coutume et celle de propriété⁴⁶. On retrouve alors l'idée selon laquelle l'hégémonie grandissante d'une conception absolutiste et exclusiviste de la propriété individuelle remet en cause un ensemble complexe de droits « flous », *communs* dans le sens où ils ne permettent pas à des individus d'exclure d'autres membres d'une même communauté.

Le droit coutumier et la propriété sont en effet les deux objets principaux de la *Loi sur les vols de bois*. Une rapide exploration de cet opus permet aussi de poser la question de la justice et des inégalités qui émergent lorsqu'une certaine vision de la propriété privée, radicale et presque absolutiste, s'impose face à d'autres formes de gestion des ressources.

⁴⁵ Voir Michel Jacques, « Marx et la loi sur les vols de bois Les leçons du droit coutumier », *La Coutume et la loi*, 1986, p. 113-36 ; Daniel Bensaïd, *Les dépossédés : Karl Marx, les voleurs de bois et le droit des pauvres*, La fabrique éditions, Paris, 2007 ; Mikhaïl Xifaras, « Marx, justice et jurisprudence une lecture des 'vols de bois' », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 1 (2002), p. 63-112.

⁴⁶ Pierre Dardot et Christian Laval, *Commun : essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, Paris, 2015.

Car, lorsque l'on critique la propriété privée, on ne souligne que trop rarement non seulement ses différentes formes, mais aussi les alternatives réelles à cette institution. Cela a pour effet de donner aux critiques de la propriété privée l'aspect de théories idéalistes, alors qu'elles peuvent s'appuyer sur des formes existantes, présentes mais surtout passées, de gestion des ressources. La démarche de Marx a aussi le mérite de faire de la question de la propriété une question essentielle de justice et de ne pas détacher cette question de la gestion concrète des ressources par une communauté, ce qui explique selon nous l'importance qu'il donne à la coutume :

Nous réclamons pour les pauvres le droit coutumier, non pas un droit coutumier qui soit local, mais un droit coutumier qui soit le droit coutumier des pauvres dans tous les pays. Nous allons plus loin encore et nous soutenons que, par sa nature, le droit coutumier ne peut être que le droit de cette classe à plus basse, de cette classe élémentaire qui ne possède rien.⁴⁷

Marx ne demande pas simplement que l'on rétablisse le droit coutumier, car il s'agit d'un droit variable, local, parfois partial. Il en appelle plutôt davantage à une forme généralisée de droit coutumier qui rendrait légitime les intérêts des plus pauvres, de ceux qui sont précisément les non-proprétaires, les prolétaires. Le droit coutumier est aussi un droit féodal, dont Marx ne souhaite pas le rétablissement. Il s'agit pour Marx d'une manière de montrer que le droit, la législation et notamment ici la Diète Rhénane ont en réalité donné une valeur de généralité à un « droit » qui ne reflète rien de plus que les intérêts privés de grands propriétaires, qui s'oppose à la gestion par les communautés des ressources à leur disposition. Ainsi, une conception absolutiste de la propriété individuelle vient perturber la gestion communautaire des ressources.

La réflexion de Marx au sujet des vols de bois révèle autre chose qu'une forme de lutte des classes : elle souligne un rapport particulier entre le droit coutumier d'une part, et la propriété d'autre part :

Le caractère exclusif de ces législations était nécessaire. En effet, tous les droits coutumiers des pauvres avaient pour base cette idée commune qu'une certaine propriété était de nature imprécise ; on ne savait pas au juste si la propriété en question était privée ou publique ; c'était un mélange de droit privé et de droit public [...]. L'organe auquel les législations recouraient pour comprendre des configurations si amphibologiques, c'était la raison. Non seulement la raison est exclusive, mais sa besogne essentielle consiste à rendre le monde exclusif ; et c'est par là une grande tâche, une tâche

⁴⁷ Karl Marx, *La loi sur les vols de bois*, Éditions des Malassis, Paris, 2013, 1ère publication (fr) : Karl Marx, *Œuvres Complètes, Œuvres philosophiques*, tome V, Alfred Costes, Paris, 1948, p. 23.

admirable, car l'exclusivisme seul forme le particulier et l'arrache à la viscosité organique du tout. Le caractère des choses est un produit de la raison. Chaque chose doit s'isoler et être isolée pour être une chose. En confinant tout le contenu du monde en une forme particulière précise et en pétrifiant pour ainsi dire l'essence fluide, la raison crée la variété du monde, car le monde ne serait pas multiple sans la foule des caractères particuliers.⁴⁸

En légitimant une conception absolutiste de la propriété individuelle, la « raison » aurait supprimé les formes « incertaines et bâtardes » de la propriété, en employant les catégories existantes du droit privé abstrait, dont le schéma se trouvait dans le droit romain. Marx entend alors expliquer d'où provient la tendance de la raison juridique à donner une telle étendue au caractère *exclusif* de la propriété individuelle, qui ne saurait désormais plus tolérer que l'on s'accapare même les déchets presque inutiles qui émanent d'une chose appropriée. C'est la raison elle-même qui est pour Marx exclusive : elle distingue les choses, les particularise, découpe les parties d'un tout et remet en cause le caractère organique, « fluide » des choses de la nature. La « viscosité » est le propre de ce qui est difficile à séparer. Afin de réaliser ce découpage du monde, où tout est individualisé donc approprié par un individu, la raison doit donc nécessairement s'attaquer à ces formes « incertaines et bâtardes de la propriété », pour leur opposer les « catégories existantes du droit privé abstrait », qu'elle tire de la conception de la propriété qui émane du droit romain.

Or, ces formes « bâtardes » de la propriété, particulières au droit coutumier des plus démunis, ne le sont qu'aux yeux de ce droit abstrait. Un tel droit coutumier est en réalité davantage en phase avec l'imprécision caractéristique des choses de la nature, leur fluidité et leur ambivalence. Surtout, le droit coutumier des pauvres prenait en compte le caractère difficilement appropriable individuellement de certaines choses de la nature, mélangeant là où c'est nécessaire la propriété individuelle et la propriété collective. Il est particulièrement typique de l'institution de la propriété au Moyen-âge de voir des droits individuels et des droits collectifs se superposer sur une même chose ou une même ressource. En somme, la complexité des rapports sociaux intracommunautaires y rencontrait la complexité de la nature. L'organique se trouve à la fois du côté des communautés vivant sous droit coutumier, où les droits comme les intérêts individuels et collectifs se confondent, et de celui de la nature. Marx fait presque ici preuve d'une forme de naturalisme qui semble lier le droit coutumier des pauvres et la nature des choses. En effet :

⁴⁸ *Ibid.*, p. 29-30.

[La raison législative] oubliait cependant que certains objets de la propriété ne peuvent, de par leur nature, jamais acquérir le caractère de la propriété privée déterminée, mais rentrent, de par leur essence élémentaire et leur existence accidentelle, dans le droit d'occupation, par conséquent le droit d'occupation de la classe que le droit d'occupation exclut précisément de toute autre propriété.⁴⁹

Marx pose ici l'idée d'un rapport entre ce qui est légitime d'un point de vue du droit, et « l'essence élémentaire » des choses. Selon ce dernier, certaines des choses de la nature n'offrent pas la possibilité d'être appropriée individuellement, car la propriété privée suppose l'exclusion des autres même en l'absence du propriétaire, si ce dernier le souhaite. À l'inverse, Marx envisage que, au moins dans certains cas, le droit d'occupation, celui qui donne à celui qui a une emprise directe sur la chose concernée, prime sur toute forme de droit de propriété privée qui consacrerait les droits d'un propriétaire même absent. En résumé, pour Marx « il y a donc, dans ces coutumes de la classe pauvre, un sens instinctif du droit »⁵⁰. Dans le langage de la théorie des communs, on pourra dire que le droit coutumier, parce qu'il est mis en place par des individus directement concernés par la ressource exploitée, mettent en place des institutions cohérentes avec le type de ressource en question, et la façon dont il faut la valoriser. On verra comment la multiplicité des possibilités institutionnelle du point de vue de la propriété rencontre la pluralité des situations. Il semble y avoir une forme de justesse et de justice à permettre une telle flexibilité.

L'extension de la vision absolutiste de la propriété individuelle est précisément un danger pour la justice, si l'on considère que la justice consiste dans un double équilibre entre les intérêts individuels d'une part, et l'intérêt collectif d'autre part. L'hégémonie de la propriété individuelle rend cela impossible, en ce qu'elle radicalise l'impératif de *respecter* la propriété individuelle à l'encontre de l'intérêt d'autres individus et de l'intérêt collectif.

Est préjudiciable ce qui porte préjudice à l'intérêt du propriétaire de forêts. Toutes les fois que les conséquences du droit ne sont donc pas favorables à son intérêt, ce sont des conséquences préjudiciables. Et dans ce cas l'intérêt est perspicace. Si tout à l'heure il ne voyait pas ce qui est perceptible aux yeux naturels, il voit actuellement même ce que le microscope est seul à nous révéler. Le monde entier lui porte ombrage ; c'est un monde plein de dangers, précisément parce que ce n'est pas le monde d'un seul intérêt, mais d'intérêts multiples.⁵¹

⁴⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 33.

⁵¹ *Ibid.*, p. 66.

Marx relève ici la façon dont les propriétaires terriens font peser le poids de leurs intérêts privés sur la puissance publique : tout devient un moyen pour le propriétaire de faire valoir son intérêt. Le législateur n'est plus rien d'autre qu'un propriétaire, et la peine publique qui sera désormais appliquée n'est rien moins que la protection d'un intérêt privé. Ces propos de Marx soulignent un aspect récurrent des réflexions qui étudient la rencontre entre la propriété individuelle exclusive et des formes alternatives d'appropriation des ressources, à l'image des *communs* : la façon dont la propriété individuelle néglige l'impact de la possession et de l'exploitation exclusive d'une ressource sur les membres d'une communauté. En d'autres termes, l'un des problèmes que soulignent les auteurs que nous étudions est celui des *externalités* créées par l'institution de la propriété individuelle, problème qui devient particulièrement visible lorsque ce mode d'appropriation entre en contact avec d'autres modes d'appropriation et d'exploitation, davantage centrés sur l'articulation entre intérêts collectifs et intérêts individuels.

La pensée de Marx manifeste donc, peut-être plus clairement que d'autres, ce lien entre le droit coutumier, la gestion locale des ressources et le fait de considérer la propriété comme un *faisceau* de droit. La critique des tendances hégémoniques de la propriété individuelle exclusive implique ici de considérer le lien entre droit coutumier et gestion des ressources. Il semble alors possible d'affirmer que le droit coutumier, parce qu'il est local, offre suffisamment de variabilité pour assurer une gestion des ressources à cette même échelle.

6. La question de la « nature » de la propriété

Le lien que notre travail établit entre propriété, coutume et gestion des ressources en commun s'intègre parfaitement aux questionnements contemporains au sujet de la propriété. Il nous semble en effet nécessaire de préciser comment cette réflexion se situe dans l'ensemble des questionnements sur la propriété, au-delà de l'argument central de la récurrence du lien entre propriété comme faisceau de droits et droit coutumier. Un tel cadre n'est pas nécessaire pour que cet argument reste cohérent, mais il nous semble nécessaire de le clarifier dans la mesure où il oriente la nature de nos réflexions.

Il est possible d'opposer, de façon bien sûr très schématique, deux tendances au sujet de la propriété : d'une part, un courant sociologisant, percevant les systèmes de droits de propriété comme des structures sociales fluctuantes, contextuelles et donc essentiellement modifiables et déconnectées d'une forme de droit naturel ; d'autre part, un autre courant, davantage « naturaliste », qui perpétue la tradition du droit naturel et tend à considérer la

propriété comme l'un des droits naturels de l'individu, valorisant son rôle dans la genèse des sociétés démocratiques modernes. Dans ce « courant » peuvent aussi être rangées toutes les tentatives qui, sans être nécessairement naturalisantes, considèrent qu'un corps social ne peut exister ou être légitime que s'il garantit certains droits minimaux de propriété à chaque individu membre d'une société.

Le choix des perspectives abordées dans ce travail, ainsi que les questions qu'elles posent et les circonstances dans lesquelles elles ont lieu ont évidemment tendance à situer cette réflexion du côté des réflexions « sociologisantes ». En effet, une réflexion sur d'autres formes que la propriété individuelle, et notamment à des formes de propriété collective qui l'aurait précédée ou seraient en concurrence avec elle, est un premier pas vers la remise en cause de l'idée selon laquelle la propriété individuelle, notamment dans sa forme exclusive, serait un droit *naturel* que toute société aurait pour but de préserver. Cela ne permet néanmoins pas de conclure que toute forme de propriété est originellement et naturellement collective, ou que l'individu et ses prérogatives ne doivent pas être considérés dans la mise en place d'un système de propriété. L'argument central est légèrement différent : tout régime de propriété est défini *collectivement*.

Nous partageons ainsi un point de vue de vue à la fois fonctionnaliste et utilitariste sur la propriété, à la manière de l'économie des institutions, point de vue tout à fait compatible avec l'affirmation selon laquelle certaines garanties pour l'appropriation et l'usage individuel des ressources sont essentielles à l'existence des communautés, et qu'une communauté qui ne fournirait pas de telles garanties serait non seulement peu impartiale, mais peut-être même impossible à envisager. Cela paraît d'autant plus clair dans une perspective qui, comme nous le verrons avec celle de Maine, où la propriété individuelle s'affirme progressivement dans le contexte de l'accroissement des échanges économiques, et donc du développement.

C'est à ce stade secondaire que l'idée que la propriété peut être une condition du développement de l'individu et de son bien-être s'impose le plus clairement. En effet, c'est dans un contexte d'accroissement des échanges qu'un lien peut être établi entre propriété, développement économique et développement individuel. Ainsi, bien que la propriété reste une institution profondément sociale et que les structures de la propriété puissent varier, il semble malgré tout possible d'affirmer que le développement économique et social est lié, *dans une certaine mesure et selon les contextes*, à l'affirmation de droits de propriété

individuels compatibles avec une économie de marché. On retiendra ainsi la leçon de nombre d'économistes contemporains, de Harold Demsetz à Hernando de Soto⁵².

Néanmoins, même s'il existe une forme de rapport « naturel » entre l'individu et ce qu'il « possède » (nous laissons ouverte la définition de ce dernier terme), il semble impossible d'en déduire que la *fonction* et la *légitimité* de tout corps social est de donner une légitimité juridique à ce rapport subjectif de possession et à certaines de ses caractéristiques⁵³. S'il semble impossible pour un corps social de négliger l'articulation des intérêts individuels avec ceux du collectif, nous pensons toutefois que l'établissement d'une telle articulation est d'abord soumis à l'impératif de gérer des ressources en commun. Cela n'implique rien, *a priori*, sur l'étendue des droits individuels à faire usage, à jouir et à disposer desdites ressources au sein du groupe, pour reprendre la tripartition classique *usus, fructus* et *abusus*, qui peuvent être extrêmement étendus.

Le simple fait qu'il existe ou qu'il ait existé des sociétés où la propriété soit ou ait pu être « collective » invalide en effet l'idée que tout corps social aurait pour fonction de garantir une forme de propriété plutôt qu'une autre. S'il existe un impératif commun aux sociétés collectivistes comme aux sociétés où la propriété est considérée comme individuelle, c'est uniquement celui de mettre en place des formes de gestion et d'allocation des ressources : il s'agit pour nous de la définition minimale des règles de la propriété. Un corps social n'est alors fonctionnel que s'il est en mesure de mettre en place de telles structures. Cela n'implique aucun contenu déterminé en ce qui concerne les droits des individus au sein du collectif, parce que le système de propriété mis en place dépend des circonstances précises que connaît le corps social en question. Il s'agit donc d'instituer *un* système de gestion et d'allocation des ressources cohérent avec une situation spécifique, en choisissant parmi différentes possibilités et selon certains impératifs, qui peuvent être d'ordre moral ou idéologique. On refuse ainsi tout déterminisme qui contraindrait tel corps social à utiliser tel système de propriété, du fait de propriétés « objectives » du territoire sur lequel il se déploie.

Cela a une conséquence directe : il n'y pas, si l'on considère que l'impératif à l'origine de la mise en place d'un régime spécifique de propriété est collectif, de droit naturel de l'individu à sa propriété, du moins pas dans le sens où tout collectif serait obligé de *garantir*

⁵² Voir Harold Demsetz, « Toward a theory of property rights », in *Classic papers in natural resource economics*, Palgrave Macmillan, Londres, 1974, p. 163-177 et Hernando de Soto, *The Mystery of capital : why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else*, Basic Books, New York, 2000.

⁵³ Il s'agit ici d'une perspective similaire à celle de Jean-Fabien Spitz, qu'il attribue lui-même à Kant. Voir J-F. Spitz, *La propriété de soi, Essai sur le sens de la liberté individuelle*, Vrin, Paris, 2018.

un tel droit présocial au moyen d'un système de règles. Si la propriété individuelle est mise en place, y compris dans ses formes les plus exclusives, ce n'est pas au nom d'une normativité produite par le rapport entre l'individu et le monde, mais entre une communauté et le monde, et notamment les ressources que ce monde contient. La propriété individuelle n'est consacrée comme institution que si elle est cohérente avec un certain mode d'exploitation, de gestion et d'allocation des ressources qui est mis au point au niveau collectif. C'est à cette seule condition qu'elle peut notamment obtenir la sanction du droit positif.

Dans les régimes de propriété collective, l'intérêt individuel est systématiquement subordonné à l'intérêt collectif, et les règles que se donne une communauté où la propriété est davantage collective y sont bien plus contraignantes pour les individus que dans d'autres collectifs humains. L'individu en tant qu'être particulier n'en est toutefois jamais tout à fait absent : la portée du pouvoir décisionnaire de la communauté sur les prérogatives individuelles est seulement plus étendue. En quelque sorte, les règles des sociétés les plus collectivistes concernent toujours les individus : leur « marge de manœuvre » ou, par possible anachronisme, leurs droits et leurs devoirs, se trouvent simplement être réduits à la portion congrue au nom de l'intérêt commun. C'est pourquoi leur statut au sein du collectif et des sous-ensembles de ce collectif, comme la famille élargie, est déterminant pour comprendre l'étendue de leurs droits et leurs devoirs. Si un certain individu est absent, c'est l'individu qui serait la référence absolue, indépendamment de ses liens sociaux personnels, d'un ensemble de droits et de devoirs. On trouve alors davantage un gradient qu'une opposition stricte entre la propriété la plus individuelle et les régimes de propriété les plus collectivistes.

Or, ce gradient n'est alors jamais aussi évident que lorsque l'on comprend la propriété comme un *faisceau de droits*. Sur un tel gradient, il n'existe même pas d'extrêmes comme la propriété individuelle et la propriété collective : on y trouve seulement un ensemble de droits spécifiques qui appartiennent aux différents acteurs d'un corps social, y compris à l'individu particulier. La répartition des éléments du faisceau est la responsabilité du collectif et ne peut être que sanctionnée par lui, et la rencontre entre certaines valeurs et des conditions matérielles spécifiques conduit à la mise au point de régimes de propriété toujours singuliers, dépendants d'un contexte, leur élaboration mêlant ainsi conditions objectives et subjectives.

On a alors pu dire que l'idée de propriété comme « faisceau de droits » avait pour fonction de légitimer la limitation, par l'État, des droits individuels, au nom d'intérêts collectifs qui ne seraient pas toujours définis clairement. Le concept de *bundle of rights*, que

l'on nomme parfois « bundle of sticks », paraît en effet permettre de composer un « bouquet » de droits, à choisir parmi une pluralité de droits séparables les uns des autres. Si l'on ajoute l'idée que les droits sont accordés aux individus par le collectif, idée conceptuellement distincte de celle de faisceau de droits, la conclusion est donc que le collectif peut recomposer à volonté le « bouquet » de droits en question, en fonction de ses besoins et des bouleversements sociaux. Cette étude a pour ambition de réfuter partiellement ce portrait fait de l'idée de propriété comme faisceau de droits.

En effet, s'il paraît indéniable que c'est l'usage qui est parfois fait de ce concept, usage renforcé par son passage dans le langage « courant » dès qu'il est question de propriété, nous tâcherons de démontrer que, dans le contexte dans lequel il émerge, notamment dans l'œuvre de Maine, ce concept a un sens très différent : le « faisceau de droits » dont parle Henry Sumner Maine n'est pas décomposable à l'envi et ne soumet pas les droits individuels à l'arbitraire d'une autorité externe à la communauté. Nous verrons comment, dans les démonstrations de Maine, l'idée de « faisceau de droits » est en réalité une traduction, appliquée à la propriété, de l'idée d'*universitas juris*, c'est-à-dire la totalité des droits et devoirs d'un individu, insécable mais toutefois transmissible. Cette idée permet à Maine d'opposer deux conceptions de la propriété : la première, originelle, est d'essence *patrimoniale*, dans laquelle les biens appartiennent au collectif constitué, dont les ressources sont confiées aux soins des individus, sans qu'ils puissent en disposer de façon totalement libre, ayant pour mission d'assurer la pérennité matérielle du groupe ; la seconde, produit progressif de l'histoire des sociétés, qui s'affirme notamment à l'époque moderne, est la propriété individuelle telle que nous la connaissons, qui consacre la maîtrise de l'individu sur les choses du monde, reléguant à l'arrière-plan ses interactions et ses responsabilités envers le collectif.

7. La propriété comme question prioritaire de justice

Un postulat est alors sous-jacent à l'ensemble de cette réflexion : la question des droits de propriété est une question de justice fondamentale. En effet, puisque la détermination de règles de propriété conditionne le mode de répartition des ressources dans une société donnée, le système de droits de propriété choisi par cette société renferme une conception spécifique de la justice. Cela peut se comprendre si l'on remonte bien en-deçà de ce que nous venons d'évoquer concernant le développement socio-économique dans un contexte d'accroissement des échanges. Si, dans ce cadre, il est pertinent de discuter de la façon dont la propriété, notamment individuelle, participe à un tel développement, ce type de justification utilitariste ne convient pas pour expliquer l'émergence même de règles de la propriété. Ces dernières n'ont d'autre but que de permettre l'exploitation, la gestion et l'allocation des ressources. Un collectif doit alors sa survie et donc sa pertinence à sa capacité à mettre en place la coopération nécessaire à ces tâches, coopération qui doit être en mesure de résoudre les conflits potentiels autour de la gestion et l'allocation des ressources. La propriété est alors une question prioritaire de justice puisque la première question à régler pour qu'un collectif puisse s'établir est celle de la coopération entre ses membres, et que cette coopération concerne avant tout le rapport du collectif aux ressources à sa disposition. Nous rejoignons la perspective de Hume à ce sujet, et le suivant dans son affirmation, tel qu'elle a d'ailleurs pu être reprise explicitement par Rawls⁵⁴, selon laquelle « la convention faite pour distinguer les propriétés et pour établir la stabilité de la possession est, de toutes les circonstances, la plus nécessaire à l'établissement des sociétés humaines »⁵⁵. Ce n'est qu'au regard de cet impératif que l'on peut considérer qu'il est essentiel de stabiliser les possessions pour éviter les conflits inter-individuels. La position de J. S. Mill sur la question nous paraît adéquate : si la propriété a originellement une « utilité », au sens que l'utilitarisme et l'économie donnent à ce terme, c'est avant tout parce qu'elle permet d'atteindre une certaine stabilité à l'aube des sociétés. Les « considérations d'utilité » qui lient son existence à la nécessité de garantir à chacun la sécurité de ses biens et le fruit de ses efforts sont, dans ce cas, absolument

⁵⁴ Voir John Rawls, *Théorie de la justice*, Catherine Audard (trad.), Éditions Points, Paris, 2009 [1971], chap. 2, §22, p. 160-161. Rawls décrit comme la propriété comme une rencontre entre un contexte objectif, le territoire et ses ressources, et un contexte subjectif c'est-à-dire les intérêts propres individus concernés. Rawls ajoute « C'est cette constellation de conditions que j'appellerai les circonstances de la justice. L'étude que Hume en a faite est particulièrement claire et le résumé que je viens de faire n'ajoute rien d'essentiel à son analyse qui est bien plus complète (...) ».

⁵⁵ David Hume, *Traité de la nature humaine*, Philippe Saltel (trad.), GF Flammarion, Paris, 1993 [1739], p. 31-32.

secondaires⁵⁶. Ces conflits peuvent émerger entre des individus animés au moins partiellement par « l'avidité d'acquérir des biens et des possessions », passion qui selon Hume justifie à elle seule la nécessité des règles de justice. C'est pourquoi, pour Hume, « l'origine de la justice explique celle de la propriété ». L'institution même de la propriété, qui est « morale », artificielle et non naturelle, paraît inconcevable si elle n'est pas considérée comme découlant de règles de justice établissant la sécurité des biens pour les individus⁵⁷.

Ces affirmations n'ont pas pour conséquence la garantie d'un droit individuel et exclusif à la propriété. Il faut et il suffit que la « stabilité de la possession » soit réalisée, ce qui peut très bien avoir lieu dans un cadre où les prérogatives individuelles concernant les ressources seraient précisément limitées à certains droits du *faisceau* de droits que nous avons déjà évoqué. De plus, il est certain que ce qui anime la création de règles de propriété est la nécessité de faire régner une forme minimale justice. Ici, la justice se limite en effet à la création de règles qui permettent d'éviter l'émergence de conflits inter-individuels, conflits qui émergent lorsque les intérêts particuliers peuvent s'affronter autour de *ressources* limitées. C'est cette considération pour le contexte matériel qui pousse Hume à affirmer que les règles de la justice sont à la fois naturelles et artificielles : elles sont artificielles, et non pas arbitraires, au sens où elles sont élaborées par des sociétés humaines, mais elles demeurent naturelles en ce qu'elles sont le fruit de circonstances extérieures et d'éléments propres à la nature humaine. Loin de découler d'un principe naturel voire universel, les règles de la justice émergent à la croisée des intérêts potentiellement conflictuels des membres d'un collectif en constitution et des conditions matérielles⁵⁸.

Cette insertion du rapport entre l'individu doué d'intérêt et les biens extérieurs au sein de rapports inter-individuels permet donc de soutenir l'idée que l'impératif de « stabiliser la possession » est collectif et réalisé collectivement. C'est notamment de façon progressive, par une succession d'interactions que ces règles apparaissent, ce qui permet de comparer la théorie de Hume aux approches évolutionnistes contemporaines, particulièrement en vogue parmi les économistes alliant théorie des jeux et institutions⁵⁹. Il n'y a donc rien dans

⁵⁶ Voir Mill, *Principles of Political Economy*, *op. cit.*, II, chap. 1, §2.

⁵⁷ Hume, *op. cit.*, p. 91-92.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 83.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 89. Hume conçoit en effet la propriété comme se développant « peu à peu » à mesure que les individus interagissent et réalisent séparément mais simultanément qu'il est contre leur intérêt de ne pas avoir de convention recommandant de « laisser autrui en possession de ses biens, *pourvu* qu'il agisse de même avec moi ». Hume prend soin de distinguer ce produit d'une évolution d'une *promesse* ou d'un pacte, à la manière d'un contrat social. Il s'agit d'une pratique qui émerge des interactions elles-mêmes et du raisonnement de chacun des individus isolés.

la propriété, pour Hume et dans une telle perspective en général, qui soit la réalisation positive d'un droit naturel. Il s'agit bien pour Hume d'une « relation » entre un homme et un « objet », qui n'est « pas naturelle, mais morale, et [qui] est fondée sur la justice ». Tout individu obtient la garantie de la possession des choses qui ne sont siennes que de manière dérivée, en conséquence des « lois de justice ». C'est de la convention originelle portant sur la mise en place de la répartition des ressources que découlent tout droit, toute obligation, et donc toute propriété au sens du droit positif⁶⁰.

Si ce cadre de pensée irrigue le nôtre, nous soutenons aussi que l'idée de propriété comme faisceau de droit est particulièrement à même de justifier la préséance du niveau collectif, dans les limites de la justice toutefois, pour la définition des relations de propriété. Simultanément, elle est compatible avec le fait qu'une distinction radicale entre propriété collective et propriété individuelle est vaine. Dans la mesure où les règles de la propriété ont d'abord pour fonction de stabiliser les relations interindividuelles au sein d'un collectif, en mettant en place une certaine gestion et répartition des ressources, rien n'empêche que des extensions soient accordées aux droits proprement individuels. L'idée de faisceau de droits telle qu'elle est utilisée par Elinor Ostrom, en ce qu'elle permet de distinguer par exemple les droits d'accès et de prélèvement des droits de gestion, d'exclusion ou d'aliénation, peut décrire adéquatement des situations où les droits individuels sont limités à l'usage des ressources mais n'incluent pas les droits de vente ou d'exclusion. Inversement, les droits individuels peuvent s'étendre jusqu'aux droits d'exclusion ou d'aliénation sans pour autant sortir du cadre réglementaire collectif. Il nous reviendra de montrer que le geste accompli au XIX^e siècle par des auteurs comme Maine et Mill est le même, et qu'il s'accompagne d'une valorisation de la coutume qui précède la formulation par Marx du lien entre coutume, propriété comme faisceau de droits, et gestion des ressources.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 91-92.

8. « Good fences make good neighbors »⁶¹, la coutume, en-deçà et au-delà du droit.

En effet, quelle peut être exactement la place de la coutume et des institutions coutumières dans cette réflexion ? La démarche d'Elinor Ostrom est, comme nous l'avons déjà affirmé, profondément décentralisatrice : elle met en valeur des modes locaux de régulation qui permettent l'exploitation par des collectivités des ressources de leur territoire. C'est en cela que la coutume est nécessairement valorisée, même si elle n'est pas mise en avant de façon systématique. Or, cette tendance à la valorisation de la coutume se retrouve abondamment dans les littératures sociologiques, anthropologiques et économiques dès qu'il est question des règles pour la gestion des ressources hors d'un cadre étatique. On retrouve alors à l'œuvre ce même *nexus* conceptuel que nous avons évoqué plus tôt. Comme nous l'avons indiqué, il s'agira principalement de montrer comment la question de la propriété comme faisceau de droits cristallise autour d'elle les éléments de ce *nexus*, leur faisant adopter une disposition similaire malgré la distance temporelle.

Quelle est néanmoins la spécificité de la coutume à ce sujet ? La coutume se trouve *a minima* dans une situation d'antécédence. Au moment où le droit et ses attributs modernes n'existent pas, ce sont les institutions spécifiques de la coutume qui prennent en charge la tâche prioritaire de la gestion des ressources. Distinguer la coutume comme simple usage des systèmes coutumiers revêt ici une grande importance, puisqu'il ne s'agit pas d'idéaliser une époque où les règles de la propriété auraient pu être mises en place de manière spontanée et sans aucune forme de contrainte. Qui plus est, la nature même de la coutume est particulièrement en phase avec le fait que les règles de propriété ont pour fonction de permettre la gestion et l'allocation des ressources, car elle est intrinsèquement *locale*, son fonctionnement étant lié à celui d'une communauté spécifique, établie sur un territoire spécifique. La critique de l'hégémonie de la propriété privée exclusive de Marx rejoint alors celle que la littérature sur les communs adresse à l'application systématique du même droit de propriété. Le formalisme et l'universalisme du droit atteint en effet ses limites lorsqu'il est confronté aux impératifs locaux de gestion des ressources. Ainsi, la coutume ne jouit pas seulement de son caractère antérieur : la nature même des systèmes de droit coutumier est, dans une certaine mesure, davantage adaptée aux enjeux locaux, *a fortiori* les enjeux de gestion des ressources, locaux par excellence.

⁶¹ Robert Frost, « Mending Wall », in Robert Frost, *The Collected Poems*, Vintage Classics, Londres, 2013. « Les bons enclos font les bons voisins ».

Néanmoins, il est ici possible d'avoir recours aux mots de Marx, qui n'en appelle pas, dans la *Loi sur les vols de bois*, à un simple retour au droit coutumier. Marx souhaite le retour d'une forme *universelle* de droit coutumier. Cette formule n'entre pas nécessairement en contradiction avec l'idée que le droit coutumier est particulièrement adapté aux enjeux locaux de la gestion des ressources. En effet, Marx prend avant tout en compte en fait que le droit coutumier dont il parle, souvent médiéval, s'inscrit dans des dynamiques d'exploitation tout à fait condamnables. Il est donc possible de voir dans la formule de Marx le souhait de voir tous les prolétaires, tous ceux qui sont exclus de la propriété privée, bénéficier d'un droit aux ressources locales qui leur permet de vivre décemment. Nous proposons une première extension de cette idée, en affirmant que les spécificités du droit coutumier lui permettent d'être davantage sensible aux impératifs locaux concernant l'exploitation des ressources.

Une seconde extension requiert de prendre en compte certaines limites du formalisme juridique, ainsi que la focalisation du droit moderne, notamment lorsqu'il est question de la propriété, sur les *droits individuels*. Il est en effet assez consensuel d'affirmer que le droit, notamment celui de la propriété, est essentiellement pensé dans des termes individualistes. Ainsi, les défenses de la propriété privée reposent sur l'affirmation selon laquelle ce sont les individus qui possèdent un droit à la propriété privée. Ce point est particulièrement bien abordé par Jeremy Waldron, qui rend justice à la diversité des théories individualistes de la propriété, tout en défendant sa propre position, appuyée sur *l'intérêt individuel*⁶². Rappelons alors le propos de Garret Hardin, auteur de la *Tragédie des communs* : c'est l'absence de contraintes imposées aux intérêts individuels qui conduit les agents à surexploiter une ressource en libre accès⁶³. Or, Hardin en appelle précisément à renoncer à un certain mythe de la propriété privée, qui en ferait, du moins dans l'opinion, un droit sans limites, qui permettrait à l'intérêt individuel de primer. Cette critique est tout à fait présente dans la *Loi sur les vols de bois*.

Or, l'efficacité du droit, notamment dans sa capacité à assurer les échanges nécessaires au développement économique des sociétés, est aussi une limite. Ajouter des clauses d'exception au droit de propriété individuelle est une tâche difficile et potentiellement contre-productive. L'utilisation par l'État d'incitations positives ou négatives ne semble pas non plus être une politique suffisante. Comme a pu le montrer Samuel Bowles, la solution

⁶² Jeremy Waldron, *The right to private property*, Clarendon Press, Oxford, 1988.

⁶³ G. Hardin, *op. cit.*

de réfréner les intérêts individuels par la contrainte ou de les rediriger par des systèmes d'incitation rencontre en effet de nombreux obstacles⁶⁴. Il nous semble que la critique de Bowles pointe, même si ce n'est pas réellement son objet, vers les limites de la volonté législative sur ces sujets. Ces limites sont liées à l'outil principal de cette volonté : le droit et ses règles. L'exemple des contrats est particulièrement parlant : si les contrats permettent par exemple de sécuriser les transactions inter-individuelles, mettre au point des contrats *complets* qui couvriraient l'ensemble des externalités créées par l'activité des parties signataires du contrat n'est pas envisageable.

Le double constat de Samuel Bowles à ce sujet est le suivant : les contrats complets n'existent pas, et tenter d'intégrer des contraintes supplémentaires à ces contrats pour prendre en compte les externalités est presque du domaine de l'impossible⁶⁵. Le droit à la propriété privée, qui permet en effet des échanges efficaces entre des agents dont les intérêts réciproques sont pris en compte, est limité dans sa capacité à prendre en compte l'impact de l'échange sur la communauté des agents en question. La notion de faisceau de droits, si l'on en saisit pleinement le potentiel, est à même de fournir des réponses à ce problème, et notamment à celui de la durabilité de l'exploitation des ressources, avec d'autant plus de pertinence si elle est liée à la question de la coutume. Il est possible de trouver une solution au problème environnemental des externalités en suivant la démarche d'Elinor Ostrom, qui cherche à la fois à démontrer la viabilité et la durabilité des communs. La *viabilité* des communs repose sur des modes alternatifs de régulation sociale, modes qui peuvent se substituer ou compléter ceux du droit formel, centralisé. La *durabilité* des communs est quant à elle rendue possible par l'idée que c'est l'impératif de la gestion collective des ressources qui doit primer sur toute forme de régime de propriété, y compris individuelle. Cette dernière affirmation est indissociable de l'idée de faisceau de droit au sujet de la propriété, qui n'est alors plus une simple manière de décrire techniquement la propriété, mais qui renferme réellement une théorie politique performative.

Notre propos n'est toutefois pas de plaider pour une substitution du droit par la coutume. La perspective d'Ostrom ne les oppose d'ailleurs pas du tout, et le travail de terrain des ONG est systématiquement orienté vers une complémentarité du droit et de la coutume. En effet, une distinction trop rapide entre le droit et la coutume, fondée sur une critique du

⁶⁴ Samuel Bowles, *The moral economy : Why good incentives are no substitute for good citizens*, Yale University Press, New Haven et Londres, 2016.

⁶⁵ *Ibid.*, chap. 1.

formalisme du premier, ne rend toutefois pas justice à la continuité qui existe entre ces deux formes de régulation sociale. La coutume, comprise comme étant prioritairement ce qui permet de mettre en place des règles pour permettre à un collectif de gérer des ressources sur un territoire donné, confirme tout d'abord l'intuition des tenants de la géographie juridique, et plus largement des géographes, selon laquelle la structure même, ici juridique, des groupes sociaux est inextricablement liée à leur gestion d'un espace donné⁶⁶. La question de la propriété révèle donc peut-être quelque chose d'une nature commune aux formes de régulations sociales que sont le droit et la coutume. Il est en effet possible de radicaliser tout en le généralisant le propos selon lequel droit et la coutume partagent la fonction d'opérer la distinction entre le « tien » et le « mien ».

Cette idée se retrouve dans les propos d'Hillel Steiner, qui propose de rabattre la structure même des droits dans leur ensemble sur celle des droits de propriété⁶⁷. Nous élargirons son propos, sans toutefois en accepter tous les présupposés, pour affirmer que la coutume comme le droit, en tant que formes de régulation sociale, partagent le même impératif originel, qui nous a conduit à affirmer que la propriété était une question prioritaire de justice. Selon Steiner, les droits de propriété sont une institution sociale nécessaire, qui n'est pas seulement liée à des impératifs pratiques d'exploitation. C'est pourquoi une clôture peut par exemple être nécessaire entre deux terrains, même lorsque leurs propriétaires entretiennent des vergers qu'il n'est pas nécessaire de séparer. Pour Steiner, les droits dans leur ensemble ont pour fonction de régler les conflits interpersonnels. Lorsque les intérêts divergent et que les points de vue sont en désaccord radical les uns avec les autres, les droits permettent d'accorder un « domaine », une portion séparée « d'espace d'action » à chacune des parties, afin qu'elles y soient libres de poursuivre leur activité. Une fois ces droits définis, on peut déterminer si une action est permise si elle rentre dans ce domaine privilégié de liberté individuelle. Or, Steiner affirme que les droits ainsi définis sont tous, en définitive, des formes dérivées de droits de propriété⁶⁸. Utilisant la notion leibnizienne de « compossibilité », Steiner affirme tout d'abord que droits et devoirs doivent être compossibles. Par exemple, le droit de recevoir son argent doit être compossible avec le devoir de le rendre. Toutefois, à l'inverse, il n'est pas possible selon Steiner de concevoir deux ensembles de droits qui

⁶⁶ Voir Irus Braverman, Nicholas Blomley, David Delaney et Alexandre Kedar (dir.), *The Expanding spaces of law : A timely legal geography*, Stanford University Press, 2014.

⁶⁷ Voir Hillel Steiner, « The structure of a set of compossible rights », *The Journal of Philosophy*, 74 (12), p. 767-775 et Hillel Steiner, « Good Fences Make Good Neighbours », *Raisons Politiques*, 73, p. 13-19.

⁶⁸ *Ibid.*

couvrent simultanément la même somme d'argent : si l'argent m'est dû, il ne saurait être dû à une autre personne.

C'est ainsi que Steiner entend prouver la *nécessité logique* de la propriété privée, puisqu'en somme, tout droit revient à accorder des droits sur des éléments de l'espace physique, ce que sont les droits de propriété. Pour être compossibles, droits et devoirs doivent en effet selon lui pouvoir définir un tel espace. Tout conflit dont le droit se saisit en affirmant qu'untel a des *droits* revient à distinguer des droits de propriété et à en exclure les autres. Cette démarche est selon nous précieuse, mais ne permet pas de penser le problème spécifique des communs. Si l'on ne souhaite pas affirmer des droits collectifs indéfinis, la notion de faisceau de droits peut fournir les outils pour reconsidérer cette question. Jeremy Waldron remarque en effet que la notion de propriété *collective* est particulièrement peu claire, puisqu'il s'agit d'affirmer que la communauté, en tant qu'entité indépendante de ses membres, a des intérêts spécifiques. Il la distingue de la propriété en « commun », qui implique de trouver un « principe organisateur » de la propriété sur un territoire, partant du principe que les biens qui y sont présents sont *a priori* disponibles pour tout individu qui le souhaiterait⁶⁹. Étrangement toutefois, Waldron affirme que cette idée de propriété commune, impliquant une distribution égalitaire des ressources, suppose la mise en place d'une forme d'autorité supérieure pour les répartir. Le concept de faisceau de droits tel qu'on le trouve chez Maine puis dans la littérature sur les communs permet de penser une articulation fine entre les droits individuels et des intérêts collectifs qui les dépassent.

Quoiqu'il en soit, dans le langage de l'analyse économique des normes sociales, on dira alors que les institutions coutumières et celles propres au droit moderne proposent des solutions différentes au problème de la coordination, et plus particulièrement qu'elles offrent des systèmes qui permettent à des normes sociales (« *social norms* ») d'être respectées par des individus⁷⁰. La gestion des ressources dans un contexte où les intérêts individuels peuvent être concurrents pose en effet un problème, ou « dilemme social », que les règles de la propriété viennent résoudre : il est nécessaire que les individus coopèrent même si les bénéfices personnels qu'ils obtiennent ainsi sont moins importants que s'ils refusaient de coopérer. Renforcer le droit par des contraintes ou des mesures incitatives étant insuffisant, puiser dans les ressources de la coutume semble s'imposer. C'est sur ce fond commun qu'il nous

⁶⁹ Jeremy Waldron, *The Right to Private Property*, *op. cit.* p. 40-41.

⁷⁰ Nous empruntons la décision de « normes sociales » proposée par Cristina Bicchieri dans *The Grammar of society*, *op. cit.*

faudra essayer de comprendre comment la coutume et le droit se détachent l'un de l'autre, notamment sur les systèmes de contraintes qui les caractérisent, tout en les considérant comme potentiellement complémentaires. Comprendre ce qui distingue comme ce qui rend complémentaire le droit et la coutume permet d'ailleurs de ne pas faire de la morale l'ultime recours pour résoudre la question des externalités, solution que Hardin, en écologue visionnaire, a rejetée violemment.

9. Postulats et hypothèses défendues

Il semble nécessaire de récapituler l'ensemble des postulats nécessaires à notre réflexion, ainsi que des hypothèses qui en découlent et que auxquelles nous souhaitons apporter notre contribution.

Une idée fondamentale pour notre raisonnement est celle que *la propriété est une question prioritaire de justice*. Cela signifie que la propriété est davantage qu'une *question secondaire de justice*, ce qui ne ferait d'elle qu'un simple sujet à discuter par des groupes déjà établis, et qu'elle est au contraire une question que les communautés humaines se posent lors de leur constitution. Les *règles qui déterminent les droits de propriété* à l'intérieur de telles communautés constituent alors la *structure même des rapports sociaux*. Il serait en effet possible de soutenir que la question de la propriété se résume à la question de la répartition ou *allocation des ressources*, et qu'elle ne vient que dans un second temps, après l'établissement d'une communauté. Or, afin d'affirmer que la propriété est liée à la *constitution même des groupes humains*, il faut s'intéresser davantage à la question générale de la *gestion des ressources*, c'est-à-dire à la fois de leur *production* et de leur *distribution*.

Nous supposons alors que les communautés humaines s'établissent en construisant un rapport spécifique au monde, c'est-à-dire à leur environnement géographique et social. C'est ainsi que s'impose l'obligation pour elles, afin de se constituer, de déterminer des règles pour la gestion, c'est-à-dire à la fois la production et la distribution des ressources. Au sein de cette communauté, tout individu se voit octroyer ce qu'on peut appeler, malgré une imprécision conceptuelle fort coupable, des « droits » et des « devoirs » variables selon les régimes de propriété choisis, liés notamment aux ressources en question. Cette affirmation ne présuppose aucun système de propriété et est tout fait compatible, à la fois, avec leur variabilité extrême et avec n'importe quel degré de contrôle du collectif sur les possibilités offertes à l'individu.

Conséquence de cela, bien que les règles s'appliquent toujours, en définitive, à des individus, même s'ils tiennent leurs droits et leurs devoirs de l'appartenance à un sous-groupe spécifique, *le collectif prime sur l'individuel*. Ainsi, *la définition de cette sphère d'autonomie individuelle demeure une prérogative du collectif, même si les droits de l'individu lui donnent des possibilités et une liberté élargie*. Ces affirmations présupposent que ce que l'on appelle couramment « la » *propriété est un ensemble composite et variable d'institutions*, liées au contexte socio-économique des communautés qui les mettent en place. La notion de *propriété comme faisceau de droits* est alors supposée ici comme acquise et permet seule de rendre ce système fonctionnel.

La liaison étroite que nous avons établie entre institutions de la propriété, gestion des ressources et contexte socio-économique implique une forme de *fonctionnalisme et d'évolutionnisme institutionnel*, car *l'évolution même des sociétés est intrinsèquement liée aux évolutions des droits de propriété*, et inversement. On soulignera alors le rôle central que jouent les institutions économiques, notamment celles liées à la propriété, dans l'évolution des sociétés. Le fonctionnement de ces institutions reposant sur des formes spécifiques de régulation sociale, on comprendra alors que l'évolution des sociétés, l'évolution de leurs institutions économiques, en particulier concernant les droits de propriété, et l'évolution des formes de régulations sociales, soient liées.

Ainsi, une distinction entre le droit et la coutume comme modes de régulation sociale doit prendre en compte cette question de la gestion des ressources. On peut même affirmer que *le droit et la coutume, considérés comme des techniques de régulation sociale, proposent des solutions différentes à des problèmes différents, liés à la structure des communautés qu'ils régulent et notamment à la question de la gestion des ressources dans ces mêmes communautés*. Or, si les groupes humains se constituent d'abord en établissant des règles pour la gestion des ressources et que l'on postule que la coutume est la forme première de régulation sociale et qu'en tant que telle, la propriété étant une question prioritaire de justice, on peut affirmer que *la nature de la coutume est prioritairement d'assurer la gestion des ressources au sein d'une communauté*.

Cette affirmation ne saurait être aussi radicale pour le droit, qui n'interviendrait alors qu'une fois les fondements d'une gestion collective des ressources sont établis. Ainsi, *le droit aurait pour fonction, soit de régler des problèmes de justice secondaire, soit de gérer la question de la remise en cause de l'allocation des ressources, ou bien de la question de l'échange au-delà des communautés fermées*. On refuse toute forme de dualité droit-

coutume et l'on conçoit leurs rapports davantage sous le régime de la continuité et de la complémentarité.

La « transition » entre droit et coutume ainsi que la question plus générale de leurs rapports concerne alors prioritairement la question des ressources et se trouve particulièrement liée à des questions socio-économiques. Plus précisément, elle est liée à la question de l'apparition de nouveaux modes de production et d'échanges, notamment lors que ces derniers ont lieu entre des communautés séparées, et donc dont la relation ne saurait être réglée par des coutumes essentiellement locales. On remarquera alors que la question des nouvelles formes d'échanges et de relations sociales implique celle de nouveaux mécanismes de contrainte, ce qui explique que le droit puisse être considéré comme une technique sociale qui vient palier les limites de la coutume, sans pour autant remettre en cause son rôle et celui des mécanismes qui y sont liés dans la cohésion sociale.

C'est pourquoi les différences de fonctionnement entre droit et coutume, notamment sur la question des sanctions, pour être comprises, doivent être articulées autour de la question de la gestion des ressources et de celle de la propriété. Un problème se pose alors : il apparaît nécessaire de comprendre comment des systèmes de propriété peuvent être mis en place en l'absence des mécanismes de contrainte spécifique au droit, ce qu'on a pu décrire comme des « ordres spontanés » ou « anarchiques ».

10. Plan

Ce travail comporte quatre parties. Les trois premières parties se concentrent sur l'œuvre de Maine puis sur ses discussions avec Stuart Mill, John Austin, Jeremy Bentham et Thomas Hobbes. La quatrième partie dégage les implications contemporaines de ces questions, en se focalisant sur l'histoire du débat sur la « tragédie des communs » et les théories anti-centralistes de la coutume et de la propriété.

Une **première partie** propose une vision d'ensemble de l'œuvre de Henry Sumner Maine dans son contexte, notamment celui de la gestion de l'Inde et de sa codification. Cette partie a pour objectif de présenter la façon dont Maine lie, à un niveau macroscopique, la question de la propriété à celle de l'articulation entre droit et changement social, avant qu'une deuxième partie ne se focalise sur les conceptualisations de la coutume et de la propriété que Maine propose.

Le chapitre 1 développe ce que l'on peut appeler la « question indienne », c'est-à-dire les interrogations que soulève la gestion de l'Inde pour les Britanniques. Le problème

du bon régime de propriété à adopter en Inde apparaît comme le creuset d'une réflexion simultanée sur le problème de la codification d'institutions informelles, d'une part, et sur l'impossibilité d'appliquer le droit de propriété individuelle aux communautés indiennes, d'autre part. Nous soulignons l'importance de l'œuvre de Maine pour ces réflexions collectives, et tâchons de montrer qu'elle peut être réinterprétée en considérant que la question de la propriété y est centrale.

Le **chapitre 2** propose de considérer la fameuse loi de passage des sociétés « du statut au contrat » comme une perspective évolutionniste sur les rapports entre développement économique, droit de propriété et changement social. Nous considérons en effet que Maine pose certains des fondements de ce que l'on appellera plus tard l'économie des institutions. Une idée fondamentale de sa pensée est alors que l'individualisation des rapports sociaux, c'est-à-dire le passage du statut au contrat, est liée à l'évolution du droit de propriété et notamment à l'accroissement de la sphère de l'appropriation individuelle. Nous montrons ainsi que, dans une certaine mesure, Maine en vient à faire de l'évolution des relations de propriété le moteur principal du changement social.

Une **deuxième partie**, de façon complémentaire avec la première partie, entend développer une perspective davantage *microscopique* sur l'œuvre de Maine. Il ne s'agit plus de comprendre comment la loi d'évolution des sociétés « indo-européennes » articule, au niveau supérieur, les institutions et le changement social. Cette partie se concentre davantage sur la façon dont le droit coutumier et la propriété sont conceptualisés réciproquement dans un contexte spécifique : celui des communautés de village.

Le **chapitre 3** défend l'idée que l'œuvre de Maine permet de dégager une définition de la fonction du droit coutumier, fonction qui explique la nature, l'objet, l'organisation et le mode d'application des règles coutumières : les règles coutumières sont focalisées sur le problème de la gestion collective des ressources. Dans le cadre restreint des communautés de village, où cet impératif est central, les règles coutumières ont ainsi pour fonction de freiner une tendance naturelle à l'appropriation individuelle. L'évolution des sociétés coïncide alors avec l'élargissement de la sphère de l'appropriation individuelle, jusqu'à la constitution moderne du droit de propriété individuelle et exclusive.

Le **chapitre 4** s'appuie sur cette dernière idée, pour expliciter le sens que Maine donne à l'idée de propriété comme « faisceau de droits ». Cette expression ne peut être comprise qu'en regard du processus décrit ci-dessus : l'élargissement progressif de la sphère de l'appropriation individuelle, qui se fait au détriment des règles coutumières établies au sein

de communautés semi-autonomes et qui limitent de fait l'appropriation individuelle, pour permettre la gestion collective d'un ensemble de ressources. La propriété, dans ces communautés, est donc originellement d'essence *patrimoniale* : le territoire de la communauté, ses biens et ses ressources sont comme un fonds patrimonial sur lesquels les individus ont des prérogatives limitées, leurs droits et leurs devoirs étant conditionnés à la préservation du fonds commun de ressources. Dans ce cadre, si le chef de famille peut par exemple être dit « propriétaire », cela signifie uniquement qu'il est le gestionnaire de ce fond. Nous détaillons dans ce chapitre les implications de cette définition. Quoiqu'il en soit, Maine oppose cette conception de la propriété à celle de la propriété comme maîtrise de l'individu sur les choses (le « *dominion* »), la seconde se substituant progressivement à la première.

Une **troisième partie** replace l'œuvre de Henri Sumner Maine dans un dialogue avec ses contemporains et ses prédécesseurs, John Stuart Mill, Émile de Laveleye, John Austin, Jeremy Bentham et Thomas Hobbes. Cette partie s'intéresse à la convergence presque étonnante de Maine et Mill sur certains sujets, et aborde la façon dont ils se détachent, à des degrés divers, d'une tradition qui les précède.

Le **chapitre 5** traite presque intégralement de la pensée de Stuart Mill, à travers une lecture des quelques écrits de Mill sur l'œuvre de Maine d'une part, et des *Principes d'Économie Politique*, à la lumière de ce dialogue entre les deux auteurs ainsi que de leurs échanges avec Émile de Laveleye. Il y est notamment question de la façon dont ils partagent un même intérêt pour la propriété dans ses diverses formes, l'Inde et la coutume, thèmes qu'ils articulent tous deux aux débats qui les opposent à leurs contemporains, notamment sur la question des enclosures et des régimes de propriété en Irlande. Le regard personnel que Mill porte sur l'œuvre de Maine nous permet d'une part de confirmer certaines de nos analyses de l'œuvre de ce dernier, en montrant leur pertinence pour le contexte de l'époque et, d'autre part, de remarquer les spécificités de la pensée de Maine sur les questions abordées.

Le **chapitre 6** s'efforce de reconstituer les relations que Maine entretient avec John Austin, Jeremy Bentham et, à travers eux, avec Thomas Hobbes. Maine, souvent considéré comme le représentant de l'école historique face à l'école analytique et positiviste de Bentham et Austin, se positionne lui-même comme continuateur de leur œuvre et, indirectement, de celle de Hobbes. Une lecture fine des convergences et des divergences qu'il exprime vis-à-vis de leur pensée permet de se concentrer sur un point principal : la critique d'une conception de la souveraineté qui est non seulement inadéquate pour décrire des formes

alternatives de régulation sociale au droit moderne, mais qui est aussi réductrice concernant ce droit.

Le **chapitre 7** s'appuie sur cette lecture, pour montrer que Maine construit son œuvre en opposition à un ensemble théorique qu'il perçoit comme cohérent, un paradigme de la souveraineté qui rassemblerait Hobbes, Bentham et Austin. Bien comprise, cette critique permet de voir que Maine esquisse les fondements d'une théorie du droit coutumier comme mode à part entière de régulation sociale, décrivant ses mécanismes élémentaires, en faisant appel à des exemples de droit « primitif », qui font sortir le droit coutumier de l'égide du droit moderne et permet de le penser de façon autonome et préexistante.

Une **quatrième partie** traite de la discussion qui a eu lieu dans la seconde moitié du XX^e siècle autour des « communs », depuis Garrett Hardin jusqu'à la réponse d'Elinor Ostrom et des « ostromiens ». Elle entend montrer notamment comment cette discussion réactive les thématiques évoquées ci-dessus, articulant les questions de la coutume et de la propriété autour de celle de la gestion locale des ressources par des communautés, redonnant son sens « originel » à la notion de propriété comme faisceau de droits. Cette partie établit donc un dialogue entre nos auteurs de la deuxième partie du XIX^e siècle et ceux de la deuxième moitié du XX^e.

Le **chapitre 8** analyse la pensée de Garrett Hardin en tâchant de poser un regard sur son propos qui ne se réduirait pas au lieu commun de la « tragédie des communs » et du plaidoyer pour la propriété privée, qui lui est attribué à tort. Il y est question des sources de la pensée de Garrett Hardin, à travers les références explicites qu'il fait à d'autres auteurs dans ses différents articles, dont l'étude montre que la « tragédie des communs » est influencée par une conception hobbesienne des rapports humains, qui est liée à un manque de considération pour les formes de régulation sociale « alternatives » à celles du « Léviathan ». On y comprend aussi que la philosophie morale de Hardin, notamment sa conception de la responsabilité individuelle, explique les conclusions politiques de sa réflexion.

Le **chapitre 9** développe la réponse ostromienne à ces questionnements. Il y est question de la façon dont la littérature qui conteste l'idée de « tragédie » des communs et en démontre au contraire la viabilité permet simultanément de développer une théorie du droit coutumier, de son fonctionnement et son efficacité, avec d'importants parallèles avec la pensée de Maine. Comme lui, Elinor Ostrom et les « ostromiens » inscrivent leur pensée dans l'opposition à un certain paradigme hobbesien et contre l'idée que le « Léviathan » et la propriété privée sont nécessaires pour une exploitation durable et efficace des ressources.

Afin de contester ces affirmations, les ostromiens développent un ensemble d'outils qui répondent notamment à la question de la régulation sociale en l'absence d'une autorité dotée de sanctions. Le principal propos de ce chapitre est alors de montrer comment les communs peuvent être le lieu de l'*émergence* de la coopération.

Le **chapitre 10** poursuit ces réflexions en se focalisant sur la façon dont les mécanismes coutumiers et l'organisation des rapports de propriété en « faisceau de droits » permettent de résoudre les problèmes d'externalités liés aux dilemmes sociaux. Dans ce cadre, l'organisation de la propriété en faisceau de droits répond à un problème de coordination et de coopération, permettant aux individus de prendre en compte les externalités de leurs actions, conditions *sine qua non* de la production efficace et de l'exploitation durable des ressources d'un territoire. L'organisation du système de propriété en faisceau de droits est directement liée à la possibilité pour de tels systèmes d'établir la coopération sur un territoire, et ce sans recourir à un Léviathan. Aussi, nous nous efforçons d'extraire les éléments d'une théorie du droit coutumier des ouvrages d'Ostrom.

La répartition des chapitres de cette étude se fait, volontairement, autour d'un centre de gravité : le paradigme « hobbesien », que Maine perçoit chez Austin et Bentham, et qu'Ostrom et ses successeurs retrouvent dans Hardin et ses contemporains. Cet « axe » central rassemble ainsi les chapitres 6, 7 et 8. Autour de cet axe central, les échos thématiques et conceptuels qui lient les chapitres permettent de souligner les convergences que notre perspective comparatiste permet de dégager. Les chapitres 3, 4 et 5 d'une part, et les chapitres 9 et 10 développent ainsi une même perspective « microscopique » sur le fonctionnement interne des systèmes coutumiers et les relations de propriété que l'on peut y trouver. Plus précisément, le chapitre 4 et une partie du chapitre 10 offrent un point de vue similaire sur le modèle de la propriété comme faisceau de droits au sein de ces communautés.

PREMIÈRE PARTIE

LE XIX^E S. BRITANNIQUE
ET L'ÉPREUVE DE LA COLONISATION INDIENNE
À TRAVERS L'ŒUVRE DE HENRY SUMNER MAINE

Premier chapitre

Henry Sumner Maine
et la « question indienne »

Dates clefs de la colonisation de l'Inde par les Britanniques et des rapports droit-économie-propriété dans leur législation :

1600 : Création de la Compagnie des Indes Orientales

1757 : Bataille de Plassey (victoire des anglais, fin de la domination française en Inde)

1764 : Bataille de Buxar (victoire des anglais)

1765 : La Compagnie des Indes Orientales devient *Dewanni* ou responsable du budget des empereur Moghols.

1772 : Création de la Cour Suprême de Calcutta

1773-84 : Warren Hastings est gouverneur général d'Inde

1786-93 : Lord Cornwallis est gouverneur général d'Inde

1793 : *Bengal regulations*

1793 : *Permanent Settlement*

1802 : *Madras regulations*

1837 : *Property in Land Act*

1849 : Annexion du Pendjab

1857 : Révolte des Cipayes ou *Great Mutiny*

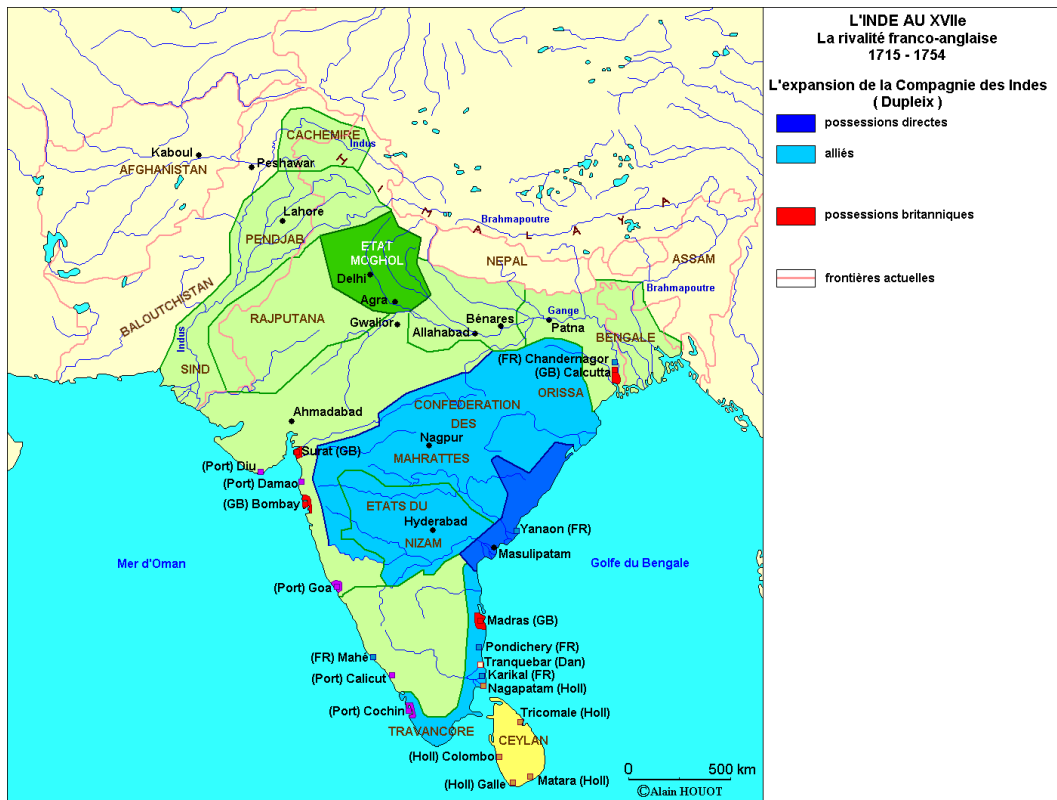
1859 : *Bengal Rent Act*

1859 : *Indigo "Blue" Mutiny*

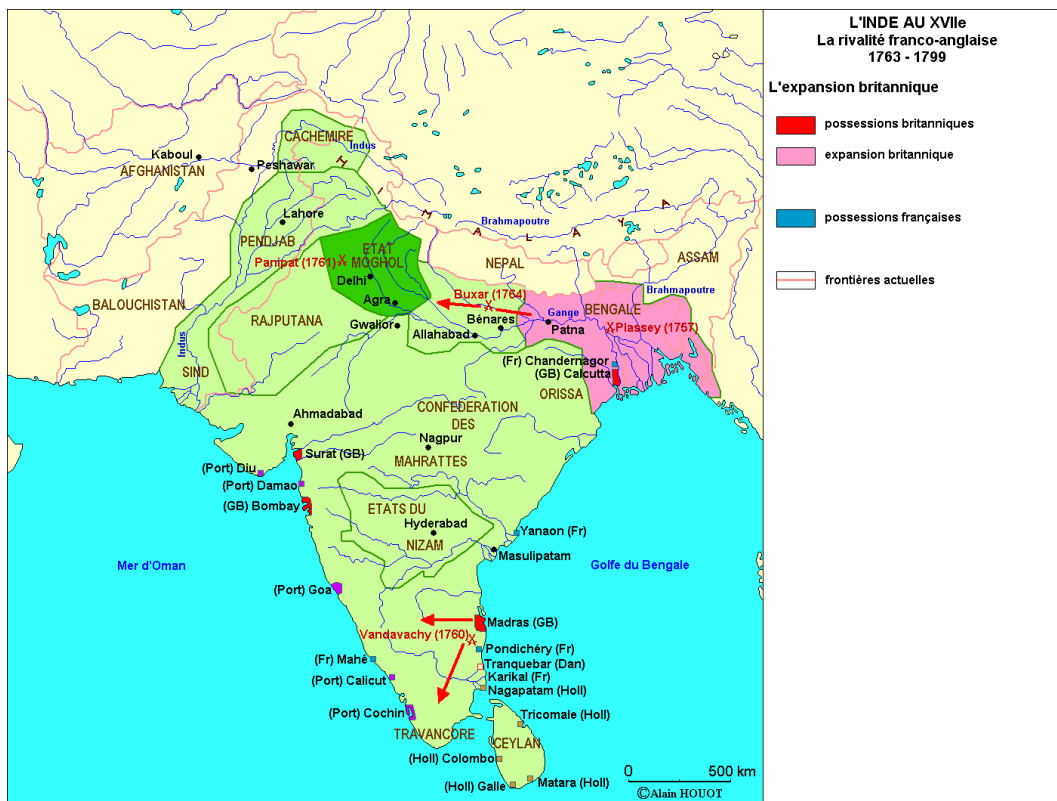
1860 : Promulgation du Code Pénal indien

1872 : *Indian Contract Act*

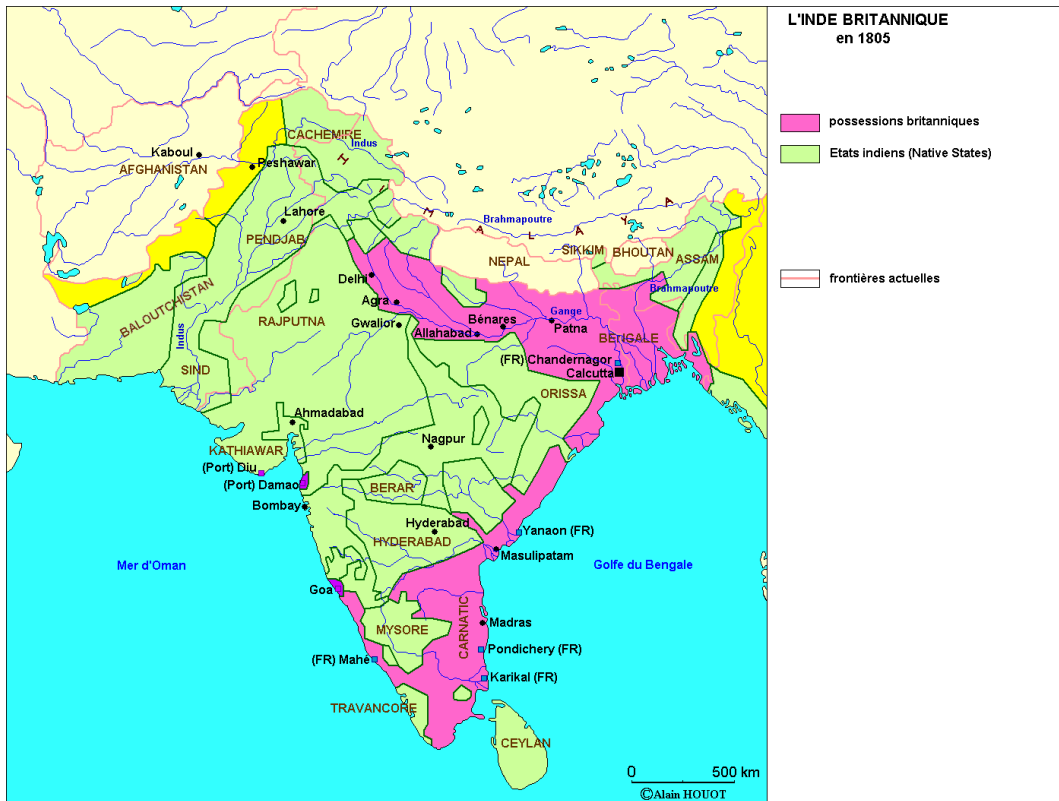
L'établissement de la domination britannique :



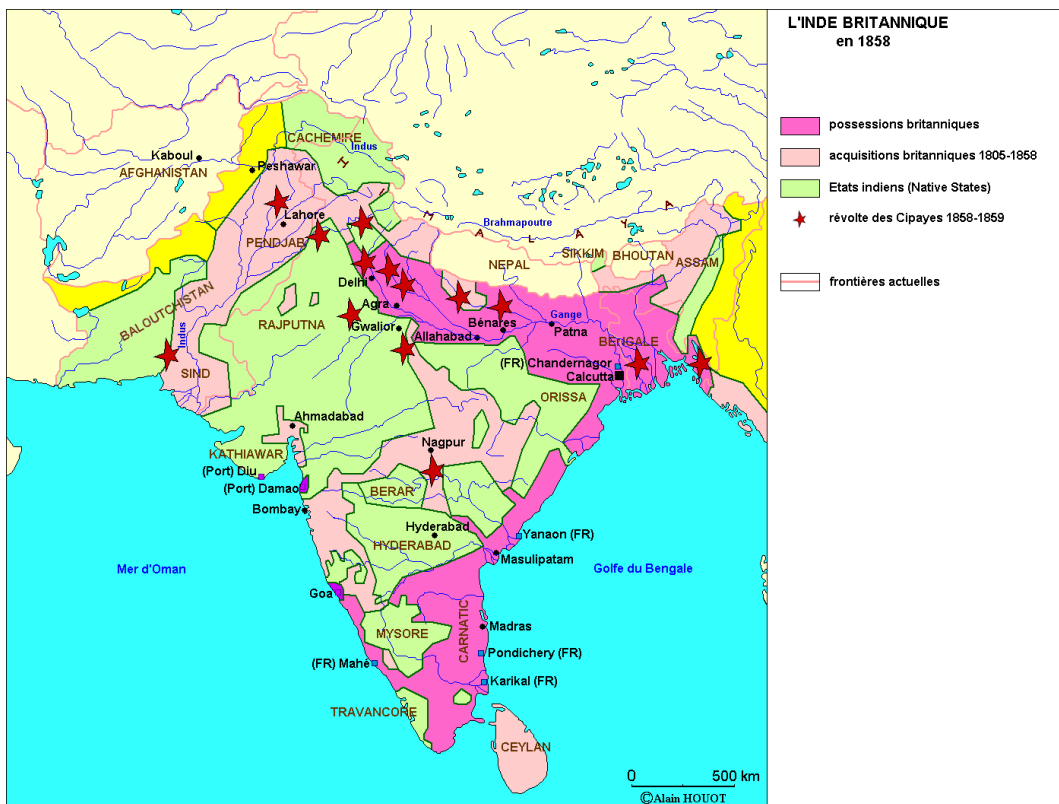
Carte 1 : L'Inde au XVIII^e siècle - France vs. Angleterre 1 (©Alain Houot)



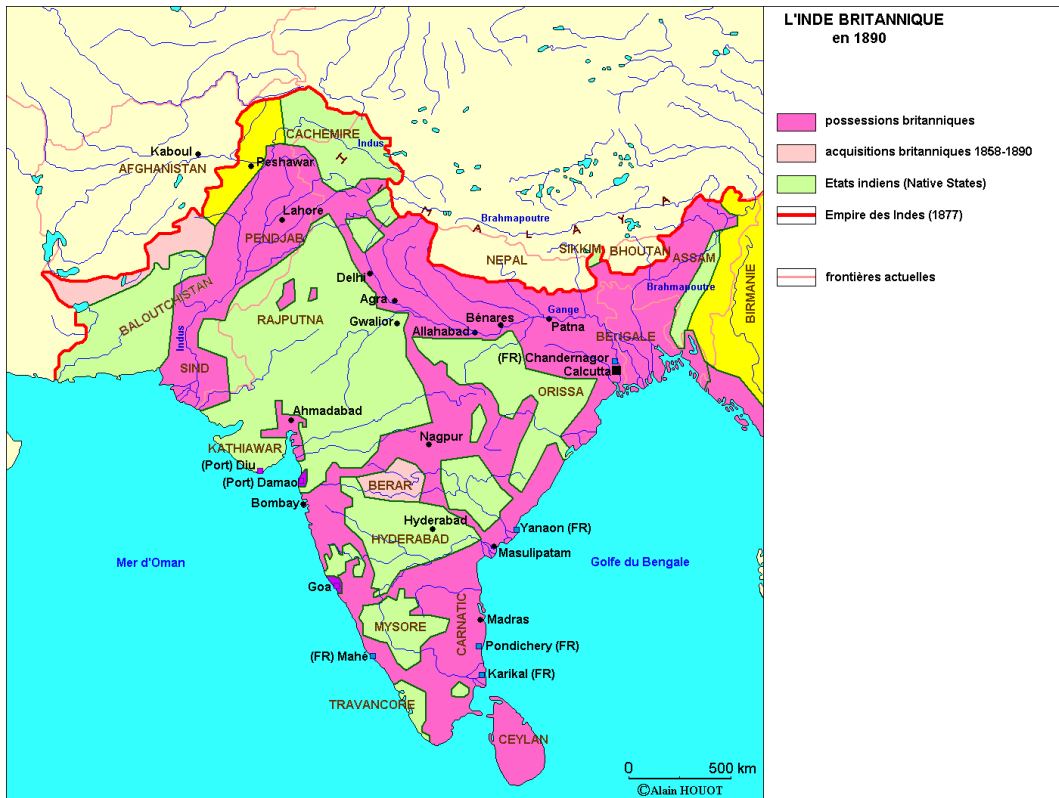
Carte 2 : L'Inde au XVIII^e siècle – France vs. Angleterre 2 (©Alain Houot)



Carte 3 : L'implantation britannique au début du XIX^e siècle (©Alain Houot)



Carte 4 : Consolidation et contestation de la domination britannique (©Alain Houot)



Carte 5 : L'empire consolidé à la fin du XIX^e siècle (©Alain Houot)

1.1. Droit, coutume, codification, propriété et changement social : les défis de la gestion de l'Inde par le pouvoir britannique

1.1.1. Le contexte politique et juridique de la colonisation de l'Inde

La colonisation et la gestion de l'Inde par le pouvoir britannique est indissociable de l'histoire de la Compagnie des Indes, ou *East India Company*, qui, fondée en 1600, est à la fois la représentante et la délégitaire de la Couronne de 1765 à 1857. La première date, 1765, marque le moment où le contrôle de la Compagnie s'étend enfin sur un territoire large et peuplé, après des décennies de conquêtes et de batailles contre les autres pouvoirs coloniaux et en particulier la France. Deux batailles jouent ainsi un rôle clé : la bataille de Plassey, en 1757, ainsi que la bataille de Buxar, en 1764. Comme le montrent les cartes 1 à 5 présentées ci-dessus, à partir de ces deux tournants, le pouvoir britannique s'étend de fait aux provinces du Bengale, de Bihar et d'Orissa, même si des parties importantes de ce qui fait l'Inde d'aujourd'hui échappent encore à son contrôle, comme le Pendjab.

La Compagnie est alors appelée à devenir l'acteur politique le plus important de la région. La deuxième date correspond en effet à la passation de pouvoir, forcée, entre la Compagnie et la Couronne, suivant de près la Grande Rébellion de 1857. Car il s'agit bien d'un pouvoir politique, juridique et administratif que la Compagnie des Indes possède en Inde jusqu'à cette date, un pouvoir délégué par la Couronne à travers les chartes qui confèrent à la Compagnie un statut unique. Ce statut ne fait que refléter le rôle que la Compagnie joue dans la construction de l'Empire britannique. En effet, elle reçoit dès 1661, de la part de Charles II, la possibilité de nommer des gouverneurs ayant le droit de rendre justice. Un système de justice complet est établi par la suite progressivement sur le sous-continent, la première Cour Suprême étant fondée à Calcutta en 1772. De même, du fait de l'extension de son pouvoir après les batailles de Plassey et Buxar, la Compagnie devient officiellement le *diwan* de l'Empire Moghol en Inde de l'Est en 1765. Le *diwan* n'est rien de moins qu'un ministre des finances, ayant le droit d'organiser la collecte des impôts. Cette position joue un rôle central dans les questions qui intéressent cette étude, puisque la Compagnie perpétue le système préexistant qui reposait principalement sur la collecte d'impôts *fonciers*⁷¹. Le système de droits de propriété devient de fait un enjeu capital pour la Compagnie et ensuite pour le pouvoir britannique.

⁷¹ Comme le rappelle David Washbrook, il y a débat sur la continuité ou la rupture que constituerait l'établissement de la Compagnie comme pouvoir principal de la région. Il semblerait ainsi qu'une position d'entre-deux soit la plus indiquée. Selon Washbrook, on peut en effet considérer que, dans un premier temps, la Compagnie ne fait que réutiliser les structures de pouvoir préexistantes en les adaptant à ses besoins. C'est donc la continuité qui primerait dans une première phase mercantiliste jusqu'aux années 1850 environ. Voir D. A. Washbrook « Law, State and Agrarian Society in Colonial India », *Modern Asian Studies*, 15 (3), 1981, p. 649-721. Pour davantage

Selon le découpage proposé par David Washbrook, il est possible pour la période qui nous intéresse de distinguer deux phases principales dans l'organisation du pouvoir de la Compagnie puis de l'administration britannique, la première recevant de toute façon le soutien de la seconde, notamment de ses tribunaux⁷². Tout d'abord, jusqu'aux années 1850 environ, la Compagnie adopte le comportement d'un état parasite et mercantiliste. D'une part, elle cherche avant tout à maximiser les profits du « *revenue* », l'impôt foncier, et réactive pour cela les structures du régime qui la précède et, d'autre part, elle maintient des monopoles et en construit d'autres, favorisant l'investissement des étrangers sur le sol indien. Le régime juridique repose alors sur une dualité importante : alors que le droit civil et le droit public semblent assurer une certaine autonomie des individus, censés avoir des droits de propriété individuels et être libres d'échanger sur les marchés, l'administration et ses cours de justice vont progressivement mettre en place un droit des personnes extrêmement conservateur, fondé sur le statut des individus au sein de leur communauté de référence⁷³. Les droits et devoirs de l'individu, notamment en ce qui concerne ses biens, ses propriétés, ses dettes, c'est-à-dire tout ce qui lui permet de participer aux activités économiques, se retrouvent alors liés à un ensemble englobant d'obligations morales et communautaires, supposées refléter des coutumes et des commandements religieux⁷⁴. Néanmoins, le système juridique reste peu efficace, les conflits autour de la propriété sont nombreux et mal gérés par les tribunaux, faute de moyens et de procédures adéquates⁷⁵.

Ensuite, dans une deuxième phase, à partir des années 1850 environ, des conditions économiques plus favorables et une meilleure démographie conduisent à davantage de libéralisation de l'Inde sous domination britannique. L'agriculture devient plus productive et peut désormais être intégrée aux marchés, tandis que l'augmentation de la population rend les terres plus rares et leur donne de la valeur. Les anciens monopoles ont tendance à disparaître, et les administrateurs et juges anglais tendent à permettre à la société civile de se développer plus

de littérature sur la question voir : Susanne H. and Lloyd Rudolph, *The Modernity of Tradition*, Chicago, 1967, chap. 3 ; Robert Eric Frykenberg (dir.), *Land Control and Social Structure in Indian History*, Madison, 1969 ; Cohn, Bernard S., « Anthropological Notes on Disputes and Law in India », *American Anthropologist*, 67 (6), p. 82-122 ;

⁷² D. A. Washbrook, *op. cit.*, p. 711 sq.

⁷³ *Ibid.*, p. 652 ; p. 660, 664.

⁷⁴ Voir J. M. D. Derrett, *Religion, Law and State in India*, Londres, 1968, notamment sur la construction du droit des individus en fonction d'impératifs religieux et sur la constitution de la famille comme dépositaire de la propriété comme patrimoine collectif. Voir notamment chap. 8. Si certains éléments effectifs des sociétés indiennes influencent les britanniques à ce sujet, il ne faut pas oublier que la société indienne, notamment dans les villes, était déjà en train de s'éloigner du modèle de la famille élargie, que les britanniques vont consolider. T. Raychaudhuri, « Norms of Family Life and Personal Morality among the Bengali Hindu Elite, 1600-1850 » in R. van M. Baumer (dir.), *Aspects of Bengali History and Society*, University of Hawai'i Press, Hawai'i, 1975, p. 23.

⁷⁵ Voir J. Norton, *The Administration of Justice in South India*, Madras, 1853. Voir aussi Washbrook, *op. cit.*, p. 658-659.

librement⁷⁶. Le droit permet davantage d'individualisation de la propriété, à mesure que l'impératif de récolter le *revenue* se fait moins pressant. Néanmoins, le pouvoir colonial se lance dans un « acte d'équilibrisme »⁷⁷, où il en vient à systématiquement craindre les effets de cette libéralisation sur le tissu social de l'Inde, au point d'imposer son point de vue conservateur sur l'ensemble de la législation, par peur d'éventuelles révoltes. On assiste à une véritable reconstruction partiellement fictive du passé de la société indienne par les administrateurs. Le pouvoir est alors entièrement focalisé sur la nécessité, qu'il croit impérative, de trouver un équilibre entre la libéralisation de la société indienne et la peur de l'anomie sociale, quitte à freiner tout changement. Cela le conduit à limiter la liberté des individus à disposer de leur propriété sans l'accord de leur famille ou de leur communauté, introduisant alors « des identités sociales normatives dans le marché, pour en interdire l'entrée à certains acteurs »⁷⁸. Il s'agit toutefois, comme nous allons le voir, d'une tendance qui définit l'ensemble de la période de domination britannique en Inde.

1.1.2. Le difficile équilibre du système colonial

De 1773 à 1784, dans un contexte de consolidation précaire du pouvoir de la Compagnie sur le sous-continent, Warren Hastings devient gouverneur des Indes. Comme le notent Tirthankar Roy et Anand Swamy, l'idéologie qui anime le mandat de Hastings résume en quelque sorte les tensions et les contraintes qui vont caractériser le pouvoir britannique en Inde jusqu'à sa fin⁷⁹. Hastings met en place un certain nombre de réformes qui renforcent l'administration et le système juridique anglais en Inde afin d'établir une procédure commune à tous, tout en promouvant l'idée que, afin d'assurer la stabilité du système, le droit civil doit s'enraciner dans les pratiques et le droit indigènes, nécessairement plurielles⁸⁰. Fait crucial, le système de Hastings va faire des pratiques *religieuses* le fondement du droit local. L'administration et la justice vont donc s'appuyer à la fois sur des experts musulmans et hindous pour rendre leurs décisions. Ces experts sont loin d'être unanimes, objectifs ou désintéressés, d'une part, et les textes religieux concernant les pratiques sociales sont soit contradictoires, soient n'existent tout simplement pas dans certains domaines d'autre part. L'époque voit donc la multiplication d'entreprises de traduction, de compilation et de codification des principaux droits religieux d'Inde,

⁷⁶ David A. Washbrook, *op. cit.*, p. 672.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 712.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 675.

⁷⁹ Voir Latika Chaudhary, Bishnupriya Gupta, Tirthankar Roy and Anand V. Swamy (dir.), *A New Economic History of Colonial India*, Routledge, New York, 2016.

⁸⁰ T. Roy et Anand V. Swamy, *Law and the economy in colonial India*, The University of Chicago Press, Londres, 2016, p. 17.

notamment l’Islam et l’Hindouisme. Des figures comme celle de William Jones, juge britannique, à la fois linguiste et juriste, émergent donc. En ce qui concerne notre étude, l’un des effets principaux de ce « retour » aux textes religieux est de favoriser l’opinion que la propriété, parmi les hindous, les musulmans et les bouddhistes était avant tout un droit conféré à un collectif, la *joint family*, ou famille élargie⁸¹. L’idée que la propriété est essentiellement collective, dans le sens où elle le patrimoine commun d’une famille, s’empare donc de l’esprit des administrateurs coloniaux à cette époque. Ainsi, bien que le pouvoir britannique affirme défendre la propriété privée, les droits individuels de propriété se retrouvent « profondément imbriqués dans les relations [de l’individu] avec la communauté familiale hindoue », la « *joint family* »⁸².

Le mandat de Hastings est donc caractérisé par deux volontés contradictoires : l’une, réformiste, entend développer et moderniser l’administration de l’Inde, en apportant la justice à tous et incluant les populations locales ; l’autre, conservatrice, qui se donne la mission de faire des coutumes et des principes religieux la source du droit sur lequel les juges anglais doivent se prononcer. Le système de Hastings sera rapidement pris dans ses propres contradictions, mais il laissera sa marque sur le reste de l’histoire coloniale indienne. Au-delà du seul système de Hastings, la situation juridique de l’Inde sous domination britannique restera alors ambiguë : bien que mise au point par les britanniques, le droit anglo-indien n’a rien à voir avec la *common law* anglaise, puisqu’il mélange l’utilisation de codes et de coutumes locales, le recours à des principes de la *common law*, et des éléments de législation circonstancielle⁸³. Le droit anglo-indien n’est donc ni le résultat d’un simple transfert du droit anglais en Inde, ni tout à fait un « traduction » de la coutume et du droit local, mais plutôt un mélange de ces deux attitudes typiques des empires coloniaux⁸⁴.

Comment est-il possible de construire un système de justice traitant tous les individus de manière égale, si ledit système valide l’origine religieuse, et donc ethnique des coutumes qui servent à rendre justice ? Plus profondément, comment peut-on estimer que des règles religieuses, tirées principalement de commentaires de juristes érudits plutôt que de cas spécifiques, peuvent refléter la diversité des coutumes d’un territoire aussi divers que l’Inde ? Ces problèmes deviendront d’autant plus pressants au XIX^e siècle que le système des cours de justice anglo-indiennes se structure davantage et devient la référence première des européens comme des

⁸¹ *Ibid.*, p. 18.

⁸² D. A. Washbrook, *op. cit.*, p. 654.

⁸³ Roy Tinker, « Law and Economic Change in India, 1600-1900 », in Debin Ma et Jan Luitan van Zanden (dir.), *Law and Long-Term Economic Change. A Eurasian perspective*, Stanford University Press, Stanford, 2011, p. 116-137.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 116. Roy parle de « translation », qu’il estime fondée sur une large incompréhension de la situation locale.

locaux pour régler leurs différends. Les années 1800 voient en effet le système anglo-indien devenir de plus en plus autonome alors que les locaux ont de moins en moins recours aux institutions coutumières traditionnelles. Le conservatisme dans les sources du droit cohabite en effet avec un code de procédure qui est progressivement uniformisé et rendu plus efficace, mettant notamment en place la structure nécessaire pour mener des procès sur l'ensemble des territoires contrôlés par les britanniques, où les tribunaux se multiplient⁸⁵.

Ces tribunaux comme les législateurs des différentes régions, s'ils prennent souvent le droit anglais comme référence, ont à la fois le pouvoir et la volonté de mettre au point un droit local, soit par pragmatisme pur et simple, lié aux circonstances spécifiques de l'Inde coloniale, soit par prudence conservatrice, craignant les secousses qu'une application trop littérale du droit anglais pourrait infliger à l'Inde⁸⁶. L'habitude prise de se référer au « droit » local, essentiellement extrait de textes religieux, et d'en faire la source de la *common law* anglo-indienne rend cependant cette tâche difficile. Les textes sont parfois contradictoires sur des thématiques essentielles, comme par exemple le droit des contrats, qui n'existe que de manière indirecte et vague dans les nombreux textes à la disposition des juges. Les experts que l'on appelle à l'aide, les *pandits*, appartiennent à des écoles juridico-religieuses qui se réfèrent à des textes distants les uns des autres de centaines d'années, et sont entraînés à argumenter contre les membres

⁸⁵ *Ibid.*, p. 126.

⁸⁶ Une large littérature décrit les contradictions liées à la volonté d'éviter les « greffes » juridiques exogènes à la société indienne : voir Nandini Bhattacharya-Panda, *Appropriation and Invention of Tradition : The East India Company and Hindu Law in Early Colonial Bengal*, Oxford University Press, Delhi, 2008 ; Werner Menski, *Hindu Law*, Oxford University Press, Delhi, 2003 ; Eric Stokes, « The First Century of British Colonial Rule in India : Social Revolution or Social Stagnation? », *Past and Present*, 58, p. 136-160 ; Peter Robb, « Law and Agrarian Society in India: The Case of Bihar and the Nineteenth Century Tenancy Debate », *Modern Asian Studies*, 22 (2), p. 319-354, 1988 ; Sandra D. Otter, « Rewriting the Utilitarian Market : Colonial Law and Custom in Mid-Nineteenth-Century British India », *The European Legacy*, 6 (2), p. 177-188 ; Despina Iliopoulou, « The Uncertainty of Private Property: Indigenous Versus Colonial Law in the Restructuring of Social Relations in British India », *Dialectical Anthropology*, 26 (1), p. 65-88 ; Jon E. Wilson, « Anxieties of Distance : Codification in Early Colonial Bengal », *Modern Intellectual History*, 4 (1), p. 7-23 ; Neeladri Bhattacharya, « Remaking Custom : The Discourse and Practice of Colonial Codification », in Radha Champakalakshmi et Sarvepalli Gopa (dir.), *Tradition, Dissent and Ideology: Essays in Honour of Romila Thapar*, Oxford University Press, Delhi, 1997 ; S. A. Kugle, « Framed, Blamed and Renamed : The Recasting of Islamic Jurisprudence in Colonial South Asia », *Modern Asian Studies*, 35 (2), p. 257-313 ; R. Saumarez Smith, *Rule by Records: Land Registration and Village Custom in Early British Punjab*, Oxford University Press, Delhi, 1996 ; Lauren Benton, « Colonial Law and Cultural Difference : Jurisdictional Politics and the Formation of the Colonial State », *Comparative Studies in Society and History*, 41 (3), p. 563-588 ; Michael R. Anderson, « Islamic Law and the Colonial Encounter in British India », in David Arnold et Peter Robb (dir.), *Institutions and Ideologies : ASOAS South Asia Reader*, Curzon Press, Londres, 1993, p. 165-185 ; Duncan S. A. Bell, « Historiographical Reviews: Empire and International Relations in Victorian Political Thought », *Historical Journal*, 49 (1), p. 281-298 ; Minoti Chakravarty-Kaul, *Common Lands and Customary Law. Institutional Change in North India over the Past Two Centuries*, Oxford University Press, Delhi, 1996 ; David Gilmartin, « Cattle, Crime and Colonialism: Property as Negotiation in North India », *Indian Economic and Social History Review*, 40 (1), p. 33-56 ; Nicholas B. Dirks, « From Little King to Landlord: Property, Law and the Gift Under the Madras Permanent Settlement », *Comparative Studies in Society and History*, 28 (2), p. 307-333.

d'autres écoles⁸⁷. La transition depuis une justice coutumière, localisée, où les individus qui ont des différends sont liés par leur appartenance à une même communauté, s'effectue difficilement sans la création d'un droit impersonnel, permettant de régler des conflits entre des individus ne se connaissant pas⁸⁸. Ainsi, « la tradition était un guide inexistant pour régler les différends commerciaux entre des membres de communautés différentes, et même entre les membres d'une même communauté »⁸⁹.

Cela a des conséquences particulièrement négatives pour les activités commerciales. Les intermédiaires entre acheteurs et vendeurs se multiplient alors, créant de nombreux problèmes qui se soldent par des poursuites juridiques difficiles à trancher, et qui se traduisent par des coûts économiques importants. Les officiers et juges britanniques sont parfaitement conscients de ces difficultés, qui ne trouveront cependant pas de solution avant la fin du XIX^e siècle⁹⁰. Comme nous le verrons ultérieurement, c'est exactement le problème que Henry Sumner Maine affronte lorsqu'il devient conseiller juridique en Inde, et que l'administration tente de mettre au point un droit de contrat grâce à l'*Indian Contract Act* de 1872.

La nomination de Sumner Maine advient à la fin d'un long processus, qui débute notamment par la constitution d'une commission juridique en 1833, chargée de préparer le travail de législation. Thomas Macaulay dirige la première commission. Son projet de code pénal, avorté de son temps, sera d'ailleurs réalisé en 1862. Il s'agit d'un des seuls codes juridiques au sens propre qui soit utilisé en Inde, encore aujourd'hui⁹¹. Macaulay fait partie des « utilitaristes », influencés par Jeremy Bentham à travers l'œuvre de James Mill, père de John Stuart Mill, et notamment par son histoire de l'Inde⁹². La nomination de Macaulay, premier conseiller juridique du conseil des Indes de 1834 à 1838, marque un revirement idéologique dans

⁸⁷ T. Roy, « Law and Change in India », *op. cit.*, p. 127.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 128 :

A (...) distortion arose from the fact that community customs were by definition aimed at preserving the rights of the collective over capital assets, whereas the new economy and Western conceptions of rights frequently demanded assertion of the rights of the individual over that of the collective. Transactions in the land market remained very limited despite stronger definition of private property rights owing to this entanglement of private and collective rights.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 128. Nous traduisons.

⁹⁰ T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 20: « Customary laws were not specified in enough detail to meet the needs of modern forms of business. Informal contract enforcement systems did not succeed in the sphere of transactions between parties who did not know each other very well enough. ». Voir aussi Neeraj Hatekar, « Information and Incentives: Pringle's Ricardian Experiment in the Nineteenth Century Deccan Countryside », *Indian Economic and Social History Review* 33 (4), p. 437-457.

⁹¹ Voir Gwenaël Guyon, *Les partisans anglais de la codification au XIX^e siècle. La question du droit pénal entre utilitarisme, modernisation du common law et modèle juridique français*, thèse de doctorat, Rennes, Université de Rennes 1, 2012.

⁹² Sur ce sujet, voir Eric Stokes, *The English Utilitarians and India*, Londres, Clarendon Press, 1963. Voir James Mill, *The History of British India*, *op. cit.*

l'administration britannique, même s'il serait exagéré de considérer qu'un revirement proprement administratif s'ensuit. Quoi qu'il en soit, Macaulay s'oppose frontalement au système de Hastings dans sa fameuse « Minute Upon Indian Education »⁹³. Il prône notamment la fin des subventions allouées au développement de l'enseignement du sanscrit et du persan, et souhaite promouvoir l'enseignement de l'anglais et des savoirs occidentaux. Le droit est notamment touché par cette volonté d'occidentalisation de la société indienne. Cette déclaration de Macaulay vient soutenir l'*English Education Act* de 1835, qui met en application certaines des idées de Macaulay. Ce discours séduit des juges et des administrateurs désormais conscients des problèmes du système de Hastings, et qui souhaitent la fin du recours aux codes religieux comme source du droit coutumier, considérant que ces textes sont l'expression d'une morale plutôt qu'ils ne contiennent les règles d'un droit positif⁹⁴. Parallèlement, l'administration renforce encore son système de justice, et une hiérarchie concentrique de cours est établie pour couvrir, l'ensemble du territoire anglo-britannique dans les années 1860, de manière relativement inefficace cependant⁹⁵. En effet, une partie des difficultés rencontrées par le système de Hastings persistent pendant l'intégralité du XIX^e siècle : même si les administrateurs anglais font œuvre de législation, les juges gardent une grande autonomie pour le règlement des conflits, et s'appuient sur des sources différentes (le droit anglais, les pratiques coutumières locales, tel ou tel droit religieux) qui se contredisent parfois elles-mêmes et qui permettent aux plaignants comme aux accusés de choisir stratégiquement le corpus sur lequel repose leur argument.

1.1.3. Le système des droits de propriété, source de tensions

Deux faits déjà mentionnés sont cruciaux pour comprendre l'importance du problème qu'est celui des régimes de propriété pour l'administration coloniale britannique. D'une part, la Compagnie des Indes est chargée de collecter des impôts qui sont essentiellement fonciers, et ce système est transmis à la couronne britannique, qui y trouve l'essentiel du financement de son système colonial. Or, déterminer qui taxe implique de savoir qui est propriétaire⁹⁶. D'autre part, suivant les droits hindous et musulmans, les officiers britanniques intègrent rapidement l'idée que la propriété est possédée collectivement par la *joint family*. Trois moments et

⁹³ Thomas B. Macaulay, « Minute Upon Indian Education », Bureau of Education, Selections from Educational Records, I (1781-1839), H. Sharp (dir.), *Superintendent*, Government Printing, Calcutta, 1920, réédition, National Archives of India, Delhi, 1965, p. 107-117. http://www.columbia.edu/itc/mealac/pritchett/00generallinks/macaulay/txt_minute_education_1835.html

⁹⁴ T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁵ *Ibid.*, chap. 2.

⁹⁶ Voir Anand V. Swamy, « Land and Law in Colonial India », in *Law and Long-Term Economic Change. A Eurasian perspective*, Debin Ma et Jan Luitan van Zanden (dir.), Stanford University Press, Stanford, 2011, p. 138-157.

problèmes principaux peuvent être distingués : dans un premier temps, l'administration est concentrée sur la tâche d'établir un système de taxation, ce qui conduit au *Permanent Settlement of Bengal* de 1793, qui établit un système de grands propriétaires terriens ; ensuite, l'administration qui se développe davantage tente de concentrer son système de taxation sur une échelle plus réduite, celle des cultivateurs ; enfin, après les différentes révoltes des années 1850, l'administration impériale se fait plus prudente et conservatrice, et va systématiquement tenter de limiter les effets des marchés sur la structure sociale indienne⁹⁷.

Le premier problème rythme l'histoire de la colonisation de l'Inde quelque peu avant et pendant le XIX^e siècle. Le *Permanent Settlement of Bengal* de 1793, faisant partie de l'œuvre de Lord Cornwallis en Inde, a pour objectif, lorsque le territoire de la Compagnie des Indes s'est élargi et qu'elle est désormais le *dewan* de ces territoires, de rendre possible la collecte des impôts fonciers⁹⁸. Il couvre d'abord la région du Bengale, mais le système sera ensuite élargi à d'autres régions. Afin de pallier les limites qu'imposent des moyens et une administration limitée et peu informée de la réalité du terrain, les britanniques s'associent à un groupe déjà lié à la collecte des impôts, qui se rapproche de ce que pouvaient être des fermiers généraux, les *zamindars*, désormais chargés de collecter le *revenue*. L'impôt foncier est alors par l'intermédiaire de ces *zamindars*, que le pouvoir britannique en vient à considérer comme des propriétaires terriens, sur le modèle des *lords* anglais. On le perçoit donc immédiatement : une nécessité pratique, celle du financement de l'administration coloniale, donne lieu à une cartographie des droits de propriété dans le sous-continent indien.

En effet, le raisonnement de l'administration britannique est le suivant : si la rente est versée aux propriétaires de la terre en Grande-Bretagne, et que l'on souhaite prélever une part de cette rente en Inde pour financer l'administration, alors il faut prélever cette rente aux propriétaires terriens indiens. Or, une comparaison peut permettre de comprendre le problème que soulève cette dernière conclusion : il ne s'agit pas d'établir un système semblable à celui des fermiers généraux de l'Ancien Régime français, où aucune équivalence n'est établie entre celui qui possède la terre et celui qui prélève l'impôt. C'est bien un système similaire que les britanniques trouvent lorsqu'ils prennent le contrôle de l'Inde, puisque le pouvoir précédent s'appuyait sur un groupe de délégués chargés de récolter un impôt sur la terre. Les officiers britanniques ajoutent cependant l'idée que celui qui récolte l'impôt est le propriétaire de la terre en

⁹⁷ *Ibid.*, p. 140.

⁹⁸ Voir T. Roy, « Law and Change in India », *op. cit.*, p. 125.

question, ce qui ne correspond pas véritablement à la réalité du terrain. Le système juridique que met aussi en place le *Permanent Settlement* a vocation à défendre ce système de propriété⁹⁹.

Néanmoins, les biais interprétatifs et idéologiques se mélangent systématiquement aux contraintes locales. Il est certain que les Britanniques, suivant l'idée forgée au XVIII^e siècle selon laquelle l'investissement dans la productivité des terres ne peut être que stimulé par des droits de propriété stables, choisissent de confier ces droits à une population qui ressemble aux lords anglais. Toutefois, les mêmes droits auraient pu être confiés à ceux qui cultivent réellement la terre, avec peut-être d'autant plus de raisons que leur proximité avec leurs terres aurait pu leur donner toutes incitations et les moyens nécessaires à l'augmentation de leur productivité. Or, entrer dans une relation directe avec les cultivateurs est une tâche trop complexe pour l'administration squelettique de la Compagnie des Indes¹⁰⁰, alors que mettre en place le système *zamindari* n'est rien de plus qu'une solution de facilité¹⁰¹. Un problème de taille se pose cependant : le système *zamindari* reconnaît immédiatement, comme les articles du *Permanent Settlement* le stipulent, des droits à une classe de fermiers, les *ryot* ou *rayat*, que l'obtention d'un titre de propriété par les zamindars ne doit pas remettre en cause¹⁰². Ces droits ne sont pas définis par les administrateurs britanniques, car ces provisions n'ont pour d'autre source que la vague connaissance de la complexité des rapports de propriété entre *zamindar* et *rayat*. D'autres niveaux intermédiaires entre ces grands fermiers et les cultivateurs, comme les *jotedars*, qui possédaient des droits coutumiers garantissant leur titre de locataires¹⁰³.

Le système *zamindari* est cependant rapidement remis en cause à mesure que le Raj s'élargit progressivement vers l'Ouest et le Sud du sous-continent, et plus particulièrement à quand le Pendjab est rattaché à l'Empire en 1849¹⁰⁴. Les administrateurs britanniques perçoivent les limites du système *zamindari*, ce qui renforce leur sentiment que les réalités complexes des systèmes de propriété en Inde ne sont adéquatement décrites par les cadres juridico-politiques occidentaux. Par exemple, dans un rapport évaluant en 1833 ce système, on peut lire que

⁹⁹ Sur le *Permanent Settlement* de 1793, voir Percival Spear, *A History of India*, Penguin Books, Londres, 1965, vol. II, chap. 8. Sur le fait que le *Settlement* met en place un système juridique compatible avec cet arrangement foncier, voir John D. Furnivall, *Colonial Policy and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1968.

¹⁰⁰ T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, chap. 3.

¹⁰¹ Voir A. V. Swami, « Land and Law in Colonial India », *op. cit.*, p. 140 et Peter Robb, *Ancient Rights and Future Comfort: Bihar, the Bengal Tenancy Act of 1885 and British Rule in India*, Curzon Press, Richmond, UK, 1997.

¹⁰² Pour le texte du *Permanent Settlement*, voir <https://www.latestlaws.com/bare-acts/state-acts-rules/west-bengal-state-laws/bengal-permanent-settlement-regulation-1793/>, consulté le 13/09/2019.

¹⁰³ A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 140. Voir aussi Narendra K. Sinha, *The Economic History of Bengal: From Plassey to the Permanent Settlement*, vol. 2., Firma K. L. Mukhopadhyay, Calcutta, 1962.

¹⁰⁴ T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 25 ; V. Swamy, *op. cit.*, p. 142 ; voir Aditee Nag Chowdhury-Zilly, *The Vagrant Peasant: Agrarian Distress and Desertion in Bengal, 1770 to 1830*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1982, chap. 5.

« les droits de propriété conférés au *zamindar* ne sont pas des droits ‘absolus’ tels que ceux que la notion de droits de propriété implique en Angleterre »¹⁰⁵. Ces doutes jouent un rôle important dans la création du système *ryotwari*. Mis en place par Thomas Munro, gouverneur de Madras entre 1820 et 1827, ce système prend comme référence non plus les *zamindars*, mais les cultivateurs eux-mêmes, les *ryot* ou *rayat*. Les deux systèmes vont cohabiter pendant la suite de l’histoire coloniale britannique : le système *ryotwari* va principalement s’appliquer au sud, principalement dans la région de Madras, ainsi qu’à l’ouest de l’Inde, alors que le système *zamindari* est conservé à l’est, dans la région du Bengale¹⁰⁶. Il est impossible d’opposer radicalement les deux systèmes, d’autant plus que leur mise en application interne diffère en fonction des régions. Selon les lieux, plusieurs paramètres varient, dont deux sont essentiels : la sécurité et la stabilité des droits des « métayers » d’une part, et la facilité avec laquelle les transferts de biens fonciers peuvent s’effectuer, par la vente, l’héritage ou le recouvrement de dettes par exemple, d’autre part¹⁰⁷.

Ce premier axe est d’ailleurs structurant dans l’histoire politique et juridique de l’Inde coloniale de la deuxième moitié du XIX^e siècle, et se trouve donc être central dans le cadre de notre étude. Les rapports tendus entre les propriétaires terriens et les fermiers, « locataires » de leurs terres, trouvent en partie leur origine, notamment dans les régions sous système *zamindari*, dans l’imprécision originelle du *Permanent Settlement* de 1793 : les fermiers y sont censés posséder des droits qui ne sont pas totalement explicités, qui se résument à une double protection contre les augmentations abusives des rentes foncières qu’ils versent ainsi que contre les expulsions. Trois questions se posent : à quel point les *zamindars* peuvent-ils exercer de pression à l’encontre de leurs locataires¹⁰⁸, à quelles conditions peuvent-ils les expulser, et dans quelle mesure peuvent-ils augmenter les rentes qu’ils prélèvent ? C’est une problématique qui se révélera particulièrement importante dans la suite de notre travail, puisque Mill s’intéresse justement aux droits coutumiers spécifiques dont sont censés bénéficier les *rayats*.

Ainsi, le statut des *rayats* n’est pas, en principe, celui des « *tenants at will* » qui, comme leur nom l’indique, peuvent être expulsés par simple décision du propriétaire. Le système leur reconnaît rapidement, quoiqu’avec peu de clarté, un *droit* à l’occupation de leur terre, hors

¹⁰⁵ Voir *Bengal, report of the government of bengal on the proposed amendment on the law of landlord and tenant in that province, with a revised bill and appendices*, Government Press, Calcutta, vol. 1, 1883 : « the rights of the proprietorship conferred upon the zamindar were not ‘absolute’ rights such as are involved in the notion of proprietary rights in England ». Notre traduction. “zamindar” est une orthographe possible du mot zamindar.

¹⁰⁶ Concernant le système *ryotwari* : <https://www.britannica.com/topic/ryotwari-system>, consulté le 13/09/2019.

¹⁰⁷ Cela conduit T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, à distinguer huit régimes de propriété de la terre, voir chap. 3.

¹⁰⁸ Voir J. R. McLane, « Revenue Farming and the Zamindari System in Eighteenth Century Bengal », in R. E. Frykenberg (dir.), *Land Tenure and Peasant in South Asia*, Orient Longman, New Delhi, 1977.

d'atteinte de l'ingérence du propriétaire. En 1799, les *rayats* sont protégés contre l'usage direct de la force à leur encontre par les *zamindars*, et il leur faut désormais avoir recours à la justice. En 1812, ils sont protégés partiellement contre les saisies directes menées par leurs propriétaires, mais de nombreuses exceptions rendent ces règles peu efficaces¹⁰⁹. En pratique, le système donne un grand pouvoir aux *zamindars*, même si ces derniers n'ont pas autant d'influence selon les régions concernées¹¹⁰. Les contentieux vont devenir de plus en plus nombreux au cours du XIX^e siècle, avec des mouvements de protestation larges dès les années 1820. C'est notamment dans les régions les plus éloignées des pratiques religieuses hindoues qui, rappelons-le, font partie des références concernant pour les juges britanniques, que la contestation va se faire la plus forte. En effet, le système *zamindari* est peu adapté au mode de vie des tribus qui pratiquent l'agriculture itinérante. Les frictions entre le modèle mis en place par les Britanniques, censé respecter les *coutumes* locales, et les pratiques agricoles, structurantes pour les communautés concernées, se font donc sentir vivement, jusqu'à ce que des émeutes éclatent dans les années 1830. Les tensions trouvent leur point culminant avec ce que l'on appelle en français la « révolte des Cipayes », mais qui porte le nom de *Great Mutiny* pour les Britanniques.

L'une des conséquences principales de cette révolte reste la dissolution de la Compagnies des Indes, et la prise de pouvoir par la Couronne britannique. Elle reste un souvenir traumatique pour l'administration britannique, qui va chercher à éviter de tels événements à l'avenir. C'est notamment l'objet du *Bengal Rent Act* de 1859, qui a pour but de renforcer les droits des fermiers, et d'ajouter que l'occupation d'une terre pendant douze ans peut leur obtenir le statut de *occupancy tenant*, et donc rendre pérennes leurs droits à une terre. Ces nouvelles règles sont malheureusement encore une fois peu claires et facilement contournables¹¹¹.

Après une série de procès emblématiques autour de la question des rentes foncières, lors desquels les juges citent d'ailleurs fréquemment John Stuart Mill, le *Bengal Tenancy Act* de 1885 a pour but de régler ces problèmes, en fixant des limites claires à l'augmentation des rentes foncières. Une conséquence importante de cette législation réside dans son chapitre X, qui institue l'obligation pour l'administration de procéder à intervalles réguliers à des relevés précis et à une recension des droits de propriété. Les officiers britanniques sont donc directement confrontés à la complexité des relations de propriété en Inde, tout autant qu'ils la renforcent, rendant de fait inexistante l'idée de propriété individuelle absolue en Inde, par la consécration

¹⁰⁹ A. V. Swamy, « Land and Law in Colonial India », *op. cit.*, p. 145.

¹¹⁰ T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 35-36.

¹¹¹ A. V. Swamy, « Land Law in Colonial India », *op. cit.*, p. 146. Voir aussi D. Rothermund, *Government, Landlord, and Peasant in India*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1978.

juridique de droits coutumiers au bénéfice des locataires ayant pour but de contrecarrer les prérogatives des propriétaires. L'idée d'un droit de maintenir à perpétuité les baux ou le plafonnement des rentes contribuent alors à la limitation et à la complexification des droits de propriété¹¹².

Toutefois, le système reste relativement inefficace et insatisfaisant pour toutes les parties¹¹³, et l'accumulation de connaissances sur le terrain, qui s'intensifie dans la seconde moitié du XIX^e, ne fait que renforcer l'impression parmi les Britanniques que le concept philosophique et juridique de propriété est inadéquat. De plus, la question spécifique des systèmes administratifs de propriété n'est pas la seule qui fait débat. Dès le milieu du XIX^e siècle, l'administration britannique s'interroge en effet sur trois thèmes principaux : le poids des dettes paysannes créées par la marchandisation des terres, la place à accorder à la propriété commune, et enfin, la question des contrats.

1.1.4. La peur de l'anomie contre la libéralisation et la marchandisation des terres

La peur qui anime les officiers britanniques de porter atteinte à l'équilibre social des communautés indiennes dans la seconde moitié du XIX^e siècle les conduit à vouloir les protéger des effets de la marchandisation des terres, alors que le droit d'aliéner les terres n'est pas une invention des Britanniques en Inde¹¹⁴. Le contexte économique a en effet changé, par rapport à la première période où la Compagnie est au pouvoir. Une situation économique et démographique déprimée laisse la place à une économie davantage en croissance, dans laquelle l'agriculture a le potentiel de s'intégrer aux marchés¹¹⁵. Parallèlement, le système juridique va devenir plus efficace, et va dans le sens d'une individualisation de la propriété des individus. Dans de nombreux endroits d'Inde, les limites apportées aux droits de propriété au nom de la priorité donnée à la cellule familiale sont de plus en plus contestées par ceux qui souhaitent disposer librement de leurs terres, notamment pour les vendre¹¹⁶. Néanmoins, les paysans-entrepreneurs qui tentent de contourner les règles coutumières soutenues par le système anglo-indien en sont empêchés par la loi, mais aussi par leurs pairs¹¹⁷.

Cette marchandisation passe notamment par l'intermédiaire de recouvrements lors de prêts impayés. En effet, les terres du sous-continent indien acquérant progressivement de la

¹¹² D. A. Washbrook, *op. cit.*, p. 674.

¹¹³ T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 52.

¹¹⁴ Sumit Guha, *The Agrarian Economy of the Bombay Deccan, 1818–1941*, Oxford University Press, Delhi, 1985.

¹¹⁵ D. A. Washbrook, *op. cit.*, p. 670.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 671.

¹¹⁷ Voir Tom G. Kessinger, « The Peasant Farm in North India 1848-1968 », *Explorations in Economic History*, 12 (3), p. 303.

valeur à mesure que les récoltes sont davantage productives et que les terres encore libres de culture se raréfient, les paysans ont de plus en plus recours à des usuriers (*moneylenders*) qui se saisissent de leurs biens lorsqu'ils font défaut. Ces situations se multiplient et conduisent parfois à de brèves émeutes, qui ne font que rappeler aux Britanniques la révolte des Cipayes de 1857. Ainsi, bien que ces prêts soient parfois nécessaires pour mettre en culture des terres dans les régions les plus pauvres, les officiers britanniques, pourtant généralement libéraux en Angleterre, en viennent à partager l'idée selon laquelle les usuriers abusent de leur pouvoir sur des paysans en position de faiblesse. Ils désirent ainsi inverser les conséquences de leur propre présence, qui a eu tendance à renforcer juridiquement le pouvoir des usuriers, principalement par la formalisation progressive du droit¹¹⁸. À cette première considération de justice s'ajoute l'inquiétude grandissante de voir la cohésion sociale des communautés concernées remise en cause par l'appropriation de terres par des individus qui y sont étrangers. Cette cohésion était selon eux assurée, avant l'établissement du pouvoir britannique, par l'institution du *Panchayat*, forme de conseil local, interne aux communautés en question, qui gérait notamment les différends entre les prêteurs et les emprunteurs. Bien qu'un certain nombre d'éléments confirment l'existence de cette institution à l'époque précoloniale, il est indéniable qu'il s'agit déjà d'une institution en déclin quand le pouvoir britannique s'affirme dans la région¹¹⁹. Son extension et sa pertinence restent donc contestables. Quoiqu'il en soit, les administrateurs et les législateurs britanniques en viennent parfois à considérer que l'institution du *Panchayat* doit statuer sur les cas locaux, puisqu'elle favorise le jugement par les pairs de celui qui emprunte de l'argent, à la défaveur de l'usurier, souvent extérieur à la communauté. Les obligations des emprunteurs en défaut en seraient alors limitées¹²⁰.

Lord Elphinstone, gouverneur de Bombay, décide donc que le *Panchayat* doit devenir la référence pour de tels cas en 1827. Cette décision reste cependant isolée et elle n'est que peu utilisée, les locaux eux-mêmes préférant avoir recours au système de justice que les britanniques mettent progressivement en place. Néanmoins, l'idée que le pouvoir des usuriers doit être limité s'impose progressivement. En 1873, Raymond West, juge à la Haute Cour de Justice de Bombay en vient à conseiller d'interdire les transferts de propriété, par vente, par saisie ou encore

¹¹⁸ Latika Chaudhary, L., Anand V. Swamy, « Protecting the borrower: An experiment in colonial India », *Explorations in Economic History*, 65, p. 36-54.

¹¹⁹ T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 14 sq. Voir aussi Vithal Trimbak Gune, *The Judicial System of the Marathas*, Sangam, Poona, 1953, p. 19.

¹²⁰ Parmi les règles qui limitent le recouvrement des dettes, est réactivée la coutume du *damdupat*, règle limitant les taux d'intérêts recouvrables par le créancier en cas de défaut de paiement du débiteur. Voir Mandar P. Oak and Anand V. Swamy, « Only twice as much : a rule for regulating lenders », *Economic Development and Cultural Change*, 58 (4), p. 775-803.

par legs individuel. Son influence se fait sentir en 1879, lorsque le *DARA*, le *Deccan Agriculturalists' Relief Act* entre en vigueur¹²¹. Cet acte de législation promeut le recours à des arbitres locaux comme première médiation pour les différends entre individus, et rend les cours locales, tenues par des juges locaux, responsables des cas qui impliquent de faibles sommes. Tous les prêts doivent aussi être enregistrés afin d'éviter une gestion extra-juridique du problème, et renforcer les droits de ceux qui sont alors considérés comme étant les plus faibles, les emprunteurs. Aussi, un plafond est établi pour les taux d'intérêt. Le *DARA* aura en effet pour conséquence d'équilibrer les rapports entre prêteurs et emprunteurs, sans pour autant porter réellement atteinte à la disponibilité du crédit pour les activités productives et à leurs résultats. D'autres décrets, dans d'autres régions d'Inde, émergent à partir du même raisonnement : en 1885, le *Bengal Tenancy Act* ne permet les transferts fonciers qu'à condition qu'ils soient permis par l'usage ou la coutume, sans pour autant rendre claires ces conditions¹²². Dans d'autres régions où vivent des peuples considérés comme les habitants originels du sous-continent, comme les *Santals* dont les activités sont principalement liées aux forêts, les transferts fonciers sont interdits sous prétexte que les coutumes locales ne les permettent pas.

Le cas le plus significatif reste peut-être celui du Pendjab, annexé tardivement en 1849. Cette annexion vient renforcer l'idée que les provinces du Nord-Est de l'Inde exemplifient la préexistence de système de propriété collective comme les communautés de village. Le Pendjab joue d'ailleurs un rôle démonstratif important dans le propos de Henry Sumner Maine au sujet du collectivisme des communautés de village, que l'on trouve fréquemment chez d'autres auteurs¹²³. À partir des années 1880, la question du Pendjab s'accroît après la construction de canaux qui rendent de nombreuses terres de la région cultivables. Les administrateurs britanniques vont alors prendre la décision de déclarer le Pendjab « hors-législation » : ils refusent de permettre au législateur d'agir par décret dans la région et rejettent en même l'idée que le droit religieux soit la référence coutumière, comme le système de Hastings avait pu le faire dans d'autres zones. Ils choisissent alors de privilégier le droit coutumier local. L'idée que la région est fortement marquée par la propriété en commun des terres est au cœur de cette décision : elle doit permettre d'éviter de rompre l'équilibre social de ces communautés, en ne permettant que des terres soient vendues que sous condition d'accord d'un collège de pairs. L'idée est ainsi de

¹²¹ Pour le *DARA*, on peut suivre ce lien, qui en reproduit le texte : <https://indiankanoon.org/doc/1545750/>. Consulté le 15 septembre 2019.

¹²² Pour le texte intégral du *Bengal Tenancy Act* de 1885, on peut suivre ce lien, qui en reproduit le texte : https://archive.org/stream/bengaltenancyact00rampuoft/bengaltenancyact00rampuoft_djvu.txt. Consulté le 15 septembre 2019.

¹²³ Voir John Dawson Mayne, *A Treatise on Hindu Law and Usage*, 8ème éd., Madras, 1914.

ne vendre des terres que *selon la coutume*, « *by custom* »¹²⁴. On remarquera alors le sens très particulier de cette expression : la *coutume* se distingue d'un *droit coutumier* qui serait un ensemble de pratiques déjà institutionalisées et codifiées qui ne sont pas nécessairement en lien avec des pratiques locales. Décider selon la coutume renvoie plutôt à un processus institutionnel où la communauté des pairs conserve un droit de décision sur les actions de ces membres, notamment en termes de gestion collective des ressources, ici foncières. Ce mouvement, amorcé dans la seconde moitié du XIX^e se poursuivra, avec le *Punjab Alienation Act* de 1900, qui empêche toute vente à des non-agriculteurs et donne la priorité aux membres d'une même communauté pour la vente¹²⁵. Le *Punjab Preemption Act* de 1905 renforcera d'ailleurs cette tendance en empêchant quelqu'un d'exercer un droit de préemption s'il n'appartient pas à la même tribu que le vendeur.

1.1.5. Propriété individuelle et propriété « collective »

Comme le montre George Campbell dès cette époque, les droits de propriété individuels semblent pourtant bien définis dans de nombreux endroits du Pendjab, comme en témoignent la répartition des impôts. La principale différence avec un système de propriété individuelle semble tenir au fait, comme il le note, que l'administration traite avec le groupe plutôt qu'avec les individus pour la collecte des impôts¹²⁶. On perçoit cependant déjà grâce à ces réflexions que cela puisse être dans ce contexte que l'idée même de « faisceau de droits » puisse émerger, puisque rien n'empêche des droits d'usage et des obligations en termes d'imposition d'être définis individuellement tout laissant au collectif les droits d'aliénation. La tension entre propriété individuelle et propriété collective est ainsi au cœur des préoccupations de l'administration britannique, qui est face à une complexité irréductible. On est alors loin du caractère manichéen de certains des débats du continent européen à la même époque, où l'on se déchire pour déterminer si l'origine des sociétés se trouve dans la propriété individuelle ou la propriété collective¹²⁷. En effet, sous le pouvoir britannique, les droits de propriété évoluent dans une double direction presque contradictoire : d'un côté, le droit coutumier religieux, ainsi que la propriété collective qu'il est censé affirmer, garde une influence indéniable au cours de tout le XIX^e

¹²⁴ Voir James McCrone Douie, *Punjab Land Administration Manual*, Government Press, Lahore, 1931. La circulaire de 1852 qui déclare le Pendjab « hors législation » est introduite dans le *Punjab Civil Code* de 1854.

¹²⁵ Voir Norman, G. Barrier, « The Formulation and Enactment of the Punjab Alienation of Land Bill », *The Indian Economic & Social History Review*, 2 (2), p. 145-165, et M. Mufakharul Islam, « The Punjab Land Alienation Act and the Professional Moneylenders », *Modern Asian Studies*, 29, p. 271-291.

¹²⁶ George Campbell, « Tenure of Land in India », in Cobden Club (dir.), *Systems of land tenure in various countries* by Cobden Club, Macmillan and co., Londres, 1870, p. 195.

¹²⁷ Voir P. Grossi, *op. cit.* Grossi note bien comment Maine se détache en quelque sorte des débats académiques de son époque, comme tous ceux qui travaillent sur le « terrain ».

siècle ; d'un autre côté les Britanniques renforcent progressivement les pouvoirs testamentaires des individus. Ainsi, les administrateurs coloniaux renforcent l'idée, présente dans les codes religieux, que la famille est la dépositaire primordiale des droits de propriété. Les textes religieux ayant servi de base juridique officielle pendant la première partie du siècle, le pouvoir britannique y puise l'idée que les droits de la famille priment sur ceux de l'individu. De fait, malgré de clairs indices montrant l'existence de droits individuels de propriété à l'époque pré-coloniale, il est vrai que ces droits y sont au moins en concurrence avec ceux de l'unité familiale. Dans leur volonté de préserver le corps social indien, et contraints par leur utilisation des commentaires religieux comme source de la coutume, les Britanniques ont simplement renforcé la prédominance de la propriété collective de la famille. S'il est indéniable que tout État en construction s'appuie des « alliances » avec des pouvoirs économiques et sociaux concurrents, la spécificité de l'Inde sous domination britannique est bien de s'être reposée sur une institution particulière dans ce processus, la famille élargie, qui place la question de la continuité de son patrimoine au premier plan¹²⁸.

L'enjeu principal de cet accent mis sur l'unité familiale concerne en effet l'héritage : puisque la propriété est possédée en commun par les membres d'une même famille, c'est alors à ce même collectif, et non pas à des individus, qu'elle doit être transmise¹²⁹. Pour les premiers codificateurs britanniques qui manquent de sources alternatives à celle des codes religieux, et dans un contexte où les terres productives sont d'abord rares, il peut sembler raisonnable de donner la priorité à la propriété « conjointe » des choses plutôt qu'à une propriété individuelle fragmentée : c'est ainsi que les familles peuvent empêcher leurs membres de disposer librement de leur propriété¹³⁰, ou bien disposer de droits de préemptions élargis¹³¹. On parle en effet bien de *joint property* plutôt que de *collective property*. Cette institution ressemble donc bien davantage à une forme d'indivision de la propriété dont la famille élargie est l'unité de référence qu'à une forme de collectivisme.

Le fait que l'héritage soit collectif soulève pourtant des problèmes importants. L'incertitude grandit quant à la pertinence des textes juridico-religieux classiques, textes qui se contredisent souvent entre eux et excluent d'ailleurs les femmes de l'héritage, y compris à travers leur mari défunt, ce qui choque de nombreux sujets britanniques. L'interprétation que les textes

¹²⁸ T. Roy, « Law and Change in India », *op. cit.*, p. 130. Nous traduisons.

¹²⁹ Voir J. M. D. Derrett, *op. cit.*, chap. 12.

¹³⁰ Voir W. H. Morley, *An Analytical Digest of All the Reported Cases Decided in the Supreme Courts of Judicature in India*, Londres, 1850, p. 38-44 et 478-487.

¹³¹ Voir E. Stokes, *The English Utilitarians and India*, *op. cit.*, chap. 2, sur les provinces du nord de l'Inde. Londres 1965, chap. 2, sur les provinces du nord de l'Inde.

religieux donnent à la place des femmes, écartées car non-concernées par la transmission au sein du groupe des ascendants et des descendants mâles, est donc contestée. La primauté donnée à l'appartenance religieuse est aussi problématique, le lien entre religion et pratiques coutumières n'ayant absolument rien d'évident en Inde à une époque où hindous et musulmans ne vivent pas nécessairement dans des communautés séparées. Le rôle renforcé des castes pose aussi problème car les codes religieux excluent *a priori* de l'héritage tous les membres d'une famille qui appartiendraient à une caste inférieure, bien que cela aille à l'encontre de pratiques attestées. Enfin, l'idée que, la propriété étant conjointe, le propriétaire d'une exploitation familiale ou d'une entreprise n'en soit en réalité que le gérant, rendu dépositaire par sa famille, pose des problèmes considérables. On trouve de nombreux exemples où un partenaire d'affaires se voit refuser le droit de reprendre les parts de son partenaire décédé, malgré un testament en sa faveur, sous prétexte que ses parts appartiennent à sa famille¹³². Dans la mesure où la propriété est fréquemment utilisée comme caution lorsque les individus s'engagent par contrats, et qu'il s'agit d'un élément clef du développement économique, on peut aussi comprendre le problème que pose la difficulté de « dégager » des capitaux de telles contraintes juridiques¹³³.

1.1.6. Commerce et droit des contrats

Au cours du XIX^e siècle, la multiplication des différends juridiques et la méfiance des juges britanniques envers les experts religieux produisent des écarts importants avec les codes déjà établis et les règles religieuses. Ces règles sont d'ailleurs particulièrement lacunaires en ce qui concerne les contrats. En effet, malgré une littérature constituée vers la fin du XVIII^e au sujet des contrats dans le droit religieux, les activités commerciales sont rendues difficiles par le manque d'un droit des contrats clair¹³⁴. Les conventions tacites, fréquentes et efficaces entre membres d'une même communauté ou de communautés proches, sont particulièrement inefficaces lorsqu'elles lient des paysans et des investisseurs étrangers. En l'absence de réseaux locaux d'obligations réciproques fortes, le manque de formalisation, de sanctions et d'un encadrement juridique définissant des droits et des obligations *impersonnels* produisent la

¹³² T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, chap. 5.

¹³³ Voir A. V. Swamy, « Land and Law in Colonial India », *op. cit.*, p. 139.

¹³⁴ Voir J. Tarkapanchanan, *Digest on Hindu Law of Contracts and Successions, With a Commentary*, H. T. Colebrook (trad.), 2 vols., Higginbothams, Madras, 1874 [1796], p. 11 ; H. T. Colebrook, *Treatise on Obligations and Contracts*, Black, Kingsbury, Purbury and Allen, 1818 ; S. Davar, *Elements of Indian Mercantile Law*, éditeur inconnu, Bombay, 1917. Ces différents ouvrages font partie des reconstructions de l'histoire indienne du droit des contrats. Ils partagent l'idée qu'il existe une forme de *lex mercatoria* commune à différents territoires de l'Inde, avec des coutumes largement acceptées, comme le *damdupat* ou la famille élargie comme propriétaire collectif, la *joint family*.

méfiance¹³⁵. Les solutions mises en place, notamment l'utilisation d'intermédiaires, sont à la fois économiquement peu efficace et attisent les conflits¹³⁶. C'est le cas pour la culture de l'indigo, dont les problèmes structurels vont conduire à une seconde grande révolte, la révolte de l'Indigo ou *Blue Mutiny*, en 1859, qui voit les paysans refuser de vendre leurs feuilles d'indigo à leur partenaires européens, propriétaires d'usine de transformation, violant ainsi leurs accords. C'est à la faveur d'une récession et de ces tensions entre investisseurs et paysans concernant leurs « contrats » que cette révolte éclate : les producteurs d'indigo se révoltent en effet contre les clauses qui les lient aux exportateurs étrangers, qui ne permettent pas de fluctuation des prix en fonction des récoltes. Les exportateurs, eux, sont en colère contre les cours de justice qui punissent parfois le non-respect des contrats, mais qui n'en forcent pas l'exécution¹³⁷.

L'une des conséquences de cette révolte et des contestations diverses qui vont suivre est la promulgation de l'*Indian Contract Act*, en 1872. Cette législation est en rupture explicite et assumée avec la coutume et le droit indigène, prenant la mesure des besoins du commerce en termes de droit des contrats¹³⁸. Des années 1820 à la *Blue Mutiny*, les juges avaient recours à deux expédients : d'une part, étant autorisés à faire usage de leur jugement dans les cas les plus incertains, ils n'hésitaient pas à faire appel à l'équité pour se départir des règles préexistantes ; d'autre part, l'utilisation du droit pénal, bien plus structuré et détaillé que presque tous les autres domaines du droit anglo-indien, était courante, le non-respect d'un contrat, parfois pour des raisons accidentelles, étant alors jugé au moyen de l'arsenal juridique censé sanctionner les délits et les crimes. La frustration des juristes et des administrateurs produit donc progressivement l'impression qu'une transition vers un corpus de droit *civil*, et non plus pénal, est nécessaire. L'*Indian Contract Act* est le produit longuement attendu de ces réflexions, qui démarre officiellement en 1860 avec la constitution d'une commission d'enquête qui se positionne immédiatement contre le maintien du recours au droit pénal. Ses propositions sont simples : les cours de justice civile doivent avoir les moyens de travailler rapidement et les contrats doivent

¹³⁵ T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 123 : « if buying and selling were done by long-period contract, laws were needed to deal with breach of contract, and these laws needed to be secular. Impersonal and secular laws of business could not be found written down anywhere (...) ».

¹³⁶ Dans de nombreux cas, les plaignants indiens préféreraient que leur cas soit décidé selon la loi britannique. Ainsi, les juristes discutent de plus en plus de différents types de contrats, de leur nature, de leurs limites, etc. Néanmoins, de nombreuses entreprises locales ne se reposaient ni sur le droit local, ni sur les cours britanniques. Voir J. M. D. Derrett, « The administration of Hindu law by the British », *Comparative Studies in Society and History*, 4 (1), p. 10-52. Dans le cas de marchés comme ceux de la soie, du sel, des tissus d'habillement ou de l'indigo, l'acheteur devait avancer de larges sommes, courant le risque que le vendeur ne s'enfuie avec son argent. Pour limiter ces risques, les acheteurs avaient donc recours à de nombreux intermédiaires, qui exerçaient une forme ou une autre de contrôle social sur les vendeurs. Voir T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 129.

¹³⁷ Voir T. Roy, « Indigo and Law in Colonial India », *Economic History Review*, 64 (51), p. 60-75.

¹³⁸ T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 124.

être enregistrés auprès des autorités, alors qu'ils ne sont encore, dans le meilleur des cas, que des documents peu clairs, rédigés à la hâte, contenant essentiellement les quantités d'indigo dues, et non pas les termes d'un contrat¹³⁹.

Les premiers travaux de la commission ne portent cependant pas leurs fruits et le *Legislative Council* échoue à mettre en place un droit des contrats. L'arrivée de Henry Sumner Maine au Conseil en 1862, un an tout juste après la publication retentissante de *Ancient Law*, va avoir un impact important sur l'accélération du processus de législation. Selon Maine, l'absence de droit moderne des contrats est un frein mortel pour les activités commerciales en Inde. Ses positions empêchent quiconque de soutenir que Maine entend renforcer l'approche conservatrice de l'administration britannique en Inde. Ce dernier va intervenir lors des discussions autour de la première proposition de législation sur les contrats, avancée par John Romilly en 1866¹⁴⁰. L'ébauche qu'il propose consiste en la réunion d'un condensé de droit britannique et d'adaptations du tout récent code civil de l'état de New York, promulgué au milieu d'un débat passionné sur la codification juridique¹⁴¹. Cependant, nombreux sont ceux qui craignent de nouvelles révoltes paysannes en cas de véritable mise en place d'un droit des contrats inspiré par des systèmes juridiques occidentaux. Les administrateurs se limitent jusqu'alors à légiférer dans les domaines qui n'affectent pas les pratiques religieuses et les institutions locales¹⁴². La proposition de Romilly subit donc ces craintes, et se voit modifiée de manière sensible avec l'introduction d'exceptions qui couvrent précisément les points litigieux, ayant pour ambition d'exempter les cultures agricoles de l'exécution des clauses contractuelles. Maine va s'opposer à ces exceptions, en affirmant que les investisseurs qui contractent avec les agriculteurs ont un pouvoir politique bien moindre que par le passé, et qu'il est impossible de considérer que les contrats passés dans ce cadre soient systématiquement injustes pour les paysans, comme on a pu le penser auparavant, à tort ou à raison¹⁴³. Cohérent avec ses propres écrits sur les codes juridiques, Maine plaide pour la promulgation de *lois*, qui se doivent d'être générales et qui ne peuvent par essence être restrictives, sans poursuivre la pratique chaotique de micro-législation par décrets qui a eu cours jusqu'à cette époque. Maine obtient finalement la victoire, et les

¹³⁹ Voir T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, « The Indian Contract Act ».

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Voir W. H. Rattigan, « The influence of English law and legislation upon the native laws of India », *Journal of the society of comparative legislation*, 3 (1), p. 46-65. Selon G. Rankin, il n'existait aucun système de règle local pour le droit des contrats. Voir G. Rankin, *Background to Indian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1946, p. 91.

¹⁴³ Voir *British Parliamentary Papers : East India Contract Law: Copies of Papers showing the present position of the Question of a Contract Law for India, And, of all Reports of the Indian Law Commissioners on the Subject of Contracts*, HSMO, Londres, 1868, p. 96 et 69.

exceptions sont abandonnées, même si la section 16 de l'*Indian Contract Act* semble conserver le souvenir de ce débat, déclarant qu'un contrat est invalide en cas d'« *undue influence* », ou d'abus de position dominante. Il est néanmoins notable que l'*Indian Contract Act* ne rend pas nulles toutes les formes de contrats et d'arrangements informels ou « extra-juridiques ». C'est précisément la limite majeure de cet *Act* que de ne pas mettre en place une procédure contractuelle à la fois uniforme et compatible avec les institutions et les besoins locaux, position qui serait certainement bien plus proche de ce que Maine souhaitait¹⁴⁴.

1.1.7. La propriété au pluriel : les termes du débat et la place de Henry Sumner Maine

Comme nous avons déjà pu le voir et comment nous chercherons davantage à le montrer, Maine est directement investi dans l'évolution du droit anglo-indien. Ses écrits interviennent alors que l'administration coloniale est confrontée à un problème autant pratique que conceptuel, car elle éprouve les limites concrètes des instruments juridiques de la *common law*. Le « problème indien », et plus particulièrement la question des droits de propriété en Inde, participe d'un mouvement d'historicisation et de relativisation des concepts juridiques, politiques et philosophiques, de la notion de droit naturel à celle de propriété individuelle, en passant bien sûr par l'idée même de droit, de coutume, et de souveraineté. Le sujet est d'une telle importance que ce problème occupe constamment l'esprit d'intellectuels anglais majeurs tels que John Stuart Mill, notamment sur le débat concernant l'origine individuelle ou collective de la propriété, discussion hautement politisée. Henry Sumner Maine est probablement le représentant le plus paradigmatique de cette réflexion, et c'est dans ce cadre qu'il intervient. C'est bien en 1861, au moment où le débat s'intensifie sur l'origine de la propriété ainsi que sur l'Inde, qu'est publié son ouvrage majeur *Ancient Law*. Ces problèmes informent ses propres réflexions sur la nature des droits de propriété, et ses conclusions vont en retour influencer considérablement l'administration britannique.

Cela implique d'étudier la façon dont Maine intègre les données de la question indienne et comment il opère grâce à elles une certaine conceptualisation du droit et d'objets et de thématiques connexes : la codification juridique, la nature de la coutume, et plus spécifiquement la question des droits de propriété. Car s'il y a un point commun à la profusion de données que rassemble Maine, c'est bien celui d'aborder, de près ou de loin, la question des droits de propriété et de leur évolution. Comme nous l'avons déjà dit, le gouvernement britannique en Inde, précédé par la Compagnie des Indes, trouve le financement de son administration et de son

¹⁴⁴ T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 140-141.

armée dans une forme d'imposition de la rente foncière. Cette situation, parce qu'elle impose à de nombreux officiers britanniques de procéder à des enquêtes de terrain pour confirmer un présupposé qui n'est que peu voire pas du tout adapté aux sociétés indiennes, va rapidement soulever de nombreuses questions. Une première question est celle de la forme des droits de propriété : comment une définition individuelle, absolue et exclusive de la propriété telle qu'on la conçoit en occident au XIX^e siècle, et qui implique plus ou moins la jouissance complète de différents droits (usage, vente, exclusion, transmission, etc.), peut-elle être adaptée à la société indienne qui semble l'ignorer, au moins partiellement ? Les récits de formes de propriété collective que l'on trouverait notamment dans les communautés de village renforcent l'impression de nombreux penseurs comme Maine, selon lesquels la propriété individuelle exclusive serait le résultat d'un long processus d'évolution que les sociétés non-occidentales n'auraient pas encore connu.

Le XIX^e voit ainsi fleurir de nombreuses réflexions qui remettent en cause une vision monolithique de la propriété et Maine joue un tel rôle dans cette entreprise de redéfinition que la prix Nobel d'économie Elinor Ostrom signale qu'il est à l'origine de l'expression de « *bundle of rights* », ou « faisceau de droits », alors qu'on l'attribue habituellement à des sources plus tardives, voire à Ostrom elle-même. Si l'on fait preuve de rigueur historique, Maine apparaît en effet comme l'un des responsables principaux de la mise au pluriel du terme même de propriété, puisqu'il n'apparaît plus correct de parler de *la* propriété, mais bien *des droits* de propriété. En effet, selon l'expression de « faisceau de droits », la propriété apparaît comme un ensemble de droits, au pluriels, séparables les uns des autres : il est possible d'avoir le droit d'occuper un terrain pour le cultiver sans pouvoir en être exclu ou encore d'en retirer les bénéfices, mais sans être complètement le propriétaire, par exemple parce qu'on ne serait pas en possession du droit de le vendre. Ce droit d'aliénation pourrait appartenir à un autre individu, voire à une communauté, comme c'est *a priori* le cas au sein des communautés de villages qui intéressent tant Maine et ses contemporains. Nous verrons toutefois que le sens que Maine donne à l'idée de « faisceau de droits » est plus complexe que cela. Quoiqu'il en soit, cette confrontation entre des conceptions différentes des droits de propriété conduit à une reformulation du problème que doit résoudre le gouvernement britannique en Inde, caractérisée par différentes vagues de réformes : comment prélever un impôt foncier tout en respectant la complexité du faisceau de droits de propriété propres aux sociétés indiennes ?

Néanmoins, les différentes réformes, leurs limites et les discussions animées entre les officiers coloniaux mettent en lumière un problème encore plus profond, qui touche à l'essence de la distinction entre le droit formel et la coutume, et que Maine va soulever avec insistance.

Revenons donc sur les nouveaux termes du problème que doivent résoudre les officiers coloniaux. Une fois acceptée l'idée que la propriété est un faisceau de droits sécables et partageables entre différents individus, il faut et il suffit, pour savoir sur qui faire porter la charge de l'impôt, de distinguer clairement quel individu possède tel droit et tel devoir au sein de la structure foncière indienne. Toutefois, rappelons-le, les Britanniques partent du principe qu'il existe des relations définies par des droits de propriété en Inde. Les considérer comme plus ou moins complexes ne change pas le fait que ce présupposé est à lui seul déjà problématique. Par exemple, si la propriété est collective, le groupe peut-il être le titulaire des droits de propriété ? Même une réponse par l'affirmative ne semble pas tout à fait correspondre à la réalité des sociétés indiennes, et la raison suggérée par Maine en est la suivante : toute nomenclature des droits semble être inadéquate en Inde, parce qu'elle est toujours, à un degré plus ou moins important, une rationalisation de l'informel, et se propose de créer des catégories définies, certaines, générales et perméables, là où il y a plutôt confusion, incertitude, variations locales et porosité¹⁴⁵. Adoptant une perspective critique de l'activité législative et juridique, Maine pose une question aux implications fondamentales : dans quelle mesure, en légiférant mais aussi en jugeant, ne crée-t-on et n'impose-t-on pas des droits certains et généraux, là où il n'existe que des pratiques variables d'une communauté à l'autre dans le meilleur des cas, voire une complète incertitude dans le pire des cas, là où la question de la propriété ne s'était jamais posée ?

Comme nous nous efforcerons de le montrer, cette question des droits de propriété, spécifiquement dans le cas de la gouvernance britannique en Inde, est au centre de la pensée de Maine, et fait l'objet de la quasi-intégralité de ses démonstrations. Loin d'être seulement une confirmation de la loi de passage du statut au contrat, l'évolution des droits de propriété est présentée par Maine comme un fait social de la plus haute importance. L'ensemble des évolutions décrites dans l'œuvre de Maine, depuis *Ancient Law* jusqu'à *Early Law and Custom*, est articulé autour de cette question des droits de propriété, et permet de saisir ce que Maine considère comme les causes efficientes de la transformation des sociétés.

Il est néanmoins nécessaire de replacer ces développements dans le cadre plus large d'une réflexion sur la nature du droit et de sa transplantation dans des contextes différents ainsi que sur la nature et les fonctions de la coutume de la coutume, et de la codification de cette dernière. Le problème spécifique de l'établissement d'une structure artificielle de droits de

¹⁴⁵ C'est, dans un langage moins philosophique, la conclusion de T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*, p. 52 : la Compagnie a affaire à des structures de droit foncier préexistants, mais ces droits sont « complexes, varient en fonction des espaces, ne sont pas enregistrés et restent difficiles à comprendre ». Nous traduisons. Voir aussi D. A. Washbrook, « *Law, State and Agrarian Society in Colonial India* », *op. cit.*, p. 656.

propriété en Inde soulève diverses questions quant à l'efficacité d'un système de droit moderne, formel, centralisé, et de ses institutions face à la pluralité des coutumes locales qu'il entend réguler. Il s'agit alors pour Maine de comprendre précisément quelle est la portée réformatrice d'un tel droit et d'en évaluer les effets, y compris et surtout, involontaires. C'est pourquoi le problème des droits de propriété en Inde pose avec acuité la question de la codification juridique, et permet de développer un point de vue différent de celui que les penseurs européens proposent lorsqu'ils limitent leur réflexion à leur propre continent. Une question parallèle est soulevée : quelle est exactement la place de la coutume dans les décisions de justice qui tendent à pratiquer, indirectement et de manière moins systématique que le législateur, une forme de codification de la coutume dans le droit ? Ces problèmes pratiques appellent alors des interrogations fondamentales sur les natures respectives du droit, de la coutume et du droit coutumier. La question du critère de juridicité ressurgit en effet lorsque le fonctionnement de la coutume, et notamment son rapport aux sanctions, semble diverger par rapport à celui du droit.

1.2. L'œuvre de Henry Sumner Maine et sa réception inattendue

1.2.1. Henry Sumner Maine (1822-1888) : juriste, administrateur, journaliste et anthropologue¹⁴⁶

Sur l'un des murs de l'abbaye de Westminster, parmi d'autres plaques commémoratives dédiées aux plus grands britanniques et notamment victoriens, on trouve l'inscription suivante :

SIR HENRY SUMNER MAINE, K. C. S. I
MEMBRE DU CONSEIL D'INDE, MAÎTRE À TRINITY HALL, CAMBRIDGE

IL A EXPLORÉ LA JURISPRUDENCE DES ANCIENS, ÉTABLI DE NOUVELLES LOIS
POUR L'INDE ET RÉVÉLÉ À SES SUCCESSEURS LES SOURCES DE LA JUSTICE DES
TEMPS JADIS

Il va sans dire qu'une telle inscription témoigne de l'importance de Sumner Maine à l'époque victorienne. Ses ouvrages, et surtout *Ancient Law*, sont de véritables *best-sellers*. Son rôle concret dans l'administration britannique est aussi notable, Maine ayant occupé l'un des postes les plus influents sur la législation locale. Or, comme le note Raymond Cocks, Maine ne semblait en rien destiné à devenir un juriste renommé et une figure aussi importante des débuts de l'ère victorienne contrairement à plusieurs grands juristes contemporains comme Sir James Fitzjames Stephen, Albert Dicey ou encore Frederick Pollock, tous issus de grandes lignées de

¹⁴⁶ Pour une biographie complète de Maine, on consultera le livre de George Feaver, *From Status to Contract. A Biography of Sir Henry Maine. 1822-1888*, Longmans, Green, and Co., Londres, 1969.

juristes et de politiciens¹⁴⁷. Le peu que l'on sait des premières années de sa vie laisse deviner qu'elles furent chaotiques. Maine lui-même était très secret sur ses origines, ce qui explique les propos de Sir Fitzjames Stephen : « Je n'avais jamais connu un tel mystère (...) aussi intimes que nous fûmes, je n'ai jamais rien su de ses connexions familiales »¹⁴⁸. George Feaver note d'ailleurs que l'on n'est pas fixé sur le lieu de sa naissance, puisqu'il aurait pu venir au monde en Écosse, en Irlande, ou même en Inde, où son père travaillait¹⁴⁹. La relation de Maine avec son père est totalement obscure ; il semble qu'il ait été ramené d'Inde par sa mère et qu'elle l'ait élevé seule avant de le confier au *Christ Hospital*, où il se fait remarquer comme étant un enfant difficile, raison pour laquelle Raymond Cocks n'hésite pas à le qualifier d'« *outsider* ». Cependant, on remarque rapidement son talent et sa passion pour la littérature. Il obtient une bourse pour étudier au Pembroke College de Cambridge où il reçoit de nombreux prix et se distingue dans les études classiques. Il entre à Trinity Hall en 1844 et y devient professeur de droit civil en 1847, à l'âge de vingt-cinq ans.

Il arrive rapidement aux *Inns of Courts* de Londres, où l'on forme les jeunes juristes par apprentissage¹⁵⁰. Pendant ses premières années à Londres, il écrit d'abord pour le journal le *Morning Chronicle* et ensuite pour le *Saturday Review*, dans lequel il publie notamment sur des questions juridiques, et en particulier sur les réformes des *Inns* mais aussi sur des questions politiques plus générales. Sa réputation n'est plus à faire lorsqu'il est nommé *legal member* du Conseil suprême du gouverneur général d'Inde en 1862, occupant désormais la fonction de conseiller juridique du Vice-Roi et de responsable des réformes juridiques en Inde. Ce passage de la vie de Maine est d'une importance capitale pour notre réflexion, puisqu'une étude approfondie de l'influence immense de Maine sur la réforme juridique de l'Inde sous l'empire juridique fournit un exemple de l'application d'une théorie du droit à la réalité juridique. En effet, *Ancient Law* est publié en 1861 et devient très rapidement un incontournable des études juridiques en Angleterre ainsi que des examens que doivent passer les fonctionnaires de l'Empire britannique amenés à être affectés dans les colonies.

¹⁴⁷ Raymond. C. J. Cocks, *Sir Henry Maine : a study in Victorian jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 9.

¹⁴⁸ Ces propos de Sir Stephen sont cités par Feaver in *From Status to Contract*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁹ Voir le chapitre de Feaver, « The Victorian values of Sir Henry Maine », in Alan Diamond (éd.), *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine, A centennial Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. 31.

¹⁵⁰ Les *Inns of Courts* sont aujourd'hui des instituts de formation professionnelle principalement destinées aux avocats du barreau, les *barristers*. L'inscription y est nécessaire pour préparer et passer l'examen du barreau. Cependant, elles furent pendant de nombreuses années, et encore à l'époque de Maine, simplement des lieux où résidaient en collectivité des avocats et les apprentis avocats, sans qu'ils n'aient à préparer d'examen, qui n'existait pas encore à l'époque.

Une fois revenu en Grande-Bretagne, Maine devient professeur à Oxford, poursuit son travail de journaliste et devient membre de l'*Indian Office* de Londres, où il est appelé grâce à son expérience et à sa renommée incontestées. Il devient en 1878 *Master of Trinity Hall*, où il occupe donc le poste de professeur de droit. Les dernières années de la vie de Maine sont moins radieuses que les précédentes. Malgré une réputation toujours importante dans les sphères universitaire, politique et juridique, Maine est progressivement victime d'un grand décalage avec ses contemporains. Outre les nombreuses attaques contre ses écrits, Maine se détache progressivement des débats de son temps. Souhaitant une réforme profonde de la *common law* qui la rapprocherait du droit écrit continental, ainsi qu'une refonte totale des formations juridiques, Maine est déçu par ses compatriotes qui développent une passion parfois nationaliste pour la *common law*, et n'épousent par ses idées concernant l'enseignement du droit. *Popular Government*, son dernier ouvrage, publié en 1885, déclenchera une vive polémique et demeure aujourd'hui, à tort ou à raison, le livre de Maine qui lui vaut sa réputation de conservateur libéral mais surtout d'antidémocrate¹⁵¹. Envoyé en France lorsque sa santé se détériore en 1887, Maine meurt et est enterré à Cannes en 1888.

1.2.2. « Du statut au contrat » : la réception de l'œuvre de Maine dans l'administration coloniale

Lors d'une communication lue devant la *Society of Arts*, en 1898, soit vingt-neuf ans après le départ de Maine d'Inde, Sir Charles Lewis Tupper faisait le constat suivant :

Dans le Pendjab et au Secrétariat du Gouvernement d'Inde, j'ai eu quelques opportunités particulières qui m'ont permis de déceler l'influence vivace et stimulante des idées de Maine sur certains domaines de la politique et de l'administration (...) et ses propositions fécondes ont constamment guidé mon travail en Inde, et ont inspiré mes recherches tout au long de ma vie (...). Nous n'étions pas pointilleux au point de vouloir à tout prix imiter les [institutions] anglo-saxonnes. Nous construisions notre projet à partir des faits que nous trouvions. Mais c'était ce que Maine nous avait enseigné : comparer une société archaïque à une autre, et accepter comme parties intégrantes du cours de la nature les différences entre les sociétés tribales et les sociétés civilisées.¹⁵²

¹⁵¹ Maine, *Popular Government*, Londres, J. Murray, 1885, rééd. Indianapolis, Liberty Classics, 1976.

¹⁵² Sir Charles Lewis Tupper, « India and Sir Henry Maine », *Journal of the Society of Arts*, 46, p. 390 ; p. 396 :

I have had in the Punjab and in the Secretariat of the Government of India some special opportunities which have enabled me to trace the living and inspiring influence of Maine's ideas in certain fields of policy and administration (...) and his pregnant suggestions have constantly guided my work in India, and throughout my life have chiefly inspired my studies (...) We did not, of course, pedantically try to imitate Anglo-Saxon (...) institutions. We based our project on the facts we found. But that Maine

Et Tupper de citer Courtney Ilbert :

Son esprit était tel un soleil dont les rayons jetaient un pont sur d'immenses intervalles de temps et d'espace et qui mit en relation les communautés de village¹⁵³ d'Inde avec ceux de Russie (...).¹⁵⁴

Ou encore Sir Alfred Lyall :

Si vous mettiez devant lui un ensemble de faits, ou un certain nombre d'idées et de suggestions sur lesquelles la plupart des Anglo-Indiens avaient trébuché (...) il les mettrait d'un seul coup toutes en ordre au moyen d'une de ses généralisations étranges et vagues.¹⁵⁵

Le rôle que Maine a pu avoir dans la politique coloniale britannique en Inde a été remarquée dès son époque, comme cette communication de Sir Charles Lewis Tupper le prouve. Considéré comme une évidence à son époque et encore aujourd'hui, l'impact de Maine sur l'administration britannique et l'*Indian Civil Service* mérite toutefois d'être étudié et interrogé pour en comprendre toute la portée. En effet, à en croire Tupper, le rôle de Maine serait incontestable. On ne saurait donc se contenter d'une telle affirmation, d'autant plus qu'elle se limite à l'influence de Maine sur l'administration britannique, et ne dresse pas nécessairement le bilan réel des conséquences de la pensée de Maine sur la législation britannique en Inde. Ainsi, saisir l'impact de Maine sur cette administration, c'est avant tout observer le passage d'une théorie du droit à sa pratique concrète sur le terrain de la législation. C'est la raison pour laquelle cette première partie se concentrera tout d'abord sur des considérations historiques, afin de saisir toute la portée du rôle que Maine joue dans l'histoire juridique de l'Inde.

had taught us to compare one archaic society with another, and to accept as part of the course of nature some of the differences between tribal and civilized society.

¹⁵³ Les « communautés de village » sont un concept particulièrement développé par Maine dans *Village-communities* mais présent dès *Ancient Law*. Elles désignent ce que Maine considère comme l'unité sociale élémentaire des sociétés primitives. Une communauté de village serait « en même temps une société patriarcale organisée et une réunion de copropriétaires ». Les relations personnelles qu'entretiennent entre eux les hommes qui la composent sont absolument confondues avec leurs droits de propriétaires et les liens entre individus, souvent apparentés, sont de type tribal. Toute communauté de village se caractériserait par un fort degré d'autarcie et par un mode de propriété partagé qui ne serait pas fondé sur la propriété individuelle, concept considéré comme tardif par Maine. Voir *Ancient Law, op. cit.*, p. 236.

¹⁵⁴ Sir Charles Tupper, *op. cit.*, p. 403 :

His mind seemed like a sun shooting forth rays of light which bridged over great intervals of space and time, which brought Indian village communities into relation with village communities in Russia (...)

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 402 :

If you put before him a set of facts, or a certain number of ideas and suggestions which most Anglo-Indians had stumbled upon (...) he would suddenly set them all in order by one of his weird and wide generalizations.

Clive Dewey, dans son article « The influence of Maine on Agrarian Policy in India »¹⁵⁶, décrit le renversement qui s'opère dans la politique britannique en Inde sous l'influence de Maine. Il montre que dans les années 1840, l'idéologie utilitariste est plus que dominante dans l'administration britannique, s'appuyant, comme de nombreux auteurs, sur l'ouvrage de Eric Stokes, *The English Utilitarians and India*¹⁵⁷. Dewey dresse un portrait particulièrement tranché et somme toute contestable des utilitaristes, qui, selon lui, « détestaient les coutumes », et considéraient les institutions traditionnelles indiennes comme l'obstacle principal au développement économique du pays, raison pour laquelle ils étaient « déterminés à les balayer »¹⁵⁸. Il est vrai que, jusqu'au bouleversement qui prend racine dans la seconde moitié du XIX^e siècle et trouve son plein développement dans les années 1880-1890, la société indienne est jugée archaïque, notamment son système agraire. Sir John Strachey, membre de l'administration britannique pendant des décennies avant d'occuper temporairement la fonction de Viceroy en 1872, s'exprimait ainsi :

La reconnaissance pleine et entière du droit de propriété individuelle apportera avec elle la dissolution des anciennes institutions villageoises (...) Tant qu'[elles] sont au fondement de la société, aucun progrès véritablement signifiant n'est possible.¹⁵⁹

Pour ces « utilitaristes », un certain dédain des institutions traditionnelles semble avoir comme corrélat la mise en valeur du rôle essentiel de la propriété individuelle pour le développement économique et social de l'Inde. Les réformes juridiques et institutionnelles que ces britanniques utilitaristes se voient accomplir en Inde sont donc d'emblée centrées autour de la question de la propriété, et elles perçoivent les coutumes et les pratiques locales comme vouées à disparaître. Or, Maine ne s'oppose pas directement à cette idée, puisque l'émergence progressive du *contrat* comme forme première de relation juridique, qu'il considère comme le *télos* des sociétés « indo-européennes », est liée à l'individualisation des droits de propriété. Néanmoins, l'œuvre de Maine provoque un bouleversement théorique, qui arrive à maturité dans les années 1890 selon Dewey. Il se manifeste par la peur que les fonctionnaires britanniques ont de l'anomie

¹⁵⁶ Clive Dewey, « The Influence of Maine on Agrarian Policy in India », in Alan Diamond, *op. cit.*, p. 353-375.

¹⁵⁷ Eric Stokes, *The English Utilitarians in India*, *op. cit.*, chap.1 ; on pourra aussi se reporter à deux autres études majeures sur cette époque : Ravinder Kumar, *Western India in the Nineteenth Century*, Routledge and Kegan Paul Limited, Londres, 1968 ; Thomas R. Metcalf, *The Aftermath of Revolt*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1965.

¹⁵⁸ C. Dewey, *op. cit.*, p. 354.

¹⁵⁹ Cité dans C. Tupper, *op. cit.*, p. 367 :

The full recognition of individual property rights will bring with it the dissolution of the ancient village institutions (...) As long as [they] form the basis of society, any large amount of progress is impossible.

que provoquerait l'individualisation des droits de propriété au sein des institutions collectivistes que connaissent les « communautés de village ». Lors de la seconde moitié du XIX^e siècle, et notamment lorsque le Pendjab est annexé en 1859, l'idée que les communautés de village mettent en avant les droits collectifs de propriété sur les droits individuels s'impose. Par généralisation et simplification excessives, la primauté des droits collectifs sur les droits individuels de propriété devient le modèle à partir duquel les administrateurs britanniques perçoivent les sociétés indiennes. Ne pas prendre en compte ce modèle et promouvoir l'individualisation immédiate des rapports de propriété reviendrait à nier l'importance de la collectivité pour les communautés indiennes. Ainsi,

Ils avaient le sentiment que si tous les collectifs traditionnels étaient dissous en agrégats pullulants d'individus isolés et hostiles, l'Asie du sud deviendrait ingouvernable. Il n'y aurait plus d'intermédiaire ayant l'autorité suffisante pour transmettre les directives d'une élite réduite (...).¹⁶⁰

Ce que la pensée de Maine introduit, ce n'est donc pas réellement, selon Dewey, un respect intrinsèque pour la propriété collective, mais plutôt un « relativisme élémentaire », qui vient tempérer les premières prétentions britanniques, sans pour autant sacrifier l'idée d'un mouvement nécessaire vers le progrès, et par conséquent vers la propriété individuelle. De plus, les disciples de Maine adoptent une forme de fonctionnalisme et considèrent les institutions traditionnelles indiennes non plus comme des reliquats archaïques, mais plutôt comme des formes rationnelles d'adaptation à un environnement. Enfin, ils estiment nécessaire de conserver une certaine « synchronisation », entre les mentalités et les institutions, ces dernières étant aussi interdépendantes entre elles et construites sur un équilibre fragile¹⁶¹.

Ce changement de paradigme peut en partie s'expliquer par l'introduction d'un examen compétitif pour l'*Indian Civil Service*, corps administratif britannique en Inde, un examen dont l'une des exigences devient rapidement la maîtrise du premier ouvrage de Maine, *Ancient Law*¹⁶². Cela explique qu'une importante partie des administrateurs et notamment des principaux dirigeants et successeurs de Maine travaillent désormais avec les idées d'*Ancient Law* à

¹⁶⁰ C. Dewey, *op. cit.*, p. 357 :

They suspected that if all the traditional collectives dissolved into a pullulating congeries of isolated, hostile individuals, South Asia would become ungovernable. There would be no intermediaries with sufficient authority to transmit the directives of the tiny elite (...).

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*, p. 360. Selon C. Dewey, les fonctionnaires anglo-indiens deviennent, avec l'introduction d'un concours d'entrée, une classe de « mandarins ». L'une des exigences pour atteindre le « mandarinat » étant alors la connaissance parfaite d'*Ancient Law*, à peine quelques années après sa publication.

l'esprit¹⁶³. Une précision importante mérite toutefois d'être apportée : les nombreux disciples de Maine n'obéissent pas aveuglément au cadre théorique posé par ce dernier. Dewey note, qu'en 1900, on ne croit plus à l'idée que les communautés de village soient l'unique modèle de communauté en Inde, et encore moins au strict parallèle proposé par Maine entre ces communautés et celle qu'il observe dans l'histoire des pays germaniques. Encore une fois, l'influence de Maine est avant tout méthodologique. Jusqu'à l'apparition des travaux de Maine, les études ethnologiques et anthropologiques faites en Inde, sur le terrain, sont rares et relativement pauvres et le sont encore dans les années 1850-1860. Au contraire, dans les années 1870-1880, les études anthropologiques, réalisées par des officiers britanniques qui, comme Maine, considèrent ces études comme un corollaire de leur activité professionnelle, se multiplient donc et s'étoffent considérablement, nourries par d'innombrables données prélevées sur le terrain, dans toutes les régions des différents royaumes indiens¹⁶⁴.

Résumer ce bouleversement théorique à une apparition quasi-prophétique de Maine semble pourtant être une affirmation problématique qui ne tiendrait en aucun cas compte de la conjecture en Inde à cette époque. Dewey affirme pourtant que « ce furent les changements dans le regard sur la société indienne qui produisirent cette réconciliation avec les institutions indiennes, plutôt que des changements dans la société elle-même »¹⁶⁵. La conclusion semblerait donc simple : cette petite révolution indienne serait le seul fruit de l'intellect de Maine. Preuve en est le fait que, selon Dewey, malgré la grande Mutinerie de 1857¹⁶⁶ et les révoltes qui l'avaient précédée ou suivie, la société indienne se trouve être relativement stable quand s'opère ce bouleversement intellectuel, les quelques troubles isolés pouvant être aisément contenus. L'optimisme de Dewey quant à la situation du gouvernement indien, bien qu'il puisse être tout à fait fondée historiquement, ne semble cependant pas correspondre tout à fait avec le vécu, véritablement traumatique, que les Britanniques ont eu de 1857. Ainsi, le constat de Dewey ne rend pas véritablement compte de ce que Maine lui-même décrit comme une « peur nerveuse d'altérer les coutumes [qui] a pris possession des administrateurs indiens depuis les terribles événements de 1857 »¹⁶⁷.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 359.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 363-365.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 374.

¹⁶⁶ La « Grande Mutinerie » de 1857, parfois appelée la « Grande Rébellion » ou plus simplement la « révolte des cipayes » est bien un traumatisme important pour l'empire britannique tout entier, qui connaît là sa première véritable contestation. On considère souvent que cet événement a beaucoup fait pour favoriser la mise en place de l'*indirect rule* dans l'empire, mode de gouvernement qui s'appuyait des intermédiaires issus des élites locales. On comprend aisément le lien avec la critique faite par Maine de la substitution brutale d'un système coutumier par le système abstrait importé par les disciples de l'utilitarisme.

¹⁶⁷ *Village-Communities In The East And West. With Other Lectures, Addresses, And Essays*, Londres, Murray, 1871. p. 38-39.

S'il n'est pas question de remettre en cause l'existence d'un moment utilitariste de la colonisation de l'Inde, il serait simultanément incorrect de ne pas faire le lien avec ce que Christopher Alan Bayly appelle la « tradition pré-utilitariste »¹⁶⁸. Déjà, en 1808, Sir Thomas Maitland s'exprimait ainsi :

C'était comme si l'un des anciens barons avait tiré de sa poche Adam Smith pour dire : 'J'appliquerai avec vous, vassaux, des principes qui ne s'appliqueront pas à vos conditions de vie avant 500 ans de plus'.¹⁶⁹

Il est donc possible de voir dans le propos de Maine un retour à un discours antérieur, qui aurait pu grandement l'influencer. La formation intellectuelle de Maine n'est pas non plus à négliger, comme notamment l'influence de l'historien Niebuhr, qui conduit Maine à apprécier le lien entre les institutions d'une période spécifique et ses racines matérielles. Les discussions de Maine avec l'école historique et ses lectures de Savigny sont aussi à considérer, tant elles mettent en valeur le lien entre les coutumes d'une communauté et ses conditions socio-économiques. Le contexte de la deuxième moitié du XIX^e doit enfin être pris en compte : avec une économie indienne davantage dynamique et un renforcement du pouvoir britannique sur le sous-continent, les idées et les volontés de réforme des « disciples » de Maine trouvent un écho favorable, assistées par une meilleure connaissance du terrain par l'*Indian Civil Service* ainsi que par la bonne volonté des élites locales¹⁷⁰.

Il est aussi nécessaire de prendre en compte les études historiques démontrant les biais interprétatifs qui frappent Maine, ses contemporains ainsi que ses successeurs, et qui sont dus à la situation économique spécifique de l'Inde lors de la première moitié du XIX^e siècle. Entre 1818 et 1859, l'Inde est en effet victime d'une crise économique, suivie d'une longue stagnation. La croissance revient ensuite, soutenue par l'amélioration des transports et une activité commerciale internationale importante, notamment dans le domaine des exportations. Maine et ses disciples auraient vu le déclin d'institutions traditionnelles là où il y aurait eu en réalité la fin d'une crise économique, la reprise du commerce et le développement concomitant de nouvelles relations contractuelles. Il est possible d'affirmer que des systèmes complexes d'échanges et de commerce existaient entre les communautés indiennes voisines, et qu'une

¹⁶⁸ Christophe Alan Bayly, « Maine and change in nineteenth century India », in Diamond, *op. cit.*, p. 389.

¹⁶⁹ Sir Thomas Maitland, propos rapportés par Walter Frewen Lord dans *Sir Thomas Maitland : The Mastery of the Mediterranean*, T. Fisher, Unwin, Londres, 1935, p. 81-82, cité par C. A. Bayly, *op. cit.*, p. 390.

It was as if one of the ancient barons had pulled out of his pocket Adam Smith and said: I will apply to your vassals principles which will not properly apply to your circumstances for another 500 years.

¹⁷⁰ C. A. Bayly, *op. cit.*, p. 391 : « Colonial ideology was broken to fragments on the hard edges of Indian society. » ; p. 392 : « [Maine's work] proved particularly relevant to the moral and material conditions in which officials found themselves after 1870 ».

culture du contrat et de la cessation de propriété terrienne remontait au moins au XVI^{ème} siècle¹⁷¹. De telles études sont nécessairement un coup porté à la description faite par Maine des communautés de village comme des communautés autosuffisantes, et qui ne connaissent pas ou peu les relations contractuelles qui permettent la circulation des biens de propriété, notamment entre les mains d'individus. Néanmoins, l'image de communautés dont les normes et les institutions coutumières subissent une évolution trop rapide du fait de la marchandisation des terres et de l'individualisation brutale des droits de propriété informe le point de vue de Maine et d'une grande partie des officiers britanniques de la seconde moitié du XIX^e siècle.

C'est donc ce sens précisément juridico-économique qu'il faut peut-être donner avant tout autre à la « loi » de passage du statut au contrat que Maine propose à son époque, bien avant d'en faire une affirmation tenant de l'ontologie sociale. Bien que les propos de Maine soient parfois péremptoirs¹⁷², on préférera en effet interpréter ses propos comme suit : Maine prend pour point de départ l'histoire des communautés structurées en vue de la promotion d'un bien commun, finalité qui limite les droits des individus en fonction du statut qu'ils occupent au sein de la communauté. Les communautés en question organisent *collectivement* la production et la distribution des ressources. Les individus n'ont alors pas de droits en tant qu'individus, à faire valoir à l'encontre des autres et du collectif, et ils ne possèdent en particulier pas de droits garantissant leur appropriation individuelle des choses du monde, ou encore la possibilité d'échanger ces biens contractuellement au sein de systèmes marchands. Ces mêmes individus ont cependant des droits, mais ces droits sont strictement liés à leur statut au sein du collectif, pour les raisons exposées ci-dessus. Bien qu'il utilise alors le vocabulaire des jusnaturalistes et des contractualistes en faisant du « contrat » l'autre terme de l'histoire, il ne faut pas oublier que Maine partage le mépris de Bentham et d'Austin pour l'idée de droits naturels. Le contrat désigne donc avant tout la possibilité pour les individus de faire circuler entre eux des biens de façon libre, en tant que sujets de droits, non-dépendants des relations locales et familiales de leur communauté d'origine.

1.2.3. L'impact direct de la pensée de Maine sur la législation en Inde

L'importance de la réception de l'œuvre de Maine dans l'administration anglo-indienne étant acquise, il est aussi pertinent de s'intéresser, comme nous l'avons fait à propos de l'*Indian*

¹⁷¹ C. A. Bayly cite trois études : Frank Perlin « State formation reconsidered, II », *Modern Asian Studies*, 19 (3), p. 415-480 ; David Ludden, *Peasant History in South Asia*, Princeton University Press, Princeton, 1985 ; Sanjay Subrahmanyam (dir.), *Merchants, Market and the State in Early Modern India*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

¹⁷² Maine dit parfois que l'individu n'existe tout simplement dans l'ancien droit (« [Ancient law] knows next to nothing of Individuals »), voir *Ancient Law*, p. 258.

Contract Act, au rôle qu'il joue sur le terrain. Les années 1890 approchant, les travaux de Maine ont en effet suffisamment imprégné l'administration britannique pour permettre le lancement d'une série de mesures radicales. En effet, comme l'affirme Sir Denzil Ibbetson, membre haut placé de l'administration, en 1885, les « communautés de village » sont perçues comme « une source indispensable de cohésion » :

Elles forment le ciment qui maintient unis les éléments incontrôlables de la société indienne. Que leur pouvoir de cohésion soit supprimé (...) et cela serait comme supprimer une force élémentaire comme la gravité.¹⁷³

La métaphore atomique est ici particulièrement révélatrice. La communauté centrée autour du village telle que Maine la décrit est comparée à une loi de la physique, plus particulièrement la loi de la gravitation, qui décrit l'attraction des corps entre eux, et explique par extension la solidarité d'ensembles tels que le système solaire. Sans cette force, les corps ne peuvent être que des « éléments incontrôlables », comme des atomes erratiques. De la même façon, les membres de la société indienne, incapables encore de vivre comme des individus autonomes liés par des relations contractuelles, doivent être rattachés les uns aux autres par la force de la communauté, son « pouvoir de cohésion ». Les disciples de Maine jugent donc que la mise en place, trop rapide et trop radicale, d'une forme contractuelle de société par les disciples de Bentham a introduit un degré d'anomie que la société indienne, à laquelle il manque des centaines d'années d'évolution, est incapable d'absorber. En d'autres termes, le mouvement centrifuge et désorganisateur introduit par les benthamiens doit être contenu par la mise en place, au nom des principes de Maine, d'une force centripète pour y faire barrage, ou du moins pour lui permettre de déployer progressivement ses effets, d'une manière « naturelle » pour le corps social. La force de « gravité » qui permet la cohésion du corps social n'est rien d'autre que l'institution de la propriété collective, et c'est justement cette idée qui motive le *Punjab Alienation Act* que nous avons déjà présenté précédemment. Le *Punjab Alienation of Land Act* de 1900, qui limite fortement la possibilité pour les paysans de céder leurs terres à des investisseurs, et dont le but est de préserver les structures agraires traditionnelles. Dans un esprit similaire, le *Punjab Panchayat Act* de 1912 remplace les cours de justice inspirées du modèle britannique par des tribunaux coutumiers. Les premières étaient accusées, par les administrateurs

¹⁷³ Sir Denzil Ibbetson, *Officiating Director of Public Instruction*, s'adressant au *Junior Secretary to the Financial Commissionner*, Punjab, le 12 août 1885, cité par Dewey, *op. cit.*, p. 367:

It forms the cement that holds together the wayward units of Indian society. Were its cohesive power withdrawn (...) it would resemble the withdrawal of some elemental force like gravitation.

britanniques eux-mêmes, de favoriser la dissolution du corps social, en consacrant la victoire d'une partie sur une autre, alors qu'il était nécessaire de soutenir les efforts de réconciliation entre ces différentes parties, au nom de la cohésion, pour soigner les fractures du corps social. Entre temps, le gouvernement lance en 1904 l'*Indian Cooperative Movement*, dont le but avoué est de renforcer la cohésion des *communautés de village*.

Malgré les grandes lois spectaculaires mises en place par ses successeurs, le travail de Maine en tant que *Legal Member* reste caractérisé par sa prudence, et une approche des problèmes au cas par cas, plutôt que par le lancement de grandes politiques spectaculaires, ce qui lui a valu l'admiration de ses contemporains. Cette approche, telle qu'elle est décrite par Gordon Johnson¹⁷⁴, révèle un certain paradoxe, puisque Maine et ses disciples défendent une forme de réformisme extrêmement prudent et finissent pourtant par être des législateurs bien plus actifs que les benthamiens, ouvertement réformateurs. Cela est dû à une question de conjoncture que Johnson décrit ainsi :

La Compagnie satisfaisait ses besoins par l'application de la force, mais dans une arène politique animée où ses désirs devaient passer par l'intermédiaire de groupes sociaux et d'institutions semi-autonomes sur lesquels les Britanniques n'avaient finalement aucun contrôle. L'Inde ne se présentait pas alors comme une série de sociétés archaïques simples et réduites, mais comme un tissu extrêmement complexe de réseaux qu'il était très difficile de contrôler (...). Il fallait veiller à ce qu'un tel changement soit compatible avec le maintien d'un *statu quo* apparent et qui conviendrait aux coutumes et à la tradition locale.¹⁷⁵

Une approche aussi subtile, prenant la forme d'un réformisme conservateur, a l'inconvénient, comme le notent Johnson, mais aussi Dewey ou Bayly, de favoriser des interprétations très éloignées de la pensée de Maine, pourtant inspirées par ses travaux. C'est précisément dans cette ambiguïté propre au réformisme lancé par Maine qu'il est possible de trouver quelques précisions quant à sa conception du droit et plus particulièrement, dans ce cas, son articulation avec la coutume.

¹⁷⁴ Gordon Johnson, « India and Henry Maine », in Diamond, *op. cit.*, p. 376-388.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 379-380 :

The Company's needs were met by the application of force, but in a lively political arena where its wishes were mediated through semi-autonomous social groups and institutions over which the British had no final control. India exhibited, not, then, a series of small, simple archaic societies, but extremely complex sets of social networks which were very difficult to manage (...). Care had to be taken to see that such change was compatible with the maintenance of a perceived status quo and would accommodate local customs and tradition.

S'il est une seule réforme directement proposée et mise en application par Maine, il s'agit de la codification progressive des coutumes indiennes par les administrateurs britanniques, dirigée notamment par un des successeurs de Maine au poste de *Legal Member*, Sir Charles Lewis Tupper¹⁷⁶. En effet, la codification est l'un des seuls impératifs clairement exprimés par Maine¹⁷⁷. Cette réforme pourrait ne pas sembler en être une, car il paraît difficile de saisir le changement, consubstantiel à l'idée même de réforme, dans le fait de mettre par écrit les coutumes d'une société. Qui plus est, comme on a déjà pu le remarquer, Maine conseillait d'éviter à l'avenir tout volontarisme réformateur. Par conséquent, les théories de Maine ont souvent été réduites à une forme de conservatisme, et parfois même accusées d'être réactionnaires. Il s'agit là d'une erreur qui méconnaît la subtilité de ses opinions. Bien que des théories traditionalistes s'inspirent des écrits de Maine, Maine lui-même n'a jamais considéré la société indienne comme statique¹⁷⁸. Selon Maine, « les indiens natifs ne sont pas attachés à leurs usages au point qu'ils ne sont pas prêts à y renoncer pour un quelconque avantage concret ». Aussi, Maine refuse de penser que la société indienne est divisée « en un certain nombre de strates horizontales, chacune représentant une case ». En effet, pour lui :

C'est une erreur fondamentale. Il est extrêmement douteux que la théorie brahmanique des castes n'ait jamais été vraie autrement que pour les deux castes les plus élevées (...), les modernes y ont attaché plus d'importance que les anciens (...), autrement, une caste n'est rien de plus qu'un nom pour un commerce ou une profession (...). Voir l'Inde telle qu'elle est réellement, c'est voir que, dans son ensemble, elle est divisée en un grand nombre de groupes organisés indépendants et qui ont leur propre fonctionnement.¹⁷⁹

Ces quelques passages permettent de balayer l'idée selon laquelle Maine entendait figer les coutumes indiennes dans la codification qu'il lance lorsqu'il est *Legal Member*. Cette cristallisation des coutumes est bien plutôt opérée par les nationalistes qui prétendent s'inspirer de ses théories. En effet, les idées de Maine trouvent une forte résonance dans les théories

¹⁷⁶ C. Dewey, *op. cit.*, p. 372.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 356.

¹⁷⁸ G. Johnson, *op. cit.*, p. 385.

¹⁷⁹ *Village-Communities, op. cit.*, p. 39 et p. 56-57 : « the natives of India are not so wedded to their usages that they are not ready to surrender them for any tangible advantage » ; « into a number of horizontal strata, each representing a caste ». Aussi :

This is an entire mistake. It is extremely doubtful whether the Brahminical theory of caste upon caste was ever true except of the two highest castes (...) more importance has been attached to it in modern than ever was in ancient times (...) otherwise, caste is merely a name for trade or occupation (...) The true view of India is that, as a whole, it is divided into a vast number of independent, self-acting, organised groups (...).

nationalistes qui commencent à émerger dans les années 1890. Bayly fait un parallèle entre l'historicisme de Maine et celui des théories nationalistes indiennes, précisant toutefois que,

la différence était que la progression historique de Maine était ici inversée. Pour les nationalistes, les institutions traditionnelles de l'Inde avaient été parfaitement développées au travers des siècles pour assurer une redistribution de l'amour et du respect dans l'ensemble de la société. La communauté de village [était] une économie morale. Le système de castes [était] un système rationnel [pour] œuvrer au bien commun.¹⁸⁰

Cette idée est absolument étrangère à Maine pour qui le système indien était paralysé par la tyrannie religieuse des brahmanes, bien que ce constat soit fortement nuancé par les études historiques les plus récentes¹⁸¹. Quoiqu'il en soit, il est certain que l'œuvre de Maine peut permettre de soutenir l'idée qu'il y a une forme de *corrosion* normative qui s'opère lorsque les institutions coutumières rencontrent des conditions socio-économiques nouvelles, notamment lors qu'émergent des marchés et l'individualisation des droits de propriété sur les terres qui y est liée. Néanmoins, les certitudes de Maine concernant la fluidité des structures sociales indiennes et la volonté des locaux de s'adapter à des changements potentiels démontrent qu'il défendait une conception dynamique de la relation entre institutions juridiques et changement social.

1.2.4. Le rôle de Maine en Inde et sa conception de la codification juridique

Comprendre la pensée de Maine et la façon dont elle est mise en pratique en Inde, avec l'exemple particulièrement illustratif de ses interventions lors des discussions sur l'*Indian Contract Act*, impose de comprendre comment il perçoit le rôle que la codification peut jouer sur le changement social. La condamnation de l'influence brahmanique sur la société indienne rejoint en effet une caractéristique majeure de la pensée de Maine : la nécessité de séparer droit et religion, cette séparation étant pour Maine l'acte fondateur de l'autonomie du système juridique, et donc l'impulsion originelle indispensable du mouvement d'évolution du statut au contrat. Elle fait d'ailleurs l'objet des toutes premières pages d'*Ancient Law*, qui comparent l'évolution du droit romain avec celle du droit indien. Selon Maine,

l'ethnologie nous montre que les Romains et les Hindous sont issus d'un même fond originel, et il y a en fait une ressemblance frappante entre [leurs] coutumes originelles.

¹⁸⁰ C. A. Bayly, *op. cit.*, p. 393. Nous traduisons.

¹⁸¹ Voir plusieurs des études du collectif de A. Diamond, *op. cit.*

Le fait que les Romains aient pu rentrer dans le groupe des sociétés progressives, alors que la société indienne est demeurée stationnaire, s'explique alors par la contrainte exercée par la religion sur cette dernière. Pourtant, les deux sociétés ont passé à un moment de leur histoire le cap essentiel de la codification. En effet,

une nouvelle ère commence (...) avec les Codes. Après cette époque, à n'importe quel moment où nous retraçons le changement juridique, nous pouvons l'attribuer à un désir conscient de perfectionnement, [c'est alors que] la distinction entre sociétés stationnaires et sociétés progressives commence à se faire sentir.¹⁸²

Or Maine affirme que la plupart des codes primitifs

mêlaient les prescriptions religieuses, civiles et simplement morales, sans aucune considération pour leurs différences essentielles. Cela reste cohérent avec tout ce que nous savons sur la pensée primitive par d'autres sources : la séparation du droit d'avec la morale et de la religion d'avec la loi appartient très clairement aux stades *ultérieurs* de progrès mental.¹⁸³

Ce stade commun à tous les codes primitifs qu'observe Maine, les sociétés progressives l'ont dépassé, et c'est notamment le cas du droit romain avec l'introduction des douze tables. En revanche, ce cap n'a pas été franchi en Inde :

L'Inde brahmane n'a pas encore dépassé un stade présent dans l'histoire de toutes les familles de l'humanité, le stade auquel une règle de droit n'est pas encore distinguée d'une règle religieuse.¹⁸⁴

La codification démarrée par Maine en Inde n'a donc en aucun cas pour but de cristalliser la coutume dans du droit écrit, et de la rendre immuable, mais le but n'est pas non plus de réformer ce droit dans l'immédiat. Ce qui semble être une impasse est pour Maine une évidence, car la

¹⁸² *Ancient Law, op. cit.*, p. 20-22 :

Ethnology shows us that the Romans and the Hindoos sprang from the same original stock, and there is indeed a striking resemblance between [their] original customs.

(...) A new era begins (...) with the Codes. Wherever, after this epoch, we trace the course of legal modification we are able to attribute it to the conscious desire of improvement, [then] the distinction between stationary and progressive societies begins to make itself felt.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 16 :

(...) mingled up religious, civil, and merely moral ordinances, without any regard to differences in their essential character ; and this is consistent with all we know of early thought from other sources, the severance of law from morality, and of religion from law, belonging very distinctly to the *later* stages of mental progress.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 23 :

Brahminical India has not passed beyond a stage which occurs in the history of all the families of mankind, the stage at which a rule of law is not yet discriminated from a rule of religion.

codification, loin de pétrifier un code, lui offre ce qui a permis au droit romain d'évoluer progressivement, en harmonie avec le changement social. Le droit romain a ainsi bénéficié de « la protection que [le code lui] a accordé contre les abus d'une oligarchie privilégiée et aussi contre les dégradations et les corruptions des institutions nationales ». Tout comme le code « indien » écrit sous la houlette de Maine, « le code romain n'était rien de plus que la mise par écrit des coutumes existantes du peuple romain ». Maine explique toutefois que la codification romaine intervient à un moment crucial, avant que n'opère cette (...)

loi du développement qui menace toujours d'agir sur l'usage non-écrit. Évidemment, les coutumes sont suivies par des multitudes incapables de comprendre leur fondement pratique, et qui n'ont par conséquent d'autre choix que d'inventer des raisons superstitieuses pour justifier de leur permanence (...). Les interdictions et les décrets, originellement limités, et pour de bonnes raisons, à la simple description d'actes, voient leur application étendue à tous les actes de la même classe.

C'est précisément ce processus dont fut victime, selon Maine, la société indienne, et son analyse de l'apparition des castes permet de rejeter définitivement toute accusation de conservatisme réactionnaire à son encontre :

Cette division en classes qui, à un moment particulier de crise de l'histoire sociale, est nécessaire au maintien de l'existence du corps national, se dégrade et prend la forme de la plus désastreuse et la plus calamiteuse des institutions humaines – la Caste.¹⁸⁵

La codification des coutumes apparaît donc pour Maine comme une étape nécessaire vers de futures évolutions du droit indien. Il est aussi essentiel de noter que les Douze Tables de la loi romaines traitent majoritairement de sujets similaires à ceux qui posent problèmes aux

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 18 :

(...) the protection which [it] afforded against the frauds of the privileged oligarchy and also against the spontaneous depravation and debasement of the national institutions.

(...) The Roman Code was merely an enunciation in words of the existing customs of the Roman people.

(...) law of development which ever threatens to operate upon unwritten usage. The customs are of course obeyed by multitudes who are incapable of understanding the true ground of their expediency, and who are therefore left inevitably to invent superstitious reasons for their permanence (...). Prohibitions and ordinances, originally confined, for good reasons, to a single description of acts, are made to apply to all acts of the same class.

(...) that division into classes which at a particular crisis of social history is necessary for the maintenance of the national existence degenerates into the most disastrous and blighting of all human institutions – Caste.

administrateurs britanniques en Inde : les questions de succession, de mariage, de délimitations de propriété, de dettes et donc de contrat. Une telle proximité n'est en rien négligeable.

Guidé par ces considérations, Maine agit avec en tête l'« impératif (...) d'utiliser les institutions indiennes comme fondations de son entreprise et de les épurer plutôt que de les abolir »¹⁸⁶. Le verbe *purge*, que l'on a choisi de traduire par « épurer », confirme une fois de plus que la codification n'a rien d'une activité passive de transcription. Maine conçoit la codification comme animée de plusieurs principes clairs : « classifications symétriques », « concision et clarté d'expression » et « publicité »¹⁸⁷. La publicité, selon Maine, est la caractéristique fondamentale des premiers codes romains, dont le but est d'empêcher le groupe privilégié qui s'est approprié la transmission et l'application du droit d'en faire un code hermétique, réservé aux initiés. La symétrie, la concision (« *terseness* ») et la clarté sont des propriétés tout aussi importantes à ses yeux, mais qui semblent chronologiquement secondaires. Maine applique alors le même procédé au droit indien, en lui accordant tout d'abord la publicité, pour ensuite travailler à lui donner clarté, cohérence, concision et symétrie. Cela explique, comme l'écrit Johnson, que

la majeure partie du travail du département de droit se résumait à codifier davantage de lois indiennes (...) [puisque] pour Maine la codification n'était pas l'occasion d'une reconstruction fondamentale du droit indien (ce que les juristes de Londres auraient souhaité), mais n'était qu'une tentative de 'formuler des principes fondamentaux qui conjugueraient dans la mesure du possible simplicité et précision'.¹⁸⁸

Selon Maine, l'assimilation opérée par les romains entre le droit des gens, *jus gentium*, et une forme de droit inspiré par la Nature, ne conduit pas d'abord les juristes à faire évoluer le droit en fonction d'un droit naturel tel que le conçoivent les Modernes, mais avant tout à le simplifier et à le rendre plus clair puisque

les idées de simplification et de généralisation ont toujours été associées avec le concept de Nature ; simplicité, symétrie et intelligibilité finirent ainsi par être considérées comme les caractéristiques d'un bon système juridique.¹⁸⁹

¹⁸⁶ C. A. Bayly, *op. cit.*, p. 393. Nous traduisons.

¹⁸⁷ *Ancient Law, op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁸ G. Johnson, *op. cit.*, p. 384, citant Tupper, *op. cit.*, p. 393. Nous traduisons.

¹⁸⁹ *Ancient Law, op. cit.*, p. 57 :

(...) the ideas of simplification and generalisation had always been associated with the conception of Nature ; simplicity, symmetry, and intelligibility came therefore to be regarded as the characteristics of a good legal system.

Maine tire les conséquences de son étude prolongée de l'histoire du droit romain, présentée dans *Ancient Law* : il tente de faire suivre au droit indien exactement les mêmes étapes qui ont jalonné l'histoire du système juridique romain. On notera de nouveau que les « principes fondamentaux » qui doivent ressortir de cette œuvre de codification sont essentiellement liés à des questions de propriété, à l'image des Douze Tables de la loi romaine.

1.2.5. Codification, propriété et « racines matérielles » du droit

L'action de Maine en Inde permet donc d'observer une mise en application de sa propre théorie historique du changement social, une théorie qui fait de la codification de certains principes, liés à la question de la propriété, un prérequis pour assurer une évolution sociale dynamique. Ainsi, en Inde, la loi du passage du statut au contrat, loi qui concerne essentiellement des évolutions à la fois économiques et juridiques, prend une forme concrète et dictée par l'évolution du droit romain. On y trouve les jalons principaux de ce que Maine conçoit comme la genèse du droit : codification, publicité, simplification et surtout, autonomisation par l'arrachement aux contraintes morales et religieuses. Mais surtout, droit et coutume n'apparaissent en rien comme antinomiques, mais plutôt comme complémentaires. Maine est au moins ainsi fidèle à une certaine tradition de la *common law* qui considère la coutume comme une source potentielle du droit, mais il est toutefois loin de considérer que la coutume ne subit aucune transformation lorsqu'elle est ainsi absorbée par le droit. La « codification » ne se résume pas à un enregistrement de la coutume, mais implique bien un traitement actif par les juristes¹⁹⁰. De même, le point de vue de Maine sur la coutume n'est ni conservateur, ni simplement réformiste : il reconnaît la nécessité de la prendre en compte sans pour autant la sanctifier, en tant qu'elle reflète, jusqu'à une certaine limite et si elle bien comprise, la structure profonde des sociétés. Mais quid de la relation entre droit et coutume aux époques antérieures à celle où le droit vient puiser dans la coutume comme dans une source, et où le droit coutumier n'est qu'un domaine du droit ?

Comme on a déjà pu le noter, la peur du volontarisme réformiste qu'exprime Maine n'est pas qu'une question de prudence politique, elle découle du lien intime que Maine établit entre coutume et droit. Dans les toutes premières pages d'*Ancient Law*, Maine dépeint la possible mainmise du religieux sur les coutumes, et met en garde contre cette « loi de développement » que nous avons déjà évoquée et qui menace les peuples primitifs¹⁹¹. À ce propos, il

¹⁹⁰ Voir Jacques Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Éditions de l'Institut de Sociologie, Bruxelles, 1967.

¹⁹¹ *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 15.

développe l'idée selon laquelle, à l'origine, les coutumes d'un peuple possèdent les caractéristiques nécessaires à l'adaptation de ce dernier à son environnement, qu'il résume par l'idée d'« expediency », d'efficacité pratique. La coutume, en dehors des dangers qui la menace, est donc pour Maine un fait social qui a sa justification propre et qui ne mérite donc pas le mépris. Ce point de vue sur la coutume est certainement une manifestation de ce que Nick O'Brien décrit comme une volonté de faire retrouver au droit ses « racines matérielles »¹⁹². Le lien qu'O'Brien établit entre Maine et l'historien de l'antiquité Barthold Georg Niebuhr est probablement à l'origine de cette vision des rapports entre droit, coutume et société¹⁹³. La lecture des œuvres de Niebuhr aurait fait partie d'un courant de renouveau des études classiques, présent à Cambridge au moment où Maine y faisait ses études. La particularité de cette nouvelle « école » réside dans la mise à l'écart des textes classiques au profit des contextes sociaux, économiques et institutionnels. Niebuhr montre d'ailleurs un intérêt particulier pour les institutions juridiques qui, selon O'Brien, étaient pour lui, « à la fois un indicateur de développement institutionnel et social, autant qu'une source de preuves historiques »¹⁹⁴, et devenant un véritable instrument herméneutique.

Maine insiste à plusieurs reprises sur l'importance de la découverte faite par Niebuhr en 1816 du texte de Gaius, les *Institutes*, commentaire de la Loi des Douze Tables, que Maine considère fondatrice dans *Ancient Law*. Maine qualifiait alors cette découverte de « précieuse », non seulement parce qu'elle permettait d'adopter une perspective nouvelle

sur les débuts d'un système juridique qui est la source dont s'est écoulée de la majeure partie la jurisprudence civilisée [mais aussi parce qu'on y trouve] des parties du traité ainsi rendues au monde qui nous permettent d'avoir un aperçu de quelque chose de plus ancien que le droit lui-même, et qui nous donnent la possibilité de faire le lien entre le droit et des pratiques dictées aux barbares par des pulsions que toute loi a eu ensuite pour fonction première de contrôler.¹⁹⁵

Maine établit ainsi un lien direct entre le « droit », d'une part, et les « pratiques » qui émergent à l'aube des sociétés, sur lesquelles les lois ont pour rôle d'exercer leur contrôle. L'idée même

¹⁹² Nick O'Brien, « 'Something Older than Law Itself' : Sir Henry Maine, Niebuhr, and 'the Path not Chosen' », *The Journal of Legal History*, vol. 26 (3), p. 230.

¹⁹³ Maine cite Niebuhr à deux reprises dans *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 107 et 241.

¹⁹⁴ N. O'Brien, *op. cit.*, p. 238 : « both as an index of institutional and social development as well as a source of historical evidence ».

¹⁹⁵ Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, Murray et New York, Holt, Londres, 1875, p. 250-251 :

(...) on the beginnings of a legal system which is the fountain of the greatest part of civilised jurisprudence[where you can find] portions of the treatise then restored to the world which afford us glimpses of something older than law itself, and which enable us to connect with law the practices dictated to barbarous men by impulses which is has become the prime office of all law to control.

d'enracinement du droit dans la coutume et dans les pratiques, au service d'un réformisme éclairé, est d'ailleurs clairement présente chez Niebuhr, et clairement tournée vers la question indienne. En effet, sans une lettre, Niebuhr critique les réformes juridiques menées en Inde sous l'impulsion de la philosophie utilitariste :

Le roi James faisait partie de ces hommes médiocres qui pensent qu'il est possible de faire rentrer les nations les plus différentes dans le même moule, et de les assimiler les unes aux autres grâce à ces moules (...); de tels hommes s'imaginent en vain que ces moules conviendraient à n'importe quel contexte (...). Ces nouvelles lois auraient pu puiser facilement leur force dans la coutume si toutes les institutions déjà existantes, qui tiennent leur vigueur de l'usage et de leur appartenance à une nation, n'avaient pas été considérées comme mauvaises et juste bonnes à être balayées. On essaya seulement de réaliser une copie des institutions anglaises (...) et c'est à cette fin que le roi James détruisit, ou du moins tenta de détruire, la propriété, le langage et toute trace des lois et des usages nationaux.¹⁹⁶

De façon presque étonnante, Niebuhr affirme que la mise en place de nouvelles lois en Inde « auraient pu puiser facilement leur force dans la coutume ». Or, au lieu de cela, ce sont d'autres coutumes, les « lois et les usages nationaux » qui ont contrecarré la volonté du législateur britannique. Dans le cadre de la pensée de Niebuhr, le soutien de la coutume est absolument nécessaire à la mise en place d'un droit. Un système juridique d'essence radicalement différente d'un ensemble préexistant de coutumes est condamné à l'échec. Ainsi, la coutume semble être une fondation nécessaire du droit, tout du moins un point de départ incontournable. Mieux encore, il semble que pour Niebuhr la coutume ne se résume pas à ce rôle fondationnel : elle est ce qui permet au droit d'acquérir plus de force. Le droit, une fois devenue coutume, s'est absolument fondu dans les usages d'une communauté, s'intégrant dans les attitudes que ses membres ne questionnent plus. On notera surtout la mention de la « propriété » parmi les usages menacés selon Niebuhr par le réformisme du roi James, qui est ici distinguée de tous les autres « usages nationaux ». Niebuhr pose donc déjà le problème d'une transposition de l'institution britannique de la propriété, principalement individuelle et exclusive, à la société indienne.

¹⁹⁶ S. Winkworth (éd.), *Life and Letters of Barthold Georg Niebuhr*, Londres, 1852, vol. 3, p. 97 :

King James was one of those mediocre men who think it possible to press the most unlike nations into the same forms, and to assimilate them to each other through those forms (...); such men vainly imagine that similar forms would be just under all circumstances (...). These new laws might easily have acquired strength through custom, had not all the existing institutions, which though usage and nationality retained vigour, been accounted as bad, and fit only to be swept away. It was simply attempted to execute a copy of the English institutions (...) and to this end, King James destroyed, or at least attempted to destroy, property, language, and every trace of national laws and usages.

Plus précisément, Maine conclut sa « lecture » sur « The Early History of the Settled Property of Married Women » en insistant l'impossibilité de mener à bien ses propres recherches sans les textes découverts par Niebuhr¹⁹⁷. Dans le cadre de notre étude, il s'agit d'une invitation claire à explorer cet extrait de l'œuvre de Maine en particulier. Ce chapitre des *Lectures on the Early History of Institutions* met en pratique l'idée d'un parallèle entre le développement du droit et celui du droit indien, afin notamment d'éclairer la situation indienne contemporaine puisque « (...) some institutions which the Romans and Hindoos once had in common may be seen actually flourishing in India, under the protection of the English Courts of Justice »¹⁹⁸. La question de l'interférence des administrateurs anglais dans le développement du droit indien est donc immédiatement posée. Maine va en effet critiquer la façon dont les Britanniques renforceraient un biais religieux défavorable aux femmes qui aurait été accentué tardivement dans l'histoire du droit indien, allant à la fois à l'encontre de coutumes locales non-religieuses et de l'évolution des institutions. Cette évolution, Maine la décrit comme suit : l'institution de la « Famille » sous pouvoir patriarcal est l'institution originelle des sociétés indo-européennes, et l'évolution des coutumes et du droit consiste justement dans le détachement d'avec cette configuration le statut à la fois des femmes, des enfants, des esclaves et des biens sont tout simplement « confondus »¹⁹⁹. Le jeu des circonstances, ainsi que les moteurs particuliers de l'évolution juridique que sont les « fictions » et « l'équité », que nous évoquerons ultérieurement, ont pour conséquence la « dissolution graduelle » de cette institution familiale et l'autonomisation progressive du statut juridique des femmes, des enfants et esclaves²⁰⁰. On retrouve là la loi d'évolution du statut au contrat qui permet à Maine dans ce chapitre d'esquisser un programme d'évolution socio-juridique du statut des femmes pour les sociétés qu'il appelle indo-européennes. Comprise sous la lumière de cette question spécifique, la loi de passage du statut au contrat n'apparaît pas comme une déclaration universaliste à propos de la nature générale des liens sociaux et de leurs évolutions dans les sociétés. Si les individus en *général* sont libres, à l'extrême opposé de ce processus, de contracter indépendamment de leur « statut » au sein de la famille, c'est grâce à de multiples changements juridiques progressifs en réaction dynamique avec les évolutions sociales. Si les relations sociales se trouvent reconfigurées, ce

¹⁹⁷ Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, *op. cit.*, p. 308-309.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 309-310.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 314 :

Taking the conceptions which have their root in the family relation – what we call property, what we call marital right, what we call parental authority, were all originally blended in the general conception of patriarchal power.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 312.

n'est donc pas par un mouvement auto-généré d'un « idéal-type » de société vers un autre, mais par une série continue de modifications liées au droit et notamment aux catégories juridiques, modifications qui demeurent fortement contingentes.

L'argument de Maine est donc le suivant : le statut des femmes s'autonomise progressivement de la tutelle des hommes et c'est justement la marque d'un système juridique mature que d'accorder aux femmes un fort degré d'autonomie, notamment dans la possibilité d'être propriétaire et d'hériter²⁰¹. Maine propose ainsi un parallèle entre le droit romain tardif, le Code Civil français et le *Married Women's Property Act* de 1870, qui donne aux femmes britanniques le droit à leurs propriétés personnelles et à l'héritage²⁰². Pour ce qui est du droit indien, Maine affirme, au moyen d'une étude textuelle des différents corpus juridiques brahmaniques qui sont utilisés à son époque par l'administration britannique, que les usages indiens avaient autrefois évolué vers une propriété minimale pour les femmes, le *Stridhan*²⁰³. Ce qui garantissait, originellement à l'image d'une dot, une certaine propriété aux femmes, avait pu être selon certains textes élargi à l'héritage et à l'acquisition de biens au cours du mariage. Les textes les plus tardifs auraient progressivement réduit l'étendue de cette propriété autonome, créant des « controverses » parmi les écoles brahmaniques, créant la « perplexité » des juges anglo-indiens chargés de s'appuyer sur l'expertise de ces dernières pour rendre leurs décisions²⁰⁴. En suivant l'interprétation la plus restrictive de ces écoles religieuses, qui ont pour fonction d'interpréter les différents textes juridico-religieux que les Britanniques prennent un temps pour source du droit indien, les Cours de justice en viennent à la conclusion que le « droit indien (...) limite le *Stridhan* aux biens donnés à une femme à son mariage par sa famille ou bien son mari ('Madras High Court Reports', iii. 312). »²⁰⁵. Les Britanniques agiraient ainsi de la même façon que lors de l'absorption de l'Irlande dans le royaume, restreignant le droit des femmes mariés à avoir leur propre propriété que l'on peut retrouver dans « l'ancien droit Irlandais ». Le vocabulaire utilisé par Maine est alors particulièrement intéressant, puisqu'il préfère à plusieurs reprises parler de « coutumes » qui auraient évolué vers davantage d'autonomie pour les femmes,

²⁰¹ *Ibid.*, p. 339 :

It has been said that the degree in which the personal immunity and proprietary capacity of women are recognized in a particular state or community is a test of its degree of advance in civilisation (...).

²⁰² *Ibid.*, p. 318.

²⁰³ *Ibid.*, p. 321-322.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 322.

²⁰⁵ *Ibid.*, P. 323 : « The Anglo-Indian Courts have now substantially decided that Hindoo law (...) limits the *Stridhan* to property given to the woman at her marriage either by her family or by her husband ('Madras High Court Reports', iii. 312) ».

comme s'il soulignait inconsciemment la plus grande flexibilité des coutumes et des usages à ce sujet, face à la rigidité d'un droit influencé par des interprétations religieuses²⁰⁶.

Maine note ainsi que

La plus libéral des écoles de jurisprudence hindous, celle qui domine au Bengal même, accorde à une veuve sans enfants l'usufruit de la propriété de son mari, sous certaines conditions restrictives, et ce jusqu'à la fin de sa vie. Elle rejoint ainsi nombre de *coutumes locales non écrites*.²⁰⁷

Maine est cependant loin de conférer une forme de supériorité aux coutumes parce qu'elles seraient spontanées : il souligne au contraire l'importance de la codification et de la législation, comme le montrent les exemples du Code civil et du *Married Women's Property Act*, mais plus généralement de la « loi impérative » et « d'accords volontaires »²⁰⁸. Le rôle d'un système juridique fonctionnel et détaché du religieux est donc mis en valeur une nouvelle fois, et si les coutumes sont considérées comme plus favorables aux femmes, c'est principalement par opposition au droit religieux et à la façon dont les Britanniques ont renforcé ce dernier en en faisant une source privilégiée du droit indien, mettant fin à tout mouvement « d'émancipation de la famille par l'individu » qui pouvait précéder la prise de pouvoir par les britanniques²⁰⁹. Néanmoins, il est certain que le propos de Maine implique que le droit religieux hindou, pourtant considéré comme une référence et une source de la coutume par les Britanniques lors de la première moitié du XIX^e siècle, n'est pas coutume *réelle* des populations locales. Maine considère que c'est le renforcement par les Britanniques de la définition des droits de propriété en

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 324 :

It further appears that under a certain number of Aryan customs the proprietary rights of other kinds which women slowly acquired were assimilated to their rights in their position of the Bride-Price, probably as being the only existing type of woman's property. The exact extent of the separate ownership which the ancient Irish law allowed to married women is still uncertain, but undoubtedly they had some power of dealing with their own property without the consent of their husbands, and this was one of the institutions expressly declared by the Judges to be illegal at the beginning of the seventeenth century.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 334-335. Nous soulignons :

The most liberal of the Hindoo schools of jurisprudence, that prevailing in Bengal Proper, gives a childless widow the enjoyment of her husband's property, under certain restrictive conditions, for her life; and in this it agrees with many bodies of *unwritten local custom*

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 327 : « (...) under the influence either of voluntary agreement or imperative law ».

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 328 :

Yet there is abundant evidence that the emancipation of the individual from the family had proceeded some way, even before the country had come under the Western influences through the British dominion.

fonction des devoirs religieux envers les morts ou doctrine du *Spiritual Benefit*, qui la source d'un recul pour le statut des femmes²¹⁰. On notera aussi que c'est au sein de cette réflexion que Maine affirme que, dans les communautés de village qui fédèrent les familles patriarcales, les activités législatrices, judiciaires et exécutives ne sont pas distinguées²¹¹. C'est la distinction de ces activités au cours du processus de complexification des sociétés et de leurs institutions qui joue un rôle décisif dans l'évolution vers davantage d'autonomie pour les femmes.

Ce chapitre sur l'histoire de la propriété des femmes achève donc de montrer la connexion intime, centrale dans notre étude, que Maine établit entre les questions de la codification de la coutume, de l'articulation entre droit et coutume, du droit des femmes, et enfin des droits de propriété. En effet, retrouver les « racines matérielles » du droit, en suivant notamment l'historien Niebuhr, c'est comprendre le rapport entre droit et coutume précisément à l'aune de l'évolution des droits de propriété, évolution liée à la loi de passage du statut au contrat. Plus précisément, comprendre le problème que pose la gestion de l'Inde aux administrateurs britanniques c'est comprendre, pour Maine, comment la tension dynamique entre droit et changement social peut être altérée par des causes historiques précises, et comment les institutions juridiques peuvent jouer un rôle comme moteur de l'évolution des sociétés. Il apparaît désormais nécessaire de mieux comprendre la théorie de l'évolution des institutions juridiques que Maine propose dans son œuvre, ce qui nous permettra de saisir comment la question de la nature de la coutume, du droit et de leurs relations est intrinsèquement liée chez lui à la question des droits de propriété.

1.3. La problématique de la propriété au centre de l'œuvre de Maine

Avant de pouvoir affirmer que le traitement que Maine propose de la question des droits de propriété lui permet de conceptualiser à nouveaux frais les relations entre le droit et la coutume et la codification de cette dernière, il nous semble nécessaire de montrer que le paradigme entier de Maine trouve précisément une cohérence autour du thème de la propriété, et que c'est ce paradigme qui filtre les données anthropologiques que Maine choisit d'étudier.

Il n'y aurait aucune exagération à affirmer que le thème de la propriété occupe la quasi-intégralité des pages de l'œuvre de Henry Sumner Maine. Or, Maine étant un homme du monde et un essayiste relativement engagé dans la politique de son époque, il n'y a rien de surprenant

²¹⁰ *Ibid.*, p. 331.

²¹¹ *Ibid.*, p. 314 : « (...) in the infancy of ideas, legislative, judicial, executive and administrative power are not distinguished, but considered as one and the same ».

à ce qu'il accorde autant de place à l'un des thèmes les plus discutés autour de lui à l'époque, à un niveau politique comme universitaire. Néanmoins, affirmer l'omniprésence de cette question dans son œuvre requiert de ne pas se limiter aux réflexions traitant directement de la propriété et de la dichotomie entre propriété individuelle et collective, qui sont les thèmes principaux débattus à l'époque. Maine entend en effet décrire ce qu'il estime être une évolution progressive d'une forme de propriété collective jusqu'à l'avènement de la propriété individuelle, en décrivant les multiples canaux de cette transformation. Ainsi, par exemple, le droit des femmes n'est étudié par lui qu'à travers l'évolution de leurs droits à hériter de la propriété de leurs maris. Tous les autres objets juridiques étudiés par Maine, les testaments, les contrats et toutes les institutions réglant la vie familiale et sociale sont introduits selon ce même biais systématique.

Ce n'est *a priori* pas l'impression que pourrait laisser une lecture rapide d'*Ancient Law*, où Maine expose dans une première moitié ce qu'on pourrait appeler son paradigme, son corps théorique principal, et semble s'intéresser à différents objets (les testaments, les contrats etc.) seulement pour illustrer davantage cette théorie. Par conséquent, une telle lecture d'*Ancient Law* ferait des questions relatives à la propriété une simple illustration d'un paradigme, dans une démarche hypothético-déductive. Le corps théorique ainsi exposé par Maine dans *Ancient Law* correspond aux éléments suivants. Tout d'abord, l'institution romaine de la *Patria Potestas* illustrerait un fait commun à l'ensemble des sociétés dites indo-européennes : les femmes, les enfants ainsi que les esclaves n'auraient en tant qu'individus pas de droits, et n'en possèderaient qu'en vertu de leur statut au sein du groupe familial dont le responsable serait le chef de famille. Maine propose alors une généralisation de cette institution, qui prend la forme de la loi d'évolution du statut au contrat, selon laquelle les sociétés passeraient progressivement d'un état où les droits seraient définis essentiellement par le statut des individus au sein d'un groupe, à un état où les droits des individus seraient définis de manière contractuelle. Cette loi d'évolution est liée à l'idée selon laquelle à un extrême de l'évolution de ces sociétés, l'ensemble des droits, donc les droits de propriété, prendraient une forme collective, pour évoluer ensuite par individualisation progressive. Ces évolutions concomitantes sont intégrées dans le droit et accélérées par trois « agents » du changement social, se succédant sans tout à fait se remplacer, et correspondant plus ou moins à différentes époques : les fictions, qui fonctionnent par extension et par jeux de catégories juridiques, l'équité, qui s'appuie sur des jugements ayant pour but de concilier au cas par cas les catégories juridiques existantes et des situations nouvelles, et la législation, qui est principalement l'activité d'un gouvernement centralité, réformant de façon consciente et potentiellement systématique. Enfin, un autre élément essentiel de la théorie de Maine est sa théorie de l'évolution de la souveraineté, qui serait passée d'une forme de souveraineté

clanique, fondée sur les rapports d'individus au sein d'une famille élargie, à une forme de souveraineté fondée sur le territoire, d'où l'importance de la propriété.

La configuration d'*Ancient Law* pourrait faire penser que le fait que l'intégralité de la seconde partie de l'ouvrage traite des sujets liés à la propriété est simplement une nécessité pratique. Il s'agirait peu ou prou des seules données exhaustives qui pourraient confirmer les propositions faites dans le cœur théorique dont Maine entendrait prouver l'extension. Ce cœur théorique serait donc indépendant des données liées à la propriété, dont l'omniprésence ne serait qu'accidentelle. Le chapitre d'*Ancient Law* consacré à l'origine de la propriété tend en effet à la confirmer. Maine s'intéresse au présupposé selon lequel la propriété serait une forme de « droit naturel », présupposé renforcé par les théoriciens du contrat naturel, mais que l'on retrouverait dans le droit romain, où aurait émergé l'idée que tout ce qui n'appartient pas déjà à quelqu'un peut faire l'objet d'une appropriation.

Maine affirme ainsi que la « doctrine » selon laquelle chose n'appartenant à personne (« *res nullius* ») pourrait être appropriée par quiconque est le produit tardif d'une « jurisprudence raffinée ». Loin d'être « instinctive », elle est une institution sociale qui suppose « un état défini des lois ». Maine renverse donc le présupposé qui fait de la propriété un droit naturel qui serait à l'origine de l'appropriation des choses. Il n'est selon lui possible de s'approprier naturellement ce qui n'est pas la propriété de quelqu'un que parce la plupart des « objets de jouissance sont [déjà] tombés sous le coup de la propriété privée », autrement dit parce que l'institution des droits de propriété est suffisamment répandue pour avoir « gagné la sanction d'une longue inviolabilité dans la pratique ».

À cet argument somme toute assez classique, Maine ajoute un argument qui provient de sa propre théorie : les théories du droit naturel et du contrat social font des « individus » les unités de base du corps social. Dans les écrits de Hobbes comme dans les écrits de Blackstone, c'est l'individu qui est décrit comme la source de ce droit naturel d'appropriation, matérialisé par le droit « d'occupation ». Or, Maine nous impose un rappel : « l'Ancien Droit (...) ignore presque tout des Individus ». L'objection principale que Maine fait donc aux théories du contrat social et du droit naturel sur la question de la propriété est tirée de son corpus théorique principal, et notamment de la loi d'évolution du statut au contrat. Les théories qu'il entend contredire donnent une place à l'individu qu'il n'a pas dans le droit ancien, les droits étaient essentiellement dépendants de son statut au sein d'un groupe. Dans la première partie d'*Ancient Law*,

l'analyse du droit romain avait permis d'en faire l'hypothèse et, si cela se trouve correct, l'évolution des formes de propriété doit le confirmer, et semble le faire en effet²¹².

Toutefois, le droit romain est limité parce que les données auxquelles il donne accès sont limitées, car situées à une étape trop tardive de ce processus d'évolution. C'est donc immédiatement vers les communautés où la propriété collective prime que Maine va se tourner, tout juste après le passage analysé ci-dessus. Les communautés de village de l'Inde apparaissent par conséquent comme un simple élément de confirmation de la théorie, et n'ont d'autre raison d'être que de dépasser les limites de l'exemple du droit romain :

(...) il est *a priori* fort peu probable que nous ne trouvions le moindre indice concernant l'histoire primitive de la propriété, si nous nous contentons à l'étude des droits de propriété des individus. Il est plus vraisemblable que la propriété collective, plutôt que la propriété privée, soit la véritable institution primitive (...)

Il existe toutefois une communauté que celui qui est en quête de quelque institution perdue de la société primitive devra toujours examiner avec soin. Quelque soit l'importance des changements subis par les communautés qui appartiennent à la famille indo-européenne, et qui sont établies en Inde depuis des siècles, il sera rare d'en trouver une qui ait entièrement quitté la coquille dans laquelle elle s'est originellement formée.

Or, chez les hindous, on trouve une forme de propriété qui doit immédiatement attirer notre attention, car elle correspond exactement aux idées que notre étude du droit des personnes nous conduirait à entretenir concernant l'origine de la propriété. La communauté de village indienne est à la fois une société patriarcale organisée et une réunion de copropriétaires. Les relations personnelles qu'entretiennent les hommes qui la composent se confondent absolument avec leurs droits de propriété. La tentative des fonctionnaires anglais de séparer ces deux domaines pourrait être considérée comme l'un des échecs les plus retentissants de l'administration anglo-indienne.²¹³

²¹²*Ancient Law*, p. 256-258.

²¹³ *Ibid.*, p. 230-231.

(...) there is a strong *a priori* improbability of our obtaining any clue to the early history of property, if we confine our notice to the proprietary rights of individuals. It is more likely that joint-ownership, and not separate ownership, is the really archaic institution (...).

There is, however, one community which will always be carefully examined by the inquirer who is in quest of any lost institution of primeval society. How far soever any such institution may have undergone change among the branch of the Indo-European family which has been settled for ages in India, it will seldom be found to have entirely cast aside the shell in which it was originally reared.

It happens that, among the Hindoos, we do find a form of ownership which ought at once to rivet our attention from its exactly fitting in with the ideas which our studies in the Law of Persons would lead us to entertain respecting the original condition of

Trouver l'origine du droit de propriété, contester la version contractualiste et confirmer le paradigme principal d'*Ancient Law* est possible selon Maine si l'on s'intéresse à l'Inde et aux communautés où les droits sont définis en commun, et « correspond[ent] exactement aux idées que notre étude du Droit [romain] des Personnes nous conduiraient à concevoir ». Ce même passage, s'il tend à confirmer que les données ayant trait aux droits de propriété ne font office que de confirmation d'un paradigme, indique une autre direction. Maine y affirme que « [l]es relations personnelles que les hommes entretiennent et qui composent [la communauté de village] sont indistinctement confondues avec leurs droits de propriété ». C'est d'ailleurs l'ignorance de cette codétermination des liens interpersonnels et des droits de propriété qui constitue « certains des plus grands échecs de l'administration anglo-indienne ». Deux faits essentiels pour notre propos se croisent alors : d'une part, les droits de propriété ne font pas que confirmer incidemment le paradigme de Maine, car c'est la constitution même de ces sociétés primitives qui dépend de la structure de ces droits ; d'autre part, Maine fait ici un lien direct entre ses réflexions historiques et la question de la gouvernance de l'Inde.

Le nœud problématique qui apparaît dans le paragraphe précédent va être le thème principal des développements ultérieurs de l'œuvre de Maine. En effet, même si la lecture d'*Ancient Law* permet encore d'hésiter à ce sujet, la progression du propos de Maine dans ses principaux livres, *Village-Communities*, puis *Early History of Institutions* et enfin *Early Law and Custom* confirme ce biais interprétatif. Au fur et à mesure, la dichotomie entre statut et contrat s'efface pour laisser s'imposer deux thèmes : l'émergence de la propriété individuelle par détachement de la propriété collective d'une part, et l'évolution de la souveraineté vers une souveraineté territoriale d'autre part. Cela s'explique très probablement par l'importance grandissante que le thème de la propriété individuelle prend dans la seconde partie du XIX^e siècle, où les libéraux défendent son « avènement » comme le signe du progrès social, tandis que des penseurs et hommes politiques proposent une critique du libéralisme en s'appuyant sur l'alternative que semblent représenter ces communautés où la propriété a pu être en commun²¹⁴. Dans ce cadre,

property. The Village Community of India is at once an organized patriarchal society and an assemblage of co-proprietors. The personal relations to each other of the men who compose it are indistinguishably confounded with their proprietary rights, and to the attempts of English functionaries to separate the two may be assigned some of the most formidable miscarriages of Anglo-Indian administration.

²¹⁴ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 83 :

The 'natural communism' of the primitive cultivating groups has sometimes been described of late years, and more particularly by Russian writers, as an anticipation of the most advanced and trenchant democratic theories. No account of the matter could in my judgment be more misleading.

Ancient Law et les œuvres qui suivent apparaissent comme construites dans le but d'entrer dans ce débat en proposant des données nouvelles. Il importe donc désormais de proposer une interprétation des différentes œuvres de Maine au regard du thème de la propriété et de sa relation au développement économique et social.

Deuxième chapitre

Du « statut au contrat » :
une perspective juridique et
économique sur le changement social

2.1. La science du droit comparé : une généalogie de l'évolution des institutions économiques et de la propriété

2.1.1. Une perspective institutionnelle sur le développement économique

Comme nous avons déjà pu le souligner, il est nécessaire d'interpréter l'évolutionnisme de Maine comme concernant avant tout les institutions juridico-économiques liées à la propriété, de près ou de loin : droit foncier, droit des contrats, droit à l'héritage, règlement des dettes etc. La loi de passage du statut au *contrat*, dans une œuvre qui est centrée sur la question de la propriété, n'a en effet de sens que si on la considère sous l'angle de l'interaction entre l'économie et les institutions. En cela, Maine pourrait l'un des précurseurs de l'institutionnalisme en économie, ou *institutional economics*, qui prend son essor au début du XX^e siècle et étudie la façon dont les institutions modèlent les comportements économiques. Les réminiscences du travail de Maine dans celui du père fondateur de cette école, Thorstein Veblen, ont d'ailleurs été remarquées²¹⁵. Plus récemment, dans les années 1970, une multitude de travaux d'économistes influents se concentre sur l'importance de la propriété et notamment de la propriété individuelle exclusive, pour le dynamisme du développement économique²¹⁶. Les travaux ultérieurs d'Elinor Ostrom, prix Nobel d'économie, sans s'opposer directement à cette école, élargissent l'horizon de l'économie en défendant la viabilité d'une pluralité de systèmes de propriété, incluant les *commons*, et en popularisant le terme de « faisceau de droits » (*bundle of rights*) pour la propriété, terme déjà employé par Maine dans *Ancient Law* en 1861. Sumner Maine apparaît alors comme une figure synthétique, puisque son œuvre, tout en développant le concept de faisceau de droits, défend à la fois l'idée que la propriété est originellement *collective* et l'idée que l'évolution des sociétés voit l'importance de la propriété individuelle s'affirmer. Il se distingue par exemple à son époque d'un Fustel de Coulanges, pour lequel la propriété individuelle fait figure d'institution originelle²¹⁷. Néanmoins, c'est un autre parallèle, plus contemporain, qui nous semble pertinent pour comprendre la spécificité de l'approche de Maine et sa pertinence encore aujourd'hui : Hernando de Soto est un économiste du développement péruvien, qui donne à l'institution de la propriété privée un rôle central dans le développement socio-économique. Son livre, *The Mystery of Capital*, articule des thématiques proches de celles de Maine : il désigne le manque de formalisme, de simplicité et de cohérence juridique dans les pays en voie de développement, notamment en ce qui concerne les institutions de la propriété,

²¹⁵ Francesca Lidia Viano, *op. cit.*

²¹⁶ Voir Elinor Ostrom et Charlotte Hess, « Private and Common Property Rights », *op. cit.*, pour une bibliographie détaillée sur la question.

²¹⁷ Voir P. Grossi, *op. cit.*, sur Fustel de Coulanges.

de l'héritage, du contrat etc. Le manque d'articulation harmonieuse entre droit formel étatique et coutumes locales conduit à l'impossibilité pour les populations concernées de mobiliser le « capital mort » qu'elles possèdent pourtant en grandes quantités. Pour que la circulation et la mobilisation du capital au-delà du cercle restreint des communautés locales soient possibles, il est nécessaire que le droit encadre les interactions entre agents économiques. Cela n'implique en rien un rejet des coutumes locales, bien au contraire, car elles sont nécessaires au droit pour rester en phase avec les réalités du terrain. Cela suppose néanmoins une harmonisation et une simplification extrêmement proches de ce que Maine défend lorsqu'il plaide pour la codification juridique²¹⁸. C'est une condition à l'intégration dans une économie élargie au-delà du cercle de connaissances mutuelles internes aux communautés locales. On retrouve ici l'ensemble des thématiques liées dans l'œuvre de Maine, et le parallèle avec les interventions de Maine lors de la rédaction de l'*Indian Contract Act* est frappant. C'est la raison pour laquelle nous souhaitons utiliser cette perspective spécifique pour proposer une lecture de son œuvre, et notamment des mécanismes juridiques qu'il décrit comme essentiels à l'évolution sociale.

2.1.2. Propriété, philologie, et science du droit comparé

Avant cela, il nous paraît néanmoins nécessaire de remarquer l'importance de la philologie dans l'œuvre de Maine. Cela permet de comprendre quelle forme exacte de scientificité Maine souhaite pour sa science du droit comparée et explique pourquoi les parallèles entre des institutions différentes, centrées autour de la question de la propriété, sont au centre de son travail. Cela nous permet aussi de rejeter l'idée que la théorie de Maine est évolutionniste au sens fort, étant mise au point peu après la publication des travaux de Darwin. Si son travail a parfois des accents téléologiques, c'est parce qu'il se teinte d'affinités politiques personnelles, et non parce que ses postulats méthodologiques l'impliquent. Maine construit cette science du droit comparée sa méthode à deux grands ensembles de théories : l'utilitarisme et les théories du droit naturel, qu'il rend responsable dès le premier chapitre d'*Ancient Law* de « l'état insatisfaisant dans lequel nous trouvons la jurisprudence ». Ainsi :

Certaines théories, plausibles et compréhensives, mais absolument invérifiées, telles que celles du droit de nature ou du contrat social, jouissent d'une préférence universelle sur la recherche sérieuse qui explore l'histoire primitive de la société et du droit (...).²¹⁹

²¹⁸ Voir H. De Soto, *The Mystery of Capital*, op. cit.

²¹⁹ *Ancient Law*, op. cit. p. 3 :

(...) the unsatisfactory condition in which we find the science of jurisprudence.

Maine entend donc opposer à ces théories ce qu'il qualifie de « méthode historique », dont le principe est de critiquer toute théorie abstraite, construite *a priori*, en tirant des arguments de l'histoire du droit ou de l'ethnologie. Parlant de l'histoire des testaments, Maine affirme la chose suivante :

Il n'est pas difficile de relever l'extrême différence des conclusions que le traitement historique du sujet impose à nous (...).²²⁰

Il devient alors impératif de passer toutes ces théories au crible de l'histoire juridique, les confrontant aux faits empiriques, comme l'exige le modèle des sciences expérimentales qui influence particulièrement Maine :

Et il est vrai qu'il y a une omission remarquable dont toutes ces spéculations sont coupables, à l'exception peut-être de celle de Montesquieu. Elles ne prennent aucunement en compte l'état réel du droit aux époques éloignées du moment où elles sont apparues elles-mêmes (...), nous devrions pénétrer aussi profondément que possible dans l'histoire des sociétés primitives.²²¹

Cette méthode historique est intimement liée à la science du droit comparé de Maine, dont le but est de dégager des lois de l'évolution des systèmes juridiques indo-européens, comme l'on pourrait déduire des lois de l'anatomie comparée ou même des sciences physiques. Toutes deux doivent répondre à la frustration de Maine car, pour lui, « après une nouvelle histoire du droit, ce dont nous avons le plus besoin c'est une nouvelle philosophie du droit »²²². Le but avoué de Maine n'est pas de faire l'histoire des sociétés humaines, ni même de faire séparément l'histoire des institutions juridiques de différentes sociétés humaines. Selon lui,

(...) si l'histoire doit être vraie, elle doit enseigner ce que toute autre science enseigne, une série continue, un ordre inflexible, et une loi éternelle.²²³

(...) Theories, plausible and comprehensive, but absolutely unverified, such as the Law of Nature or the Social Compact, enjoy a universal preference over sober research into the primitive history of society and law (...).

²²⁰ *Ibid.*, chap. 6, p. 174 : « It is not difficult to point out the extreme difference of the conclusions forced on us by the historical treatment of the subject (...). »

²²¹ *Ibid.*, chap. 5, p. 118-119 :

And indeed there is one remarkable omission which all these speculations are chargeable, except perhaps those of Montesquieu. They take no account of what law has actually been at epochs remote from the particular period at which they first made their appearance (...), we should penetrate as far up as we could in the history of primitive societies.

²²² *Lectures on the Early History of Institutions*, *op. cit.*, p. 373 : « next to a new history of law what we most require is a new philosophy of law ».

²²³ *Village-Communities*, 1881, *op. cit.*, p. 266 : « (...) if indeed history be true, it must teach that which every other science teaches, continuous sequence, inflexible order, and eternal law. »

On doit donc garder à l'esprit que faire l'histoire d'une société particulière ou d'une autre n'intéresse pas Maine. Influencé par le modèle des sciences physiques, il entend dégager une loi d'évolution de l'histoire des sociétés indo-européennes dont il s'occupe. Les développements juridiques particuliers de ces sociétés n'ont donc pas d'intérêt pour eux-mêmes et ne peuvent prendre sens qu'une fois rassemblés sous une même perspective. Maine entend ainsi unifier la diversité de ces phénomènes historiques qui, sans cela, n'auraient aucune cohérence. Néanmoins, bien que l'affirmation ci-dessus soit particulièrement exigeante, le modèle de scientificité de Maine est davantage celui, moins exigeant, de la philologie naissante à son époque.

La science du droit comparé ne consiste pas en une simple comparaison de différents systèmes juridiques sur des thèmes précis, mais trouve son origine dans un postulat fort : l'ensemble des sociétés dites « indo-européennes » connaîtraient les mêmes étapes dans leur évolution, évolution qui commencerait à partir d'un fond commun d'institutions similaires. La raison des similitudes entre la pensée de Maine et les fondamentaux de l'institutionnalisme économique se trouve dans ce postulat méthodologique fondamental. La ressemblance avec la linguistique indo-européenne, en plein développement à l'époque où Maine écrit, n'est pas fortuite : Maine s'inspire directement des postulats théoriques et méthodologiques des linguistes philologues. La question de la portée exacte et des limites de cette inspiration linguistique est discutée²²⁴. Il semble néanmoins possible d'affirmer que, si Bernard S. Jackson qualifie la philologie de « métaphore » pour Maine, elle est cependant une métaphore proprement structurante, et n'occupe pas seulement un rôle heuristique²²⁵. On renverra aussi aux conclusions du linguiste Calvert Watkins, qui propose en 1986 une analyse diachronique des mots liés à la propriété et au contrat dans les langues indo-européennes : les fortes similitudes entre le vocabulaire de ces différentes langues et les éléments juridico-institutionnels qu'elles désignent peuvent permettre de supposer l'exigence d'un fond institutionnel commun, exactement comme Maine le supposait²²⁶. Watkins considère alors que les catégories fondamentales de la propriété dans le droit romain peuvent être retrouvées dans les autres langues indo-européennes²²⁷.

²²⁴ Selon George Feaver, lier directement Maine à la philologie est risqué. Voir G. Feaver, *op. cit.*, p. 111. À l'inverse, J. W. Burrow estime que la philologie comparée est « le parallèle ayant le plus d'impact sur sa propre méthode », voir J. W. Burrow, *Evolution and Society, A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1966, p. 149-153.

²²⁵ Voir B. S. Jackson, « Law and Language : a metaphor in Maine, a model for his successors ? » in A. Diamond, *op. cit.*

²²⁶ C. Watkins, « 'In the Interstices of Procedure' : Indo-European Legal Language and Comparative Law », *Historiographia Linguistica*, 13 (1), p. 27-42.

²²⁷ *Ibid.*, p. 39.

Reprenons alors, avec Cocks, la définition de la philologie qu'il emprunte à J. F. Ellis : il s'agit de « la comparaison entre des langues qui sont, ou que l'on pense être, génétiquement liées », et qui a pour but « d'établir l'existence de telles relations et de reconstituer les formes originales à partir desquelles il serait possible d'opérer des dérivations »²²⁸. La science du droit comparé que Maine appelle de ses vœux ressemble de près à cette définition : les différentes institutions du fond indo-européen commun sont pour lui « génétiquement » liées²²⁹, et il est possible d'établir entre elles des relations, et l'idée qu'elles sont dérivées les unes des autres est omniprésente chez Maine²³⁰. De cette façon, Maine saisit le lien de « parenté aryenne commune » entre des droits aussi différents que le droit anglais, irlandais, russe, ou celui des communautés en Inde et formule une « règle » selon laquelle on pourra trouver systématiquement des « similitudes » entre tous les ensembles de coutumes issus d'un « ensemble de coutumes aryennes »²³¹. Enfin, Maine se propose de généraliser ce modèle jusqu'à pouvoir faire l'hypothèse de dérivations, même non constatées empiriquement, et de reconstituer par analogie des étapes manquantes de l'évolution d'un sous-ensemble d'institutions²³². Maine reconnaît cependant les limites de sa méthode, puisqu'il avoue qu'il y aurait une certaine « prétention » à penser obtenir les mêmes résultats que la philologie comparée dans le cadre du droit²³³. C'est pourquoi Jackson peut affirmer, filant la comparaison avec la linguistique, que Maine n'arrive à établir

²²⁸ R. Cocks, citant J. O. Ellis, « General Linguistics and Comparative Philology », *Lingua*, vol. 7 (2), in R. Cocks, *op. cit.*

²²⁹ Maine estime par exemple que les preuves de la récurrence parmi les sociétés de la *Patria Potestas* qu'il trouve chez les romains. Maine, *Dissertations on Early Law and Custom*, Murray, Londres, 1883, p. 194 :

Appeared to [him] very much of the same kind and strength as that which convinces the comparative philologist that a number of words in different Aryan languages has a common form.

Cela prouve pour lui que « le Droit romain (...) descend d'un ensemble réduit de coutumes aryennes » (« let it be remembered that the Roman Law (...) is descended from a small body of Aryan customs », voir *Lectures on the Early History of Institutions*, *op. cit.*, p. 9), « aryen » étant le synonyme d'indo-européen. Dans cette racine indo-européenne commune se trouvent « les germes à partir desquels s'est déployée toute forme de contrainte morale qui contrôle nos actions et façonne nos comportements à l'instant présent » (« the germs out of which has assuredly been unfolded every form of moral restraint which controls our actions shapes our conduct at the present moment », *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 120), la métaphore végétale, les « germes » et les « branches » (*Ancient Law*, *op. cit.*, p. 11) rappelant clairement l'origine linguistique de l'hypothèse de Maine, où l'Indo-européen est dépeint comme une famille de langues qui se succèdent par arborescence.

²³⁰ Maine parle ainsi de l'ancien droit irlandais, qui présenterait « de fortes similitudes avec un autre ensemble d'usages dérivé de l'ensemble aryen, le droit hindou (...) », (« some strong analogies to another set of derivative Aryan usages, the Hindoo law »), *Lectures on the Early History of Institutions*, *op. cit.*, p. 11-12.

²³¹ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 20 :

I think I may lay down that, wherever we have any knowledge of a body of Aryan custom, either anterior to or but slightly affected by the Roman Empire, it will be found to exhibit some strong points of resemblance to the institutions which are the basis of the Brehon law.

²³² *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 11.

²³³ *Village-Communities*, *op. cit.*, p. 8.

que des « parallèles sémantiques », plutôt que de véritables « connexions étymologiques » et généalogiques entre différentes institutions²³⁴.

Néanmoins, ne pas retrouver tous les traits de la philologie comparée dans le travail de Maine n'est pas surprenant. Maine n'entend pas appliquer telle quelle la méthode de la philologie à la science du droit, mais plutôt utiliser la conception de la comparaison qu'il trouve dans cette discipline. La comparaison comme pratique systématique permet ainsi de trouver des structures récurrentes, des constantes, dont il est possible de tracer l'évolution au cours du développement des sociétés dans le but de remettre en perspective le droit contemporain et ses catégories. Maine développe alors l'ambition de retrouver, à la manière des physiciens, « les formes sociales les plus élémentaires », les « particules », des sociétés, pour mieux comprendre le mécanisme des sociétés modernes²³⁵. La comparaison permet alors de situer les sociétés les unes par rapport aux autres en fonction de leurs similitudes comme de leurs différences. C'est là que la question de la propriété joue un rôle crucial, et ce de deux façons : non seulement le droit de la propriété et toutes ses institutions satellites est choisi comme pierre de touche des comparaisons que Maine opère entre différentes sociétés et différentes époques, mais il semble évident pour Maine que le fond commun d'institutions indo-européennes dont l'existence est essentiel à sa théorie soit structuré autour de la question des droits de propriété, à travers la figure des communautés de village.

En effet, on notera à nouveau le fait que la propriété soit presque le seul objet que Maine utilise pour sa science du droit comparé. C'est grâce aux similitudes constatées dans la succession des formes de propriété que Maine peut établir une typologie des formes de sociétés, et grâce aux différences qu'il peut situer ces sociétés les unes par rapport aux autres dans le temps, à différentes étapes du processus.

Maine rapproche différents systèmes du fait de l'existence présumée d'une même institution : la propriété en commun qui aurait pour conséquence qu'à sa naissance, un fils aurait les mêmes droits à la terre de la communauté que son père, ces droits n'appartenant pas à un individu mais au groupe, et le père n'étant pas en mesure d'interférer avec ces droits partagés, même s'il est responsable de gestion de ces biens. Inversement, il distingue ailleurs le droit indien et l'ancien droit irlandais malgré leur proximité vis-à-vis de l'institution de la propriété collective. Le second porterait la marque d'une évolution plus tardive, parce que la possibilité de « droits de

²³⁴ B. S. Jackson, *op. cit.*, p. 266-267.

²³⁵ *Ancient Law, op. cit.*, p. 119.

propriété individuels » aurait été acquise et stable selon les lois irlandaises, tandis qu'ils resteraient une exception dans le droit indien, la propriété commune restant la « règle »²³⁶.

Ce type de comparaison n'a rien d'anecdotique. En effet, si l'ordre de présentation d'*Ancient Law* semblait faire de la dichotomie entre le statut et le contrat la distinction cardinale, dont d'autres évolutions comme celle de la propriété seraient simplement des conséquences, les développements ultérieurs de l'œuvre de Maine tendent au contraire à suggérer que la dichotomie statut/contrat s'efface progressivement, jusqu'à ne plus apparaître. Dans *Ancient Law*, comme nous l'avons vu, Maine semblait dire que la propriété collective est un trait distinctif des sociétés primitives, parce que le droit ancien ignorerait tout des droits individuels. Dès le livre suivant, *Village-Communities*, et ensuite dans *Early History of Institutions* et enfin dans *Early Law and Custom*, on lit surtout la description d'une succession de formes d'organisations sociales, qui entend retracer principalement l'individualisation progressive des droits de propriété et l'émergence de l'idée d'exclusivité. Maine décrit alors la façon dont *des* droits, formant différentes parties d'un faisceau de droits, deviennent *un* droit de propriété, rassemblé autour d'un individu. L'idée d'une individualisation des droits se trouve resserrée autour de la question des droits de propriété, et n'est plus évoquée que dans ce contexte :

Il est toutefois possible d'affirmer aujourd'hui, sans précipitation, que la propriété foncière telle que les communautés de la race aryenne les connaissent, a une double origine : d'une part, la séparation des droits individuels des parents ou des membres de la tribu d'avec les droits collectifs de la Famille ou de la Tribu ; d'autre part, l'expansion de la souveraineté du chef tribal et sa transformation (...).²³⁷

²³⁶ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 111 :

Some peculiar significant hints as to the close relation of this phenomenon to primitive thought are furnished by systems yet more archaic than the Roman. Among the Hindoos, the instant a son is born, he acquires a vested right in his father's property, which cannot be sold without recognition of his joint ownership. (...) the father has no advantage over his children, except that he has two of the shares instead of one. The ancient law of the German tribes was exceedingly similar. The allod or domain of the family was the joint-property of the father and his sons. It does not, however, appear to have been habitually divided even at the death of the parent, and in the same way the possessions of a Hindoo (...).

(...) the rules of the Irish Brehon law regulating the power of individual tribesmen to *alienate* their separate property answer to the rules of Indian Brahminical law which regulate the power of individual members of a joint family to *enjoy* separate property. The difference is material. The Hindoo law assumes that collective enjoyment by the whole brotherhood is the rule, and it treats the enjoyment of separate property (...) as an exception. (...) On the other hand, the Brehon law, so far as it can be understood, seems to me reconcilable with no other assumption than that individual property rights have grown up and attained some stability within the circle of the tribe. The exercise of these rights is at the same time limited by the controlling powers of the collective brotherhood of tribesmen (...).

²³⁷ *Ibid.*, p. 120 :

Si la question de l'individualisation des droits reste centrale, il s'agit avant tout de comprendre l'émergence de la notion contemporaine de propriété individuelle exclusive, qui aurait notamment permis de considérer progressivement la terre comme un bien échangeable parmi d'autres. Comme l'extrait suivant le suggère, Maine en vient à considérer que l'ensemble des « idées politiques d'une (...) large partie de la race humaine » et notamment « ses idées sur la propriété » proviennent d'un point d'origine commun, la communauté de village :

Nous savons désormais avec plus de clarté qu'auparavant que le sol des anciennes provinces de l'Empire russe a été depuis des temps immémoriaux presque exclusivement partagé entre des groupes s'imaginant posséder des liens de parenté, rassemblés dans des communautés de villages agricoles, ayant leur organisation propre et autogérée (...). Il y a aussi des preuves récentes qui indiquent que les moins avancées et les plus reculées des sociétés slaves sont essentiellement formées sur le même modèle ; et il s'agit de l'un des faits que le monde occidental prendra assurément en compte un jour, que les idées politiques d'une si large part de la race humaine, et aussi ses idées sur la propriété, sont inextricablement liées aux notions d'interdépendance familiale, de propriété collective, et de soumission naturelle au pouvoir patriarcal.²³⁸

Parallèlement, dans *Village-Communities*, Maine n'hésite pas à affirmer qu'en Inde, la communauté de village est la « source » même du droit de la terre²³⁹.

Le thème de l'évolution des formes de propriété apparaît donc à la fois comme la pierre de touche privilégiée de la méthode comparée de Maine et comme la clef de voûte de l'intégralité de son système. Il est d'ailleurs remarquable que parmi l'une des influences les plus significatives de Maine, on trouve Sir William Jones, juriste et orientaliste considéré comme l'un des pères fondateurs de la philologie. C'est lui qui annonce l'existence d'un groupe de langues

It may now, however, be laid down without rashness that Property in Land, as known to communities of the Aryan race, has had a twofold origin. It has arisen partly from the disentanglement of the individual rights of the kindred or tribesmen from the collective rights of the Family of Tribe, and partly from the growth and transmutation of the sovereignty of the Tribal Chief (...)

²³⁸ *Ibid.*, p. 2-3 :

We now know much more clearly than we did before that the soil of the older provinces of the Russian Empire has been, from time immemorial, almost exclusively distributed among groups of self-styled kinsmen, collected in cultivating village-communities, self-organised and self-governing (...). There is also fresh evidence that the more backward of the outlying Slavonic societies are constituted upon essentially the same model ; and it is one of the facts with which the Western world will some day assuredly have to reckon, that the political ideas of so large a portion of the human race, and its ideas of property also, are inextricably bound up with the notions of family interdependency, of collective ownership, and of natural subjection to patriarchal power.

²³⁹ *Village-Communities*, *op. cit.*, p. 18.

indo-européennes au monde, et son parcours est proche de celui de Maine, puisqu'en plus d'être spécialiste des droits indiens et islamiques, il sera juge à la Cour de Calcutta. Or, Maine dédie les premières pages d'*Early Law and Custom* à Jones, en racontant l'histoire selon laquelle, après avoir accepté un poste comme juge, il avait souhaité rompre avec la pratique de recourir systématiquement à des experts, choisis par la caste brahmane, pour conseiller les juristes britanniques notamment sur les questions de droit coutumier. Jones aurait décidé de retourner aux anciens textes Hindous mêmes, et cette seule volonté aurait donné une impulsion immense à l'étude du sanscrit et donc à la constitution de l'hypothèse de l'indo-européen. Cette anecdote, si peu anecdotique, permet à Maine d'affirmer que l'étude du sanscrit et des « langues sacrées de l'Inde » aurait « virtuellement commencé par l'étude du droit sacré indien »²⁴⁰. Or, comme nous l'avons déjà évoqué et comme nous le verrons ultérieurement, c'est surtout le problème de l'établissement d'un système de droits de propriété en lien avec les coutumes indiennes qui préoccupe les officiers britanniques comme Jones, et qui est à l'origine de cette recherche. La rencontre entre cette question et les méthodes d'analyse de la linguiste n'est donc pas propre à Maine seul. Au contraire, le développement de cette discipline semble lié, même si cela reste probablement dans une moindre mesure que pour l'anthropologie, au problème de la gouvernance britannique en Inde, et à l'administration de la propriété. Quoiqu'il en soit, la science du droit comparée de Maine prend la forme d'un institutionnalisme dont l'avantage, comme nous allons chercher désormais à le montrer, réside dans sa volonté d'expliquer précisément les mécanismes qui lient droit, propriété, et changement social.

2.2. Droit, propriété et changement social

Nos précédentes réflexions ont laissé entrevoir la relation entre droit et coutume sur le mode de la filiation. L'ensemble des coutumes serait antérieur à l'institution du droit, et ces coutumes constitueraient les fondations nécessaires à l'établissement d'un système juridique autonome. En d'autres termes, sans le sol fertile de la coutume, point de droit et, une fois établi sur la coutume, le droit peut suivre son évolution propre. Cependant, l'émergence d'un système de droit ne signifie en rien l'arrachement à la coutume : le droit intimement lié aux conditions sociales qui l'entourent. Comme l'exprimait l'idée qu'il y a « quelque chose de plus ancien que le droit lui-même »²⁴¹, le droit suppose l'ensemble des faits sociaux, qui forment l'environnement dans lequel ont lieu les opérations du système juridique.

²⁴⁰ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.* p. 1 sq.

²⁴¹ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 250-251.

Cette perspective tend toutefois à réduire le droit à une manifestation du social qui aurait une place fixe et déterminée. Dans ce cas, le droit ne serait qu'une institution comme une autre du corps social, qui reflèterait mécaniquement la société dans laquelle elle est incluse. Parvenir à une telle conclusion serait cependant une erreur d'interprétation. Le droit occupe pour Maine, comme nous l'avons déjà évoqué, une place aussi importante pour l'esprit humain que la métaphysique puisqu'il « recouvre tous les sujets dont l'humanité se préoccupe »²⁴². Ainsi, le système juridique est une institution centrale du corps social, non seulement parce qu'il en reflète la structure, mais surtout parce qu'il joue un rôle crucial dans le processus du changement social, et dans la définition même des sociétés humaines. C'est à ces deux relations dynamiques, entre le droit et la coutume d'une part et entre le droit et les structures sociales et leurs évolutions d'autre part, qu'il faut penser lorsque l'on s'interroge sur les réformes juridiques des nécessaires, comme Maine le fait en Inde à propos du droit des contrats, et pour toute son œuvre de codification juridique.

Un autre fait essentiel à prendre en compte reste la tendance naturellement conservatrice des sociétés humaines qui découle simplement de la nature humaine²⁴³. Maine précise même que « pour la race humaine, la condition stationnaire est la règle, et le progrès l'exception »²⁴⁴. Ainsi, les sociétés sont à l'image de la nature humaine : le changement n'est qu'une exception à la règle et la tendance à la stabilité l'emporte dans la majorité des cas²⁴⁵. L'exception « progressive » est intimement liée au système juridique, car les sociétés progressives trouvent leur origine dans la création des codes juridiques.

Une fois que le droit primitif s'est incarné dans un Code, ce qu'on peut appeler son développement spontané prend fin. À partir de ce moment, les changements qu'il subit, s'ils ont lieu, sont effectués intentionnellement et de l'extérieur. (...) une fois passée l'époque des codes la distinction entre sociétés stationnaires et sociétés progressives commence à se faire sentir.²⁴⁶

²⁴² *Ancient Law, op. cit.*, p. 360.

²⁴³ *Ibid.*, p. 117 :

(...) the truth is that the stable part of our mental, moral and physical constitution is the largest part of it, and the resistance it opposes to change is such that, though the variations of human society in a portion of the world are plain enough, they are neither so rapid nor so extensive that their amount, character, and general direction cannot be ascertained.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 24 : « the stationary condition of the human race is the rule, the progressive the exception ».

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 23 : « except in a small section of the world, there has been nothing like the gradual amelioration of a legal system ».

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 21 :

When primitive law has once been embodied in a Code, there is an end to what may be called its spontaneous development. Henceforward the changes effected in it, if

Il faut toutefois se garder d'affirmer que le code est à lui seul la condition de possibilité des sociétés progressives. En effet, Maine prend toutes les précautions requises et note bien dans ce passage que les changements ne sont pas nécessairement effectués (« s'ils ont lieu ») et qu'une société qui possède un code juridique peut tout à fait rester figée dans son développement²⁴⁷.

La création d'un système juridique est donc doublement liée au changement social : la codification est la première étape nécessaire qui agit comme moteur du changement social, elle installe les conditions nécessaires mais non suffisantes à une évolution de la société. La seconde condition du changement social, celle-ci absolument nécessaire, est celle de doter la société concernée d'un système juridique ouvert au changement, qui concilie, dans un équilibre toujours précaire, évolution et maintien de la structure sociale. Outre la façon dont les institutions sont constituées, l'éducation des juristes est essentielle et doit permettre cette ouverture générale aux domaines socio-économiques. Ces observations nous obligent alors à préciser la nature de la relation entre droit et changement social chez Maine. Contrairement à ce qu'on pourrait être tenté de comprendre, l'existence d'un système juridique n'est en rien la cause principale, ou même le moteur du changement social. En effet, les premières lignes du deuxième chapitre précisent que l'introduction d'un code juridique met fin au « développement spontané » du droit primitif. Maine est particulièrement clair :

On ne saurait imaginer que les coutumes d'une race ou d'une tribu quelconques soient restées intactes pendant tout le long – et dans certains cas, immense – intervalle entre leur déclaration par un monarque patriarcal et leur publication par écrit. Il ne serait pas prudent d'affirmer qu'aucun des changements effectués ne l'ait été délibérément. Mais, au vu du peu que nous savons du progrès du droit pendant cette période, nous pouvons légitimement supposer que ces changements ne doivent qu'une toute petite part de leur existence à la présence de buts déterminés. (...) Cependant, une nouvelle ère commence avec les Codes. Quel que soit l'endroit où, après cette époque, nous suivons le cours des modifications du droit, nous sommes en mesure de les attribuer à un désir conscient de progrès (...).²⁴⁸

effected at all, are effected deliberately and from without. (...) after the epoch of codes the distinction between stationary and progressive societies begins to make itself felt.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 21 : « instead of the civilisation expanding the law, the law has limited the civilisation ».

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 21 :

It is impossible to suppose that the customs of any race or tribe remained unaltered during the whole of the long – in some instances immense – interval between their declaration by a patriarchal monarch and their publication in writing. It would unsafe too to affirm that no part of the alteration was effected deliberately. But from the little we know of the progress of law during this period, we are justified on assuming that set purpose had the very smallest share in producing change. (...) A new era begins,

Le changement social est donc inhérent aux sociétés, qu'elles soient stationnaires ou progressives. L'existence d'un système juridique ne fait qu'affecter le rythme de ce changement car, dans les sociétés progressives,

(...) ces améliorations ont poursuivi leur avancée lors de périodes où le reste de la pensée et de l'action humaines ralentissaient, et menaçaient constamment de s'installer dans l'immobilisme.²⁴⁹

Toutefois, bien qu'il n'en soit pas la cause, le rôle que le droit joue dans le changement social demeure crucial. Le droit est à la fois un creuset et un catalyseur du changement. Creuset, le droit l'est par l'importance de la codification juridique pour l'existence des sociétés « progressives », première condition de possibilité du développement du changement social. Catalyseur, le droit l'est parce qu'il peut prendre la forme d'un système juridique ouvert au changement sans ruptures et occupe la fonction de garant de la cohérence sociale. Néanmoins, ces premières idées affirmées, la nature précise de la relation entre droit et changement social n'est pas encore élucidée. De même, la différence fondamentale entre sociétés stationnaires et sociétés progressives n'est pas suffisamment caractérisée :

La différence entre sociétés stationnaires et sociétés progressives reste toutefois l'un de ces grands secrets que la recherche doit encore percer. Je me risque à exposer quelques-unes des explications partielles qu'on peut en donner à la fin du dernier chapitre. (...) Dans ce qui suit, je me bornerai à parler des sociétés progressives.

Expliquant sa propre méthode de recherche au sein de l'histoire de ces sociétés progressives, Maine note que,

On pourra en outre remarquer que celui qui ne réalise pas clairement que, pour la race humaine, la condition stationnaire est la règle, et le progrès l'exception, n'a aucune chance de mener à bien cette recherche. Une autre condition indispensable du succès reste une connaissance précise du droit romain, et ce à toutes les étapes principales de son développement. La jurisprudence romaine possède l'histoire la plus longue de toutes les institutions humaines. La nature des changements qu'elle a subis est suffisamment établie pour être fiable. Depuis le commencement jusqu'à sa fin, elle a été progressivement modifiée pour le mieux, ou pour ce que les auteurs de ces modifications considéraient comme le mieux et ces améliorations ont poursuivi leur avancée lors de

however, with the Codes. Wherever, after this epoch, we trace the course of legal modification we are able to attribute it to the conscious desire of improvement (...).

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 24 :

(...) the course of improvement was continued through periods at which all the rest of human thought and action materially slackened its pace, and repeatedly threatened to settle down in stagnation.

périodes où le reste de la pensée et de l'action humaines ralentissaient, et menaçaient constamment de s'installer dans l'immobilisme.²⁵⁰

C'est la raison pour laquelle, bien qu'elle soit un « accident », l'apparition des sociétés progressives doit pouvoir être expliquée au moyen de cette comparaison entre des types opposés, appartenant tous deux au tronc commun des sociétés indo-européennes que Maine prend comme champ d'investigation. Ainsi, pour Maine, il reste possible et même nécessaire d'expliquer les circonstances des « accidents » qui ont changé profondément le cours de l'histoire des sociétés, et ces circonstances sont intimement liées à la nature du développement des systèmes juridiques. Par conséquent, l'histoire du droit n'est en aucun cas l'histoire d'une institution parmi d'autres dans les sociétés. Au contraire, il semblerait que pour Maine, faire l'histoire des sociétés progressives revienne à faire l'histoire de leurs institutions juridiques :

Quoi qu'il en soit, partout en Europe, nous quittons l'époque du pouvoir royal pour entrer dans l'ère des oligarchies. (...) Ces aristocraties furent universellement les dépositaires et les administrateurs du droit (...) mais les progrès de la pensée ne permettent plus de résoudre les disputes particulières en supposant une intervention extra-humaine. L'oligarchie juridique prétend désormais posséder le monopole du *savoir* juridique, et prétend avoir la propriété exclusive des principes grâce auxquels les différends sont tranchés. Nous sommes en fait arrivés à l'époque du Droit Coutumier.²⁵¹

C'est à ce moment précis que le processus de distinction entre sociétés stationnaires et sociétés progressives peut-être mis au jour. Comme nous avons déjà pu le remarquer, bien que cette époque précède la codification juridique, le droit a déjà acquis la qualité d'institution autonome qui est nécessaire à son existence même²⁵², et c'est ici que se joue l'intrication de l'histoire sociale et de l'histoire juridique. Les conditions de possibilités de l'apparition des sociétés

²⁵⁰ *Ibid.*, chap. II, p. 23-24 :

The difference between the stationary and progressive societies is, however, one of the great secrets which inquiry has yet to penetrate. Among partial explanations of it I venture to place the considerations urged at the end of the last chapter. (...) I confine myself in what follows to the progressive societies.

(...) It may further be remarked that no one is likely to succeed in the investigation who does not clearly realise that the stationary condition of the human race is the rule, the progressive the exception. And another indispensable condition of success is an accurate knowledge of Roman law in all its principal stages. The Roman jurisprudence has the longest known history of any set of human institutions. The character of all the changes which it underwent is tolerably well ascertained. From its commencement to its close, it was progressively modified for the better, or for what the authors of the modification conceived to be the better, and the course of improvement was continued through periods at which all the rest of human thought and action materially slackened its pace, and repeatedly threatened to settle down into stagnation.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 42.

²⁵² *Ibid.*, p. 43.

progressives ont été dégagées avec clarté par Nielsen en s'appuyant sur la comparaison entre les exemples romain et indien. Il distingue ainsi la série de facteurs discriminants suivants :

- 1- le type d'aristocratie à laquelle est confié le privilège de conserver et de faire appliquer le droit coutumier
- 2- la forme et le contenu du code juridique une fois mis en place
- 3- le moment précis où cette codification prend place dans l'histoire de la société concernée

En utilisant cette grille d'analyse, on peut donc, selon Nielsen, abstraire les conditions générales de différenciation entre sociétés stationnaires et sociétés progressives à partir de l'histoire des sociétés indienne et romaine²⁵³. Ainsi, dans les sociétés stationnaires comme ce fut le cas en Inde, l'aristocratie à laquelle le contrôle du droit est confié sera davantage une caste religieuse qu'une aristocratie militaire ou civile. Par conséquent, le code sera empreint, voire directement inspiré, de « prescriptions morales et sacerdotales ». Aussi, la codification intervient à un « moment relativement tardif » de l'histoire de ces sociétés. À l'inverse, pour ce qui est des sociétés progressives, la codification intervient à un moment plus précoce et ce à cause de la « montée de mouvements populaires de réforme et de la prédominance des élites civiles et militaires sur les élites religieuses ». Le code de ces sociétés progressives ne sera donc pas un « catalogue écrit » d'« ordonnances religieuses et morales », mais sera plutôt constitué des « coutumes véritables » des populations concernées²⁵⁴.

Malgré ces précisions, on a régulièrement soulevé l'insatisfaction laissée par cette explication de la distinction entre sociétés progressives et sociétés stationnaires²⁵⁵. Selon Krishan

²⁵³ *Ibid.*, p. 31-35.

²⁵⁴ D. A. Nielsen, *The sociological theories of sir Henry Maine : Societal transformation, cultural modernization and civilization in sociocultural perspective*, Thèse de doctorat, New School for Social Research, 1972, p. 158-159 :

In the stationary societies, religious aristocracies triumphed over civil and military ones, a set of heavily sacerdotal and moral prescriptions became written into the code, and the ultimate codification came at a point relatively late in the 'life cycle' of the society.

In the progressive societies, codification came relatively early, due to the rise of popular movements of reform and the predominance of civil and military elites over religious ones. In point of content, the codification proved often to be a collection of actual customs and observances of the population as opposed to a written catalogue of purportedly desirable moral and religious ordinances. Here it is important to note the element of publicity gained by the law when it has been formulated into a written code.

²⁵⁵ À ce propos, voir dans A. Diamond, *op. cit.* : J. W. Burrow, « Henry Maine and mid-Victorian ideas of progress », p. 55-69 ; R. Cocks, « Maine, progress and theory », p.70-75 ; S. Collini, « Democracy and excitement : Maine's political pessimism », p. 88-95. Voir aussi Geoffrey, M. Hodgson, *The evolution of institutional economics*, Routledge, Londres, 2004, p. 84.

Kumar, dans son article intitulé « Maine and the theory of progress », Maine est même victime d'un défaut commun à de nombreux penseurs du XIX^e siècle qui, bien qu'ils analysent avec pertinence des types particuliers de sociétés, ne sont pas en mesure de rendre compte de la « causalité mécanique » à l'origine de la transition entre ces différents modèles. Selon Kumar, Maine n'opère pas de distinction entre le progrès comme « *forme* du changement » et le progrès comme une « *condition* qui (...) institutionnalise le changement »²⁵⁶. Une société progressive désignerait donc un type de société, alors que le progrès serait en même temps considéré comme le passage, la transition d'un état de société à un autre. Il manquerait alors de rendre compte des conditions d'apparition et de développement de ce mouvement de progrès, qui ne sont pas données par une simple typologie qui se contenterait de poser des dichotomies. Lorsque Maine tente d'expliquer ce mouvement, il se contenterait souvent de faire appel à des dispositions morales ou à des sentiments diffus, comme dans le passage suivant :

Nous devrions plutôt dire que, dans l'intervalle de temps écoulé entre leur époque et la nôtre, la morale a progressé, passant d'une conception particulièrement grossière des droits de propriété comme absolument sacrés, à une conception hautement raffinée, qui perçoit ces droits comme découlant de la simple confiance qu'un individu accorde à un autre, ce dernier se voyant placé sous la protection du droit pénal à ce titre²⁵⁷.

Peut-on dire, avec Kumar, que l'appel à la figure de la confiance n'a pas de potentiel explicatif dans ce passage ? Maine distingue en effet deux formes de sociétés : on trouve d'une part des communautés quasi-autarciques, à l'image des communautés de village qui sont chères à Maine, dans lesquelles les relations sociales sont rendues possibles par la proximité directe entre les individus. Le caractère « sacré » de la propriété est aussi mis en avant. Comment le comprendre ? On peut considérer que la structure même de la communauté étant dépendante de la gestion en commun de ses ressources, les droits de propriété tels qu'ils sont définis en son sein ont un caractère sacré. L'identité même du groupe comme collectif est liée à la structure de ses droits de propriété. D'autre part, les rapports entre individus dans les sociétés contemporaines nécessitent l'existence de structures et d'institutions pour permettre les échanges hors du

²⁵⁶ Krishan Kumar, « Maine and the theory of progress », in A. Diamond, *op. cit.*, p. 82.

²⁵⁷ Voir *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 306-307, où Maine lie par exemple le développement des relations contractuelles au renforcement de « the mere unilateral reposal of confidence », qui vient de « the good faith and trust in our fellows » :

We should rather say that, in the interval between their days and ours, morality has advanced from a very rude to a highly refined conception – from viewing the rights of property as exclusively sacred, to looking about the rights growing out of the mere unilateral reposal of confidence as entitled to the protection of the penal law.

cadre englobant d'une communauté localisée. Il y a là, bien sûr, une dichotomie entre deux formes de sociétés qui n'explique pas le passage de l'une à l'autre, mais le reste de l'œuvre de Maine, centré sur l'évolution des institutions et des modes de régulation sociale, fournit au moins partiellement une explication.

De plus, si Maine parle ici de *morale*, c'est pour désigner les règles qui structurent les relations individuelles, et pour insister sur leur évolution face à l'émergence de relations marchandes qui lient des individus n'ayant pas de raisons directes de se faire confiance sans l'existence d'institutions garantissant cette prise de risque. Cela ne signifie pas que seul le droit *contraint* les individus afin qu'ils puissent se faire confiance, mais plutôt qu'un autre type de confiance a pu émerger, qui ne repose plus sur la connaissance directe des personnes et sur la possibilité de pressions sociales diffuses. Maine pousse cette réflexion en s'opposant à ceux de ses contemporains qui estiment que la moralité est décadente, prenant pour exemple le « spectacle » de certaines fraudes ou délits. Proposant une comparaison entre le temps des Romains et le nôtre, Maine insiste alors pour dire que, si le droit romain ne punissait que le vol, cela ne signifie pas que les romains étaient plus honnêtes, ou d'une « moralité plus haute », mais simplement que la sacralité de la propriété au sein d'une communauté a laissé la place à des relations davantage risquées parce que liant des individus n'appartenant pas au même collectif. Or, dans ce contexte d'échanges économiques plus risqués, les individus doivent faire confiance à des étrangers. Le fait que de nouveaux crimes apparaissent et doivent être punis donnent à tort l'impression que les relations humaines se dégradent. C'est l'inverse : c'est parce que les individus prennent davantage le risque de se faire confiance lors des échanges économiques qu'il faut que le droit propose de nouvelles garanties. Le droit marque alors le fait que, si la confiance généralisée augmente dans les échanges entre individus au-delà de leur communauté, il est nécessaire de fournir des garanties pour ceux qui abuseraient d'une telle confiance²⁵⁸.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 306-307 :

(...) many of us have an almost instinctive reluctance to admitting that good faith and trust in our fellows are more widely diffused than of old, or that that there is anything in contemporary manners which parallels the loyalty of the antique world. From time to time, these prepossessions are greatly strengthened by the spectacle of frauds, unheard of before the period at which they were observed, and astonishing from their complication as well as shocking from criminality. But the very character of these frauds shows clearly that, before they became possible, the moral obligations of which they are the breach must have been more than proportionately developed. It is the confidence reposed and deserved by the many which affords facilities for the bad faith of the few, so that, if colossal examples of dishonesty occur, there is no surer conclusion than that scrupulous honesty is displayed in the average of the transactions which, in the particular case, have supplied the delinquent with this opportunity.

C'est notamment essentiel pour le commerce, et d'autant plus important pour le respect des contrats. Maine propose d'ailleurs de longs développements sur l'histoire des contrats dans le droit romain que nous analyserons davantage ultérieurement. Il importe seulement ici de noter que, selon lui, le « necessary progress of human thought on the subject of Contract » a lieu de la façon suivante : les types primitifs de contrats, qui donnent davantage d'importance aux formalités techniques qu'à la déclaration d'intention volontaire des parties, sont progressivement remplacés par des contrats où cette déclaration volontaire fait l'essence de la relation contractuelle et produit des obligations, alors que les obligations étaient originairement produites par des cérémonies spécifiques²⁵⁹. Cette simplification a notamment lieu lors de l'extension du pouvoir de Rome au reste de la péninsule italique, en suivant l'intensification du commerce. La nécessité de contracter avec des étrangers rend ce mouvement nécessaire, puisque les anciennes formes de contrat sont insuffisantes dans ce contexte nouveau²⁶⁰. Or, comme nous le savons, l'*Indian Contract Act* dans lequel Maine intervient a justement pour objectif de résoudre le problème de confiance entre les commerçants et les cultivateurs d'indigo qui, en l'absence d'un droit des contrats *et* de relations communautaires directes, voient leurs relations commerciales être particulièrement instables, placées sous le signe de la méfiance. Maine apporte sa contribution à ce débat, après la rédaction d'*Ancient Law*, où un problème particulier enrage les commerçants et les investisseurs du marché de l'indigo : les accords écrits concernant les quantités à délivrer qu'ils passent avec les cultivateurs étant peu formalisés, les cours anglo-indiennes refusent de considérer que les paysans font preuve de manquements envers leurs obligations²⁶¹. Or, c'est très précisément l'un des moments essentiels de l'évolution du droit romain des contrats selon Maine que celui où de simples accords mal formalisés, comme celui d'accepter un délai de paiement de la part du créancier, peuvent servir de justification lors d'un procès²⁶². Il s'agit selon Maine d'un premier pas vers une forme épurée du contrat, entièrement consensuelle, et il s'agirait dans le cas de l'Inde de diminuer le nombre de différends dans une économie désormais bien plus intégrée à un marché international.

Comme on a pu le remarquer, ce problème de la confiance dans les relations marchandes extra-communautaires préoccupe clairement Maine et ses contemporains. Cette dichotomie, qui lie deux types de sociétés différents à deux types de confiance différents, rendus possibles par des mécanismes institutionnels distincts, est aussi fréquente dans de nombreux travaux,

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 338-339.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 334.

²⁶¹ Voir T. Roy et A. V. Swamy, *op. cit.*

²⁶² *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 336.

notamment en économie des institutions²⁶³. Hernando De Soto, dans *The Mystery of Capital*, décrit ainsi l'effet de la mise en place d'un système de droits formels de propriété, dans des termes très proches de ceux de Maine²⁶⁴ : la propriété individuelle aurait permis de mettre en relation des individus, distingués des « masses », c'est-à-dire des communautés auxquelles ils appartiennent, fondées au moins par analogie sur des liens familiaux. Les relations de « voisinages » ou les « arrangements locaux » ne sont donc plus nécessaires pour faire valoir leurs biens et leur permet de rentrer dans des relations plus distantes, qui permettent de valoriser leur capital. Or, ce processus est concomitant d'une évolution d'un système de droit coutumier vers un système de droit formalisé. Confronté à des problèmes similaires à ceux que Maine rencontre en Inde, De Soto mobilise les mêmes éléments au sein d'un même *nexus* conceptuel. Le caractère récurrent de la liaison entre ces différents problèmes semble confirmer qu'il n'y a dans cette connexion rien de contingent, et que le problème des droits de propriété est intrinsèquement lié à celui des formes de société et de régulations sociales. Il reste donc à approfondir notre description de la façon dont Maine envisage le lien entre droit, propriété et changement social.

2.3. « Du statut au contrat » : la dynamique des évolutions socio-économiques et juridico-institutionnelles

2.3.1. L'émancipation des individus du « statut » et les institutions économiques

La clef de voûte permettant d'articuler l'histoire des sociétés indo-européennes en tant que sociétés progressives et celle de leurs institutions juridiques semble être la loi d'évolution pour laquelle Maine est célèbre, la loi de passage du statut au contrat. Cette loi contient l'ensemble des évolutions que Maine considère comme étant celles qui distinguent les sociétés « progressives » des sociétés « stationnaires » :

Le mouvement des sociétés progressives a été uniforme sous un certain rapport. Il se distingue tout au long de son développement par la dissolution graduelle de la dépendance envers la famille, remplacée par l'accroissement des obligations individuelles. L'Individu se substitue constamment à la Famille en tant qu'unité élémentaire reconnue par le droit civil. Mais, quel que soit son rythme, ce changement n'a pas suscité de réactions ou de mouvements de recul, et on remarquera que les retards apparents qu'il a subis ont été occasionnés par l'absorption d'idées et de coutumes archaïques venues d'une source entièrement étrangère. (...) Partant, comme d'une extrémité de l'histoire, d'un état de la société

²⁶³ Un exemple particulièrement clair peut être celui de Niklas Luhmann dans Niklas Luhmann, *Vertrauen*, Enke, Stuttgart, 1968.

²⁶⁴ H. de Soto, *The Mystery of Capital*, *op. cit.*, p. 53. Nous traduisons.

où toutes les relations entre les Personnes se résument aux relations entretenues dans une Famille, il semble que nous nous soyons constamment déplacés vers une phase de l'ordre social dans laquelle ces relations proviennent du consentement mutuel des Individus (...). [Par conséquent] nous pouvons dire que le mouvement des sociétés progressives a jusqu'à présent consisté à passer du *Statut au Contrat*.²⁶⁵

Le passage du statut au contrat semble alors unir cette grande diversité de sociétés et d'histoires dans un même mouvement. Or, comme nous avons tenté de le montrer, les sociétés progressives ont en commun d'avoir connu, à un moment ou un autre de leur histoire, l'autonomisation du système juridique et l'apparition d'un droit codifié. C'est cette condition juridique originelle commune qui est la condition du développement ultérieur, à savoir le passage du statut au contrat.

Le passage du statut au contrat semble prendre la forme d'une évolution sociale généralisée plutôt que d'une évolution proprement juridique. Maine décrit en effet ce phénomène comme la dissolution progressive de la famille comme unité première du corps social, remplacée par l'individu. Loin de Maine l'idée de dire que la famille cesse d'exister. Il entend simplement montrer que les relations interpersonnelles sont de moins en moins définies en référence à la famille ou par extension à la « tribu » à laquelle une personne appartient et qui définit son *statut*, et de plus en plus fondées sur le « le consentement mutuel des Individus », le *contrat*. Néanmoins, comme les propos de Maine sur l'évolution des droits de propriété pour les femmes l'indiquent, cette évolution est loin d'être générale. Elle décrit précisément la façon dont le pouvoir indistinct sur les femmes, enfants, esclaves et biens, pouvoir prenant la forme d'une propriété originelle, est progressivement dissolu :

(...) sur quelques systèmes juridiques, l'organisation familiale des sociétés les plus primitives a laissé une marque évidente et étendue : l'autorité de toute une vie qu'exerce un Père ou un autre ancêtre sur la personne et la propriété de ses descendants, une autorité que nous

²⁶⁵*Ancient Law, op. cit.*, chap. V, p. 168-170 :

The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency and the growth of individual obligation in its place. The Individual is steadily substituted for the Family, as the unit of which civil laws take account. But, whatever its pace, the change has not been subject to reaction or recoil, and apparent retardations will be found to have been occasioned through the absorption of archaic ideas and customs from some entirely foreign source. (...) Starting, as from one terminus of history, from a condition of society in which all the relations of Persons are summed up in the relations of Family, we seem to have steadily moved towards a phase of social order in which all these relations arise from the free agreement of Individuals (...). [As a consequence] we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*.

appellerons par commodité de son nom romain tardif : la *Patria Potestas*.²⁶⁶

(...) on pourrait montrer, je pense, que la famille, telle qu'elle est tenue par la *Patria Potestas*, est le nid au sein duquel l'intégralité du droit des Personnes a vu le jour. De tous les chapitres de ce droit le plus important est celui qui concerne le statut des femmes.²⁶⁷

Les propos de Maine ne sauraient être plus clairs, cette forme de famille est « le nid au sein duquel l'intégralité du droit des Personnes a vu le jour ». Afin d'illustrer ce constat, Maine choisit d'abord de développer le droit des femmes, comme il le fera ensuite avec le droit des enfants et le droit des esclaves pour appuyer son opinion sur la *Patria Potestas*. Selon Maine, tant qu'elles sont soumises à ce régime familial, les femmes sont entièrement placées sous la tutelle d'un homme auquel elles sont liées par le sang, et ne possèdent jamais de droit en tant qu'individus. Cette tutelle implique pour elles l'absence de tout droit de propriété²⁶⁸. Maine utilise alors l'histoire du droit romain pour montrer comment le statut des femmes s'est peu à peu amélioré, et comment elles ont acquis une forme d'autonomie toujours plus importante dans la société romaine, allant jusqu'à posséder une forme de droit de propriété.

La Tutelle Perpétuelle n'est évidemment ni plus ni moins que la prolongation artificielle de la *Patria Potestas*, lorsqu'elle a été dissoute pour d'autres raisons. En Inde, ce système survit dans son absolue intégralité (...). Même en Europe, les lois des nations scandinaves concernant les femmes l'ont préservé jusqu'à tout récemment. Les envahisseurs de l'Empire romain d'Occident la comptaient universellement parmi leurs usages indigènes. (...) Mais elle avait entièrement disparu de la jurisprudence romaine arrivée à maturité.²⁶⁹

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 135 :

On a few systems of law the family organisation of the earliest society has left a plain and broad mark in the life-long authority of the Father or other ancestor over the person and property of his descendants, an authority which we may conveniently call by its later Roman name of *Patria Potestas*.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 152 :

It may be shown, I think, that the Family, as held together by the *Patria Potestas*, is the nidus out of which the entire Law of Persons has germinated. Of all the chapters of that Law the most important is that which is concerned with the status of Females.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 154 :

Ancient law subordinates the woman to her blood relations, while a prime phenomenon of modern jurisprudence has been her subordination to her husband. The history of the change is remarkable. It begins far back in the annals of Rome.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 153 :

Perpetual Guardianship is obviously neither more nor less than an artificial prolongation of the *Patria Potestas*, when for other purposes it has been dissolved. In India, the system survives in absolute completeness (...). Even in Europe, the laws of the Scandinavian nations respecting women preserved it until quite recently. The invaders of

Le degré de dégradation de la tutelle des femmes devient donc pour Maine un instrument de comparaison de l'avancement des sociétés dans leur passage du statut au contrat²⁷⁰.

Par conséquent, les relations entre droit et changement social sont dynamiques dans l'œuvre de Maine, et elles sont presque systématiquement liées à la question de la propriété, comprise au sens large, ce qui explique l'importance donnée à la loi de passage du statut au contrat. Maine ne cesse cependant d'affirmer que droit et société évoluent certes toujours en parallèle, mais avant tout de manière autonome. Le changement est totalement indépendant dans les sociétés, et le droit semble être sans cesse distancé par l'évolution des circonstances socio-économiques :

La législation a presque avoué son incapacité à suivre le rythme de l'activité des hommes pour ce qui est de la découverte, l'invention et la gestion des ressources accumulées ; et le droit, même dans les communautés les moins avancées, tend de plus en plus à devenir une simple couche superficielle, recouvrant un ensemble de règles contractuelles en perpétuelle évolution (...).²⁷¹

Ainsi, la relation entre droit et changement social est toujours fragile et leur synchronisation est constamment menacée. Notons alors que le moteur de l'évolution sociale que le droit doit rattraper n'est rien d'autre que « la découverte, l'invention et la gestion des ressources accumulées ». La propriété mais aussi les institutions du commerce, de l'héritage, du contrat etc. sont les institutions qui ont spécifiquement pour but d'assurer à la fois la production et la gestion des ressources. Si le droit doit rester en phase avec le changement socio-économique, c'est l'évolution de ces institutions qui est cruciale, comme l'exprime encore une fois la loi de passage du statut au contrat. Afin de décrire correctement cette relation dynamique entre tendances, il nous faut comprendre à la fois comment les conditions socio-économiques sont autonomes et

the Western Empire had it universally among their indigenous usages. (...) But from the mature Roman jurisprudence it had entirely disappeared.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 157-158 :

It was very long before the subordination entailed on the other sex by marriage was sensibly diminished. The principal and most powerful solvent of the revived barbarism of Europe was always the codified jurisprudence of Justinian. (...) But the Chapter of law relating to married women was for the most part read by the light, not of Roman, but of Canon Law. (...) no society which preserves any tincture of Christian institution is likely to restore to married women the personal liberty conferred on them by the middle Roman law.

²⁷¹ *Ibid.*, chap. IX, p. 305-306 :

Legislation has nearly confessed its inability to keep pace with the activity of man in discovery, in invention, and in the manipulation of accumulated wealth; and the law even of the least advanced communities tends more and more to become a mere surface-stratum, having under it an ever-changing assemblage of contractual rules (...).

priment sur le changement juridico-institutionnel d'une part, et comment l'évolution des institutions est possible grâce à une dynamique qui leur est propre.

2.3.2. Individualisation des relations sociales et tendance anthropologique à la l'appropriation

Rappelons la formule de Maine selon laquelle c'est le *droit* ancien qui « ignore presque tout de l'individu ». Or, il nous paraît nécessaire de rappeler que le droit ne se réduit pas au social, et vice-versa. Maine développe une pensée dans laquelle le droit, s'il joue un rôle crucial dans l'évolution sociale qu'il peut arrêter dans certaines circonstances, est presque systématiquement en retard par rapport aux évolutions sociales. Le propos de Maine, comme l'illustre l'extrait suivant, est justement d'affirmer que le droit ne fait que refléter un mouvement progressif d'individualisation et de détachement de la structure de la famille (restreinte ou élargie), que l'on constate au niveau du social, et qui transforme les institutions. On comprend alors que la dichotomie entre statut et contrat n'est pour Maine qu'une manifestation spécifique de l'individualisation des relations sociales. Reprenons, une nouvelle fois, le passage le plus célèbre d'*Ancient Law* :

Le mouvement des sociétés progressives a été uniforme sous un certain rapport. Il se distingue tout au long de son développement par la dissolution graduelle de la dépendance envers la famille, remplacée par l'accroissement des obligations individuelles. L'Individu se substitue constamment à la Famille en tant qu'unité élémentaire reconnue par le droit civil. (...) Partant, comme d'une extrémité de l'histoire, d'un état de la société où toutes les relations entre les Personnes se résument aux relations entretenues dans une Famille, il semble que nous nous soyons constamment déplacés vers une phase de l'ordre social dans laquelle ces relations proviennent du consentement mutuel des Individus (...). [Par conséquent] nous pouvons dire que le mouvement des sociétés progressives a jusqu'à présent consisté à passer du *Statut au Contrat*.²⁷²

²⁷² *Ibid.*, chap. V, p. 168-170 :

The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency and the growth of individual obligation in its place. The Individual is steadily substituted for the Family, as the unit of which civil laws take account. But, whatever its pace, the change has not been subject to reaction or recoil, and apparent retardations will be found to have been occasioned through the absorption of archaic ideas and customs from some entirely foreign source. (...) Starting, as from one terminus of history, from a condition of society in which all the relations of Persons are summed up in the relations of Family, we seem to have steadily moved towards a phase of social order in which all these relations arise from the free agreement of Individuals (...). [As a consequence] we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*.

Ainsi, bien que l'individu soit absent des institutions de l'ancien droit, cela n'implique en aucun cas qu'il n'ait aucune existence sur le plan du social. L'individualisation du droit est un reflet de l'individualisation des relations sociales, qui est un processus constamment présent au sein des sociétés que Maine étudie, et dont Maine confirme l'existence à travers la question de la propriété. Des droits individuels « distincts » se développent « *au sein* » des groupes²⁷³. Maine l'exprime d'autant plus clairement dans le passage suivant, extrait de *Early History of Institutions*, liant précisément la question de la propriété à celle de l'individualisation des droits :

Il est toutefois possible d'affirmer aujourd'hui, sans précipitation, que la propriété foncière telle que les communautés de la race aryenne les connaissent, a une double origine : d'une part, la séparation des droits individuels des parents ou des membres de la tribu d'avec les droits collectifs de la Famille ou de la Tribu ; d'autre part, l'expansion de la souveraineté du chef tribal et sa transformation (...).²⁷⁴

Il est toutefois nécessaire de distinguer ce mouvement d'individualisation des relations sociales de la cause qui en est précisément responsable en ce qui concerne le droit de propriété : une tendance anthropologique à l'appropriation individuelle. En effet, l'émergence de droits individuels de propriété reflèterait une telle tendance située au niveau de l'individu lui-même, qui modifierait progressivement la nature des relations sociales dans les sociétés étudiées, et saperait de l'intérieur les fondements des groupes sociaux, où la communauté est propriétaire en commun. Les « droits séparés des individus » apparaissent alors grâce à leur « dégagement progressif » des « droits mélangés d'une communauté ». Remarquons que ce postulat est nécessaire à la cohérence de la théorie de Maine. En effet, l'évolution des institutions que Maine décrit dans le corps théorique de son paradigme ne saurait être cause d'elle-même, comme s'il s'agissait d'un développement autonome de leur propre « nature ». Le fait que les institutions du droit se transforment suivant ce mouvement ne saurait être que le produit d'un mouvement plus profond, qui aurait lieu au niveau le plus élémentaire du social, les relations interindividuelles, et en bousculerait les structures. Selon Maine, les individus ont en effet naturellement

²⁷³ *Ibid.*, p. 268. Nous soulignons :

The great interest of these phenomena in an inquiry like the present arises from the light they throw on the development of distinct proprietary rights *inside* the groups by which property seems to have been originally held.

²⁷⁴ *Lectures on the Early History of Institutions*, *op. cit.*, p. 120 :

It may now, however, be laid down without rashness that Property in Land, as known to communities of the Aryan race, has had a twofold origin. It has arisen partly from the disentanglement of the individual rights of the kindred or tribesmen from the collective rights of the Family of Tribe, and partly from the growth and transmutation of the sovereignty of the Tribal Chief (...).

tendance à vouloir échanger des biens de plus en plus librement et à conserver pour eux-mêmes les biens qu'ils estiment être les leurs, principalement ceux qui sont les fruits de leur propre travail, leurs « gains individuels » :

Néanmoins, la répugnance à céder des gains individuels est un sentiment que l'on voit se renforcer de toutes parts (...) Il tend universellement à conduire à la dissolution des communautés. Il a sans doute toujours fait partie des influences les plus puissantes qui commencèrent à transformer l'ancien monde de la consanguinité en un nouveau monde de relations économiques.²⁷⁵

Maine naturalise cette tendance en la définissant comme un « sentiment », observé « partout », ayant le caractère de l'universalité et qui est responsable de la « dissolution des communautés ». Cette idée permet justement de rendre compatible l'idée que la propriété est originellement collective et celle que le sens du progrès va vers l'individualisation de la propriété. Rappelons en effet que Maine est un fervent libéral. L'extrait suivant allie d'ailleurs la thématique du libéralisme à celle d'une individualisation du droit censée refléter le changement social :

La législation a presque avoué son incapacité à suivre le rythme de l'activité de l'homme en matière de découverte, d'invention, et dans la manipulation des richesses accumulées. Le droit des sociétés, même les moins avancées, tend de plus en plus à devenir une simple couche superficielle qui n'interfère que rarement avec les ensembles de règles contractuelles en évolution constante dans les couches inférieures de la société, excepté pour les forcer à respecter quelques principes fondamentaux ou à moins qu'on n'y fasse appel pour sanctionner les violations de la bonne foi.²⁷⁶

Les hommes innovent, font des découvertes et manipulent les « richesses » qu'ils ont accumulées eux-mêmes. Le génie individuel et ses mérites, si essentiels au libéralisme économique, ne sont alors qu'une manifestation spécifique de cette tendance à l'appropriation individuelle. Le droit, incapable de « suivre le rythme » des évolutions sociales produites par cette tendance à

²⁷⁵ *Dissertations on Early Law and Custom, op. cit.*, p. 253 :

But the reluctance to surrender individual gains is a sentiment observed to be gaining in force everywhere (...) It universally tends to bring about the dissolution of the communities. Doubtless it was always among the most potent of the influences which began to transform the old world of consanguinity into the new world of economical relation.

²⁷⁶ *Ancient Law, op. cit.* p. 305-306 :

Legislation has nearly confessed its inability to keep pace with the activity of man in discovery, in invention, and in the manipulation of accumulated wealth ; and the law even of the least advanced communities tends more and more to become a mere surface-stratum having under it an ever-changing assemblage of contractual rules with which it rarely interferes except to compel compliance with a few fundamental principles or unless it be called in to punish the violation of good faith.

l'individualisation, prend précisément le rôle qu'assignent à l'État les principes fondamentaux du libéralisme : celui d'un simple cadre régulateur des relations individuelles, régulées le plus spontanément possible par l'intermédiaire du contrat.

Néanmoins, quelle différence y a-t-il entre une tendance naturelle à l'appropriation individuelle et un droit naturel à l'appropriation condamné ailleurs par Maine ? Un droit d'appropriation ne saurait être naturel dans la mesure où, en tant qu'institution, il est le fruit d'une longue évolution progressive, d'un détachement voire d'un arrachement de l'individu des « entraves » de la propriété collective, qui est la première forme que semblent prendre les communautés primitives²⁷⁷. Si la tendance à l'appropriation individuelle existe universellement et depuis toujours, elle est néanmoins réprimée par les groupes sociaux au sein desquels les individus sont d'abord dépourvus de droits en tant que tels. De fait, l'appropriation individuelle et l'émergence de l'institution de la propriété individuelle qui en découle ne seraient possibles que parce qu'une individualité préexistante se verrait progressivement délivrée du carcan de la propriété en commun²⁷⁸.

2.3.3. Le rôle de la possession de la terre sur l'individualisation

Certains éléments montrent cependant que Maine donne un rôle plus important à la propriété, individuelle ou commune, que celui d'un simple sous-produit de la structure des relations sociales. C'est parce que l'appropriation individuelle de la terre est rendue possible par l'installation du groupe sur un territoire que l'individualité peut s'épanouir. Étudiant les traces de propriété en commun qu'il estime trouver dans l'ancien droit irlandais, Maine en vient à conclure que c'est l'établissement du groupe sur la terre qui modifie graduellement sa structure, jusqu'à laisser s'affirmer progressivement des droits individuels²⁷⁹. Selon Maine, le

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 280 : « in some societies, the trammels in which Property is tied up are much too complicated and stringent to be relaxed in so easy a manner ».

²⁷⁸ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 329 : Maine parle de « [the] growth of a respect for individual interests inside the family, distinct from the interests of the family group as a whole ».

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 188-189 :

There is, therefore, nothing extraordinary in our finding (...) an institution savouring so much of the 'natural communism' of the primitive forms of property as this Irish Gavelkind. This 'natural communism,' I have repeatedly urged, does not arise from any theory *à priori* assumption as to the best or justest mode of dividing the land of a community, but from the simple impossibility, according to primitive notions, of making a distinction between a number of kinsmen solely connected by their real or assumed descent from a common ancestor. The natural solvent of this communism is the land itself upon which the kindred are settled. As the common ancestry fades away into indistinctness, and the community gets to consider itself less an assemblage of blood-relations than a body of co-villagers, (...) each household clings with increasing tenacity to the allotment which it has once obtained, and re-divisions (...) become rarer and rarer (...).

« communisme naturel » qui définit un certain nombre de groupes primitifs provient de l'idée, probablement réelle dans un premier temps et fictive ensuite, selon laquelle la communauté est une forme de famille élargie, et que les liens qui l'unissent sont avant tout ceux du sang. Ce « communisme » naturel, que certains auteurs voient comme une preuve à l'encontre de la propriété individuelle n'est donc pas un « présupposé *à priori* [sic] quant à la meilleure ou à la plus juste façon de diviser la terre d'une communauté », mais seulement un produit de l'histoire des communautés primitives. Il n'est pas non plus en soi un communisme de la terre, mais se caractérise davantage par une gestion *commune* des ressources qui, dans le cadre restreint de la communauté, a tendance à la fois à accorder peu de droits aux individus en tant que tels, et à mettre l'accent sur les impératifs collectifs. Ces communautés se constituent d'abord et se conçoivent comme un prolongement de la famille à partir d'un ancêtre commun, et maintiennent cette présomption sous la forme d'une fiction, même lorsque la communauté se développe, s'éloigne chronologiquement de cette racine commune, et accepte des membres venus de l'extérieur. Comme le note Maine, la communauté en vient à se considérer « moins comme un assemblage de consanguins que comme un corps de co-villageois », mais l'élément déterminant dans l'émergence de droits de propriété individuels reste le « solvant naturel » que représente la terre.

En effet, l'émergence de ces droits est rendue possible par la rencontre entre deux facteurs : la communauté ne se conçoit plus strictement comme une famille élargie et elle s'établit depuis un certain temps sur un territoire défini, où les familles plus réduites occupent de façon de plus en plus stable leurs propres terres. C'est par l'appropriation de la terre que les familles s'individualisent au sein du groupe élargi, et c'est au sein de la famille restreinte que les individus eux-mêmes vont ensuite se voir accorder des droits propres. Cela provient du fait que la question de l'héritage des enfants mais aussi des femmes va se poser désormais, de façon autonome, en abandonnant progressivement toute référence à la propriété de la communauté et en se détachant des contraintes, surtout coutumières, que l'organisation de la vie en commun leur imposait. Par conséquent, si la tendance à l'individualisation semble toujours présente *a priori* pour Maine, elle ne peut se développer que si les conditions d'une appropriation individuelle de la terre sont réunies. On retrouve ici l'une des lois d'évolution de Maine, selon laquelle les sociétés seraient passées d'une forme de souveraineté liée aux relations familiales, à une forme de souveraineté fondée sur le territoire.

Ce développement particulier est assez symptomatique de la façon dont Maine envisage le rapport entre droit et changement social. Si le changement social est pour lui premier, et ne se trouve reflété dans le droit qu'avec un certain retard, les institutions juridiques jouent

cependant un rôle crucial de catalyseur voire d'accélérateur du changement social. Maine accorde un rôle particulièrement important à la codification juridique qui, selon la façon dont elle menée, peut être le moteur comme un frein total à l'évolution sociale. Dans le cas particulier du lien entre les relations à l'intérieur de la famille, on ne saurait dire si ce sont les évolutions du droit de propriété qui ne font que refléter le délitement progressif du groupe familial au profit de l'individu, ou bien si c'est l'inverse qui se produit selon Maine. Les développements ci-dessus indiquent cependant que c'est l'établissement du groupe sur une terre qui, combiné à la tendance à l'individualisation, sépare la famille restreinte de la famille élargie que constitue le groupe. C'est ensuite, à nouveau, la question du partage de la terre qui renforce l'individualisation au sein de la famille. Conséquence, les descendants d'un chef de famille s'approprient ses biens à sa mort, « à l'exclusion de tous les autres [membres de la communauté], et les droits de la communauté hors de la famille se réduisent à un droit de veto sur la vente, ou à un droit de contrôler les modes de culture », avant de disparaître complètement²⁸⁰. Il n'est alors pas impossible d'affirmer que selon Maine, la condition nécessaire que semble être l'établissement du groupe sur un territoire déterminé, les liens intrafamiliaux ne connaîtraient pas autant voire pas du tout de modification. Ces droits « survivants » confirment toutefois qu'il serait incorrect de parler de « communisme » naturel : ils montrent que le caractère collectif de la propriété n'est qu'un produit de l'impératif de la gestion en commun des ressources. Plus cet impératif est fort, et plus son existence couvre l'ensemble des droits qui appartiennent au faisceau des droits de propriété. À mesure que cet impératif perd en importance, seuls demeurent collectifs les droits les plus importants pour la communauté : celui qui règle les modes de culture et celui qui permet de contrôler qui acquiert des terres.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 188 : « to the exclusion of everybody else, and the rights of the portion of the community outside the family dwindle to a veto on sales, or to a right of controlling the modes of cultivation ».

2.4. Le droit, accélérateur du changement social : propriété, fiction, équité et législation.

Comprendre exactement cette dynamique d'individualisation des droits implique de saisir comment les institutions juridiques reflètent dans leurs propres évolutions les changements sociaux. Or, comme nous allons nous efforcer de le montrer, le fonctionnement des trois moteurs principaux du changement juridique que sont les fictions, l'équité et la législation est intrinsèquement lié à la question de la propriété.

2.4.1. Fictions et catégories juridiques

Outre la loi de passage du statut au contrat, Maine est connu pour sa division de l'histoire juridique en trois grands stades, correspondant à trois « agents » du changement social : fictions juridiques, équité et législation²⁸¹. Dans un mémoire de 1972 intitulé *The Sociological Theories of Sir Henry Maine*, Donald Nielsen, reprenant les définitions générales données par Maine dans *Ancient Law*, distingue présente ces trois « agents ». Les fictions juridiques, aussi présentes dans les sociétés stationnaires que les sociétés progressives font office d'articulation entre ces deux moments. Elles permettent l'absorption du changement social par les sociétés et le droit qui les régit au moment le plus sensible où les sociétés sont profondément réfractaires au changement. L'équité introduit ensuite une rupture, dans la mesure où elle est caractéristique du changement de nature des sociétés progressives. Sous le régime de l'équité, le changement est présenté comme ouvert, avoué et conscient et l'œuvre de réforme du droit passe par la référence à un ensemble de principes posés comme supérieurs au droit positif, principalement issus des théories du droit naturel. Le dernier stade, celui de la législation, achèverait enfin de réaliser l'autonomie du changement²⁸². Notre intention est de mettre systématiquement en évidence le fait que les agents du changement social et juridique que sont fictions, équité et législation obéissent tous à une même logique, prégnante chez Maine : celle de permettre au corps social d'absorber en toute sécurité les changements sociaux. Ces changements, comme nous avons pu le montrer, émergent en-deçà et en amont du juridique, et qui concernent essentiellement les droits de propriété et les droits qui leurs sont corrélés.

La définition des fictions proposée par Maine commence avant tout par une précision de vocabulaire :

J'emploie le mot de 'fiction' dans un sens considérablement plus large que celui que les juristes anglais ont l'habitude d'employer, et dans un

²⁸¹ Les définitions des trois agents du changement social peuvent être trouvées dans *Ancient Law*, *op. cit.*, chap. II.

²⁸² D. A. Nielsen, *op. cit.*

sens bien plus complet que celui qui appartenait aux '*fictiones*' romaines. (...) Mais j'emploie désormais l'expression 'Fiction Juridique' pour désigner toute affirmation qui dissimule, ou prétend dissimuler, l'altération subie par une règle de droit, sa lettre demeurant intacte alors que son application se trouve modifiée. (...). Dans les deux cas, le *fait* est que la loi a été entièrement changée ; la *fiction* implique qu'elle demeure ce qu'elle a toujours été.²⁸³

Maine définit donc les fictions comme un instrument de dissimulation du changement social. Elles agissent comme un rouage qui permet de faire coïncider deux dynamiques qui sans elles seraient contradictoires : l'évolution des institutions juridiques et la tendance des sociétés humaines au conservatisme.

Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les fictions, sous toutes leurs formes, conviennent parfaitement aux sociétés naissantes. Elles satisfont le désir de perfectionnement qui n'est pas tout à fait absent de ces sociétés, tout en n'offensant pas le dégoût pour le changement qui y est toujours prégnant. À un stade particulier de progrès social elles offrent d'incalculables expédients pour surmonter la rigidité du droit et, à la vérité, sans l'une d'entre elles, la Fiction de l'Adoption qui permet de créer artificiellement une filiation, on voit mal comment la société se serait extraite de ses langes, et aurait fait ses premiers pas vers la civilisation.²⁸⁴

C'est pourquoi, avant de développer deux exemples particuliers, Maine précise que :

Dans les deux exemples que j'entreprends de considérer, la nature de l'expédient employé n'est pas si aisément détectée. Les premiers auteurs de ces fictions n'avaient peut-être pas l'intention d'innover, et ils ne souhaitaient certainement pas être suspectés de le faire. De plus, il y a, et il y a toujours eu, des personnes qui refusent de voir une fiction dans ce procédé, et le langage conventionnel confirme ce refus. Ainsi, aucun exemple n'est plus à même d'illustrer la large diffusion des

²⁸³ *Ancient Law, op. cit.*, p. 25-26 :

I employ the word 'fiction' in a sense considerably wider than [*sic*] that in which English lawyers are accustomed to use it, and with a meaning much more extensive than that which belonged to the Roman '*fictiones*.' (...). But I now employ the expression 'Legal Fiction' to signify any assumption which conceals, or affects to conceal, the fact that a rule of law has undergone alteration, its letter remaining unchanged, its operation being modified (...). The *fact* is in both cases that the law has been wholly changed ; the *fiction* is that it remains what it always was.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 26-27 :

It is not difficult to understand why fictions in all their forms are particularly congenial to the infancy of society. They satisfy the desire for improvement, which is not quite wanting, at the same time that they do not offend the superstitious disrelish for change which is always present. At a particular stage of social progress they are invaluable expedients for overcoming the rigidity of law, and, indeed, without one of them, the Fiction of Adoption which permits the family tie to be artificially created, it is difficult to understand how society would ever have escaped from its swaddling-clothes, and taken its first steps towards civilisation.

fictions juridiques, et l'efficacité avec laquelle elles remplissent leur fonction double : transformer un système de lois tout en dissimulant cette transformation.²⁸⁵

Rappelons aussi que la fiction de l'adoption joue un rôle essentiel pour le maintien du contrôle du collectif sur la propriété, puisqu'elle permet, selon Maine, de maintenir l'intégrité de la communauté lorsque les liens réels de parenté entre ses membres sont ou deviennent diffus. Quoiqu'il en soit, la dynamique des fictions est très liée aux réflexions que Maine fait sur le langage et les catégories juridiques. En effet, à de nombreux endroits de ses écrits, Maine considère le droit sous l'angle du langage et de l'interprétation. Il développe alors de nombreuses remarques à propos de la formulation d'un langage et de catégories juridiques, et de leur rapport avec la réalité sociale :

(...) notre connaissance de l'ancien droit romain est suffisante pour nous donner une idée du mode de transformation des conceptions et de la phraséologie juridiques au tout début de la jurisprudence. Le changement qu'elles subissent semble être un changement du général au particulier ; ou plutôt, pour le dire autrement, les concepts et les termes anciens sont soumis à un processus graduel de spécialisation. Un concept antique correspond non pas à un mais à plusieurs concepts modernes [et], au stade suivant, nous nous rendons compte que les concepts subordonnés sont peu à peu devenus autonomes et que les anciens noms généraux laissent la place à des dénominations spécifiques. L'ancien concept général n'est pas effacé, mais il a cessé de recouvrir plus d'une ou plus de quelques-unes des notions qu'il incluait au départ. (...) Sans doute, la raison pour laquelle un concept juridique continue à recouvrir plusieurs concepts aussi longtemps et qu'une unique expression technique en remplace plusieurs vient du fait que les modifications pratiques sont accomplies dans le droit des sociétés primitives bien avant que les hommes n'y voient quelque chose de remarquable ou ne leur attribue un nom.²⁸⁶

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 31 :

In the two instances which I proceed to consider, the nature of the expedient employed is not so readily detected. The first authors of these fictions did not perhaps intend to innovate, certainly did not wish to be suspected of innovating. There are, moreover, and always have been, persons who refuse to see any fiction in the process, and conventional language bears out their refusal. No examples, therefore, can be better calculated to illustrate the wide diffusion of legal fictions, and the efficiency with which they perform their two-fold office of transforming a system of laws and of concealing the transformation.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 316-318 :

(...) we know enough of ancient Roman law to give some idea of the mode of transformation followed by legal conceptions and by legal phraseology in the infancy of Jurisprudence. The change which they undergo appears to be a change from general to special; or, as we might otherwise express it, the ancient conceptions and the ancient terms are subjected to a process of gradual specialisation. An ancient legal conception corresponds not to one but to several modern conceptions [and] at the next

La particularité du droit est de conserver l'apparence d'une continuité réelle au moyen d'une continuité langagière, alors que les actes juridiques évoluent et se diversifient face à l'évolution des conditions sociales. C'est ainsi qu'évoluent le droit de la propriété, le droit des contrats, ou encore le droit d'aliéner des biens. Maine enseigne ici, en effet, que tant que le langage de la tradition perdure, le changement que la réalité sociale a subi dans les faits reste imperceptible. Loin de Maine l'idée de dire que le changement n'est pas effectif tant que les mots pour le désigner n'ont pas été inventés. Au contraire, le changement social s'opère en-deçà de l'évolution du langage juridique, langage qui est en retard par rapport à la réalité nouvelle. Maine évoque ce problème au chapitre VIII de *Ancient Law*, lorsqu'il examine ce que le nom de la section appelle les « *Ancient difficulties of alienation* »²⁸⁷, c'est-à-dire les obstacles dressés contre la possibilité de vendre ou de transférer des biens, l'aliénation de biens. Ainsi, dans de nombreuses sociétés anciennes ou primitives,

(...) bien que les aliénations de biens ne soient pas entièrement illégitimes, elles sont virtuellement irréalisables, comme au sein de la plupart des tribu germaniques, à cause de la nécessité d'obtenir le consentement d'un grand nombre de personnes pour effectuer le transfert. [Ainsi], l'acte de transférer en lui-même est en général grevé par le poids des cérémonies, considérées comme intouchables, et qu'on ne saurait modifier d'un iota sans danger.

Ces contraintes, bien que souvent liées à la religion (« cérémonies »), sont proprement juridiques :

[Elles deviennent des] obstacles à la libre circulation des objets dont on peut faire usage et dont on peut jouir [et] commencent bien sûr à se faire sentir dès que la société a atteint un degré d'activité, même léger, et les expédients par lesquels les communautés en progrès s'efforcent de les surmonter constituent la base de l'histoire de la Propriété.²⁸⁸

stage, we find that the subordinate conceptions have gradually disengaged themselves and that the old general names are giving way to special appellations. The old general conception is not obliterated, but it has ceased to cover more than one or a few of the notions which it first included. (...) The reason why one legal conception continues so long to cover several conceptions, and one technical phrase to do instead of several, is doubtless that practical changes are accomplished in the law of primitive societies long before men see occasion to notice or name them.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 271-273.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 271-272 :

(...) though alienations may not be entirely illegitimate, they are virtually impracticable, as among most of the Germanic tribes, from the necessity of having the consent of a large number of persons to transfer. [Thus] the act of conveyance itself is generally burdened with a perfect load of ceremony, in which not one iota can be safely neglected.

(...) obstacles to the free circulation of the objects of use and enjoyment [which] begin of course to make themselves felt as soon as society has acquired even a slight degree

Ce que Maine décrit dans ces pages, c'est bel et bien un décalage entre les sociétés primitives et les cérémonies formelles qu'elles pratiquent, qui limitent autant qu'elles permettent les transactions. Ce cadre juridique embryonnaire, désormais inadapté, retient le mouvement des « communautés en progrès » qui ont développé des activités économiques qui excèdent les limites des coutumes antérieures. La réponse à ce blocage n'est autre qu'une lente évolution de l'encadrement juridique des transactions et de la propriété, opérée principalement au moyen de fictions et d'évolutions des catégories juridiques. C'est parce que les individus peuvent posséder de plus en plus de choses en dehors des liens avec leur famille ou leur communauté que ces évolutions sont possibles. Cette évolution est cependant sociale avant d'être juridique : le langage juridique prend donc bien acte, en décalage, de l'évolution sociale qui s'opère en amont des catégories qu'il formule. Le droit des contrats illustre particulièrement cette dynamique puisque c'est, selon Maine, dans un contexte d'échange accrus que le droit romain des contrats vient à évoluer²⁸⁹. Ce serait notamment la nécessité pour les romains d'échanger avec les autres peuples de la péninsule italienne qui les auraient conduits à simplifier davantage leur droit des contrats, pour réduire progressivement les contrats à un accord volontaire et exprimé entre des parties, après des évolutions antérieures, liées à la nécessité d'échanger de nouveaux biens²⁹⁰. Or, les institutions juridiques n'ont pu évoluer que par un mouvement progressif, où un type de contrat, d'abord incomplet parce que trop simple, devient le modèle même du contrat²⁹¹.

Cette évolution rend nécessaire le recours aux fictions juridiques et à l'équité, que nous allons évoquer par la suite. Concernant la propriété, le jeu linguistique qui permet une évolution à travers des fictions juridiques concerne particulièrement les catégories de biens. Cette

of activity, and the expedients by which advancing communities endeavour to overcome them form the staple of the history of Property.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 321 sq.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 335.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 339 :

We begin with the Nexum, in which a Contract and a Conveyance are blended, and in which the formalities which accompany the agreement are even more important than the agreement itself. From the Nexum we pass to the Stipulation, which is a simplified form of the older ceremonial. The Literal Contract comes next, and here all the formalities are waived, if proof of the agreement can be supplied from the rigid observances of a Roman household. In the Real Contract a moral duty is for the first time recognized, and persons who have joined or acquiesced in the partial performance of an engagement are forbidden to repudiate it on account of defects in form. Lastly, the Consensual Contracts emerge, in which the mental attitude of the contractors is solely regarded, and external circumstances have no title to notice except as evidence of the inward undertaking.

évolution est liée à celle des contrats, puisque des catégories de biens deviennent progressivement plus facile à céder à des individus, les échanges devenant ainsi plus faciles. Ainsi, pour Maine,

La seule classification *naturelle* des objets de jouissance, la seule classification qui corresponde à une différence intrinsèque entre les objets dont il est question, est celle qui les divise en meubles et immeubles.²⁹²

Notre propos n'est pas de discuter de la possibilité de l'existence d'une classification naturelle, antérieure à toute classification juridique. Cette idée nous permet de souligner que Maine conçoit les catégories juridiques comme animées d'une « plasticité » remarquable, et que cette plasticité est surtout au service des évolutions du droit de propriété²⁹³. Maine fait alors une liste de différents peuples (les Romains, les Ecossais, les Indiens, les Anglais, etc.) et de leur classification arbitraire des types de propriétés qui ne tiennent aucun compte de la classification « *naturelle* » que Maine évoque. Cet arbitraire n'est cependant pas reconnu par les juristes de ces peuples :

Les juristes de tous les systèmes de droit n'ont pas ménagé leur peine en s'efforçant de renvoyer ces classifications à un principe intelligible quelconque ; mais les raisons de cette séparation seront toujours cherchées en vain dans la philosophie du droit : elles n'appartiennent pas à sa philosophie, mais à son histoire.²⁹⁴

Les juristes essayent de donner une cohérence à ces classifications aux moyens de principes développés en une philosophie du droit, qui leur permettait par exemple de justifier la supériorité ou l'infériorité de certains types de propriété les uns par rapport aux autres.

²⁹² *Ibid.*, p. 272 : « the idea seems to have spontaneously suggested itself to a great number of early societies ». Aussi :

(...) the only *natural* classification of the objects of enjoyment, the only classification which corresponds with an essential difference in the subject-matter, is that which divides them into Moveables and Immoveables.

²⁹³ *Ibid.*, p. 273-274.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 274 :

The lawyers of all systems have spared no pains in striving to refer these classifications to some intelligible principle ; but the reasons of the severance must ever be vainly sought for in the philosophy of law : they belong not to its philosophy, but to its history.

2.4.2. L'équité, l'ambiguïté d'un changement déclaré

Dès ses premières apparitions dans *Ancient Law*, l'équité est qualifiée de « *remedial* »²⁹⁵, c'est-à-dire de correctrice ou de réparatrice. Elle permet aussi une évolution progressive des institutions juridiques, sans rupture avec la tendance conservatrice du corps social.

J'appelle Équité l'institution suivante par laquelle se poursuit l'adaptation du droit aux besoins sociaux, désignant par ce mot tout ensemble de règles existant à l'écart du droit civil originel, fondé sur des principes distincts et prétendant remplacer incidemment le droit civil en vertu d'une sainteté supérieure, inhérente à ces principes. Elle diffère des Fictions, qui l'ont précédé dans chaque cas, en ce que dans son cas l'interférence avec le droit est ouverte et déclarée.²⁹⁶

Par ailleurs, considérant le fonctionnement de l'équité, Maine compare l'évolution du droit de propriété dans le droit romain et dans le droit anglais. Sa conclusion est la suivante :

Les tribunaux ont puissamment contribué à formuler et à modifier les concepts du droit de propriété au moyen de la distinction entre Droit et Équité, qui apparaît toujours dans un premier temps comme une distinction entre juridictions différentes (...). Le fonctionnement pratique des deux systèmes [romain et britannique] était pratiquement le même. Tous deux étaient en mesure de préserver les nouvelles formes de propriété, au moyen d'une distinction de procédure, en leur accordant une forme d'existence provisoire, jusqu'à ce que soit venu le moment où elles puissent être reconnues comme faisant pleinement partie du droit.

Telle que présentée dans cet extrait de *Ancient Law*, l'évolution juridique à l'œuvre, plutôt qu'une réforme consciente, n'est au départ qu'une distinction supplémentaire entre différentes juridictions. De plus, cette évolution ne semble d'abord qu'être « provisoire », et ne serait rien de plus qu'un ajout, une greffe sur la structure traditionnelle. Par la suite, Maine insiste sur le caractère indirect de ce changement, qui emprunte des chemins détournés qui deviennent en définitive la route principale des procédures juridiques :

Dans tous ces exemples, des formes de droit de propriété, clairement nouvelles, sont reconnues et préservées. Mais, indirectement, la Propriété a été affectée de mille façons par l'équité, que ce soit en Angleterre ou à Rome. Quel que soit le recoin de jurisprudence dans lequel les législateurs ont fait entrer le puissant instrument qui était entre leurs

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 23.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 26 :

The next instrumentality by which the adaptation of law to social wants is carried on I call Equity, meaning by that word any body of rules existing by the side of the original civil law, founded on distinct principles and claiming incidentally to supersede the civil law in virtue of a superior sanctity inherent in those principles. [It] differs from the Fictions which in each case preceded it, in that the interference with law is open and avowed.

main, ils étaient sûrs d'y rencontrer, de toucher et plus ou moins de modifier la matière du droit de propriété.²⁹⁷

L'équité, du moins dans le droit romain, est particulièrement liée à l'apparition de la notion de droit naturel. Avant d'entamer sa généalogie au chapitre III d'*Ancient Law*, Maine décrit l'Empire romain arrivé à la pleine maturité de l'époque de l'équité, où selon les *Institutes* de Justinien, chaque peuple est gouverné par ses propres lois, le « Droit Civil », et par des lois « communes à l'ensemble de l'humanité », le Droit des Nations²⁹⁸. L'idée de droit naturel provient de la rencontre entre le *jus gentium*, ou droit des gens, d'origine romaine, et l'idée de Nature importée de la philosophie grecque, qui met en avant les impératifs de simplification et de généralisation des règles sociales. Le développement progressif de l'équité n'est pas animé par un idéal de justice et d'égalité, par essence réformateur, comme celui de l'*isotès* grecque, mais plutôt par un travail progressif et constant de simplification et de nivellement, le « levelling ». Il n'y a donc pas de rupture entre le droit des gens et l'adoption par les Romains du droit naturel. Surtout, Maine insiste sur l'absence totale de signification éthique dans ces premières formulations de l'équité²⁹⁹. Ce processus a permis une évolution progressive, par simplification

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 293-295 :

Legal tribunals have also powerfully assisted to shape and modify conceptions of proprietary right by means of the distinction between Law and Equity, which always makes its first appearance as a distinction between jurisdictions (...). The practical operation of both systems was nearly the same. Both, by means of a distinction in procedure, were able to preserve new forms of property in a sort of provisional existence, until the time should come when they are recognised by the whole law.

All these are examples in which forms of proprietary right, distinctly new, were recognised and preserved. But indirectly Property has been affected in a thousand ways by equity both in England and at Rome. Into whatever corner of jurisprudence its authors pushed the powerful instrument in their command, they were sure to meet, and touch, and more or less materially modify the law of property.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 41 :

The Romans described their legal system as consisting of two ingredients. 'All nations', says the Institutional Treatise published under the authority of the Emperor Justinian, 'who are ruled by laws and customs, are governed partly by their own particular laws, and partly by those laws which are common to all mankind. The law which a people enacts is called the Civil Law of that people, but that which natural reason appoints for all mankind is called the Law of Nations, because all nations use it.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 51-53 :

The ideas of simplification and generalisation had always been associated with the conception of Nature ; simplicity, symmetry, and intelligibility came therefore to be regarded as the characteristics of a good legal system, and the taste for involved language, multiplied ceremonials, and useless difficulties disappeared altogether. (...) It has generally been supposed that Aequitas is the equivalent of the Greek *isotès*, *i.e.*, the principle of equal or proportionate distribution. (...) Yet in tracing the history of this association, it certainly does not seem to have suggested itself to very early thought, but is rather the offspring of a comparatively late philosophy. (...) It is remarkable too that the « equality » of laws on which the Greek democracies prided

successives, du droit romain, en ce qui concerne la propriété et les droits qui y sont liés : contrats, ventes, testaments etc. Comme nous avons déjà pu l'évoquer, Maine n'envisage pas autrement le travail de législation à mener en Inde : les règles mises en place par les Britanniques en ce qui concerne la propriété, les contrats et les testaments doivent être simples, aussi universelles que possibles, et contenir le moins possible d'exceptions et de détails techniques.

2.4.3. La législation

Le dernier « agent » de l'harmonisation entre droit et changement social se trouve être ce que Maine appelle la « législation ». Cependant, toute création ou modification de loi n'est-elle pas une forme de législation ? C'est une objection dont Maine est absolument conscient :

(...) un disciple de Bentham serait tenté de confondre Fictions, Équité et Législation en les rangeant sous le même nom général de législation. Comme il le dirait, ils impliquent tous le fait de *légiférer* ; ils se distinguent seulement par les mécanismes par lesquels le droit est produit (...) mais cela ne constitue pas une raison pour nous priver d'un terme aussi pratique que celui de Législation dans ce sens particulier.

La législation n'est pas légitimée par l'appel à ces principes généraux, au contraire, sa légitimité est immanente au lieu d'être transcendante : à l'époque de la législation, l'acte législatif est légitime s'il émane de l'institution qui est investie d'une autorité.

La législation, c'est-à-dire les décrets d'un pouvoir exécutif, qu'elle prenne la forme d'un prince autocrate ou d'une assemblée parlementaire, est l'organe supposé de la société entière, et se trouve être le dernier des agents correcteurs du système juridique. Elle se distingue des Fictions Juridiques tout comme l'Équité s'en distingue elle-même, et elle est aussi distinguée de l'Équité en ce qu'elle tire son autorité d'un corps ou d'une personne extérieurs. Son pouvoir coercitif est indépendant des principes de l'Équité.³⁰⁰

themselves (...) had little in common with the 'equity' of the Romans. The first was an equal administration of civil laws among the citizens (...); the last implied the applicability of a law, which was not civil law, to a class which did not necessarily consist of citizens. (...) On the whole, I should be disposed to look in another direction for the germ of the Roman 'Equity'. The Latin word 'aequus' carries with it more distinctly than the Greek 'isos' the sense of *levelling*. Now its levelling tendency was exactly the characteristic of the Jus Gentium. (...) I imagine that the word was at first a mere description of that constant *levelling* or removal of irregularities which went on (...). Probably no colour of ethical meaning belonged at first to the expression.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 29-30 :

(...) a student of Bentham would be apt to confound Fictions, Equity, and Statute law under the single head of legislation. They all, he would say, involve *law-making*; they differ only in respect of the machinery by which the new law is produced (...) but it furnishes no reason why we should deprive ourselves of so convenient a term as Legislation in the special sense.

La législation sonnerait donc l'époque du changement pleinement assumé, tellement assumé qu'il n'obéit apparemment plus à aucun principe, et devient presque pour Maine un « caprice » :

La législature, quelles que soient les contraintes que lui impose l'opinion publique, est en théorie habilitée à imposer toutes les obligations qui lui conviennent aux membres de la communauté. Rien ne peut l'empêcher de légiférer en s'abandonnant à ses caprices. La législation peut être dictée par l'équité, si l'on désigne par ce mot une sorte de critère pour distinguer le bien du mal et auquel ses décrets devraient se conformer ; mais ceux-ci doivent leur force contraignante à l'autorité de la législature et non à celle des principes en vertu desquels elle a pris sa décision. C'est ainsi que ces principes diffèrent des règles de l'Équité au sens technique du mot, en ce qu'ils prétendent posséder une autorité sacrée qui devrait être reconnue immédiatement par les cours de justice, et ce même sans le concours d'un prince ou d'une assemblée parlementaire.³⁰¹

(...) l'une des plus étranges parmi les idées les plus répandues est qu'un très large suffrage favoriserait ou pourrait favoriser le progrès, l'apparition de nouvelles idées, de nouvelles découvertes, de nouvelles inventions et de nouveaux arts de vivre (...). En réalité, il est probable que, à long terme, cela donne naissance à une forme de conservatisme malveillant, et que cela rende la société dépendante d'une potion comparée à laquelle l'Eldonine ne serait qu'une bière salubre. [Elle mettrait ainsi] fin à toute forme d'activité sociale et politique, et mettrait un terme à tout ce qu'on a toujours associé au libéralisme.³⁰²

(...) Legislation, the enactments of a legislature which, whether it take the form of an autocratic prince or of a parliamentary assembly, is the assumed organ of the entire society, is the last of the ameliorating instrumentalities. It differs from Legal Fictions just as Equity differs from them, and it is also distinguished from Equity, as deriving its authority from an external body or person. Its obligatory force is independent of its principles.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 29-30 :

The legislature, whatever be the actual restraints imposed on it by public opinion, is in theory empowered to impose what obligations it pleases on the members of the community. There is nothing to prevent its legislating in the wantonness of caprice. Legislation may be dictated by equity, if that last word be used to indicate some standard of right and wrong to which its enactments happen to be adjusted; but then these enactments are indebted for their binding force to the authority of the legislature and not to that of the principles on which the legislature acted; and thus they differ from rules of Equity, in the technical sense of the word, which pretend to paramount sacredness entitling them at once to the recognition of the courts even without the concurrence of prince or parliamentary assembly.

³⁰² *Popular Government, op. cit.*, p. 57 :

(...) one of the strangest of vulgar ideas is that a very wide suffrage could or would promote progress, new ideas, new discoveries and inventions, new arts of life (...). [In reality] the chances are that, in the long run, it would produce a mischievous form of conservatism, and drug society with a potion compared with which Eldonine would be a salutary draught. [It would thus] put an end to all social and political activities, and arrest everything which has ever been associated with liberalism.

La tension qui existe entre le changement social et le droit n'est donc pas éteinte à l'époque de la législation. Au contraire, elle n'en est que plus forte parce qu'un renversement étonnant s'est opéré : là où, autrefois, fictions et équité devaient permettre au droit de s'harmoniser progressivement avec les changements sociaux, l'institution de la législation, dans le cadre d'une démocratie, consacre en apparence le changement social alors qu'elle finit par promouvoir le plus radical des conservatismes. L'époque de la législation ne débarrasse donc pas la société de la nécessité de concilier les différentes tendances qui l'animent, au contraire, dans l'esprit de Maine, elle rend cette nécessité encore plus impérieuse. La nécessité d'ériger le droit en régulateur du changement social telle que la défend Maine est alors particulièrement évidente dans l'essai 4 de *Popular Government*, consacré aux États-Unis. Selon Maine, Britanniques et Américains partagent un fond juridique commun car

la constitution des États-Unis est une version modifiée de la Constitution britannique (...). Les modifications qui furent introduites étaient celles, et uniquement celles, que suggérèrent les circonstances inédites que connurent les colonies américaines. (...) Lorsque la Constitution américaine fut mise en place, on ne lui conféra pas, comme on pouvait s'y attendre, le même caractère sacré qui était censé être attaché à toutes les parties de la Constitution Britannique avant 1789. On pouvait envisager toute forme de changement voire de désordre politique.³⁰³

L'expérience américaine a ouvert le champ des possibles auquel le système juridique britannique n'a pas accès. L'horizon des possibles était tellement large qu'on pouvait craindre « toute forme de changement voire de désordre politique ». Cependant, le contenu précis la constitution américaine rend cet héritage viable là où le système juridique britannique est menacé par l'instabilité démocratique liée à la législation³⁰⁴.

³⁰³ *Popular Government, op. cit.*, p. 247 :

The constitution of the United States is a modified version of the British Constitution (...). The modifications introduced were those, and those only, which were suggested by the new circumstances of the American Colonies. (...) When the American Constitution was framed, there was no such sacredness to be expected for it as before 1789 was supposed to attach to all parts of the British Constitution. There was every prospect of political mobility, if not political disorder.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 236 :

The very grave dangers entailed on our country by this eccentric method of legislation arise from its being followed, not only in the enactment of ordinary laws, but in the amendment of what, if it be still permitted to us to employ the word, is called the British Constitution. 'En Angleterre', writes De Tocqueville, 'la Constitution peut changer sans cesse ; ou plutôt elle n'existe pas.' There are doubtless strong Conservative forces still surviving in England; they survive because, though our political institutions have been transformed, the social conditions out of which they originally grew are not extinct. But of all the infirmities of our Constitution in its decay, there is none

Sans surprise, l'un des fondements constitutionnels que Maine souhaite voir défendre est la liberté de l'individu et la liberté de contrat. Or,

Nous dérivons vers un type de gouvernement qui est associé à des événements terribles – une Assemblée unique, dotée des pleins pouvoirs sur la Constitution et qu'elle peut exercer comme bon lui semble.³⁰⁵

Les États-Unis, selon Maine, sont arrivés à trouver un équilibre possible à l'alliance entre la fièvre démocratique et l'institution de la législation, et la solution se trouve dans la création d'un nouvel instrument *juridique* : la Cour Suprême³⁰⁶. La Cour Suprême, cette « création unique » des Pères fondateurs américains, permet de prévenir ces violations de la Constitution qui sont inévitables à l'époque où législation et gouvernement démocratique se rencontrent.

La façon dont Maine envisage le « rattrapage » des institutions juridiques avec le droit est désormais plus claire. Néanmoins, comme nous l'avons remarqué à plusieurs reprises, la relation entre institutions juridiques et évolutions socio-économiques est dynamique pour Maine. La première tendance n'est pas un simple reflet de la seconde : l'évolution des institutions juridiques a aussi pour effet d'accélérer le changement social. C'est ce qu'il importe d'expliquer désormais.

more serious than the absence of any special precautions to be observed in passing laws which touch the very foundations of our political system.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 136 :

We are drifting towards a type of government associated with terrible events – a single Assembly, armed with full powers over the Constitution, which is may exercise at pleasure.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 216-217 :

The Supreme Court of the United States, which is the American Federal institution next claiming our attention, is not only a most interesting but a virtually unique creation of the founders of the Constitution. The functions which the Judges of this Court have to discharge under provisions of the Constitution arise primarily from its very nature. The Executive and Legislative authorities of the United States have no powers, except such as are expressly conferred on them by the Constitution itself; and, on the other hand, the several States are forbidden by the Constitution to do certain acts and to pass certain laws. (...) The builders of Constitutions of have course foreseen the violation of constitutional rules, but they have generally sought for an exclusive remedy, not in the civil, but in the criminal law, through the impeachment of the offender. And, in popular governments, fear of jealousy of an authority not directly delegated by the people has too often caused the difficulty to be left for settlement to chance or to the arbitrament of arms. 'Je ne pense pas,' wrote De Tocqueville, in his *Démocratie en Amérique*, 'que jusqu'à présent aucune nation du monde ait constitué le pouvoir judiciaire de la même manière que les Américains.'

2.5. La propriété et ses institutions, accélératrices du changement social

2.5.1. Les causes secondaires de l'évolution sociale

Toutes les remarques de Maine sur les différentes institutions comme les contrats ou les testaments confirment les développements ci-dessus, et l'intégralité de ces réflexions permet de confirmer que, pour Maine, l'évolution de la propriété n'est pas un simple exemple de la tendance à l'individualisation. Au contraire, elle apparaît comme étant au centre de ce processus, et toutes les évolutions que Maine évoque sont expliquées et liées les unes aux autres par cette même question de la propriété, qui apparaît comme un point nodal de plusieurs causes secondaires du changement social. Comme nous l'avons vu, l'évolution du groupe familial restreint est caractérisée par un double processus : la famille devient progressivement le propriétaire des terres qui lui avaient d'abord été seulement accordées par la communauté, tandis qu'à l'intérieur de la famille, les différents membres de la famille se voient accorder des droits individuels à l'héritage, droits qui sont ouverts progressivement à ceux qui en étaient d'abord exclus, comme les femmes. C'est la raison pour laquelle il va considérer la liberté de déterminer la distribution de sa propriété par testament est un agent crucial de l'évolution du droit. En effet, Maine considère les testaments, comme « des *instruments puissants* pour modifier la société par l'impulsion qu'ils donnent à la circulation de la propriété et à la plasticité qu'ils produisent au sein des droits de propriété »³⁰⁷. Les testaments, de la même façon que d'autres évolutions comme celle du droit des contrats ou du droit des femmes, agissent comme causes secondaires de l'évolution du social. Leur évolution reflète certes le processus l'individualisation des relations sociales évoquée ci-dessus, qui trouve elle-même sa cause dans la tendance à l'appropriation individuelle décrite précédemment. Toutefois, les institutions spécifiques que sont les contrats ou les testaments ont leur propre efficacité dans ce processus, et fonctionnent au moins comme accélérateurs du changement social, en ce qu'ils créent un espace potentiel pour l'expansion ultérieure de ces facteurs décisifs du changement social.

Dans le chapitre d'*Ancient Law* consacré à l'histoire des contrats dans le droit romain, Maine décrit la façon dont les contrats seraient parvenus à leur forme contemporaine. Le transfert des biens se serait progressivement détaché des obligations qui en seraient, dans les sociétés primitives en tout, inséparables. Originellement, selon Maine, « posséder » une terre, c'est en réalité en avoir la responsabilité pour l'ensemble de la communauté, du groupe, ou de la famille,

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 174 et p. 194-195 : « [Wills are] *powerful instruments* in modifying society through the stimulus they give to the circulation of property and the plasticity they produce in proprietary rights ». Nous soulignons.

et la transférer c'est transférer ces responsabilités, dans un premier temps à un unique « héritier » qui n'aurait pas réellement davantage de droits sur cette terre que la communauté dans son ensemble, puisqu'il ne pourrait pas la vendre, s'endetter, etc.³⁰⁸.

Les transferts de propriété auraient donc d'abord consisté essentiellement en un transfert du pouvoir, et la libéralisation des relations sociales aurait été rendue possible par la disparition de ce lien entre pouvoir politique et possession. Toutefois, comment ce processus a-t-il lieu ? La cause première en reste la tendance à l'appropriation individuelle, qui se reflète dans l'individualisation des relations sociales. Néanmoins, le droit joue un rôle crucial, parce qu'un droit totalement inflexible empêcherait cette tendance de se déployer. À l'inverse, un droit capable d'évolution, parce que mis en forme et commenté par des juristes professionnels, est capable de donner à cette même tendance l'espace pour développer son potentiel. Les possibilités d'échanger et d'aliéner les biens sont élargies progressivement par un jeu de création de catégories de propriété. Si les biens comme la propriété terrienne ou les instruments nécessaires à la culture font partie des biens les plus difficiles à céder à cause de lourdes formalités, de nouveaux biens, considérés comme moins essentiels sont intégrés à une catégorie différente, où les formalités pour les échanger sont moins contraignantes. Les formalités de transfert de cette seconde catégorie sont simplifiées et finissent par être appliquées à la première catégorie. Le résultat de ce processus est que la terre devient une commodité librement échangeable comme une autre. Or, comme le note Maine, cette opération n'est pas reproductible dans toutes les sociétés, et à tout moment, parce que dans certaines, les contraintes restent trop importantes sur les transferts de propriété, par manque de flexibilité du droit. L'évolution de ces droits reste cependant possible par un stratagème différent, qui tient davantage de la fiction que de l'équité, qui caractériserait le type d'évolution précédent : la distinction de types de propriété en fonction de leur origine. Les familles et les individus ne peuvent en effet disposer librement des biens qui sont directement liés au groupe et à sa vie en commun. Toutefois, il devient possible pour un individu de conserver les biens acquis par son seul fait, preuve que pour Maine, ce qui impulse tout le dispositif ainsi décrit, c'est bien la cause sous-jacente qu'est la tendance à l'appropriation

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 234 :

Comparing these Indian successions with some of the ruder social organisations which have survived in Europe almost to our own day, the conclusion suggests itself that, when Patriarchal power is not only domestic but political, it is not distributed among all the issues at the parent's death, but it is the birthright of the eldest son.

individuelle, qui reste cependant bloquée tant que les catégories juridiques ne sont pas modifiées par un ensemble autonome de juristes³⁰⁹.

2.5.2. La question structurante de la propriété

Comme nous l'avons noté, il n'est pas cohérent de penser une évolution autonome des institutions du statut au contrat, puisque les institutions elles-mêmes sont essentiellement conservatrices et en retard sur les changements sociaux. C'est pour cela que les agents du changement social que sont l'équité et la législation sont fondamentaux afin de permettre au droit de rattraper ce retard. Les simples fictions ne suffisent pas, et ces formes d'évolutions conscientes du droit ont en général des conséquences imprévues par leurs auteurs qui vont laisser la porte ouverte à de nouveaux développements. En effet, les nouvelles possibilités ouvertes par l'évolution des institutions juridiques sont accaparées par les individus et les groupes qui les détournent souvent de leur usage premier, toujours dans le but d'échanger des biens plus librement. Ce processus concerne les institutions du contrat, du testament, de l'héritage etc. dont les évolutions correspondent à ce schéma, et qui sont toutes des exemplifications de l'idée fondamentale de Maine selon laquelle il existe une tendance à l'individualisation qui remet en cause la structure des sociétés. De plus, il nous semble possible d'affirmer que les différents éléments du corps théorique proposé par Maine (l'évolution du statut au contrat, l'individualisation des droits, l'évolution de la souveraineté etc.) ne sont cohérents les uns avec les autres que s'ils sont pensés à l'aune de la question des droits de propriété.

En effet, les éléments principaux de la théorie de Maine ne se recoupent pas nécessairement, dont l'idée d'une évolution du statut au contrat d'une part, et celle d'une évolution des formes de souveraineté, de familiale à territoriale, d'autre part. Ces évolutions ne semblent cohérentes entre elles que si on les intègre à la réflexion sur la propriété individuelle et la propriété collective. D'un côté, l'émergence des droits individuels et la primauté du contrat sur le statut proviennent d'un détachement progressif, par la famille et des individus qui la constituent, de la communauté « clanique ». Parallèlement, les groupes humains, d'abord constitués par des liens de parenté internes, réels ou fictifs, voient cette forme de solidarité s'effacer pour être remplacée par un autre lien : l'occupation d'un espace physique. Comme nous avons tenté de l'expliquer, le détachement décrit ci-dessus est rendu possible par l'établissement stable des familles sur une terre, qui ouvre la porte à la possession de biens en propre, et offre de nouvelles perspectives aux individus. Le passage du statut au contrat, l'individualisation des droits en

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 279-281, pour un résumé exhaustif de ce processus.

général ainsi que l'évolution de la souveraineté sont donc directement connectés par le problème de l'individualisation des droits de propriété, qui n'est pas seulement un exemple illustrateur d'une théorie, mais bien une cause concourante de l'ensemble de ces processus.

Les précisions que Maine donne au sujet des évolutions de la souveraineté confirment l'importance de l'occupation de la terre dans l'histoire des sociétés : selon Maine un double mouvement parallèle se produit, dont les deux niveaux n'ont *a priori* pas de lien : d'une part, l'établissement de nations souveraines sur un territoire déterminé et, d'autre part, l'établissement de la propriété exclusive au niveau le plus local. Le lien entre ces deux mouvements de l'histoire se fait pour Maine au moment de la féodalité : alors que les seigneurs deviennent progressivement des propriétaires individuels et exclusifs sur leur propre territoire, le roi tient désormais son autorité du pouvoir qu'il possède sur un territoire souverain. Or, Maine établit une « correspondance » entre deux institutions, la monarchie féodale et le fief médiéval, qu'il réduit à être « à l'origine, des ensembles d'hommes supposés parents, établis sur une terre, et subissant la même transformation d'idées produite par cette installation ». En d'autres termes, Maine affirme ainsi que l'idée d'une possession exclusive de la terre, constituant l'ensemble des droits contenus dans le concept moderne de propriété individuelle, est le produit du même processus que celui de l'idée d'une souveraineté exclusive sur le territoire d'une nation³¹⁰.

Ces dernières réflexions nous permettent de clarifier le propos de Maine : il n'est évidemment pas possible de dire que le droit de propriété est responsable des évolutions sociales décrites par Maine, car le droit est avant tout un reflet du social ; néanmoins, c'est bien l'établissement des communautés sur des territoires définis, qui a produit différents systèmes de droits de propriété selon les époques, que Maine considère comme un facteur déterminant de l'évolution sociale. À un extrême de l'évolution des sociétés, c'est l'ensemble des relations entre les individus au sein des communautés primitives qui est déterminé par la nécessité de cultiver la terre en commun. Cet impératif se retrouve à différentes étapes de ce processus, même lorsque, selon Maine, l'individualisation des droits a bien entamé le cadre de la propriété collective. Parmi les derniers droits que la communauté garde sur les individus, Maine distingue

³¹⁰ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 77 :

It has often, indeed, been noticed that a Feudal Monarchy was an exact counterpart of a Feudal Manor, but the reason of the correspondence is only now beginning to dawn upon us, which is, that both of them were in their origin bodies of assumed kinsmen settled on land and undergoing the same transmutation of ideas through the fact of settlement. The history of the larger groups ends in the modern notions of Country and Sovereignty; the history of the smaller in the modern notions of Landed Property. The two courses of historical development were a long while strictly parallel, though they have ceased to be so now.

par exemple le droit de vendre sa terre à des étrangers à la communauté, contrainte imposée pour conserver la cohérence des pratiques communes de culture de la terre. Lorsque le processus d'individualisation arrive à son autre extrême, les individus se trouvent débarrassés de l'ensemble des contraintes mentionnées ci-dessus et l'ensemble des droits qu'ils possèdent, notamment dans le cadre familial, est défini par les droits d'hériter, de transférer ou encore de vendre la terre.

Nous n'ignorons pas que Maine occulte presque complètement tout autre domaine du juridique que ceux liés de près ou de loin aux droits de propriété. Ce choix ne permet donc pas d'affirmer avec une absolue certitude que Maine estime que l'évolution de l'ensemble des domaines du juridiques est liée au rapport des sociétés à la terre. Certains éléments permettent néanmoins là encore d'explorer cette piste. L'une des seules évocations du droit pénal, par exemple, est faite à l'occasion d'une défense du système des « Eric Fines » irlandaises, système où un meurtre pouvait être compensé par une forte somme d'argent. Maine s'efforce d'expliquer quelle rationalité économique se cache derrière cet ancien système qui choque encore ses contemporains. Il se permet la provocation d'affirmer que si le système avait permis de compenser une mort par la cession d'un morceau de terrain, alors ses contemporains, qui donnent tant de valeur à la possession de la terre, l'auraient trouvé moins choquant³¹¹.

2.6. Conclusions générales de la première partie

Les deux premiers chapitres de ce travail ont une vocation principalement introductive, mais pas uniquement. On a pu y saisir le contexte général dans lequel la pensée de Maine se développe et agit, mais aussi embrasser l'ensemble des éléments fondamentaux de sa réflexion, dans le mouvement qui les caractérise. Cette perspective diachronique est un prélude nécessaire car la pensée de Maine est, avant toutes choses, évolutionniste. Si elle a pu faire l'objet des mêmes critiques que tous les systèmes aux généralisations par trop ambitieuses de son époque, elle paraît peut-être davantage pertinente de nos jours, en ce que l'accent qu'elle met sur les institutions et leur dimension fondamentalement juridico-économique, avec la propriété et ses appendices comme point focal, rappelle de nombreux développements de l'économie des institutions. Nous espérons ainsi que le sens de la fameuse formule de Maine, selon laquelle les sociétés évolueraient *du statut au contrat*, paraît plus clair désormais. Il s'agit avant tout d'une réflexion sur la marche des institutions liées à la propriété, qui accompagnent un mouvement global d'évolutions des sociétés, mouvement qui demeure malgré tout dépendant de conditions

³¹¹ *Ibid.*, p. 170.

favorables. Dans le passage du statut au contrat, les individus deviennent progressivement plus libres d'accumuler des biens et de les échanger au-delà des limites de leur communauté de référence, qui cesse progressivement d'être le lieu dans lequel l'ensemble des droits et des obligations de l'individu trouvent leurs racines.

Ce panorama général de ce que Maine appellerait l'histoire institutionnelle des sociétés « indo-européennes » permet une compréhension adéquate du rôle que Maine et l'Inde jouent l'un pour l'autre. Maine apporte à l'Inde un cadre conceptuel utile à l'administration coloniale, et l'Inde permet à Maine de préciser les éléments de sa théorie. Nous retiendrons les éléments du contexte indien qui éclaireront nos réflexions à venir. La tâche de gérer l'Inde secoue tout d'abord les fondements même de l'idée de propriété individuelle exclusive dans les esprits des administrateurs britanniques, alors que le Code Civil de Napoléon vient à peine de la consacrer et que le jusnaturalisme obtient ses victoires les plus décisives. Surtout, loin de dresser la figure de la propriété collective contre celle de la propriété individuelle, le contexte anglo-indien souligne surtout la complexité de ce que sont *les* droits de propriété, que l'on pense désormais de plus en plus au pluriel, et de moins en moins au singulier. C'est peut-être dans ce contexte, comme nous allons le voir immédiatement, que la notion de propriété comme « faisceau de droits » trouve son origine. Quoiqu'il en soit, la propriété, loin d'être une relation entre une personne et une chose, dans laquelle les autres individus ne sauraient intervenir que depuis l'extérieur ou la périphérie, apparaît plutôt aux officiers coloniaux comme un tissu de relations où des intérêts concurrents se rencontrent et s'équilibrent. La coutume, que nous avons encore peu évoquée, apparaît comme la force formatrice de ces formes de rapports sociaux si étrangers aux yeux des Européens, et pourtant si familier, à l'époque où les historiens et philosophes de l'Europe discutent des origines collectivistes des premières sociétés humaines, ces « communautés de village », que Maine ne fait retrouver en Inde, quand ses contemporains les trouvent en Russie ou dans l'histoire germanique. Aussi, les officiers coloniaux, poussés par la peur des révoltes et par un contexte intellectuel changeant, entre contre-Révolution, historicisme et naissance des sciences sociales, craignent pour la stabilité de ces formes sociales que les interventions coloniales mais surtout, à leurs yeux, les échanges marchands, viennent soumettre à rude épreuve. Cette peur de l'anomie créée par le marché va focaliser encore davantage l'attention de ces administrateurs sur les communautés de village et la marchandisation de leurs terres. Ironiquement, la pensée de Maine vient justifier leurs réactions conservatrices alors que ce dernier ne pense qu'à faciliter la transition des communautés indiennes dans leur intégration aux échanges marchands.

Bien sûr, la question de la codification juridique se fait pressante dans ce contexte. Dans les réflexions des contemporains de Maine s'esquisse alors une distinction entre le droit coutumier d'une part, produit d'une reconstruction de la coutume qui n'est alors qu'une source du droit, parfois déjà fictive, et les pratiques effectives des communautés d'autre part, pratiques qui se révèlent aux yeux des administrateurs dans toute leur complexité, à tel point que toute tentative de s'en saisir apparaît comme une rationalisation de l'informel. Lorsque Maine plaide pour une codification véritable des coutumes indiennes qui ne serait ni une reconstruction fictive ni un acte de pétrification, il esquisse déjà une conception alternative du droit à celle de ses contemporains, comme nous nous efforcerons de le souligner. En effet, le cercle vertueux que Maine décrit, entre des circonstances sociales changeantes et l'évolution des institutions liées à la propriété, fait apparaître le droit comme davantage que le commandement d'un souverain, comme il peut être courant de l'affirmer à son époque. Le droit, s'il est subit au bon mouvement de simplification et de clarification, fournit un cadre propice aux développements des activités humaines, avec pour moteur sous-jacent l'individualisation des rapports sociaux.

Il nous incombe toutefois de nous rapprocher de ces communautés de village et de la conception de la propriété qu'elles recèlent, après avoir décrit comment elles se désagrègent selon Maine. Nous verrons comment la forme d'organisation de la propriété qui s'y trouve ne peut être considérée comme collective, mais qu'elle se présente plutôt comme un agencement complexe de droits individuels et d'impératifs collectifs, tous orientés vers l'impérative nécessité de la gestion des ressources sur un territoire donné. Le point de vue diachronique qui a primé jusqu'ici et nous permettait seulement d'assister à un processus de dissolution doit donc laisser la place à un point synchronique qui s'efforce de comprendre la raison d'être de ces formes d'organisations sociales. En effet, les communautés de village apparaissent comme le lieu où la régulation sociale est nécessaire pour permettre la coopération interindividuelle la plus élémentaire. C'est au sein de cet ensemble complexe que la coutume trouve une fonction et un contenu. Nous chercherons ainsi à comprendre ce qu'implique véritablement l'imbrication, que l'on retrouve dans la communauté de village, entre le droit des personnes et le droit des choses, qui vient remettre en question la distinction entre droits réels et droits personnels, imbrication qui n'a de sens qu'au sein de la *famille*, unité porteuse de la conception patrimoniale de la propriété dont Maine se fait l'écho.

DEUXIÈME PARTIE

**DROIT COUTUMIER, GESTION DES RESSOURCES
ET « FAISCEAU DE DROITS »**

Troisième chapitre

Coutume et droits de propriété

3.1. Une coutume conservatrice

3.1.1. La coutume, inconscient social ?

Dans l'œuvre de Maine, la coutume est souvent définie comme intrinsèquement conservatrice et comme une entrave au changement social. L'auteur parle de « *dimly custom* », de coutume à la fois obscure et imprécise, qu'il oppose alors au droit et à sa clarté (« *definite law* »)³¹². Ce qui définirait le droit par opposition à la coutume, ce serait donc non seulement davantage de précision, mais aussi une présence plus claire dans les esprits, entretenue par une caste de juristes professionnels qui participeraient au fonctionnement et à l'évolution réflexifs de l'institution juridique. De fait, lorsqu'il parle du rôle que joue la coutume dans le cadre du passage du statut au contrat, Maine décrit un processus essentiellement retardé par « des coutumes et des idées archaïques »³¹³.

Le langage utilisé par Maine au sujet de la coutume est ainsi péjoratif dans de tels contextes. Ailleurs, Maine parle du « *stubborn body of germanic custom* », de l'ensemble « obstiné » des coutumes germaniques³¹⁴. Ainsi, les contraintes qui empêchent la propriété foncière d'être considérée comme un bien échangeable de la même manière que les autres proviennent de « principes féodaux » qui « informent (...) nos coutumes et nos opinions »³¹⁵. De même, les « règles » et les « coutumes » qui encadraient le droit de la terre dans l'ancien droit irlandais « avaient la saveur de la jouissance en commun de la terre ». La coutume peut donc prendre chez Maine le visage d'une force contraignante, conservatrice et uniformisatrice dont les individus sont les « esclaves »³¹⁶.

³¹² *Dissertations on Early Law and Custom, op. cit.*, p. 232 :

The early usages of the now civilised societies can be partially recovered from their records, their traditions, and above all from their law ; but it is just where these sources of evidence can least be depended upon, where history runs into poetry, tradition into legend, and definite law into dimly seen custom, that the connection between barbarous Aryan usage and savage non-Aryan practice has to be established, if it really exists.

³¹³ *Ancient Law, op. cit.*, p. 169 :

(...) the change [from status to contract] has not been subject to reaction or recoil, and apparent retardations will be found to have been occasioned through the absorption of archaic ideas and customs from entirely foreign source.

³¹⁴ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 21.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 88 :

The feudal conception of social relations still exercises powerful influence when land has become a merchantable commodity. There is no country in which the theory of land as a form of property like any other has been more unreservedly accepted than our own. Yet English lawyers live *in faece feodorum*. Our law is saturated with feudal principles, and our customs and opinions are largely shaped by them.

³¹⁶ *Village-Communities, op. cit.*, p. 13-14 :

Cette dernière affirmation doit cependant être comprise dans son contexte. Loin d'être une condamnation pure et simple de la coutume, elle renvoie au fait que les communautés régulées par la coutume mettent l'accent sur l'appartenance de l'individu au groupe plutôt qu'à ses droits en tant que personne autonome. C'est par exemple une des raisons pour lesquelles la coutume est aussi uniforme en Inde selon Maine, malgré de nombreuses variations locales à la marge auxquelles ses contemporains sont, selon lui, assez insensibles. En plus du fait que les coutumes de ces communautés proviennent, selon son hypothèse fondatrice, d'un même socle « indo-européen » d'institutions communes, leur uniformité est impliquée dans le fait même que les droits de l'individu sont déterminés par son statut au sein d'un sous-ensemble social, alors que les « habitudes » et les « pratiques » varient davantage en Occident, là où l'individu voit ses droits plutôt définis hors de son lien au groupe social³¹⁷.

Dans la perspective historique qui est celle de Maine, la coutume est alors presque systématiquement associée aux stades les plus anciens de l'évolution sociale, au statut plutôt qu'au contrat, et aux institutions qui organisent la possession en commun de la terre et dont la résistance retarde l'avènement de la propriété individuelle. Cette association fait naturellement de la coutume un obstacle au progrès. On remarquera alors le lien fréquent que Maine fait entre la notion de coutume et celle d'« idée » ou de « principe » qui retardent les évolutions sociales du fait de l'adhésion populaire qu'ils emportent. Une interprétation anachronique du propos de Maine permettrait ainsi de placer la coutume au sein d'une forme « d'inconscient social », qui se manifeste par une tendance conservatrice des sociétés à systématiquement réutiliser

Each individual in India is a slave to the customs of the group to which he belongs; and the customs of the several groups, various as they are, do not differ from one another with that practically infinite variety of difference which is found in the habits and practices of the individual men and women who make up the modern societies of the civilised West. A great number of the bodies of custom observable in India are strikingly alike in their most important features, and leave no room for doubt that they have somehow been formed on one common model and pattern.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 13-14 :

The apparent uniformity and even monotony which to the new comer are its most impressive characteristics, prove, on larger experience, to have been merely the cloudy outline produced by mental distance ; and the observation of each succeeding year discloses a greater variety in usages and ideas which at first seemed everywhere identical. Yet there is a sense in which the first impressions of the Englishman in India are correct. Each individual in India is a slave to the customs of the group to which he belongs; and the customs of the several groups, various as they are, do not differ from one another with that practically infinite variety of difference which is found in the habits and practices of the individual men and women who make up the modern societies of the civilised West. A great number of the bodies of custom observable in India are strikingly alike in their most important features, and leave no room for doubt that they have somehow been formed on one common model and pattern.

d'anciennes idées et structures juridiques afin de faire face à des situations nouvelles. Cette tendance est particulièrement visible pour Maine dans la façon dont les sociétés humaines peinent à se débarrasser de l'idée que tout groupe d'individus, même artificiel (comme une confrérie de travailleurs du même métier par exemple), est lié par un lien naturel du même type que celui d'une famille³¹⁸.

3.1.2. Une critique des écoles historique et analytique

Maine dénonce aussi régulièrement le manque de cohérence de la coutume, ainsi que son incomplétude, notamment comparée au droit. Maine pointe par exemple une « erreur » commise par certains auteurs « allemands », visant ici l'école historique de Savigny, qui les pousse par « fierté nationaliste » à « exagérer la complétude du tissu social que leurs ancêtres avaient construit »³¹⁹. Selon Maine, ce que l'on désigne au singulier comme « la » coutume, est souvent un mélange de différentes influences, venues de temps et de lieux différents, les sociétés se réappropriant fréquemment des coutumes anciennes ou étrangères, appliquant des idées anciennes à des contextes nouveaux. Inversement, ces mêmes auteurs ont pu sous-estimer la part d'usages hérités du droit romain, qui remettrait en cause l'intégrité de leurs coutumes.

³¹⁸ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 228 :

So little were ideas changed that, as we shall see, the very affections and emotions which the natural bond evoked were called forth in extraordinary strength by the artificial tie. (...) Almost everybody can observe that, when new circumstances arise, we use our old ideas to bring them home to us ; it is only afterwards, and sometimes long afterwards, that our ideas are found to have changed. An English Court of Justice is in great part an engine for working out this process. New combinations of circumstance are constantly arising, but in the first instance they are exclusively interpreted according to old legal ideas.

Voici aussi, *ibid.*, p. 237-238 :

Nothing, let me observe, can be more curious than the way in which, throughout these artificial structures, the original natural principle upon which they were modeled struggles to assert itself at the expense of the imitative system. In all the more modern guilds, membership always tended to become hereditary (...).

Ibid., p. 238 :

When men, under the influence of the cast of thought we are discussing, are placed in circumstances which naturally breed affection and sympathy, or when they are placed in a relation which they are taught to consider especially sacred, not only their words and ideas but their feelings, emotions, and prejudices mould themselves on the pattern of those which naturally result from consanguinity.

³¹⁹ *Ancient Law, op. cit.*, p. 296 :

(...) that pride of nationality which has led German writers to exaggerate the completeness of the social fabric which their forefathers had built up before their appearance in the Roman world.

Cette attaque de Maine contre l'école de Savigny a une portée plus large que l'accusation d'avoir commis une erreur factuelle : elle remet en cause la conception « organique » que les membres de cette école mettent en avant pour s'opposer à toute rationalisation poussée du droit, à une codification de la coutume, ou encore à l'importation de systèmes juridiques étrangers, des démarches possibles dans le sillage de l'œuvre de Napoléon I^{er}. Si l'ensemble des coutumes d'un peuple est davantage un composé incohérent d'usages de provenances différentes arrachés à leur contexte d'origine, il est en effet difficile de défendre la conception essentialiste de la coutume qui est parfois celle de l'école historique.

Il est aussi impossible selon Maine de défendre l'idée que la coutume correspond davantage aux conditions spécifiques d'une époque ou d'un lieu, d'un peuple et de son « esprit » que ne le ferait un système juridique rationalisé, comme si la coutume était organiquement liée à une société particulière³²⁰. Maine remet en effet en cause l'idée selon laquelle toute coutume (comme le droit en général) trouverait à la fois son origine et sa légitimité dans son adaptation à des circonstances spécifiques, et donc dans son utilité pour gérer des problèmes propres à une société à un instant donné. En effet, lorsqu'il fait l'histoire de l'idée de primogéniture, Maine prend bien soin de distinguer les causes de son apparition des raisons de son maintien et de son apparition à différents moments de l'histoire. Les groupes sociaux paraissent ainsi capables de réactiver des idées anciennes qu'ils peuvent mobiliser dans des contextes qui ne sont plus adaptés³²¹. Afin d'expliquer l'origine et le succès de l'institution de la primogéniture, Maine refuse en effet de recourir seulement à son caractère pratique dans certaines situations. Il préfère ajouter à cette cause probable le fait que l'utilisation de la primogéniture pour permettre à un seul individu d'hériter d'un domaine soit en fait une transposition d'une institution encore plus vieille que la *Patria Potestas* romaine, dont elle serait l'ancêtre, où un individu se verrait transférer la responsabilité de la famille élargie. Pour l'expliquer, Maine fait un parallèle avec l'Inde, où l'on trouverait selon lui un équivalent. Toutefois, cet équivalent révèle que l'institution de la primogéniture a été détournée de son but initial : alors qu'elle permettait seulement le transfert de responsabilités d'un chef de famille à un autre dans les communautés les plus primitives, elle devient, bien plus tardivement dans l'histoire, un moyen de transférer la propriété de père en fils³²².

³²⁰ Voir Friedrich Carl von Savigny et Georg Friedrich Puchta, *L'esprit de l'École historique du droit*, Joachim Rückert (dir.), Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2004.

³²¹ *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 233.

³²² *Ibid.*, p. 233-235.

Enfin, lorsque la question de la législation et des réformes se pose, ces réflexions conduisent Maine à considérer la coutume comme une forme de « friction » qui, avec tout un ensemble d'opinions, d'idées et de préjugés, empêche le déploiement complet de la volonté du souverain législateur. Comme nous le verrons, cette idée est une objection à la théorie de la souveraineté que Maine attribue presque sans distinction à Hobbes, Bentham et Austin. Il accuse notamment ce dernier d'avoir construit un modèle intégralement abstrait du pouvoir qui ne donne aucune borne à la volonté du souverain, ne prenant ainsi pas en compte tous les freins qui limitent son pouvoir.

Cette dernière description de la coutume a cependant un rôle différent de celui des autres images, qui ne la présentent que comme un frein au progrès. Ici, la coutume fait partie d'un ensemble d'institutions, de pratiques ou encore d'opinions, qui remettent en cause l'idée que toute forme de régulation sociale provient de la force du souverain, et que cette force est libre de contraintes. La coutume apparaît alors ici comme forme alternative de régulation sociale et non pas seulement comme un obstacle au progrès, mais il n'empêche que le but de Maine est, dans ce cadre, de souligner qu'ignorer l'inertie de la coutume serait une erreur pour tout législateur. Ce dernier doit prendre ce fait essentiel en compte lorsqu'il entreprend des réformes. En somme, Maine ne fait que souligner une limite du paradigme des penseurs analytiques du droit que sont Bentham et Austin. Il conçoit son propre projet comme poursuivant leur entreprise, mais souhaite malgré tout retenir une partie de la leçon enseignée par l'école historique, sans pour autant adopter un point de vue trop positif sur la coutume.

Maine est d'autant moins enthousiaste à propos de la coutume qu'il estime que ce que l'école historique désigne comme la coutume d'un peuple est souvent celle d'une caste de juristes, qu'il considère socialement autonome, contrairement à Savigny qui voudrait que la seconde soit un reflet de la première³²³. À l'arrière-plan de cette discussion se trouve le débat sur la codification qui fait rage au XIX^e siècle, à propos duquel la position de Maine ne fait pas de doute. Si Maine est un défenseur d'une plus grande codification de la coutume et d'une certaine rationalisation du droit, c'est parce qu'il est conscient de la capacité de la coutume à favoriser l'inertie sociale. Elle est en définitive ce qu'une société retient du passé.

³²³ Voir F. C. von Savigny, *La vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Alfred Dufour (trad.), PUF, Paris, 2006.

3.2. Les règles coutumières comme solution au problème de la gestion collective des ressources

3.2.1. La coutume comme réaction face à l'appropriation individuelle

La récurrence des exemples ayant trait à la question des droits de propriété dans les extraits de l'œuvre de Maine où la coutume est mentionnée n'a rien d'accidentel : elle marque au contraire un biais systématique dans la façon dont Maine conçoit la coutume. En effet, Maine place la coutume systématiquement du côté conservateur de l'histoire : elle régule des communautés qui conservent l'intégralité ou une partie des institutions de la propriété collective, et qui plus généralement placent leurs relations sociales sous le signe du statut plutôt que du contrat, et où le groupe, le plus souvent celui de la famille élargie, prime sur l'individu. Maine perçoit ainsi la coutume, les idées et préjugés qui la sous-tendent comme ce qui s'oppose au mouvement d'individualisation des rapports juridiques, qui se manifeste plus particulièrement pour lui par l'individualisation de la propriété. C'est donc parce que la question de l'évolution de la propriété collective vers la propriété individuelle est centrale pour Maine que la coutume est perçue par lui comme un obstacle au changement social. Son langage au sujet de la coutume est d'ailleurs plus nuancé lorsqu'il ne parle pas spécifiquement des droits de propriété, mais par exemple des limites du pouvoir souverain, dans sa critique de Bentham et Austin. Pensons néanmoins à la façon dont les administrateurs britanniques, lors de la deuxième moitié du XIX^e siècle, cherchent à préserver les coutumes locales liées à la propriété face aux risques de délitement liés à l'intégration du sous-continent dans des échanges marchands toujours plus intenses. Les coutumes apparaissent alors comme des règles proprement *sociales*, à même d'imposer les intérêts et la survie du collectif afin de contrecarrer les velléités individuelles et les conséquences de l'influence des marchés, comme par exemple la vente des terres à des étrangers à la coutume. Il est fortement probable que Maine soit aussi conscient que les autres administrateurs de la nécessité d'être prudent face aux dangers que l'abandon soudain des règles coutumières pourrait produire : il ne souhaite cependant pas que cette prudence se transforme en conservatisme mal placé.

De plus, Maine ne limite pas ses réflexions aux conséquences de la coutume sur le rythme de l'évolution sociale. Il s'intéresse aussi à sa nature, à son émergence et à son fonctionnement, et là encore la question des droits de propriété introduit un biais nécessaire, mais fondamental, qui influence la conception que Maine propose de la coutume. Rappelons-le, Maine situe la coutume dans un cadre spécifique : celui de communautés quasi-autonomes, les communautés de village, auxquelles il consacre de nombreux chapitres de ses différentes

œuvres, et un livre entier, *Village-Communities*. La communauté de village semble faire figure d'idéal-type dans la pensée de Maine : elle désigne l'instant originel où un ensemble d'individus liés réellement ou fictivement par des relations de parenté occupe un territoire donné, où tous les chefs de famille seraient égaux, et tous les biens, notamment la terre, seraient possédés en commun. Dans cet idéal collectiviste et « démocratique » qui a passionné les contemporains de Maine, il n'existerait encore aucune trace de propriété individuelle. Maine s'intéresse toutefois davantage à toutes les étapes qui suivent cet instant originel, où ces communautés passent d'un modèle où le collectivisme domine à des exemples où les circonstances internes et externes à la communauté, à un modèle où la propriété individuelle coexiste avec l'impératif de cultiver la terre en commun³²⁴.

De fait, l'idée d'une étape où la propriété serait entièrement collective, où il n'y aurait aucune forme d'appropriation individuelle, même temporaire, n'est presque jamais abordée par Maine. Ce dernier semble davantage croire à une répartition relativement rapide du territoire de la communauté, répartition dans un premier temps renouvelée à intervalles réguliers dans les communautés les plus primitives, avant que les familles ne stabilisent leurs possessions. Cela n'a donc pas réellement de sens de dire qu'il y aurait eu un moment où les règles coutumières n'auraient pas eu besoin d'exister. Dans la mesure où la tendance à l'individualisation est inhérente à tout groupe social, il est toujours déjà nécessaire de mettre en place des règles pour instituer la gestion en commun des ressources, dès l'instant où une communauté se fixe sur un territoire et où la partie cultivable est distribuée³²⁵. L'époque d'un collectivisme complet où il n'y aurait pas eu besoin de règles pour encadrer les activités individuelles car tout appartiendrait à tous, donc à l'entité collective, sans distinction, n'est même pas évoquée en tant que telle par Maine. Cela paraît logique puisque, comme nous l'avons vu, le simple fait d'être en possession de biens que l'on aurait acquis en dehors de la communauté produit déjà un premier sentiment d'appropriation.

Comme nous avons en effet pu le remarquer, l'établissement de telles communautés sur un territoire délimité est essentiel. C'est pour Maine le début d'un long chemin vers le développement complet de la propriété individuelle, constitué d'un grand nombre d'étapes et d'évolutions insensibles. Deux facteurs doivent néanmoins être soulignés par l'importance que Maine leur donne : d'une part, la stabilisation de la répartition des lots entre les familles et,

³²⁴ Les premières descriptions de la communauté de village et de ses caractéristiques peuvent être trouvées dans *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 245 sq. Dans *Village-Communities*, Maine va plutôt souligner la diversité de ces communautés.

³²⁵ *Village-Communities*, *op. cit.*, p. 79 : « In this universally recognised original severance of the arable mark from the common mark we come very close upon the beginning of separate or individual property ».

d'autre part, l'appropriation par un chef d'une partie toujours plus importante du territoire de la communauté, qui est exclue du domaine commun. Maine ne voit pas là deux sources complémentaires, mais concourantes, et l'on peut suggérer qu'il perçoit une différence fondamentale entre ces deux causes : l'une permet à chaque individu d'être propriétaire d'abord de choses marginales, avant de posséder une partie des biens de sa famille plus en avant dans le processus de décollectivisation, tandis que l'avènement du « chef » de village ressemble davantage à une forme d'expropriation progressive, qui ne peut créer que des asymétries de pouvoir. La première cause de l'individualisation de la propriété est de fait davantage *libérale* au sens politique du terme, ce qui explique probablement que Maine lie cette tendance à l'appropriation et à l'individualisation à une tendance inhérente à la nature humaine, tandis que l'appropriation produite par la prise de pouvoir progressive du chef de village paraît être davantage contingente.

Ces évolutions n'effacent néanmoins pas la nécessité de réguler l'exploitation des ressources dans les communautés encore régies par la coutume. Si la propriété n'est plus, voire presque plus, collective, les règles concernant cette exploitation sont néanmoins imposées à tous les individus par le collectif. Elles l'ont en quelque sorte toujours été puisque, comme nous l'avons vu, penser à une époque où de telles règles auraient été sans objet est presque impossible. On trouve là alors un impératif fondamental de ces communautés, qui est à l'origine des normes coutumières : concevoir des règles pour encadrer la gestion des ressources sur un territoire délimité et, c'est important, là où ces ressources en quantité limitée par rapport aux besoins de tous. Cette caractéristique essentielle des règles coutumières apparaît d'autant plus claire que le processus d'individualisation de la propriété est avancé, mais que l'impérative de la culture en commun s'impose encore :

La véritable analogie entre le système agricole de l'Inde actuelle et celui de l'Europe primitive doit plutôt être cherchée du côté du détail des *règles minutieuses et très variées qui gouvernent les agissements des cultivateurs*, règles qui ont, dans l'un et l'autre cas, le même but : concilier l'application d'un plan et d'un ordre de culture communs à toute la confrérie avec la possession en propre, par les familles, de lots distincts, pris parmi les terres arables. La vie collective du groupe ou de la communauté s'est fragmentée suffisamment pour permettre la possession privative des terres cultivables, mais pas encore assez pour permettre que l'on s'écarte d'un système de culture en commun.³²⁶

³²⁶ *Ibid.*, p. 108-109. Nous soulignons :

The true analogy between the existing Indian and the ancient European systems of tillage must be sought in *the minute but multifarious rules governing the proceeds of the cultivators* ; rules which in both cases have the same object – to reconcile a common plan and order of cultivation on the part of the whole brotherhood with the holding of distinct lots in the arable land by separate families. The common life of the

On trouve en effet selon Maine des similitudes importantes entre les systèmes de culture de l'Inde et ceux qui existaient en Europe, notamment à travers les règles « minutieuses et très variées » qui les encadrent. Or, ces règles ont pour rôle principal de « concilier l'application d'un plan et d'un ordre de culture communs à toute la confrérie avec la possession en propre, par les familles, de lots distincts, pris parmi les terres arables ». Ainsi, bien que la « possession privative » soit acceptée en ce qui concerne la terre et que la communauté totale des biens fonciers soit complètement dissolue, la gestion commune des terres et donc des ressources demeure un impératif. C'est donc au sein de cette tension entre l'autonomie des familles sur leur propre domaine et la volonté commune « d'uniformité » des règles de l'agriculture que le « tout premier droit de propriété de la terre » serait apparu, et aurait « pris la forme » des premiers « usages » de ces communautés règlementant la gestion en commun des ressources³²⁷. Dans un tel système, la liberté de chaque cultivateur est limitée dès qu'elle « interfère avec le droit des autres » à exploiter et à profiter des ressources du territoire qu'ils partagent. Non seulement les individus ne doivent pas empêcher les autres de profiter des « communs », mais leurs pratiques agricoles ne doivent pas non plus perturber celle des autres, y compris lorsqu'il s'agit de la culture de leurs terres « privées ». Comme nous le verrons à plusieurs reprises dans ce qui suit, c'est cette définition de la coutume que Maine partage avec certains de ses contemporains, comme Émile de Laveleye, mais surtout avec la littérature économique contemporaine sur les communs telle qu'elle est synthétisée par Elinor Ostrom³²⁸.

group or community has been so far broken up as to admit of private property in cultivated land, but not so far as to allow departure from a joint system of cultivating that land.

³²⁷ *Ibid.*, p. 80 :

The fields under tillage were not however cultivated by labour in common. Each household has his own family lot in each of the three fields, and this he tills by his own labour, and that of his sons and his slaves. But he cannot cultivate as he pleases. He must sow the same crop as the rest of the community, and allow his lot in the uncultivated field to lie fallow with the others. Nothing he does must interfere with the right of other households to have pasture for sheep and oxen in the fallow and among the stubbles of the fields under tillage. The rules regulating the modes of cultivating the various lots seem to have been extremely careful and complicated, and thus we may say without much rashness that the earliest law of landed property arose at the same time when the first traces of individual property began to show themselves, and took the form of usages intended to produce strict uniformity of cultivation in all the lots of ground for the first time appropriated.

³²⁸ Elinor, Ostrom, *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

3.2.2. Le problème de la gestion des ressources comme domaine premier de la coutume

Ce contexte permet de comprendre la distinction que Maine fait entre le droit et la coutume, et qui semble parfois contradictoire. Il alterne en effet entre l'affirmation que les règles coutumières sont vagues par rapport à celles du droit et l'idée que ces mêmes règles coutumières sont nombreuses et très précises. Le point décisif est que Maine conçoit comme extrêmement contraignantes et nombreuses les règles qui encadrent les rapports de chaque chef de famille avec les autres familles, donc de chaque sous-unité de la communauté avec les autres, alors qu'il estime que les règles internes à la famille sont laissées au caprice de celui qui a en a la responsabilité. Cela s'explique par le fait qu'au sein d'une collectivité réduite, autonome, et responsable de ses ressources, la gestion des ressources se fait encore en commun, même lorsque le processus d'individualisation de la propriété est presque complet. Les règles qui ne concernent pas la vie en commun de la communauté sont laissées à l'appréciation arbitraire du chef de famille, et de nombreux domaines très développés du droit de nos sociétés européennes sont tout simplement absents ou bien leur contenu est « *en un sens, sommaire* »³²⁹.

Les systèmes de règles coutumières de ces communautés ne sont donc pas sommaires en eux-mêmes, ni vagues dans l'absolu, ils le sont seulement comparés aux systèmes européens de droit et selon des critères très précis. En effet, certains des domaines les plus florissants de ces systèmes sont presque vides dans les systèmes coutumiers, tandis que ces derniers multiplient les règles qui concernent l'exploitation en commun des ressources. Dans un passage crucial sur le père de famille, Maine définit le domaine du droit coutumier, qu'il lie à la possibilité de la gestion de ressources en commun au sein d'une communauté :

Tandis que [les] actes [du père de famille] échappaient à tout contrôle concernant les autres membres de sa famille, le tissu de ses relations avec les autres chefs de famille était bien plus complexe. L'objet des usages ou du droit coutumier n'était pas la famille, mais plutôt les relations de chaque famille avec les autres familles d'une part, et avec la communauté dans son ensemble d'autre part.

En nous bornant aux seules relations de propriété, nous voyons que ses droits ou (ce qui revient au même) les droits que sa famille a le *mark* commun sont *limités ou modifiés par les droits de chacune des autres familles*. La propriété est ainsi commune, en théorie comme en pratique. Lorsque du bétail paissait sur le pâturage commun ou lorsque le chef de famille abattait du bois dans la forêt commune, un fonctionnaire, dont

³²⁹ *Village-Communities, op. cit.*, p. 80-81 :

Ancient systems of law are in one sense scanty. The number of subjects with which they deal is small, and, from the modern jurist's point of view, there are great gaps in them. But the number of minute rules which they accumulate between narrow limits is very surprising.

la charge pouvait être élective ou héréditaire, veillait à ce que la jouissance du domaine commun soit équitable.³³⁰

Maine estime donc que le domaine du « droit coutumier » n'est pas celui de la « famille », mais plutôt celui du « lien de chaque famille avec l'autre » et de chaque famille avec « la communauté dans son ensemble ». La précaution que prend Maine, selon laquelle en se limitant aux relations de propriété, on peut remarquer que les droits de chaque famille sur sa terre sont « limités » ou « modifiés » par « les droits de chacune des autres familles » ne doit pas toutefois pas nous détourner du constat que c'est le biais de la question de la propriété qui permet à Maine de proposer une telle conclusion sur la nature du droit coutumier. Si l'on fait abstraction de la discussion qui entoure ces paragraphes, il est en effet possible de comprendre que Maine considère que les droits de propriété ne sont qu'un exemple parmi d'autres de règles coutumières, venu expliciter la définition générale proposée au premier paragraphe de l'extrait ci-dessus. Si l'on situe le paragraphe au sein des réflexions qui l'entoure, on comprend au contraire que, bien que Maine ne souhaite pas réduire toute forme de coutume à la façon dont elle élaborée dans le cadre précis de la gestion commune d'une terre, la question des droits de propriété agit comme un outil heuristique qui lui permet d'observer directement l'émergence et l'évolution des règles coutumières. Il ne propose d'ailleurs presque jamais aucun autre exemple d'observation que ceux qu'il tire des problèmes liés à la propriété.

Dans un autre passage, d'une tonalité assez rare dans son œuvre, Maine mobilise un exemple qui lui est contemporain, qui raconte la façon dont, une fois l'eau apportée par les Britanniques grâce à des travaux d'irrigation, les communautés sont livrées à elles-mêmes pour la répartition de l'eau, qu'elles prennent en charge totalement³³¹. Elles mettent alors en place

³³⁰ *Ibid.*, p. 79. Nous soulignons :

(...) while he stood under no relations controllable by others to the members of his family, he stood in a number of very intricate relations to the other heads of families. The sphere of usage or customary law was not the family, but the connection of one family with another and with the aggregate community.

Confining ourselves to proprietary relations, we find that his rights or (what is the same thing) the rights of his family over the Common Mark are controlled or modified by the rights of every other family. It is a strict ownership in common, both in theory and in practice. When cattle grazed on the common pasture, or when the householder felled wood in the common forest, an elected or hereditary officer watched to see that the common domain was equitably enjoyed

³³¹ *Ibid.*, p. 109-110 :

There have been functionaries serving the British Government of India who have had the opportunity of actually observing the mode in which rules of this kind grow up. Wherever the great canals of irrigation which it has constructed pass through provinces in which the system of village-communities survive in any completeness, the Government does not undertake – or perhaps I should rather say it has not hitherto undertaken – the detailed distribution of water to the peasants inhabiting the village.

des systèmes de règles précises concernant la répartition de cette ressource qu'elles doivent gérer collectivement. Alors qu'il utilise le plus souvent des exemples qui semblent lointains dans le temps comme dans l'espace et qui sont expliqués avec la distance d'un historien, Maine se livre ici à un compte-rendu presque anthropologique, qui n'a presque rien à envier aux travaux contemporains similaires qui s'intéressent notamment à la question des infrastructures d'irrigation dans des contextes de « communs »³³². L'auteur paraît tirer cette analyse de témoignages directs, plutôt que de sources plus indirectes, et l'on peut supposer qu'il tire ce constat du terrain, c'est-à-dire de l'Inde elle-même. Maine prétend alors l'utiliser pour décrire la façon dont les règles coutumières se développent. Il s'agit là encore d'un exemple qui a trait à la gestion des ressources dans le cadre de l'agriculture et qui plus est, d'un exemple *contemporain* de Maine. La coutume n'est donc pas reléguée aux archaïsmes d'un passé lointain. C'est la précision des règles et leur multitude qui semblent étonner Maine dans ces différents cas. Aussi, il ne propose pas une définition de « l'essence » de la coutume, cette question est néanmoins présentée par lui comme la priorité à l'origine de l'apparition des règles coutumières. Le rôle premier de ces règles est de trouver un moyen de coordonner les efforts individuels au sein d'une communauté déterminée, et ce dans le but précis de gérer la production et la répartition des ressources en commun. Or, cet impératif a pour conséquence que l'essentiel des règles coutumières se concentre sur la question de la propriété de la terre, et notamment sur les limites à donner à l'appropriation individuelle, dans un cadre où la terre reste une possession en commun mais où les individus possèdent en propre certains droits à la terre.

Cette tension n'est d'ailleurs concevable que dans un cadre où la propriété serait considérée comme un « *bundle of rights* » ou « faisceau de droits », et où les individus pourraient avoir de larges droits d'usage sur la terre qu'ils occupent, sans pour autant posséder l'intégralité des droits liés à la propriété, comme le fait de céder sa terre à quelqu'un d'autre qu'à un héritier membre de la communauté, par la vente à un individu extérieur. Nous expliciterons ultérieurement ce que ce concept implique chez Maine, puisque ses conséquences sont riches, pour la conceptualisation de la propriété mais aussi de la coutume et, plus spécifiquement, pour le

It bargains with them to take a certain quantity of water in return for a certain addition to the revenue assessed upon them, and leaves them, when the water has once been conducted to the arable mark, to divide it between themselves as they please. A number of minute rules for regulating each man's share of the water and mode or using it are then imposed on the village, by the council of elders, by the elective or hereditary functionary who sometimes takes its place, or by the person who represents the community in its contracts with Government for payment of land-rent.

³³² On fera notamment le lien avec les nombreux travaux, dont nous parlerons dans la dernière partie de ce travail, sur la répartition de l'eau et le maintien des structures d'irrigation, dont on peut trouver une synthèse chez Ostrom dans *Governing the commons*, *op. cit.*

fonctionnement des communs, ces trois thématiques demeurant liées. Revenons toutefois sur les éléments les plus importants de l'analyse qui précède. Dans les communautés de village, les droits de propriété n'instituent pas en priorité les droits d'un individu sur les biens qui sont les siens. Au contraire, Maine prend soin de préciser que les règles nombreuses et très précises de la coutume définissent des *relations* de propriété. La propriété apparaît donc dans son œuvre, du moins en ce qui concerne ces communautés primitives, comme un ensemble complexe de relations dont la structure ne peut être saisie qu'à l'échelle de la communauté. En effet, « les droits de chaque famille » se trouvent être « contrôlés » ou « modifiés » par « les droits de chaque autre famille ». Aucun membre du collectif ne possède donc de droit absolu aux biens qu'il possède ou qu'il exploite lui-même. La structure relationnelle des droits de propriétés dans la communauté de village a pour but d'assurer à chacun une part des ressources disponibles, et d'éviter toute sorte de comportements problématiques qui auraient des conséquences indirectes et négatives sur les autres. Dans le cas de la distribution de l'eau apportée par des travaux d'irrigation par exemple, les arrangements internes aux communautés ont pour but d'éviter que certains ne monopolisent l'eau pour eux-mêmes, puisque les systèmes de distribution de l'eau, ayant un amont et un aval, pourraient en effet profiter à certains plutôt qu'à d'autres. Encore une fois, la coutume semble trouver son origine dans la tension qui existe, à l'échelle d'une communauté d'individus relativement égaux, entre les comportements d'appropriation individuelle et la nécessité, soit de préserver des ressources communes, soit d'assurer que les autres puissent aussi s'approprier individuellement de telles ressources. C'est ainsi que des règles définissent autant la portion d'eau à laquelle chaque cultivateur a droit, mais aussi comment il peut l'utiliser, ce qui pointe vers une capacité de ces communautés à mettre au point des normes de régulation sociale de façon autonome, sans les instruments typiques du droit moderne. Nous verrons comment ces réflexions font échos et permettent de mieux comprendre les apports de la littérature économique sur les communs. Dans nos développements ultérieurs, nous relierons ainsi la question de l'élaboration des règles coutumières à celle de la résolution des problèmes d'action collective qui sont essentiellement des problèmes d'externalités positives et négatives.

3.3. La coutume comme ordre spontané ? Le contrat comme ontologie sociale inadéquate

3.3.1. Les caractéristiques de la coutume

Le phénomène d'élaboration *ex nihilo* de règles une fois apparu le besoin au sein d'une communauté de se répartir de l'eau fournie par l'administration britannique est d'autant plus intéressant qu'il a lieu en marge du pouvoir de l'administration coloniale, de façon tout à fait autonome. Maine souligne en effet que les officiers coloniaux n'interviennent pas dans la répartition des ressources, et que ces règles sont auto-imposées à cette communauté par elle-même. Il semble alors rejoindre partiellement l'idée selon laquelle la coutume est une forme d'ordre spontané dont l'émergence ne requiert pas l'existence d'un souverain. Il ne manque toutefois pas de souligner que les situations divergent, et que les équilibres de pouvoir sont différents selon les communautés concernées, l'autorité qui sanctionne cette répartition de l'eau pouvant en effet être très centralisée, comme répartie dans un conseil, ou bien provenir de l'ensemble des membres de la communauté. Cette question est néanmoins secondaire dans la réflexion que Maine propose sur la nature de la coutume autour de l'exemple ci-dessus. En effet, il ne s'agit pas de savoir quelle autorité est en charge de réguler les rapports intra-communautaires, mais plutôt comment se manifeste son pouvoir. Or, comme nous le verrons ultérieurement, la nature de l'autorité sous le régime de la coutume est pour Maine essentiellement différente de celle du « souverain » telle qu'il peut être décrit par Austin, ainsi que par Bentham et Hobbes avant lui. Une des idées centrales de ce moment de l'œuvre de Maine est que les autorités au sein de ces communautés ne font que « déclarer » la coutume, et que les activités typiques d'un système juridique et politique développé, l'adjudication et la législation, ne sont non seulement pas pratiquées de façon consciente par ces communautés, mais ne sont même pas distinguées conceptuellement par elles. L'idée de réformer le droit ou de « faire des lois » n'appartient pas à des groupes sociaux où l'enjeu principal reste de déclarer seulement quelle est la coutume selon les pratiques en vigueur, dans le cas où il y aurait un conflit³³³. Les domaines législatif et judiciaire sont alors presque strictement identifiés l'un à l'autre dans un ordre où la règle et la pratique se confondent, et où l'autorité ne fait que déclarer les choses telles qu'elles sont, même s'il ne s'agit que d'une fiction et qu'elle « légifère » effectivement.

³³³ Voir *Village Communities*, *op. cit.*, p. 107-108 :

There is the arable marl, divided into separate lots but cultivated according to minute customary rules binding on all... There is the waste or common land, out of which the arable mark has been cut, enjoyed as pasture by all the community *pro indiviso*. There is the village, consisting of habitations each ruled by a despotic pater-familias. And there is constantly a council of government to determine disputes as to custom.

La présentation suivante, liée à l'exemple des règles concernant la répartition de l'eau utilisé ci-dessus, est alors capitale, puisqu'il s'agit d'un des rares moments où Maine s'essaye à proposer une définition de la coutume et de son fonctionnement, qui pose néanmoins davantage de questions qu'elle n'apporte de réponses :

Le conseil des anciens du village n'émet aucun commandement, il ne fait que déclarer ce qui a toujours été. Il ne déclare pas non plus ce qu'il imagine que quelque pouvoir supérieur lui aurait ordonné de faire. Les autorités en la matière nient que les natifs d'Inde se fondent nécessairement sur une autorité divine ou politique pour appuyer leurs usages. L'antiquité de leurs coutumes est à elle seule considérée comme une raison suffisante pour y obéir. Il n'existe pas non plus de droit ou de devoir dans la communauté de village indienne, du moins tels que les juristes analytiques l'entendent. Une personne lésée ne se plaint pas d'un dommage personnel, mais plutôt du désordre créé dans l'équilibre de la petite société tout entière.

Surtout, le droit coutumier n'est pas appliqué au moyen d'une sanction. Dans le cas presque inconcevable où un acte individuel de désobéissance serait porté à la connaissance du conseil de village, le seul châtiement, du moins le seul châtiement certain, serait la désapprobation de tous. D'où la conclusion selon laquelle, dans le système de Bentham et Austin, le droit coutumier de l'Inde devrait être appelé « morale » - un retournement de la langue qui requiert à peine une protestation formelle.³³⁴

Utilisant le vocabulaire d'Austin contre lui, Maine rejette l'idée que l'autorité du village, ici un conseil des « anciens », puisse émettre un « commandement ». Il ne fait que déclarer « ce qui a toujours été » et c'est là la justification fictive principale qui légitime la coutume : son « antiquité ». De même, comme nous l'expliquerons davantage dans ce qui suit, Maine estime que le droit coutumier ne connaît pas les catégories essentielles du droit formel moderne que sont les droits et les devoirs, notamment les droits et devoirs de l'individu, car ce que la coutume punit, ce n'est pas précisément l'acte d'un individu, mais bien plutôt le « désordre » qu'il cause dans

³³⁴ *Ibid.*, p. 68 :

The council of village elders does not command anything, it merely declares what has always been. Nor does it generally declare that which it believes some higher power to have commanded; those most entitled to speak on the subject deny that the natives of India necessarily require divine or political authority as the basis; their antiquity is by itself assumed to be a sufficient reason for obeying them. Nor, in the sense of the analytical jurists, is there *right* or *duty* in an Indian village-community; a person aggrieved complains not of an individual wrong but of the disturbance of the order of the entire little society. More than all, customary law is not enforced by a sanction. In the almost inconceivable case of disobedience to the award of the village council, the sole punishment, or the sole certain punishment, would appear to be universal disapprobation. And hence, under the system of Bentham and Austin, the customary law of India would have to be called morality – an inversion of language which scarcely requires to be formally protested against.

« l'équilibre de la petite société tout entière ». C'est en effet une caractéristique qui découle du fait, explicité plus haut, que le principe des règles coutumières est de réguler les rapports entre les familles afin de rendre la vie en commun possible, notamment à travers la production et la répartition des ressources. Cela implique que la fonction des règles coutumières est avant tout de préserver cet ordre social fragile, orienté vers la satisfaction des besoins premiers de la communauté. Maine souligne aussi une autre caractéristique essentielle du droit coutumier qu'il met ici en valeur par rapport à d'autres : « surtout, le droit coutumier n'est pas appliqué au moyen d'une sanction ». En cas de désobéissance, il semblerait en effet que la seule sanction envisageable soit « la désapprobation universelle », que Bentham et Austin auraient rangé sous la catégorie de « moralité », manquant de fait la nature du droit coutumier. Maine remettra alors en cause la simplicité de cette déclaration dans son œuvre, et l'on peut d'ores et déjà affirmer que ce n'est pas une conclusion à laquelle Maine adhère, et qu'il entend la nuancer fortement. En d'autres termes, même si Maine estime que le type de sanctions qui est la manifestation des systèmes politiques et judiciaires modernes est absent de telles communautés et du fonctionnement de la coutume, cela ne signifie pas pour autant que cette dernière ignore tout mécanisme de coercition.

3.3.2. Des formes de légitimité alternatives au contrat

Le fait que ces caractéristiques du droit coutumier soient liées à la préoccupation centrale qu'est pour Maine la question des droits de propriété n'est pas évident, mais les indices déjà présentés permettent d'en faire l'hypothèse. Cela nous semble conforté par le recours de Maine à l'exemple, déjà évoqué, de la répartition autonome des droits à l'eau au sein des communautés indiennes³³⁵. Cet exemple a pour but de remettre en cause l'idée que les règles

³³⁵ *Ibid.*, p. 109-110 :

There have been functionaries serving the British Government of India who have had the opportunity of actually observing the mode in which rules of this kind grow up. Wherever the great canals of irrigation which it has constructed pass through provinces in which the system of village-communities survive in any completeness, the Government does not undertake – or perhaps I should rather say it has not hitherto undertaken – the detailed distribution of water to the peasants inhabiting the village. It bargains with them to take a certain quantity of water in return for a certain addition to the revenue assessed upon them, and leaves them, when the water has once been conducted to the arable mark, to divide it between themselves as they please. A number of minute rules for regulating each man's share of the water and mode of using it are then imposed on the village, by the council of elders, by the elective or hereditary functionary who sometimes takes its place, or by the person who represents the community in its contracts with Government for payment of land-rent. I have been told, however, by some of those who have observed the formation of these rules, that they do not purport to emanate from the personal authority of their author or authors; nor do they assume to be dictated by a sense of equity; there is always, I am assured, a sort of fiction, under which some customs as to the distribution of water are supposed

coutumières sont établies par « contrat », et qui définit au passage la nature de la coutume en la connectant à l'objet de ces mêmes règles, la répartition des ressources. Si la communauté passe un « contrat » avec le gouvernement britannique en échange d'une certaine quantité d'eau acheminée, Maine refuse l'idée que l'image du « contrat » puisse décrire la façon dont les règles concernant la répartition des ressources sont conçues. Il rejette tout autant la possibilité que la légitimité de ces règles repose sur un « accord » ou encore sur un contrat « explicite ou implicite » entre les cultivateurs entre eux et avec les autorités de leur communauté. Comme Maine l'indique, ces règles sont promulguées par un chef, par un conseil, ou par l'individu chargé des négociations avec l'administration britannique. Une élaboration en commun de façon strictement égalitaire est donc exclue pour lui.

C'est avant tout l'idée que la métaphore du contrat puisse fonder la légitimité de ces arrangements distributifs que Maine rejette. En effet, penser que le contrat n'est pas le fondement légitime de ces règles n'implique pas par exemple qu'aucune discussion n'ait lieu lors de leur élaboration. Maine repousse toutefois cette idée, pour la raison évidente, selon lui, que bien que les sociétés européennes placent l'hypothèse du « contrat » au fondement de la légitimité de leurs institutions, cette culture politique tardive ne saurait s'appliquer dans des sociétés telles que les communautés de village. Maine ne manque alors pas de souligner que ce sont ses contemporains, officiers britanniques, qui projettent à tort l'image du contrat sur l'émergence de ces règles. On notera que Maine est en accord total avec Bentham et Austin, ainsi que d'autres auteurs avant eux, sur le rejet de l'hypothèse contractuelle pour expliquer l'apparition de l'État ou de toute forme d'organisation sociale. Aussi, il ne faut pas oublier le contexte intellectuel dans lequel s'inscrit cette réflexion : pour un certain nombre de contemporains de Maine, les communautés de village représentent un idéal à la fois démocratique et collectiviste. Dans le débat qui oppose les partisans de la propriété individuelle à ceux de la propriété collective, reconstitué notamment par Paolo Grossi, concernant l'origine des communautés humaines, les collectivistes insistent sur le caractère fondamentalement démocratique du *mark* germanique. Des contemporains de Maine considèrent alors que c'est de là que les pays anglo-saxons

to have existed from all antiquity, although in fact no artificial supply had been even so much as thought of. It is further stated that, though it is extremely common among English functionaries to speak of the distribution of water as regulated by the agreement of the villagers, yet not such idea really enters the mind of the community or of its representatives as that there can be or ought to be an express or implied contract among the cultivators respecting their several shares.

tiendraient leur tradition spécifique de conciliation d'une grande liberté individuelle et de la solidarité collective³³⁶.

À cette vision romantique des communautés de village, Maine oppose une description pragmatique, bien que les termes choisis puissent déconcerter. Il met ainsi en avant « l'antiquité » présumée des règles de gestion des ressources, et ajoute une autre source de légitimité : le « hasard »³³⁷. Coutume, hasard et antiquité se retrouvent donc au premier plan et se trouvent opposés au contrat, dans une dichotomie qu'il peut être difficile d'interpréter. Rappelons toutefois ce que nous venons d'expliquer : la constitution de la communauté est liée à la mise en place d'un ensemble de règles coutumières, qui permettent la gestion collective des ressources. Loin d'impliquer une forme stricte de collectivisme, cet impératif est plutôt double, comme nous l'avons déjà souligné : assurer l'harmonie entre les intérêts individuels distincts d'une part, et la compatibilité des comportements individuels avec le maintien en l'état des infrastructures et des ressources utilisées par tous. Les individus et leurs familles ont donc des droits, mais ces droits sont explicitement définis en fonction de ceux des autres individus d'une part, et en fonction d'impératifs qui dépassent la somme des individus existants à un instant particulier de la vie d'une communauté d'autre part. En effet, la logique contractuelle est d'autant plus inadéquate que les règles qui assurent la gestion collective des ressources dans les communautés de village n'ont pas pour seul but de garantir les intérêts directs ou indirects des membres de la communauté : elles assurent la pérennité des ressources pour les générations à venir, comme nous le verrons en effet en analysant la conceptualisation par Maine de la propriété comme « faisceau de droits ».

Le fait que les règles coutumières soient considérées comme « antiques », même lorsqu'elles sont ajoutées *a posteriori*, peut donc s'expliquer par le fait que la communauté trouve son origine dans la mise en place de cette gestion collective des ressources. Il est raisonnable de supposer que, si l'intégralité de l'histoire de ces règles équivaut, pour la communauté,

³³⁶ Voir P. Grossi, *An Alternative to Private Property*, *op. cit.*

³³⁷ *Village-Communities*, *op. cit.*, p. 110-111 :

And it is added that, rather than have a contract or agreement, it would appear to them, a much more natural and reasonable arrangement that the distribution should be determined by casting lots. Authority, Custom, or Chance are in fact the great sources of law in primitive communities as we know them, not Contract. Not that in the minds of men who are at this stage of thought the acknowledged sources of law are clearly discriminated. There are many customary duties of which the most plausible account that can be given is that they were at the outset obligations of kinship, sanctioned by patriarchal authority; yet childish stories attributing their origin to mere accidents are often current among the Indian villagers, or they are said to be observed in obedience to the order of some comparatively modern king.

à l'intégralité de sa propre existence, ces règles sont en quelque sorte « antiques ». Elles désignent ce que l'on a toujours fait. On peut aussi imaginer que, lorsqu'un conseil des anciens tranche un conflit insoluble entre deux familles, il fait référence à ces principes collectifs, même si sa décision introduit un élément nouveau. Dans le cas du partage de l'eau, on peut penser à une sécheresse soudaine et inhabituelle qui frapperait une communauté. Dans ce cas, une règle *nouvelle* imposant des limites plus strictes à l'appropriation de l'eau par les individus reposerait sur des principes existants *a priori*. Il ne faut bien sûr pas non plus négliger le fait que, pour Maine, le recours à des fictions qui prétendent assurer la stabilité dans le changement est un procédé typique des sociétés les plus primitives, du fait de leur conservatisme exacerbé.

Quid toutefois de la place du hasard dans ce système ? La réponse est somme toute similaire. Le hasard est un principe général de distribution et de redistribution des terres aux individus ou aux familles dans un grand nombre de communautés de village auxquelles Maine et ses contemporains s'intéressent. Maine considère en effet que, plus l'on se rapproche de l'origine des communautés de village, et plus il est fréquent d'y trouver une redistribution régulière des terres. Ainsi, bien que les familles puissent cultiver leur terre de façon individuelle et privative dans une certaine mesure, il n'est pas rare de voir des procédures de redistribution périodique des terres, réitérée afin d'assurer notamment une forme d'égalité entre les membres de la communauté. Il semble aussi y avoir une forme de justice inhérente au tirage au sort, qui peut être considéré comme légitime du fait de son caractère strictement égalitaire, voire efficace dans une certaine mesure. Comme nous le verrons en effet, les situations de type « communs », qui correspondent aux communautés de village qui intéressent Maine et ses contemporains, regorgent de procédures qui visent à rendre les individus solidaires dans la gestion collective de ressources. Imaginons une situation où un groupe de cultivateurs devraient se partager l'eau apportée par des canaux, certains étant situés en amont, d'autres en aval. Des règles qui pousseraient les premiers à limiter leur consommation d'eau seraient nécessaires, mais un échange régulier des parcelles pourrait aussi régler le problème de la surexploitation et des comportements opportunistes : qui se risquerait à faire émerger des conflits autour de l'eau si la probabilité de perdre sa position dominante et de se retrouver en position de dépendance était réelle ?

3.3.3. Quelles formes de spontanéité pour la coutume ?

Quelles sont les conséquences de ces réflexions sur le mode de fonctionnement de la coutume et sur la façon dont les règles coutumières sont élaborées et respectées ? Le constat que fait ici Maine est le suivant : les règles coutumières apparaissent dans des situations où l'autorité centrale est distante ou absente. Il ne s'agit cependant pas de communautés

bénéficiant de compétences autonomes qui leur seraient seulement dévolues par l'autorité centrale, elles possèdent leur propre ordre normatif dans lequel l'administration n'intervient pas. Les règles ainsi établies peuvent fonctionner, être respectées ou appliquées sans l'intervention d'une autorité extérieure à la communauté qui serait en mesure d'appliquer les sanctions typiques du « souverain » de Hobbes et Austin. Cela soulève des interrogations qui appellent une réponse, notamment sur les mécanismes coercitifs qui permettent à la coutume d'être un système stable. Il y a donc là une forme de « spontanéité » des règles coutumières, mais uniquement si l'on considère comme spontané ce qui émerge hors du cadre d'une autorité extérieure aux communautés de taille réduites que sont les communautés de village, comme pourrait l'être l'État ou par exemple un empereur. Le fait que la contrainte d'une telle autorité ne soit pas nécessaire n'implique en rien qu'*aucune* forme de contrainte ne permette à ce système d'émerger et de subsister.

Autre constat important : on peut trouver une deuxième forme de spontanéité dans la façon dont les règles coutumières sont élaborées, notamment face à de nouvelles circonstances. Or, Maine doit précisément cette considération au fait qu'il étudie ici, et dans de nombreux cas, la façon dont les règles coutumières sont élaborées dans le cadre de la gestion des ressources, et plus précisément de l'agriculture. Maine ne rejoint cependant pas tout à fait l'idée de Hayek selon laquelle la coutume est un « ordre spontané », parce que cette idée est liée à une conception contractualiste du processus d'élaboration des règles ainsi que de leur légitimité, ce que Maine rejette pour deux raisons principales. Tout d'abord, Maine ne considère pas que les membres d'une communauté « se donnent » des règles à eux-mêmes, ni même qu'ils aient un contrat entre eux pour que leurs dirigeants le fassent. Il faut notamment prendre en compte le fait que Maine considère que l'individu en tant que tel n'a pas la considération et les droits qu'il peut avoir dans les formations politiques modernes, dans la mesure où les droits et devoirs de chaque individu sont déterminés par son statut au sein d'un sous-groupe de la communauté, comme peut l'être la famille élargie ou le « clan ». Comme nous l'avons donc déjà indiqué, la légitimité politique ne trouve donc pas sa source dans un « contrat », et ni le modèle du contrat, ni le modèle de l'accord tacite ne sont pertinents pour décrire la façon dont les règles sont élaborées.

Ensuite, Maine souligne comment l'hypothèse contractualiste, provenant des traités de philosophie politique modernes, peut rendre invisible la façon dont ces règles sont élaborées par une autorité (que ce soit un conseil des anciens ou un chef de village) de façon arbitraire face à de nouvelles circonstances. L'imaginaire contractualiste vient alors rendre encore moins perceptible le fait que le caractère asymétrique du pouvoir au sein de la communauté se trouve

masqué par la façon dont différentes fictions viennent légitimer la création des règles. Les fictions juridiques règlent en effet l'évolution des formes primitives de régulation sociale de façon à donner l'illusion que les nouvelles règles sont en réalité tirées des anciennes, afin de ménager la peur du changement qui est typique de telles communautés. C'est pourquoi l'antiquité ou le hasard (et probablement sa composante divine) sont des formes de justification qui donnent une légitimité à l'autorité en charge de la communauté et qui lui enlèvent son caractère à la fois arbitraire et novateur.

Qui plus est, la métaphore contractuelle, en insistant sur la façon dont les individus s'imposent explicitement des règles à eux-mêmes et aux autres, manque de rendre compte de ce qui rend possible l'obéissance des membres de la communauté aux règles de la coutume. L'idée du contrat implique en effet la possibilité pour les individus d'accepter de s'imposer à eux-mêmes une règle en échange de l'attitude réciproque chez les autres membres du groupe. Cette forme d'auto-contrainte, Maine la qualifie de « législation spontanée », afin de désigner la façon dont l'ensemble des individus d'un groupe se mettrait explicitement d'accord pour élaborer une règle et s'y soumettre. On peut alors parler « d'auto-législation », dans la mesure où, si légiférer implique d'imposer explicitement une règle nouvelle à un groupe d'individu, l'auto-législation désigne en revanche la façon dont ce processus pourrait se passer d'autorité extérieure qui pousserait les différents membres du groupe à se coordonner entre eux, notamment par la menace de sanctions. L'idée d'auto-législation est ici contenue dans l'expression de « législation spontanée » telle que Maine l'utilise, mais ce dernier terme implique également un second aspect : la possibilité pour un groupe d'individus de réviser consciemment et réflexivement les règles définissant leurs activités collectives afin de s'adapter à des circonstances changeantes (« l'invention de règles coutumières pour correspondre à des cas qui sont véritablement nouveaux »), le fait d'innover semblant en effet être compris dans l'idée même de législation en tant qu'activité³³⁸.

³³⁸ *Ibid.*, p. 116 :

I trust there is no presumption in my saying that in some of the most learned writers on the Mark, there seems to me too great a tendency to speak of the relations of the free chiefs of Teutonic households to one another as determined by what, for want of a more appropriate term, must be called spontaneous legislation. It is no doubt very difficult, in observing an Indian village-community, to get rid of the impression that the council of elders (...) occasionally legislates; and, if very strict language be employed, legislation is the only term properly expressing the invention of customary rules to meet cases which are really new. Yet if I may trust the statements of several eminent Indian authorities, it is always the fact or the fiction that this council merely declares customary law.

Ces remarques prennent place dans une réflexion plus générale sur la nature de la coutume et sur ce qui la différencie du droit. Pour Maine, si la coutume n'interfère que très peu avec le règne du chef de famille sur les siens, les règles qui encadrent les relations de ce dernier avec les autres chefs de famille sont nombreuses et précises, et ont principalement pour but de rendre possible la culture d'une terre partagée par les familles sur les terres de la communauté. Comme il a pu le souligner, il s'agirait d'une erreur de considérer le processus de création de ces dernières règles comme une étant le résultat d'un accord implicite ou explicite, comme le serait un contrat. L'idée de « législation spontanée » serait donc doublement fautive, en ce qu'elle impliquerait à la fois, comme nous venons de le voir, l'idée d'une adaptation consciente et immédiate à des circonstances nouvelles d'une part, et l'élaboration en commun de nouvelles règles que les individus membres du groupe s'imposeraient à eux-mêmes et aux autres au moyen d'un accord.

La « spontanéité » de ces règles face à de nouvelles circonstances n'en fait donc pas une forme « d'ordre spontané ». Elle décrit seulement une forme d'adaptation à des circonstances nouvelles, qui permet d'élaborer des règles nouvelles. On a cependant déjà relevé combien ce processus pouvait être conservateur selon Maine, et il rappelle ici une idée essentielle : le concept même de législation comme activité semble être ignoré par les communautés dont il parle, puisque le « conseil des anciens » ne prétend rien faire d'autre que « déclarer » la coutume, c'est-à-dire entériner des pratiques préexistantes, alors qu'il produit en réalité une règle nouvelle face à des circonstances nouvelles. Il s'agit d'une des « fictions » qui assurent la cohérence du corps social à une époque où l'adaptation à des circonstances nouvelles ne saurait être acceptée en tant que telle, à cause d'un refus systématique du changement. Ces fictions ont un fondement clair dans la réalité de l'évolution sociale pour Maine puisque ce dernier décrit la façon dont de nouvelles règles coutumières ne sont jamais, en définitive, élaborées *ex nihilo*, car de nouvelles circonstances sont systématiquement abordées au moyen de notions préexistantes. La façon dont le concept de primogéniture est apparu selon lui en est un exemple marquant, comme nous l'avons expliqué plus haut.

3.3.4. La coutume comme instinct ?

Des réflexions sur le système féodal, provenant de *Ancient Law* et donc antérieures à celles de *Village-Communities* présentées plus haut, permettent de comprendre davantage les implications de ces affirmations, notamment sur ce qui permet l'adhésion et l'obéissance des individus aux règles de la coutume. Elles permettent aussi de confirmer le lien constant que Maine établit entre ses réflexions sur la nature de la coutume et le thème de la propriété.

Maine relève les similitudes qui peuvent exister entre les fiefs médiévaux et les communautés, qui concernent d'ailleurs principalement l'exploitation de la terre et l'institution de la propriété collective. Comme la communauté de village, le fief médiéval prend la forme d'une communauté d'individus liés « organiquement », « dont les droits de propriété et les droits personnels sont inextricablement mêlés »³³⁹. On notera que cette phrase confirme que Maine ne considère pas que ces communautés sont placées sous un régime de propriété collective totale, dans lequel aucun droit individuel n'existerait. Surtout, l'idée qui ressort de cette expression est qu'il n'existe pas réellement de droit absolu à la propriété qui ferait du propriétaire un souverain en son domaine. Le fief médiéval garde quelque chose de la communauté de village, malgré toutes ses différences, en ce que la structure des droits de propriété prend davantage la forme d'un réseau de relations, où des intérêts individuels et collectifs se superposent et s'entre-limitent, plutôt que d'un ensemble de domaines individuels séparés. Aussi, bien que certaines formulations extrêmes de Maine, notamment dans *Ancient Law*, puissent pousser un lecteur hâtif à considérer que Maine nie l'existence même de droits individuels, ce passage confirme que sa pensée est plus subtile : si droits de propriété et droits individuels sont « inextricablement mêlés », c'est parce que les droits de chaque individu sont liés à un statut spécifique qui conditionne ces droits (possession, usage, location, héritage, etc.) vis-à-vis de la famille voire de la communauté tout entière, qui retient certains droits pour elle (en général, le droit de vente).

La comparaison des communautés de village avec les fiefs médiévaux permet de confirmer que le contrat ou toute forme d'accord inter-individuel implicite ou explicite n'est pas un moyen adéquat de décrire les relations qui caractérisent ces communautés. Le lien entre le seigneur et ses vassaux est d'ordre contractuel, on trouve une forme « d'engagement explicite » du premier envers les seconds. À l'inverse, les règles coutumières des communautés de village sont davantage implicites, et les membres de la communauté leur obéissent par instinct selon Maine³⁴⁰. Cette idée « d'instinct » ne signifie pas *a priori* que Maine défend une conception

³³⁹ *Ancient Law, op. cit.*, p. 365 :

A Fief was an organically complete brotherhood of associates whose proprietary and personal rights were inextricably blended together. It had much in common with an Indian Village Community and much in common with a Highland clan.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 365 :

But still it presents some phenomena which we never find in the associations which are spontaneously formed by beginners in civilisation. True archaic communities are held together not by express rules, but by sentiment, or, we should perhaps say, by instinct ; and new comers into the brotherhood are brought within the range of this instinct by falsely pretending to share in the blood-relationship from which it naturally springs. But the earliest feudal communities were neither bound together by mere

naturaliste de l'obéissance des individus aux règles coutumières, et la précision qu'il apporte ensuite semble le confirmer : il voit là plutôt une « habitude instinctive », qui se rapprocherait d'une seconde nature³⁴¹. Les règles et l'obéissance aux règles sont donc incorporées par les individus jusqu'à leur paraître naturelles et immuables, ce qui explique que de telles règles ne soient pas nécessairement des « règles explicites » comme peuvent l'être celles du droit coutumier écrit des fiefs médiévaux ou encore les règles du droit moderne. Cela justifie d'ailleurs que le rapport des individus à de telles règles est placé sous le signe du « sentiment », plutôt que celui d'une obéissance consciente, voire rationnelle, à une règle perçue explicitement comme étant le produit d'un rapport social.

Cette réflexion permet à Maine de décrire au passage la fonction que remplit la fiction selon laquelle tous les membres de la communauté, même ceux qui la rejoindraient bien après sa fondation, auraient des liens de parenté. Maine y voit donc une institution qui a un rôle spécifique à un moment donné de l'évolution des communautés de village : elle supprime le risque de déstabilisation qu'introduit l'arrivée d'étrangers, et assure une obéissance « instinctive » aux règles coutumières, obéissance rendue naturelle par le biais d'un artifice qui postule un lien biologique entre les membres d'une communauté. On décèle ici un fonctionnement spécifique des règles coutumières dans les communautés de village, notamment concernant les mécanismes de coercition. Dans cette perspective, le « sentiment » dont parle Maine est à la fois une manifestation de cette fiction et du lien de parenté qu'elle suppose et un moyen d'assurer la cohésion du groupe et l'obéissance de chacun à ses règles sans pour autant nécessiter d'autres formes de contrainte, et notamment pas la contrainte de la force que pourrait exercer une autorité extérieure à cette communauté ou à ses sous-groupes.

sentiment nor recruited by a fiction. The tie which united them was Contract, and they obtained new associates by contracting with them. (...)

It is therefore the sphere occupied in them by Contract which principally distinguished the feudal institutions from the unadulterated usages of primitive races.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 366 :

Hence flow the chief differences which forbid us to class the feudal societies with true archaic communities. They were much more durable and much more various; more durable, because express rules are less destructible than instinctive habits, and more various, because the contracts on which they were founded were adjusted to the minutest circumstances and wishes of the persons who surrendered or granted away their lands. (...) It is often said that the irregular and various contour of modern civilisation is due to the exuberant and erratic genius of the Germanic races (...) The truth is that the Empire bequeathed to modern society the legal conception to which all this irregularity is attributable ; if the customs and institutions of barbarians have one characteristic more striking than another, it is their extreme uniformity.

Qui plus est, une telle institution est particulièrement pertinente en ce qui concerne les droits de propriété : elle permet de maintenir l'idée d'une possession en commun de la terre malgré l'autonomisation progressive des familles qui constituent la communauté et l'avènement de la possession individuelle, et en dépit de l'ouverture de la communauté à des individus provenant de l'extérieur. Le « sentiment » et « l'instinct » dont parle Maine sont par exemple des outils utiles pour assurer que les membres de la communauté ne tentent pas de céder leurs terres en les vendant à des individus extérieurs. Or, Maine est justement contemporain d'une tension à ce sujet en Inde, où ces règles sont relâchées face aux pressions extérieures pour commercialiser la terre. De fait, les ventes inter-individuelles de propriétés terriennes s'accroissent sous la domination britannique, et leur augmentation a tendance à remettre en cause la cohésion interne des communautés concernées. C'est néanmoins précisément dans un tel contexte, où les structures coutumières sont déstabilisées, que leur mode de fonctionnement apparaît plus clairement.

Enfin, la distinction entre les fiefs médiévaux et les communautés de village permet à Maine de remettre en cause le préjugé selon lequel les particularités et les irrégularités des sociétés modernes sont héritées de l'époque des communautés de village. Maine considère toutefois que ce sont les règles élaborées explicitement par contrat, comme celle des fiefs médiévaux, qui sont les plus « variées », pour la même raison qu'elles sont plus « durables » : elles sont *explicitement* créées par les individus afin de correspondre à des *situations précises et distinctes*. Le fait qu'elles soient « ajustées aux circonstances les plus précises » en crée naturellement une grande variété, et donne aux individus davantage de possibilités quant aux façons de céder les droits de leur terre, ce qui devrait avoir pour conséquence logique, dans le système de pensée de Maine, d'accroître l'individualisation de la propriété.

Ces règles se multiplient donc, et elles le font dans un contexte où leur reconnaissance explicite par les acteurs concernés produit davantage de clarté normative, qui permet potentiellement de juger les conflits selon des règles plus stables. Inversement, les règles coutumières des communautés de village, parce qu'elles ne sont pas mises au point de cette façon, connaissent une uniformité supérieure. Or, si l'on renverse l'exemple proposé ci-dessus par Maine, qui est celui de la multiplication et de l'individualisation des règles liées à la propriété, on peut supposer que, selon lui, les règles qui caractérisent les communautés de village sont uniformes en ce qui concerne la propriété. C'est l'impératif de la culture en commun qui prime dans de telles communautés, et l'ensemble des règles qui l'encadrent est réduit à cet impératif, qui ne prend pas en compte les situations individuelles et ne permet pas l'innovation que l'élaboration des règles sur un mode contractuel rend possible.

3.3.5. Quelques conclusions

La coïncidence systématique des réflexions sur la propriété et des tentatives de définition de la nature et des fondements de la coutume met en valeur le fait que le problème de la propriété et de la gestion des ressources conditionne la façon dont Maine conceptualise la coutume. Il a souligné, comme nous l'avons vu, le caractère conservateur de la coutume, bien avant d'évoquer la façon dont de nouvelles règles coutumières peuvent être élaborées avec une relative spontanéité face à des circonstances nouvelles, et notamment face au besoin de repenser la gestion des ressources. On pourrait voir ici une contradiction, mais il faut plutôt y percevoir la volonté de Maine de déceler une tension inhérente à toute forme d'innovation dans le domaine de la régulation sociale, d'autant plus lorsqu'il s'agit de la coutume. Cette tension sera d'autant plus claire que l'on étudiera le rapport complexe que Maine établit entre l'élaboration des nouvelles règles et l'évolution des conditions socio-économiques. La description de cette tension va conduire Maine à proposer une critique de certains présupposés de l'économie politique et du droit, notamment sur la question de la propriété.

De plus, les passages étudiés ci-dessus, arrachés au contexte de l'œuvre de Maine qui est celui d'une mise en perspective critique des catégories politiques héritées de Austin, Bentham, et originellement de Hobbes, soulèvent davantage de questions qu'ils n'apportent de réponses quant à la nature de la coutume et, par comparaison, de celle du droit. Cette ébauche de définition de la nature et du fonctionnement de la coutume prend son sens uniquement s'il est lu comme une critique de ces auteurs et notamment de la définition qu'ils proposent de la souveraineté et par extension du droit, ainsi que comme un dialogue avec l'économie politique de son temps. Or, cette critique est proposée dans un ouvrage ultérieur à *Village-Communities*, les *Lectures on the Early History of Institutions*. Il est donc important d'étudier la façon dont cette critique évolue dans l'œuvre de Maine jusqu'à atteindre une certaine forme de maturité, après avoir compris, comme nous venons de le faire, que la question de la propriété était la clef de lecture principale permettant à Maine de saisir les traits caractéristiques de la coutume et en quoi ils diffèrent de ceux du droit.

Or, comme nous avons essayé de le voir antérieurement, il ne s'agit pas là d'un simple accident lié à l'importance de la question de la propriété dans la gestion de l'Inde coloniale, ni même une simple conséquence de l'omniprésence d'une telle question dans la pensée politique, sociale et juridique du XIX^e siècle, notamment dans sa seconde moitié. Comme nous avons tâché de le montrer, une tradition philosophique qui remonte (au moins) à Hobbes a créé une association entre souveraineté, droit, force et garantie des droits de propriété. C'est l'opposition systématique de cet ensemble de concepts à l'anarchie entendue comme chaos pur et simple qui

fait de toute réflexion sur les ordres normatifs alternatifs au « Léviathan » une réflexion sur la façon dont il est possible de garantir des droits essentiels à la stabilité sociale comme les droits de propriété sans collusion systématique entre droit et force, du moins pas sur le modèle des institutions juridico-politiques modernes. Il s'agit notamment d'une réflexion menée par Mill dans ses *Principes d'économie*.

Toutefois, avant d'en venir à une mise en contexte du propos de Maine vis-à-vis de ses contemporains ou de ses prédécesseurs, il nous faut nous pencher sur la question de la définition de la propriété comme faisceau de droits, qui marque la véritable originalité de la pensée de Maine, et qui construit un lien à la fois avec ses contemporains comme Mill et Émile de Laveleye, mais aussi avec les études contemporaines qui s'intéressent aux communs. Comprendre ce qui se dissimule derrière cette idée de propriété comme faisceau de droits nous permettra de saisir que l'œuvre de Maine propose une conception alternative de la propriété qui, si elle peut faire toute sa place à la propriété individuelle et privée, s'oppose toutefois à l'idée d'une propriété conçue comme domaine absolue de l'individu souverain sur ses biens. Le chapitre suivant poursuit donc le travail « microscopique » de sa partie, qui se concentre sur la façon dont la focalisation de Maine sur les communautés de village, plutôt que sur des lois générales d'évolution des sociétés, permet une conceptualisation renouvelée et conjointe de la coutume et de la propriété.

Quatrième chapitre

La propriété comme faisceau de droits :
patrimoine contre maîtrise souveraine

4.1. Maine, « inventeur » de l'idée de propriété comme faisceau de droits ?

4.1.1. Remarques introductives

En 1996, James E. Penner affirme que le « paradigme dominant » de la propriété comme faisceau de droits n'est en réalité absolument pas un « modèle explicatif » mais en représente plutôt l'absence. Il n'y aurait derrière cette idée, selon lui, « aucune thèse ou aucun ensemble clair de proposition »³⁴². En 2011, Daniel B. Klein et John Robinson inauguraient un colloque sur la question de la propriété comme faisceau de droits avec comme objectif principal de se concentrer sur de telles critiques à l'encontre d'un paradigme qu'ils reconnaissent comme étant devenu omniprésent³⁴³. Ils soulignent alors le caractère extrêmement vague de cette notion, mais dont les connotations sémantiques ont deux conséquences principales : le terme « *bundle* », peut-être encore plus que faisceau en français, évoque *un ensemble fini d'objets séparément identifiables*, qui auraient été rassemblés *intentionnellement* par quelqu'un³⁴⁴.

Les deux auteurs ont eu l'idée de vérifier les occurrences de l'expression « *bundle of rights* » dans la base de données la plus complète possible, le Google NGram, outil qui permet d'obtenir un graphique complet des occurrences d'un terme dans une langue donnée, base de données établie grâce à l'accès donné à Google, par certains pays, à un nombre immense d'ouvrages dans leur version numérisée. En France par exemple, la base en question inclut, entre autres, l'ensemble des ouvrages conservés par Gallica. Ces deux auteurs constatent que l'expression en tant qu'entité propre apparaît dans les années 1880, et n'est pas corrélée à l'apparition de l'expression « *a bundle of* » auquel on ajouterait d'autres termes. Leur interprétation de l'émergence du terme est la suivante : jusque dans les années 1880, l'idée de propriété comme maîtrise souveraine et absolue de l'individu sur un bien était le paradigme dominant, paradigme qui se trouve renversé à l'approche du XX^e siècle. Pour eux, l'expression « faisceau de droits » devient à la mode à l'âge de l'expansion de la démocratie et du collectivisme. Autour de 1900, la culture montante du collectivisme avait besoin de détrôner sa rivale, la « culture libérale classique ». En quoi l'idée de propriété comme faisceau de droits le permettrait selon eux ? Elle présenterait l'intervention de l'État, non comme une violation du droit de propriété, mais comme le fait de « réarranger ou de redéfinir le faisceau », contournant par là même l'idée d'un droit de propriété de l'individu opposable à tous, y compris le pouvoir en place.

³⁴² James E. Penner, « The 'Bundle of Rights' Picture of Property », *UCLA Law Review*, 1996, 714.

³⁴³ Daniel B. Klein et John Robinson, « Property : A Bundle of Rights ? Prologue to the Property Symposium, *Econ Journal Watch*, 8 (3), Septembre 2011, p. 193-204.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 193.

Daniel Klein et John Robinson remarquent très justement que la notion de propriété comme « faisceau de droits » apparaît avant le XX^e siècle, mais ils ne précisent pas exactement quand ni dans quelle(s) œuvre(s). Un tel flou sur l'origine de ce concept n'est pas pourtant pas surprenant. En 2007, Denise R. Johnson, juriste et juge à la Cour Suprême de l'état du Vermont jusqu'en 2011, admettait par ailleurs que « personne n'est certain de la provenance des termes 'faisceau de branches' ou 'faisceau de droits' »³⁴⁵. Dans le monde anglo-saxon, ce concept est en effet prégnant à tel point qu'il est souvent considéré comme une définition acquise et commune de la propriété en général, que finalement peu thématise, surtout d'un point de vue historique. Lorsque le concept est discuté, il est fréquent de renvoyer à l'article d'Anthony M. Honoré datant de 1961, « Ownership », qui propose en effet une décomposition des différents droits qui composeraient la propriété, droits que l'on retrouve d'ailleurs dans la littérature sur les communs³⁴⁶. Il est toutefois impossible d'attribuer la paternité de ce concept à un écrit si tardif, notamment parce qu'il semble lui-même renvoyer à une idée qui n'est pas la sienne, même si la définition proposée correspond exactement à ce que l'on apprécie autant que ce que l'on peut aujourd'hui reprocher au concept de faisceau de « droits », *l'éparpillement* voire *l'éclatement* de l'institution de la propriété :

(...) bien qu'elles puissent être suffisantes, les caractéristiques incidentes du droit de propriété dont il est fait mention ne sont pas des conditions nécessaires, individuellement, pour que la personne en question soit désignée 'propriétaire' d'une chose en particulier dans un système donné.

(...) La propriété comprend le droit de posséder, d'user et le droit d'administrer la chose et d'en récolter les fruits, le droit de disposer de la chose, le droit à la sécurité, les droits liés à la transmission d'héritage et ce qui en découle, l'absence de limite temporelle au droit de propriété, l'interdiction de tout usage dangereux de la chose, l'obligation de s'acquitter de ses dettes ainsi que la possibilité que ces droits soient préemptés ou cédés à d'autres. Cela fait onze caractéristiques incidentes. Bien évidemment, il y a des moyens alternatifs de les classer. Qui plus est, la tendance est à parler de la propriété comme si elle n'était qu'un *faisceau de droits*. Dans ce cas, au moins deux éléments de cette liste ne devraient pas être mentionnés.³⁴⁷

³⁴⁵ Denise R. Johnson, « Reflections on the Bundle of Rights », *Vermont Law Review*, 32, p. 247 : « nobody is sure where the terms 'bundle of sticks' and 'bundle of rights' came from ».

³⁴⁶ Anthony M. Honoré, « Ownership », in *Oxford essays in jurisprudence*, 1961, vol. 107, p. 107-147.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 107. Nous traduisons :

(...) the listed incidents are not individually necessary, though they may be together sufficient, conditions for the person of inherence to be designated 'owner' of a particular thing in a given system.

(...) Ownership comprises the right to possess, the right to use, the right to manage, the right to the income of the thing, the right to the capital, the right to security, the

Il ne fait donc pas de doute que cette formulation a été importante dans la popularisation de ce concept, mais elle ne saurait en être l'origine. Les contributions les plus érudites en proposent une autre : un certain John Lewis, qui développe l'idée de propriété comme faisceau de droits dans un ouvrage écrit en 1888 qu'il consacre à la notion de « domaine éminent » aux États-Unis. John Lewis ne mentionne le concept qu'une seule fois, au détour d'un développement, et ne semble pas du tout y voir quelque chose de novateur puisqu'il considère que même « l'individu le moins vif sait et comprend que la propriété qu'il a d'une chose est un faisceau de droits »³⁴⁸. Le thème même de l'ouvrage est révélateur sur la perception ultérieure de la notion, puisqu'elle est ici inscrite au sein d'une réflexion sur les possibilités de l'intervention étatique sur la propriété des individus, puisqu'il s'agit ici d'un chapitre sur les *takings*, sujet principal du Vème amendement de la Constitution des États-Unis. Or, il est courant de renvoyer à cet auteur à ce sujet. Jason Brennan et Peter Jaworski font ainsi référence à l'article « Property » de David Schmitz, dans rien de moins que le *Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*³⁴⁹.

L'outil utilisé par Daniel Klein et John Robinson, le NGram de Google, est fort heureusement très précis : il permet, année par année, d'afficher exactement d'où proviennent les occurrences d'un terme ou d'une expression. L'expression de « *bundle of rights* », dans la langue anglaise, n'apparaît pas tout à fait dans les années 1880, moment où en effet elle semble se populariser, mais bien plutôt dans les années 1860. Plus précisément, la première occurrence du terme remonte à *Ancient Law* de Henry Sumner Maine. Or, nous avons déjà pu noter combien l'œuvre Maine avait été lue à son époque. *Ancient Law* est un incontournable et rares sont les intellectuels anglais et même européens qui ne le lisent pas à l'époque. Montrer une filiation conceptuelle directe n'est toutefois pas l'objet de cette étude. Toutefois, notons une première idée : il nous semble peu probable que l'idée telle qu'on la trouve chez Maine soit une défense du collectivisme démocratique et de l'intervention de l'État contre les intérêts des propriétaires. Lui attribuer de tels propos serait étonnant, tant Maine est aussi connu pour ses propos

rights or incidents of transmissibility and absence of term, the prohibition of harmful use, liability to execution, and the incident of residuary ; this makes eleven leading incidents. Obviously, there are alternative ways of classifying the incidents ; moreover, it is fashionable to speak of ownership as if it were just a bundle of rights, in which case at least two items in the list would have to be omitted.

³⁴⁸ John Lewis, *A Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States*, 1909 (1888), 3^e éd., Gallagher and Company, Chicago, p. 55 : « The dullest individual among the people knows and understands that his property in anything is a bundle of rights ».

³⁴⁹ Jason Brennan et Peter M. Jaworski, *Markets without limits*, Routledge, 2016, New York, p. 26-27 et David Schmitz, « Property » in George Klosko (dir.), *Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*, p. 599-610, Oxford University Press, New York, 2013.

relativement « démophobes » dans *Popular Government*. Maine lui-même était bien un libéral classique, qui croyait fermement au fait que l'avènement de la propriété individuelle privée est directement lié au progrès des sociétés humaines. Maine s'inscrit bien toutefois dans un débat sur les origines de la propriété, et il est particulièrement instruit de la littérature historique qui inspire les thèses collectivistes, il soutient lui-même l'idée d'une forme de collectivisme primitif, quoique cette idée mérite d'être nuancée, avec les « communautés de village ». De fait, comme nous tâcherons de le montrer, il est certain que Maine opère une généalogie critique de l'idée de propriété comme maîtrise souveraine, dont l'apparition serait selon lui tardive, et que l'on ne pourrait pas considérer comme un droit naturel.

Bien évidemment, les idées de Maine ont pu être utilisées sans respect pour ses intentions, ce qui est d'ailleurs le cas, comme nous chercherons aussi à le montrer, Mill se les approprie. Nous ne rejetons donc pas en bloc le constat décrit ci-dessus. Toutefois, il nous semble que resituer cette idée dans son contexte d'origine est, tout d'abord, valable en soi, mais que cela peut aussi jeter une lumière nouvelle sur le sens réel de cette expression, et permettre de remettre en cause l'idée qu'il n'y a pas de théorie derrière elle, pas d'ensemble cohérent de proposition, et qu'il ne s'agit, en définitive, que d'un ensemble vide. Nous souhaitons d'ailleurs montrer que la conceptualisation que Maine propose de la propriété comme faisceau de droits résonne fortement avec son utilisation contemporaine dans la littérature sur les communs, notamment par Elinor Ostrom. Or, des communautés de village aux communs, la notion de « faisceau de droits » n'a finalement rien à voir avec une défense habile de l'interventionnisme étatique et du « domaine éminent » de l'État : elle désigne un type d'organisation sociale spécifique, lié à la gestion collective de ressources sur un territoire défini.

En français, un usage juridique de « faisceau de droits » semble apparaître aussi dans les années 1850-60, avec une première occurrence constatée par Google NGram en 1824, une autre en 1853, avec quelques occurrences entre temps³⁵⁰. Une référence plus significative date de 1869, où c'est l'autorité paternelle qui est qualifiée de « faisceau de droits »³⁵¹. Dans la

³⁵⁰ Voir Sander Lottzbeck, *Sur l'état et la capacité des étrangers*, De Gueffier, Paris, 6 mai 1824, p. 23. Dans cet ouvrage, le concept de faisceau de droits paraît secondaire et n'est pas directement lié à la propriété. Voir aussi, Amans Alexis Monteil, *Histoire des Français des divers états ; ou, Histoire de France aux cinq derniers siècles*, V. Lecou, Paris, 1853, p. 258. Là aussi, le concept de faisceau de droits apparaît bien secondaire et n'est pas thématiquement lié avec la propriété.

³⁵¹ Voir l'article de Charles Brocher, « K-S. Zachariae. Sa vie et ses œuvres », *Revue historique de droit français et étranger*, Paris, Auguste Durand et Pedone-Lauriel, 1869, p. 570. Il est question de l'autorité paternelle comme « indissoluble faisceau de droits », argument censé permettre à l'auteur de contredire une division proposée par Zachariae. À d'autres endroits, l'auteur utilise « universalités », là aussi pour parler du patrimoine d'une personne (« Le patrimoine d'une personne est, sans contredit, la plus importante des universalités. ») qui est donc une traduction littérale du latin et n'utilise « faisceau de droits » qu'à ce seul endroit. Plus tôt, p. 558, l'auteur affirme qu'une personne est « le centre et la base de tout un ensemble de droits et d'obligations qui constituent son

mesure où Maine utilise « *bundle of rights* » comme la traduction de l'*universitas juris*, on peut supposer que c'est de l'idée d'*universitas juris* et son utilisation au XIX^e siècle, notamment en ce qui concerne la question du patrimoine, que proviennent autant le « faisceau de droits » que le « *bundle of rights* ». La notion de faisceau de droits prend un sens spécifique lorsqu'elle est liée à une analyse de l'histoire des droits de succession, mais elle n'est pas strictement liée à la propriété. On notera d'ailleurs que la traduction française de l'œuvre de Maine, en 1874, est aussi l'une des premières références de l'utilisation de ce terme³⁵². L'explosion de l'étude du droit romain semble donc avoir rendu courante cette expression, qui est traduite progressivement en anglais et en français mais n'atteint vraiment le rang de définition spécifique de la propriété que dans les années 1860 et 1870, lorsqu'elle est liée, possiblement par Maine, à une réflexion sur le patrimoine qui permet de contester l'idée de propriété comme maîtrise souveraine. Nous n'affirmons donc pas que Maine est l'inventeur de cette expression, à moins que l'on ne comprenne le terme au sens de celui qui trouve et donne à voir au reste du monde. Dans les limites temporelles et matérielles de notre travail, une telle exploration ne nous paraissait pas possible, bien qu'elle soit souhaitable, d'autant plus que Maine fait un usage ponctuel de la notion et qu'il ne la présente pas comme sa propre découverte.

Cela peut s'expliquer, comme nous tâcherons de le montrer, par le fait qu'il est fortement probable que Maine tienne le sens qu'il donne à ce concept de sa lecture de Savigny, qu'il aurait toutefois interprété à la lumière de ses propres intérêts. Dans *Ancient Law*, en effet, après cinq premiers chapitres que l'on peut considérer comme introducteurs au propos général, Maine amorce une réflexion plus technique sur l'histoire de la propriété, qui va s'étendre principalement entre les chapitres VI, VII, VIII et IX. De façon surprenante, son investigation concernant l'histoire ancienne du concept de propriété n'arrive qu'au chapitre VIII, le chapitre VI proposant une histoire des successions et de la notion de testament. Dans les chapitres VI, VII et VIII, les seules références que l'on trouve sont faites à Hobbes, Bentham, Blackstone et Savigny. Ce dernier est même le seul, avec William Blackstone, à être analysé avec précision, et pas seulement sous le registre de la vague mention. De plus, Blackstone est cité pour être critiqué, alors que Savigny vient en renfort de l'interprétation que Maine propose de l'histoire du droit romain.

patrimoine ». Certaines de ces obligations concernent ce qui dépasse la personne dans le temps, d'où des obligations envers la famille et les règles de la succession héréditaires. On notera le fait que l'auteur met en balance, d'un côté, les droits réels de la personne et de l'autre, les obligations qui pèsent sur elles, qui se manifestent particulièrement lors des affaires de succession. Il y a là un intéressant parallèle à faire avec Maine.

³⁵² Maine, *L'Ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, J.-G. Courcelle-Seneuil (trad.), Guillaumin, Paris, 1874.

On ne sera alors pas surpris de constater que lorsque Savigny fait une liste des outils juridiques principaux du droit romain, la succession est le premier qui est cité³⁵³. La propriété n'est toutefois pas qualifiée de « faisceau de droits » par Savigny, et ce dernier n'utilise apparemment pas d'expression similaire. Nous formulons donc l'hypothèse que Maine ait pu s'inspirer des propos de Savigny sur le droit romain, tentant d'en prolonger certaines conclusions en « remontant le temps » grâce à d'autres corpus plus anciens ou bien celui de droits ayant conservé, selon lui, les traits du droit ancien. Ce sont notamment les idées sur la succession dans le droit romain le plus ancien et le droit « primitif » qui fourniraient à Maine une conception alternative de la propriété à celle de la maîtrise souveraine, conception que l'on peut qualifier de *patrimoniale*³⁵⁴.

4.1.2. Testaments, successions et faisceau de droits

L'idée de propriété comme faisceau de droits apparaît ainsi au chapitre VI d'*Ancient Law*, immédiatement après le chapitre consacré à la *Patria Potestas* dont l'analyse conduit Maine à formuler sa fameuse loi de passage des sociétés du statut au contrat. Son analyse de l'institution de la *Patria Potestas* lui permet en effet de démontrer que, dans le droit romain le plus ancien, femmes, enfants et esclaves ensemble n'avaient de droits que déterminés indirectement par leur statut, c'est-à-dire leur rattachement à un père de famille, et que le droit romain lui-même aurait connu une décomposition progressive de l'institution ayant pour conséquence l'autonomisation des droits des individus, notamment des femmes. C'est ce mouvement qu'il illustre la loi de passage du statut au contrat.

C'est immédiatement après cette conclusion, et après la formule la plus citée de l'œuvre de Maine, que ce dernier propose une réflexion sur les formes primitives de testament. Il peut paraître étrange de s'intéresser à quelque chose d'aussi spécifique et apparemment d'aussi secondaire après tant de généralisation, si l'on ne postule pas que les chapitres I à V, souvent les seuls que l'on lit dans *Ancient Law*, n'ont pour vocation que de poser un cadre général. L'étude que veut proposer Maine commence vraiment *au-delà* du droit romain, comme il l'affirme d'ailleurs de manière répétée dans la seconde partie de son ouvrage. En effet, son propos sur le concept de propriété occupe bien principalement la seconde partie de l'œuvre, et il commence par cette réflexion sur l'histoire des successions et des testaments avec, au chapitre VI « The early history of testamentary succession » et chapitre VII « Ancient and modern ideas

³⁵³ Carl Friedrich von Savigny, *Traité de droit romain*, M. Ch. Guenoux (trad.), Firmin Didot, Paris, 1856, III, CV, p. 8.

³⁵⁴ Nous suivons ainsi l'usage de Mikhaïl Xifaras dans *La Propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004.

respecting wills and successions », que l'on doit donc considérer comme des préludes au chapitre VIII « The early history of property ». C'est au sein de ces préludes que Maine accomplit le geste qui lie sa conception de la propriété à l'histoire des droits de succession et donc à la notion de « faisceau de droits ». C'est en conceptualisant la propriété à travers les catégories du droit des successions et en y ajoutant ses observations sur les droits indiens, germaniques et les autres corpus qu'il utilise, que Maine propose une histoire de l'évolution de l'institution ayant pour point de départ une conception essentiellement patrimoniale des rapports de propriété.

Contentons-nous pour le moment de citer le passage suivant, avant de procéder ultérieurement à une analyse détaillée de son sens :

La communauté de village prend, dans sa forme la plus simple, l'aspect d'une assemblée de copropriétaires, un ensemble d'individus apparentés possédant un domaine en commun. La communauté est toutefois davantage qu'une confrérie d'individus liés par le sang ou qu'une association de partenaires. C'est une société organisée qui, au-delà d'assurer la gestion d'un fonds commun, manque rarement de s'occuper, grâce à une équipe complète de fonctionnaires, du gouvernement, de la police, de l'administration de la justice et de la répartition des impôts et des charges publiques.³⁵⁵

Les réflexions de Maine sur les communautés de village n'ont pas pour seul but d'affirmer que la propriété était originellement collective, avant de s'individualiser progressivement. On ne saurait réduire le propos de Maine au débat, brûlant dans la seconde moitié du XIX^e siècle, qui cherche à déterminer qui, de la propriété individuelle ou de la propriété collective, aurait la précedence historique *et* conceptuelle. En effet, les aspects les plus intrigants de cette description des communautés de village tiennent plutôt dans sa qualification comme « fonds commun » dont le chef serait responsable de la « gestion » et dont les autres membres occuperaient des postes semblables à ceux de « fonctionnaires ». Aucun individu, pas même le chef de famille, n'a les pleins pouvoirs dans la communauté de village. Le chef n'est que le *légataire universel* des biens qui appartiennent à un fonds, celui de la communauté, qu'il ne saurait gérer

³⁵⁵ *Ancient Law, op. cit.*, p. 262 :

Such an assemblage of joint proprietors, a body of kindred holding a domain in common, is the simplest form of an Indian Village Community, but the Community is more than a brotherhood of relatives and more than an association of partners. It is an organised society, and besides providing for the management of the common fund, it seldom fails to provide, by a complete staff of functionaries, for internal government, for police, for the administration of justice, and for the apportionment of taxes and public duties.

comme un propriétaire qui serait maître et souverain de la chose. En cela, il ne détient pas la totalité de l'*usus*, de l'*abusus* et du *fructus* des biens du fond.

4.1.3. Patrimoine contre maîtrise souveraine

Le travail de Mikhaïl Xifaras, bien qu'il soit consacré à une précieuse clarification conceptuelle concernant la doctrine *française* du XIX^e siècle, peut toutefois éclairer considérablement le propos de Maine, notamment dans ses réflexions sur la conception de la propriété comme appartenance patrimoniale, à distinguer de l'idée de propriété comme maîtrise souveraine³⁵⁶. Les références de Maine ne sont en effet pas réellement éloignées de celles des juristes français auxquels M. Xifaras fait référence et qui écrivent à la même époque que Maine. Celui-ci a d'ailleurs connaissance des travaux des juristes du vieux continent, Savigny en premier, mais les français ne sont pas en reste. Une partie des réflexions de Maine sur la propriété concerne d'ailleurs le Code Civil de 1804, et son travail s'inscrit dans la longue tradition des commentaires du droit romain, plutôt que dans celle de la *common law* britannique. De plus, si Maine a pour objectif de remettre en cause l'idée de propriété individuelle absolue et exclusive, les débats des juristes français au XIX^e siècle le préoccupent assurément.

Le travail de M. Xifaras a le grand intérêt d'exposer comment des paradigmes distincts et *a priori* irréconciliables ont pu émerger dans la doctrine française de la seconde moitié du XIX^e siècle. Le premier paradigme analysé fait également l'objet des attaques de Maine : l'idée de propriété comme maîtrise souveraine, comme *domaine* de l'individu sur la chose. En effet, les juristes français, à la même époque que Maine, s'efforcent de donner une cohérence à l'idée selon laquelle la propriété est un droit exclusif et absolu qu'une personne aurait sur des choses matérielles, commentant notamment l'article 544 du Code civil³⁵⁷. Cette conception se fonde sur un socle qui n'est pas questionné : la *summa divisio* entre les biens et les personnes, perçue comme découlant du droit romain. Il est fondamental pour un tel paradigme de poser le droit de propriété comme un droit strictement *réel*, c'est-à-dire opposable *erga omnes*, et de rejeter au-delà de lui toute obligation liée à une personne en particulier, qui ferait de lui un droit *personnel*. Le droit de propriété est ainsi absolu parce qu'il considère exclusivement la personne et son rapport à la chose, alors que tout droit sur un bien qui s'inscrirait dans un rapport à

³⁵⁶ M. Xifaras, *La propriété*, *op. cit.*, p. 19, pour une présentation générale des trois modes de conceptualisation de la propriété. Voir chap. 1-2-3 pour les développements qui nous intéressent sur la propriété comme maîtrise souveraine. Concernant la conception patrimoniale de la propriété, nous renvoyons à la deuxième partie de son ouvrage.

³⁵⁷ Article 544 du *Code Civil*, 6 février 1804 : « 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. ».

d'autres personnes ne saurait être absolu. L'une des raisons pour lesquelles cette idée est essentielle est qu'il faut distinguer le droit de propriété postrévolutionnaire de celui du régime féodal, dans lequel les droits de propriété conféraient des obligations personnelles, système désormais perçu comme étant à la source de la domination qui lui est caractéristique. C'est le sens qu'aurait, dans un tel paradigme, l'absoluité de la propriété telle qu'elle est affirmée dans l'article 544 du Code civil : la propriété n'est pas un droit relatif à d'autres personnes, mais bien un droit *absolu*, qui fait du propriétaire le maître, le *souverain* de la chose, sur laquelle il peut exercer librement et entièrement son *domaine*. Or, les réflexions que nous avons déjà menées, notamment celles du chapitre précédent, montrent déjà que Maine considère que le droit de propriété individuelle, s'il existe, est originellement et strictement un droit personnel.

Ce domaine est-il véritablement absolu, quand il peut être scindé en plusieurs morceaux comme c'est le cas lorsque l'usufruit est confié à une personne qui n'est pas le propriétaire ? Certes, Charles Demolombe qualifie la propriété de « faisceau de tous les droits réels possibles » sur la chose, mais cette définition intervient immédiatement après avoir rappelé que « la propriété, la pleine et parfaite propriété, confère au maître sur sa chose, d'une manière absolue et exclusive, tous les droits dont cette chose est susceptible ; la propriété, c'est le *faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose* (art. 544) »³⁵⁸. On ne manquera pas de noter l'utilisation conjointe de l'idée de faisceau de droit et de celle de propriété individuelle absolue, datant d'un peu moins de dix ans plus tard que celle de Maine.

M. Xifaras montre que cette conception du droit de propriété est en effet toujours menacée par les « démembrement[s] » vers lesquels la réalité pratique semble la faire tendre, tendance que contredisent les efforts de la doctrine de l'époque³⁵⁹. En effet l'usufruit est aussi absolu au sens où il s'agit d'un droit réel. Il est aussi en un autre sens : celui où le droit de propriété se confond avec un pouvoir physique complet sur la chose. Il demeure néanmoins temporaire, car il a pour vocation de redevenir complet et de tourner dans les mains de celui qui a un titre de propriété et l'*abusus* de la chose. De plus, le propriétaire et l'usufruitier ne forment pas une *communauté* et ne sont pas en cela liés par des obligations directement l'un envers l'autre, mais uniquement à travers la chose qui, elle, reste indivisible, bien que le droit de propriété puisse subir un tel « démembrement » d'une façon qui reste toutefois strictement temporaire. L'usufruitier n'a aucun droit d'*abuser* de la chose, qui est réservé au propriétaire et paraît constituer le caractère absolu du domaine, car il s'agit même d'un droit de détruire la chose.

³⁵⁸ Charles Demolombe, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Paris, Durand, 1870, n. 532, p. 353. Nos italiques.

³⁵⁹ M. Xifaras, *La Propriété*, *op. cit.*, p. 77.

L'*abusus* est d'ailleurs ce qui permet au propriétaire de disposer librement de sa propriété à sa mort, puisque la liberté testamentaire lui permet de le faire. Son domaine est donc aussi absolu dans le sens où il est *perpétuel*, et peut durer au-delà de sa propre existence, puisque ses volontés peuvent être exécutées même après sa mort via le testament. On trouverait alors dans l'*abusus* et ses conséquences la marque et le refuge de l'emprise absolue de la volonté du propriétaire sur la chose³⁶⁰. C'est à ce paradigme que Maine va adresser ses critiques, et qui se résume aux mots qu'il tire de Blackstone : la propriété comme « domaine permanent », qui assure l'appropriation par l'individu de, « non pas seulement de l'usage immédiat de la chose, mais de sa substance même »³⁶¹.

Bien évidemment, ce paradigme rencontre des limites. C'est le cas par exemple de la mitoyenneté, ou des « propriétés non exclusives » comme peut notamment l'être un champ sur lequel une communauté d'éleveurs ferait paître leur bétail, exemple qui ne manquera pas de hanter la littérature sur la « tragédie des communs »³⁶². On relève ainsi une tendance à faire du droit de propriété, s'il est absolu, un droit *exclusif*. Non seulement le lien entre la chose et le propriétaire ne saurait être grevé d'obligations personnelles, mais encore le véritable propriétaire, en tant qu'il est propriétaire absolu, ne peut se voir privé sans son consentement d'une quelconque part du bien. Celui qui est propriétaire, c'est justement celui qui prive les autres individus d'une quelconque jouissance de la chose, car la propriété ne peut être absolue que si elle est à la fois exclusive et privative³⁶³. Quid de la propriété des choses « en commun » ? Si toute propriété est privative, alors elle est le contraire même du commun, qui lui est l'absence de droits. La propriété en commun ne peut dès lors se concevoir que de deux façons : soit comme un partage de parts égales, où chacun a des droits exclusifs sur une portion de la chose, soit comme une propriété qui demeure exclusive, mais cette fois à l'égard d'autres, extérieurs à l'association, qui en sont exclus. Même dans ce second cas, les droits de chaque membre sont des droits à une part privative des jouissances de la chose³⁶⁴.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 126 et 116.

³⁶¹ *Ancient Law, op. cit.*, p. 252.

³⁶² M. Xifaras, *La Propriété, op. cit.*, p. 155 et p. 138.

³⁶³ Voir C. Demolombe, *op. cit.*, IX, n. 550, p. 469 : « Le droit de propriété ne serait pas absolu, s'il n'était pas exclusif, et s'il pouvait être entravé ou diminué par le fait d'un tiers. », cité par M. Xifaras, *op. cit.*, p. 134. Le commentaire de M. Xifaras est le suivant : « ni lui, ni aucun de ses collègues d'ailleurs, ne parviennent à penser qu'un tiers puisse user et jouir d'une chose sans retirer des utilités de cette chose, et que ce retrait réduit (ou entrave) le droit de propriété (...) c'est le propriétaire qui légitimement prive tous les autres de ces services et avantages. Le droit est privatif parce qu'exclusif, parce qu'absolu. ».

³⁶⁴ D'où le fameux article 815 du *Code Civil* : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention. »

Maine utilisera un argument historique contre la naturalisation de cette conception du droit de propriété, qu'il défend au demeurant : la propriété est originellement de forme collective. Toutefois, le collectif en question n'est pas n'importe quel ensemble d'individus : il s'agit de la communauté formée, réellement ou par fiction, par les membres d'une même famille. Dans ce cadre, la propriété est un *patrimoine*, que le chef de famille a seulement en gestion, avec des prérogatives supérieures aux autres, mais somme toute limitées. Or, le droit de propriété tel qu'il est envisagé par le droit des successions semble bien contredire en de nombreux points l'idée que la propriété désigne la maîtrise absolue de l'individu sur les choses qui lui appartiennent. En effet, si ce droit est absolu, ne devrait-il pas assurer une liberté testamentaire totale ? Or, avoir un patrimoine impose de nombreuses obligations à l'individu, notamment envers ses héritiers. En d'autres termes, ses droits sont corrélatifs de devoirs. De fait, « le propriétaire du patrimoine n'en est pas le maître », en tant qu'il est soumis à la fonction du droit de succession : assurer la continuité de la famille³⁶⁵. Sans se limiter aux questions de succession, le patrimoine est bien le lieu où la distinction entre droits réels et droits personnels se fait ténue, car il désigne à la fois les biens du propriétaire, mais aussi toutes ses dettes. Ses biens sont en effets composés d'« actifs » comme de « passifs », considérés comme faisant partie intégrante d'un tout indistinct. Droits et devoirs envers autrui sont concentrés dans cette notion, que l'on trouve résumée dans la courte phrase de l'article 2092 du Code civil : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

Du point de vue de la succession de nouveau, cela implique que les héritiers puissent se voir transférer l'ensemble des droits et des obligations d'une personne, rôle permis par l'outil juridique que constitue l'*universitas juris*. Si le patrimoine est « l'ensemble des biens d'une personne considérée comme formant un tout », alors il est un « complexe de normes juridiques » qui se trouve être « l'expression type d'une espèce surprenante d'êtres juridiques – l'*universitas juris* (...) »³⁶⁶. Le terme même de *patrimoine* nous rappelle que le concept désigne avant tout les biens du père, le *pater*, comme *chef de famille*, liant ainsi les droits réels sur la chose à un *statut*³⁶⁷. Ernst Kantorowicz indique d'ailleurs, lorsqu'il retrace l'histoire de la notion d'*universitas juris*, que « l'*universitas* (...) est définie par le caractère successif de ses

³⁶⁵ M. Xifaras, *La Propriété*, op. cit., p. 277-279.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 201-202.

³⁶⁷ Voir Yan Thomas, « Res, chose et patrimoine : Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », *Archives de Philosophie du Droit*, 25, p. 422.

membres »³⁶⁸. Le *télos* de l'institution qui désigne le lien entre l'individu et ses biens constitués comme patrimoine est donc la transmission dudit patrimoine au sein d'un groupe d'individu. Nous retrouvons ainsi les termes de l'analyse de Maine pour qui l'institution de la *Patria Potestas* est la preuve que le droit connaît, dans son histoire, une distinction progressive entre le droit des individus et leur statut, et notamment entre le droit des *personnes* et le droit des *choses*. C'est en poursuivant son analyse qu'il cherche à montrer que cette institution fait signe vers la nature originellement collective de la propriété, puisque les biens appropriés sont d'abord ceux d'un groupe d'individu, la lignée, dont le chef de famille n'est qu'un gestionnaire.

4.2. Le « faisceau de droits », jusnaturalisme et contractualisme

4.2.1. Occupation et prescription : origines du droit de propriété ?

De manière quelque peu inattendue, les réflexions de Maine sur la propriété comme concept arrivent tardivement dans *Ancient Law*, après deux longs chapitres, le chapitre VI sur « The Early History of Testamentary Succession » et le chapitre VII « Ancient and Modern Ideas Respecting Wills and Successions ». Le lien que Maine va proposer entre propriété et faisceau de droit, rendu possible par une étude de la conception de la propriété que l'histoire des successions nous lèguerait, précède donc les réflexions plus théoriques et pourtant *a priori* plus essentielles sur la propriété individuelle comme droit naturel, développées au chapitre VIII « The Early History of Property ». Commencer par la présentation des arguments principaux de ce chapitre nous permet toutefois de comprendre ce que Maine cherche à accomplir dans les chapitres précédents, c'est-à-dire une critique de l'idée selon laquelle la propriété est, par nature, individuelle, et qu'elle consacre par le droit un fait : la maîtrise exclusive de l'individu sur les choses du monde. C'est pourquoi Maine s'intéresse principalement à deux éléments : l'occupation (« *occupancy* ») et le droit de prescription. Dans ces passages, l'argumentation de Maine suit un schéma fréquent dans son œuvre : elle est centrée sur l'idée que le « droit naturel » trouverait ses racines dans le droit des gens, le *jus gentium* romain. Les juristes romains auraient en effet observé que certains modes spécifiques d'appropriation des choses, comme par exemple le fait d'avoir un droit sur le gibier qu'on a chassé, étaient répandus parmi les « usages » des sociétés les entourant³⁶⁹. Ils auraient alors déduit le caractère naturel de telles

³⁶⁸ Ernst Kantorowicz, *Les deux corps du Roi, essai sur la théologie politique au Moyen Age*, Jean-Philippe et Nicole Genet (trad.), Gallimard NRF, Paris, 1989, p. 220.

³⁶⁹ *Ancient Law, op. cit.*, p. 244 :

The older juriconsults had doubtless observed that such acquisitions were universally sanctioned by the usage of the little societies around them, and thus the lawyers of a

formes d'appropriation, ce que l'on aurait ensuite considéré comme des prescriptions de la nature fondant le droit positif. Maine se restreint toutefois à ne discuter que l'un de ces « modes naturels d'acquérir la propriété » d'une chose : l'*occupation* (« *occupatio* » ou « *occupancy* »)³⁷⁰. En quoi consiste l'occupation ? Il s'agit de la prise de possession de ce qui n'est, par nature, la propriété d'aucun homme. Les biens concernant cette catégorie sont les *res nullius*. Maine s'intéresse plus particulièrement à l'occupation car il y voit une « théorie de l'Origine de la Propriété »³⁷¹.

Avant de s'atteler à une critique de cette idée, Maine fait un excursus sur l'influence de la théorie de l'occupation en droit international, et notamment sur la façon dont l'idée que celui qui prend possession d'une terre jusque-là non réclamée a pu créer des conflits sans fin entre les empires coloniaux lors de la découverte des Amériques. C'est l'occasion pour Maine de faire l'une de ses rares références à Bentham, qui se serait félicité de la partition des Amériques entre les empires espagnol et portugais par le traité de Tordesillas, signé sous l'égide du pape Alexandre VI, preuve que Maine rattache lui-même son attitude sceptique à l'égard du droit naturel à l'influence du philosophe utilitariste³⁷². Ensuite, Maine décrit la façon dont l'*occupatio*, lors de la transformation du droit des gens en droit naturel, en serait venue à être considérée comme la façon *naturelle* pour les hommes d'établir leur propriété sur les choses avant même l'existence des sociétés humaines, en faisant donc à la fois l'explication et la justification de « l'origine de la propriété privée »³⁷³. La procédure spécifique de l'*occupatio* serait donc, selon cette théorie, « identique au procédé par lequel la terre et ses fruits, qui étaient originellement communs, devinrent la propriété reconnue des individus »³⁷⁴.

Il serait, selon Maine, « rébarbatif » d'énumérer la liste des penseurs ayant défendu cette idée. Il se limite donc à renvoyer au premier chapitre du deuxième livre des *Commentaires* de Blackstone, seule référence précise de l'intégralité d'*Ancient Law*. Le passage en question est celui dans lequel Blackstone limite la thèse du communisme naturel de la terre, confiée aux hommes par Dieu, à sa version négative, ce qui lui permet de la concilier avec l'idée que les

later age, finding them classed in the ancient Jus Gentium, and perceiving them to be of the simplest description, allotted them a place among the ordinances of Nature.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 244-245.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 246.

³⁷² *Ibid.*, p. 249.

³⁷³ *Ibid.*, p. 250.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 250 :

It was once universally believed that the proceeding implied in Occupancy was identical with the process by which the earth and its fruits, which were at first in common, became the allowed property of individuals.

portions de terre encore non occupées pourraient être légitimement appropriées de façon exclusive³⁷⁵. Le droit ainsi acquis par l'occupation à ce stade serait une « sorte » de propriété « éphémère » (« transient »), propriété justifiée selon la « loi de la nature », mais qui prendrait fin dès que l'individu quitterait les lieux. Blackstone précise aussi, toujours dans ce passage, la nature du droit en question, qui couvre uniquement « l'usage immédiat » du bien et non pas sa « substance même ». C'est justement au moment où l'humanité se serait faite plus nombreuse que, selon Blackstone, il aurait été nécessaire de développer des « conceptions davantage permanentes de la maîtrise »³⁷⁶. Notons que Blackstone utilise ici le terme de « *dominion* », que nous choisissons de traduire par maîtrise, mais qui renvoie plus qu'explicitement à l'idée de propriété comme domaine³⁷⁷. Ces « conceptions » impliquent alors non seulement la permanence, donc la mise en place des titres garantissant la propriété même en l'absence physique du propriétaire, mais aussi, en plus d'un droit au seul usage, un droit sur la « substance même » du bien, correspondant ainsi pleinement au paradigme de la propriété comme maîtrise souveraine.

Maine en fait un premier commentaire relativement obscur, sur les « ambiguïtés d'expression » de Blackstone, qui suggèreraient selon lui qu'il aurait donné un sens différent à l'idée d'occupation que celui des « autorités » qu'il cite lui-même³⁷⁸. Maine affirme toutefois que le sens ici donné par Blackstone à l'occupation n'est pas du tout isolé, mais il ne cite jamais les références de son propos, qui prend la forme d'un dialogue de connivence avec le lecteur. Quel est ce sens donné à l'occupation ? Il s'agirait d'affirmer que, dans un premier temps, l'« occupation (...) donna un droit *erga omnes* à la jouissance exclusive mais temporaire » et que ce droit serait ensuite devenu « perpétuel, tout en demeurant exclusif ». Cette analyse aurait eu pour but, toujours selon Maine, de réconcilier l'idée qu'à l'état de nature, les choses étant *res nullius* seraient devenues propriété d'un individu par l'occupation, avec celle, trouvée dans les Écritures, selon laquelle les patriarches ne se seraient pas approprié le sol sur lequel paissaient leurs troupeaux³⁷⁹. Cette discussion par Maine de l'opinion de Blackstone est peu conclusive

³⁷⁵ La terre est ainsi commune à tous les hommes au sens où elle est appropriable par n'importe quel membre du genre humain, et non pas au sens où ils sont tous un droit effectif à une portion de la terre.

³⁷⁶ On pourrait aisément y voir une justification des *enclosures*.

³⁷⁷ *Ancient Law, op. cit.*, p. 251-252.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 252.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 253 :

(...) in the beginning of things, Occupancy first gave a right against the world to an exclusive but temporary enjoyment, and that afterwards this right, while it remained exclusive, became perpetual. Their object in so stating their theory was to reconcile the doctrine that in the state of Nature *res nullius* become property through Occupancy, with the inference which they drew from the Scriptural history that the Patriarchs did not at first permanently appropriate the soil which had been grazed over by their flocks and herds.

en elle-même. Il ne fait qu'évoquer la « seule critique » que l'on pourrait faire à ce dernier, et il s'agit d'une critique assez classique de l'idée d'état de nature, concernant sa réalité historique. En quoi les propriétés attribuées aux premiers âges de l'humanité par Blackstone et ceux qu'il commente sont plus probables que d'autres ? On voit que Maine s'apprête à affirmer, par la suite, que les premiers âges de l'humanité sont très probablement bien différents. Avant de le faire, Maine note cependant que l'on pourrait alors se demander comment le fait d'*occuper* un terrain pourrait être reconnu et respecté par d'autres individus, un tel « droit de possession » étant probablement limité à la « puissance » de le garder en s'opposant à la volonté des autres³⁸⁰.

Maine balaie alors toutes ces spéculations comme vaines, car en rien établies historiquement, pour passer immédiatement à un commentaire des propos de Savigny, notamment concernant l'affirmation de ce dernier selon laquelle « *all Property is founded on Adverse Possession ripened by Prescription* »³⁸¹. Maine en ressent le besoin car, selon lui, certains propos de Savigny ont pu être rapprochés des théories sur l'origine de la propriété semblable à celle de Blackstone. La traduction de cette formule n'est pas aisée, car l'on traduit habituellement « *adverse possession* » par « prescription acquisitive », ce qui produirait une forte redondance dans la formule, que l'on ne retrouve d'ailleurs pas comme telle dans l'œuvre de Savigny. J. C. Courcelle Seneuil la traduisait par « la propriété est fondée sur la possessions soutenue et légitimée par la prescription »³⁸². Traduire « *adverse possession* » par « possession soutenue » paraît pertinent, dans la mesure où Maine entend bien distinguer la simple possession physique de la possession « sans subordination ni permission de qui que ce soit, mais exclusive contre le monde entier », plutôt que d'en appeler ainsi à l'institution de la prescription acquisitive. La formule aurait pu être traduite de manière beaucoup plus concise, se contentant de dire, car c'est son sens principal, que « toute propriété a nécessairement commencé par (...) l'usucapion », que l'on tient de Proudhon³⁸³.

La formule elle-même peut paraître étrange dans son caractère généralisant, si elle est attribuée à Savigny³⁸⁴. On doit toutefois noter que, dans son commentaire du texte des Douze tables concernant l'usucapion, référence qu'il partage avec Maine, Savigny explique que « la

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 253.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 254.

³⁸² Voir *L'Ancien Droit*, *op. cit.*, p. 239.

³⁸³ J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?*, III, §3, Garnier frères, Paris, 1849, p. 83.

³⁸⁴ Dans la mesure où Savigny a précisément pour but d'expliquer le caractère *juridique* de la possession dans le droit romain, et de la distinguer conceptuellement et pratiquement de l'institution de la propriété, affirmer qu'il aurait pu, dans une perspective jusnaturaliste ou même simplement historiciste, vouloir faire remonter l'institution de la propriété à un fait, paraît étrange. Savigny affirme au contraire à de nombreuses reprises que la possession ne peut pas être considérée comme un simple fait, mais bien comme un ensemble de situations possibles mais limitées donnant lieu à des droits précis, ne fondant pas la propriété en tant que telle. Voir C. V. Savigny, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, p. 7-8.

simple possession, indépendamment de tout droit, est donc ici la source de la propriété »³⁸⁵. Maine précise cependant que cette formule ne vaut selon Savigny que pour le droit romain, et que son véritable sens ne permet pas de fonder la propriété comme institution juridique sur un droit naturel qui dériverait de la possession. L'usucapion désigne en effet la possibilité d'acquérir un titre juridique, que l'on ne possède pas à l'origine, par la possession continue, prolongée dans le temps. Ainsi, le titre de propriété est acquis par la possession « soutenue », « exclusive contre le monde entier », si elle dure en plus un certain temps, ce que l'on appelle la prescription. Un présupposé important fonde toutefois cette affirmation : celui qui obtient un titre de propriété par usucapion ne possédait pas le titre en question, d'une part, et il serait sous-entendu qu'un autre *pourrait* le posséder, ou le possède effectivement. Savigny le rappelle clairement, quand il distingue justement l'*occupation* et la *tradition* comme moyens originaires d'acquérir un droit de propriété, de l'*usucapion*, où le droit de propriété ne débute pas dans celui qui l'acquiert mais dans une autre personne³⁸⁶. Savigny ajoute toutefois que l'usucapion est fréquent face au manque de titres officiels, et c'est là, peut-être, que l'on peut retrouver la formule reprise par Maine, quoiqu'investie d'un sens très différent³⁸⁷. Notons aussi que les formules de Savigny ne sont pas exemptes de toute connotation jusnaturaliste, puisqu'il affirme que dans ces cas, l'acquisition de la possession est la « raison d'être du droit de propriété »³⁸⁸, tout en condamnant fermement l'idée que la possession puisse être une « propriété provisoire »³⁸⁹.

Ces précisions sont, quoiqu'il en soit, précieuses pour comprendre la critique de Maine. En effet, selon Maine, la formule qu'il attribue à Savigny ne permet pas de soutenir que l'usucapion est l'origine même de la propriété, elle pointe au contraire notre attention sur le défaut

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 9.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 14.

³⁸⁷ Citons un extrait plus long de Savigny, *Ibid.*, p. 10, pour mesurer correctement la portée de son propos :

C'est donc de la possession seule, indépendamment de tout autre droit, que découle l'usucapion, c'est-à-dire l'acquisition de la propriété. À l'usucapion est venue s'ajouter plus tard, comme complément, la *longi temporis praescriptio* (...) Depuis Justinien c'est toujours le droit de propriété que l'on acquiert dans ces différents cas, et cela est vrai même pour la prescription trentenaire, pourvu qu'elle soit accompagnée de bonne foi. À dater de cette époque, il ne peut donc plus être question que d'usucapion, peu importe qu'elle dure trois, dix, vingt ou trente années. Il est vrai que l'acquisition de la propriété par possession trentenaire n'est appelée *usucapion* dans aucun texte ; mais il est parfaitement logique de l'appeler ainsi, puisqu'elle a, comme tout autre usucapion, pour effet de conférer le droit de propriété.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 14.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 35. À ce moment toutefois, le propos de Savigny est d'insister sur la dimension *juridique* de la possession dans le droit romain, contre toute tentative de considérer la possession comme un simple fait qui fonderait le droit. C'est aussi dans cette optique qu'il refuse que l'on considère que la possession soit considérée comme un « germe » de propriété (p. 25).

de ce raisonnement. Pour Maine, il n'est pas étonnant, en termes de pure argumentation logique, que la possession continue et « exclusive contre le monde entier » puisse donner lieu à la propriété, car celui qui a la force de garder la possession d'une chose est davantage susceptible qu'un autre d'obtenir la reconnaissance de ses droits sur elle. L'usucapion souligne un fait étrange : le fait que le *temps passé* suffise à nous forcer à reconnaître le droit de propriété de qui que ce soit, par le « sentiment de respect » qu'il crée³⁹⁰. Selon Maine, cela ne peut s'expliquer que si l'idée de la propriété est déjà fermement établie dans la société en question. Or, comme nous l'avons remarqué, même si Savigny concède que l'usucapion peut souvent permettre de reconnaître un droit qui manquait seulement de titres officiels, elle repose toutefois sur la présomption de la préexistence d'un droit de propriété. Cette réflexion permet à Maine de revenir sur la question de l'occupation. Pour Maine, ce n'est que lorsque les « droits de propriété ont acquis la sanction d'une longue violabilité dans la pratique » et quand « l'immense majorité des objets de jouissance ont été soumis à la propriété privée », que « la simple possession est autorisée à conférer au premier possesseur la maîtrise sur des biens » qui n'étaient pas encore appropriés. En somme, l'occupation comme l'usucapion ne peuvent conduire à la propriété reconnue par un titre que dans une société où il est déjà établi que « toute chose doit avoir un propriétaire »³⁹¹.

4.2.2. Contre le jusnaturalisme et le contractualisme de Hobbes

L'argument se résume ainsi : tout d'abord, l'occupation et l'usucapion ne sont pas de simples faits reconnus par le droit, faits qui seraient même le fondement et la justification naturelle du droit. L'intégralité de l'argumentation de Savigny entend le démontrer dans son *Traité de la possession*. Leur place dans le droit romain ne permet donc pas de soutenir une position jusnaturaliste. Ces institutions, bien comprises, pointent vers un argument contraire : elles sont le produit d'une société dans laquelle l'institution de la propriété existe déjà, où elle est reconnue comme légitime. Il faut donc aller au-delà du droit romain, un au-delà qui, comme nous l'avons vu, tend à réfuter l'idée que la propriété individuelle soit originelle et surtout, naturelle. Avant de reprendre cette exploration, celle qui mène dans les détails des droits indiens ou « barbares » et que nous avons déjà repris, Maine critique le contractualisme hobbesien frontalement, l'une des rares fois où il le fait explicitement :

On observera que les actes et les motifs que ces théories supposent sont les actes et les motifs d'individus. Chaque individu adhère pour lui-même au pacte social. Selon la théorie de Hobbes, c'est la discipline

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 255.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 256-257.

salutaire de la force qui confère aux bancs de sables mouvants dont les grains sont autant d'hommes individuels la solidité du rocher social. Selon le portrait qu'en fait Blackstone, c'est l'individu qui 'occupe un endroit déterminé du sol pour se reposer, pour trouver de l'ombre, ou autre' (...) Mais l'Ancien Droit, il faut le répéter, ignore presque tout des individus.³⁹²

Le contractualisme pêche parce qu'il considère des produits tardifs de l'histoire des institutions comme des faits de la nature humaine. Le contrat social est conclu entre des individus isolés, qui agissent librement mais de façon non-coordonnée, et surtout dont les relations sont précaires, instables, dominées par le factuel et non par le droit. Il apparaît donc logique que la « discipline salutaire de la force » soit nécessaire pour que le « banc de sable » qu'est cet agglomérat d'individus puisse être solidifié en un rocher dans la théorie de Hobbes, et que l'appropriation naturelle de la terre par les individus, au moyen de l'occupation ou de l'usucapion, se voit ensuite conférée la solidité d'une institution soutenue par le souverain. La force du Léviathan apporte donc la garantie qui transforme le fait en droit. Le droit aurait donc pour seule fonction de donner une garantie juridique et donc objective aux droits naturels, qui trouvent leur origine dans « les actes et les motifs », qui demeurent subjectifs et instables sans cette sécurité. Toutefois, le droit ancien « ignore presque tout des Individus », comme le martèle Maine, reprenant les acquis des premiers chapitres de *Ancient Law* et de ses premières réflexions sur l'histoire des successions et de la propriété. La force du Léviathan n'est pas nécessaire dans un cadre où l'individu n'a de droits qu'en fonction de son appartenance à une certaine communauté, dans lequel les institutions spécifiques du droit coutumier vont déterminer sa place au nom de l'impératif collectif de la gestion des ressources, et où l'appropriation individuelle n'est donc qu'un fait marginal.

C'est dans ce cadre que Maine replace l'usucapion et d'autres modes d'appropriation ou d'acquisition de droits de propriété. Leur histoire lui permet de penser le droit de la propriété et son évolution hors du cadre jusnaturaliste. Là où Hobbes s'attarde à fonder le droit sur le fait, et pour lequel la propriété comme droit trouve ses racines dans les modes d'appropriation des choses, Maine propose une autre histoire : celle où la propriété comme maîtrise souveraine de

³⁹² *Ibid.*, p. 257-258 :

It will be observed, that the acts and motives which these theories suppose are the acts and motives of Individuals. It is each Individual who for himself subscribes the Social Compact. It is some shifting sandbank in which the grains are Individual men, that according to the theory of Hobbes is hardened into the social rock by the wholesome discipline of force. It is an Individual who, in the picture drawn by Blackstone 'is in the occupation of a determined spot of ground for rest, for shade, or the like' (...) But Ancient Law, it must again be repeated, knows next to nothing of Individuals.

l'individu sur les choses se substitue progressivement, mais jamais complètement, à l'idée de propriété comme patrimoine collectif. Dans ce cadre, les instruments juridiques qui, dans la pensée jusnaturaliste, viennent soutenir l'argument d'un fondement du droit de propriété en nature et dans les *faits*, deviennent des outils pour les individus afin d'acquérir des droits sur des biens en leur nom propre. Leur existence n'est toutefois pensable que dans un monde où l'idée de l'appropriation individuelle s'est déjà développée et où elle est encadrée juridiquement. C'est le cas de l'usucapion, comme des autres modes de modification de la propriété, que Maine étudie avec pour point de repère la pensée de Savigny et celle de Niebuhr³⁹³. Tous ces modes permettent à l'individu d'affirmer ses droits dans un cadre où de tels droits existent déjà. Loin d'indiquer qu'il existe des fondements naturels à la propriété, ces pratiques ont toutefois une fonction fondamentale : elles jouent un rôle crucial dans le détachement progressif des droits individuels de propriété de ceux du collectif, et donc dans la constitution de l'idée de propriété comme individuelle et exclusive, par détachement d'avec la conception patrimoniale caractéristique des systèmes juridiques plus anciens³⁹⁴.

4.2.3. Une relecture anti-contractualiste et anti-jusnaturaliste de l'histoire de la propriété

Comment ce détachement a-t-il lieu ? Grâce à la simplification des modes de transmission et d'acquisition des biens et en renforçant progressivement les droits de l'individu contre ceux du groupe. La lecture que Maine fait de l'histoire de l'usucapion chez Savigny et Niebuhr est un exemple de ce processus d'individualisation de la propriété. Par individualisation, il ne faudrait pas comprendre le passage d'une propriété collective à une propriété individuelle, comme nous l'avons déjà indiqué ailleurs, mais plutôt le passage d'une conception patrimoniale de la propriété, où les droits de l'individu dépendent de ceux de son groupe, à une conception de la propriété comme maîtrise souveraine. Pour expliquer l'histoire de l'usucapion, Maine s'intéresse ainsi à la distinction, clarifiée par Savigny, entre propriété et « possession » dans le droit romain³⁹⁵. La possession ne signifie pas la « simple détention » physique de la chose, mais la possession physique à laquelle s'ajoute « l'intention » de conserver la chose³⁹⁶. Maine fait

³⁹³ Voir N. O'Brien, *op. cit.*

³⁹⁴ *Ancient Law, op. cit.*, p. 284 :

There is not principle in all law which the moderns, in spite of its beneficial character, have been so loath to adopt and to carry to its legitimate consequences as that which was known to the Romans as Usucapion, and which has descended to modern jurisprudence under the name of Prescription.

L'usucapion fait ainsi partie des « contrivances by which the ancient trammels of proprietary rights were more or less successfully relaxed ».

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 290.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 291.

alors une référence vague à Niebuhr et Savigny, pour proposer une explication historique de cette « anomalie ». Il situe avec eux son apparition à l'époque où les Patriciens de Rome étaient considérés comme « simples possesseurs », au sens du droit romain, des terres publiques qu'ils occupaient contre une forme de loyer.

Ainsi, les Patriciens pouvaient considérer, bien qu'étant bénéficiaires de baux à titre précaire (« *tenants-at-will* »), que leur droit à ces terres était supérieur à celui de tout autre prétendant, et que le temps passé ainsi que le caractère ininterrompu de leur utilisation de ces terres avaient donné à cette simple détention le caractère d'une « espèce de propriété », rendant ainsi injuste le fait de les « expulser dans le but de *réattribuer le domaine* »³⁹⁷. Les interdits possessoires, accordés par le Préteur, permettaient alors de mettre en place des mesures provisoires pour éviter qu'ils ne soient expropriés, en se fondant sur les caractéristiques de la possession. Ces mêmes caractéristiques pouvaient permettre à l'usucapion, ou *prescription acquisitive*, d'avoir lieu. Notons que la conséquence de cette procédure est, dans ce cas précis, de permettre la reconnaissance d'une forme d'appropriation individuelle contre la possibilité de redistribuer le domaine confié à un patricien ou à d'autres personnes. Le processus sous-jacent n'est donc pas celui d'une reconnaissance du fait par le droit, mais plutôt de la reconnaissance de droits individuels et opposables *erga omnes* à la propriété d'une chose, par détachement d'avec un fonds collectif, sur lequel les individus n'avaient auparavant qu'un droit d'usage. Au-delà de cette origine spécifique, l'institution de l'usucapion aurait ensuite permis à de nombreux romains de faire reconnaître leur propriété sur un domaine, même en l'absence de titres, permettant ainsi au droit de réconcilier l'ordre juridique explicite avec les usages et les conventions, mais surtout en affirmant progressivement la primauté de droits individuels absolus sur les choses.

C'est ainsi que la répartition entre *Law* et *Equity* que Maine estime commune au droit romain et au droit anglais, a permis de modifier progressivement les « conceptions du droit de propriété », en distinguant la propriété acquise par l'*Equity* de titres de propriété originellement légitimes. Dans le système romain comme dans le système anglais, cette dualité de procédure a permis de « conserver de nouvelles formes de propriété dans une sorte d'existence provisoire » jusqu'à leur reconnaissance par le droit³⁹⁸. C'est le cas par exemple d'une personne qui aurait acquis une chose ordinairement acquise par mancipation (*res mancipi*) sans suivre les procédures traditionnelles, et qui pouvait se voir accorder un titre complet de propriété par le Préteur, sans même devoir attendre que l'usucapion ait lieu. Maine place dans cette liste

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 291.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 294.

d'exemples la reconnaissance des droits d'un simple *bailee*, un baillaire ou dépositaire, c'est-à-dire une personne qui se serait vu confier, sous le régime de la possession provisoire, un certain nombre de prérogatives sur un bien, mais pas de droit de propriété³⁹⁹, et la reconnaissance des droits d'un locataire sous le régime d'un bail emphytéotique payant un loyer fixe et perpétuel. S'y ajoutent des exemples qui pourraient paraître anodins mais qui ne le sont pas : Maine cite en effet l'option d'une « propriété spéciale » pour le « *Mortgagor* », celui qui fait un emprunt pour acheter une maison ; il cite aussi le cas du « *Cestui que Trust* », le bénéficiaire d'une fiducie ou *trust* en anglais, contrat par lequel le propriétaire originaire (*settlor*) transfère la propriété de biens ou de droits à un fiduciaire, chargé d'agir pour lui ou pour un autre (le *beneficiary*) ; enfin, Maine termine en évoquant le cas de la « femme mariée » sans précision, aux côtés de « l'acheteur qui n'avait pas encore acquis un droit complet de propriété »⁴⁰⁰.

Maine n'explique pas ce qui relie ces exemples, si ce n'est qu'ils sont les manifestations de la même « *line of progress* ». Tout d'abord, remarquons qu'une partie des situations susmentionnées concernent des biens qui, dans le cadre de la pensée de Maine, ne pouvaient être appropriés individuellement ou transmis librement du fait de leur appartenance au patrimoine d'une lignée. C'est le cas notamment des biens publics appropriés par les Patriciens au moyen de l'usucapion, ou des *res mancipi* transmises de façon simplifiée : ces biens portent la marque de leur appartenance au patrimoine d'un groupe, ce qui explique les contraintes imposées sur l'appropriation individuelle, les transmissions et l'aliénation. Quid des droits de la femme mariée ? Maine n'a de cesse de répéter dans ses œuvres que la domination des femmes par les hommes passe notamment par le fait que leurs biens ne leurs appartiennent jamais en propre : il est courant, dans les sociétés « indo-européennes » qui intéressent Maine, de les voir déposées à la mort de leur mari, les biens de ce dernier reprenant ainsi leur place au sein du patrimoine de la famille élargie, dont les hommes, chefs de famille, sont uniquement les gestionnaires. Reconnaître des droits de propriété aux femmes mariées participe donc de ce processus

³⁹⁹ Le terme provient du droit canadien, où il a été proposé par Comité de normalisation de la terminologie française de la *common law*.

⁴⁰⁰ *Ancient Law, op. cit.* p. 294. Maine rappelle justement que le *trust* est du domaine de l'*Equity* :

In this way, the Roman Praetor gave an immediate right of property to the person who had acquired a Res Mancipi by mere delivery, without waiting for the ripening of Usucapion. Similarly he in time recognised an ownership in the Mortgagee who had at first been a mere 'bailee' or depositary, and in the Emphyteuta, or tenant of land which was subject to a fixed perpetual rent. Following a parallel line of progress, the English Court of Chancery created a special proprietorship for the Mortgagor, for the Cestui que Trust, for the Married Woman who had the advantage of a particular kind of settlement, and for the Purchaser who had not yet acquired a complete legal ownership.

de détachement d'une conception patrimoniale de la propriété. Deux autres exemples concernent le droit des *trusts*, qui demeurent encore aujourd'hui en conflit avec la conception de la propriété comme maîtrise souveraine de l'individu sur ses biens. Or, si l'on choisit de percevoir le droit ancien tel qu'il est présenté par Maine comme principalement dominé par la conception patrimoniale de la propriété, rappelons alors que le chef de famille n'est rien d'autre que le gestionnaire d'un *trust*, exerçant ainsi un mandat que le groupe lui confie, ce qui fait même de lui le tuteur de ceux sur lesquels s'exercent les prérogatives de sa *Patria Potestas*, dont les femmes, s'il est besoin de le rappeler.

Ces exemples d'application de l'*Equity* ont en commun de voir se substituer une conception de la propriété comme reconnaissance de l'appropriation des choses par l'individu, sur l'exemple de la possession dans le droit romain, à une conception patrimoniale de la propriété. Les autres exemples, celui de l'emprunteur et de ses droits sur ce qu'il a acheté par emprunt ainsi que celui de l'acheteur qui n'a pas encore son titre de propriété complet, témoignent en définitive d'une logique similaire : reconnaître que l'appropriation des choses par l'individu donne lieu à des droits spécifiques, qui peuvent être protégés, voire permettre l'accès à un titre plein de propriété. Qu'en est-il des baux emphytéotiques ? En dehors de ce passage, Maine en parle essentiellement pour en expliquer l'émergence et le fonctionnement au sein du système féodal. Plus tôt dans *Ancient Law*, lorsqu'il évoque la Russie, Maine affirme d'ailleurs que les villages paysans sont « toujours en théorie le *patrimoine* d'un quelconque propriétaire noble »⁴⁰¹. Les paysans sous bail emphytéotique ou le métayer se sont ainsi vu reconnaître des droits individuels sous la forme de protections accordées *contre* le propriétaire, mais valables *erga omnes*, alors que ce dernier leur avait seulement accordé des droits de gestion spécifiques sur son patrimoine, dans les mots de Maine. Là aussi, c'est une forme de décomposition de la propriété patrimoniale qui est à l'œuvre, bien que Maine ne s'exprime jamais explicitement en ces termes. L'histoire des baux emphytéotiques telle que Maine la propose vient confirmer cette impression. Maine la propose dans le but d'expliquer en partie d'où pourrait provenir le caractère « double » de la propriété dans le système féodal, caractérisé par la « division du domaine »⁴⁰².

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 266. Nous soulignons, pour notamment mettre en valeur que le terme « *patrimony* » est celui utilisé dans le texte original.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 295 :

The leading characteristics of the feudal conception is its recognition of a double proprietorship, the superior ownership of the lord of the field coexisting with the inferior property or estate of the tenant. Now, this duplication of proprietary rights looks, it is urged, extremely like a generalised form of the Roman distribution of rights over property into Quiritarian or legal, and (to use a word of later origin) Bonitarian or

Les explications que Maine avance ont pour conséquence logique de ne pas opposer la propriété individuelle et exclusive à ce domaine divisé. Bien au contraire, il y a dans cette division du domaine la trace d'un des lieux de l'extension de la portée l'appropriation individuelle. En effet, d'où proviennent les baux emphytéotiques ? Ils émergent, toujours selon Maine, au moment où le *paterfamilias* voit son domaine être trop large pour être cultivé directement par lui, ses esclaves et ses fils. La solution qui apparaît est donc la suivante : diviser les esclaves en groupes et faire de certains des bénéficiaires de l'exploitation de la terre, le *peculium* des meilleurs d'entre eux et de ceux qui étaient dignes de confiance, qui trouvèrent ainsi une forme d'intéressement à l'efficacité de leur travail⁴⁰³. On s'intéressera particulièrement à l'utilisation du terme *peculium*. Au lieu de ne désigner que le fait, physique, d'avoir accumulé de l'argent en un *pécule*, le *peculium* a un statut juridique spécifique vis-à-vis de la propriété : le *peculium* désigne, pour les Romains, cet ensemble de biens appropriés de façon privative, que le *paterfamilias* concède à ceux qui dépendent de lui⁴⁰⁴. Selon le dictionnaire Gaffiot, le *peculium* est en effet cette « masse de biens laissés par le *pater* ou le maître à la disposition du fils ou de l'esclave » et ajoute « la propriété du pécule est toujours au patron ou au maître », illustrant ainsi cette tension entre le caractère patrimonial de la propriété gérée par le *paterfamilias* et l'appropriation individuelle⁴⁰⁵. Le pécule peut être aussi « les économies du soldat » et les « biens paraphernaux de l'épouse », c'est-à-dire les biens personnels laissés à sa jouissance et à son administration, à la différence des biens dotaux administrés par le mari. Aujourd'hui, cette dernière catégorie désigne d'ailleurs les *biens propres* des époux⁴⁰⁶. La définition du dictionnaire Merriam-Webster rend aussi claire la signification particulière de ce terme⁴⁰⁷.

Or, le droit romain a pu par la suite reconnaître certains droits de l'exploitant auquel le propriétaire délègue certains droits. Selon Maine, ce procédé aurait en effet été « imité » par de

equitable. Gaius himself observes upon the splitting of dominion into two parts as a singularity of Roman law, and expressly contrasts it with the entire or allodial ownership to which other nations were accustomed.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 299 : « (...) dividing the inferior slaves into small bodies, and making them the *peculium* of the better and trustier sort, who thus acquired a kind of interest in the efficiency of their labour ».

⁴⁰⁴ Définition trouvée dans Charlton T. Lewis, Charles Short, *A Latin Dictionary*, on peut trouver l'entrée *peculium* ici : <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0059:entry=peculium>

⁴⁰⁵ « *Peculium* » in Félix Gaffiot, *Dictionnaire latin français*, Hachette, 1934, rééd. 2000, Pierre Flobert (dir.).

⁴⁰⁶ Voir Dictionnaire juridique de Serge Braudo : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/paraphernal-paraphernaux.php>

⁴⁰⁷ Nous soulignons. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/peculium>:

The property held by a person (as a wife, child, slave) under the potestas, manus, or mancipium of another as his own private property either by the permission of the *paterfamilias* or master or by the rules of law but becoming with certain exceptions the property of the *paterfamilias* or master at his pleasure.

nombreux propriétaires individuels. Par la suite, le locataire aurait bénéficié d'une reconnaissance de ses droits par le Préteur, qui leur accorde une forme de « *qualified proprietorship* », selon les termes de Maine⁴⁰⁸. Remarquons cette idée de « *qualified proprietorship* », un droit dit restreint, par opposition à un droit absolu, avec lequel une autorité publique peut interférer sous certaines conditions. Malgré ce caractère restreint, on trouve bien là la reconnaissance, par l'autorité, du statut de certaines formes de propriété qui méritent protection, même contre celui qui aurait accordé la gestion de certains biens, ou la jouissance de certains fruits qui proviendraient de l'exploitation de ces biens. C'est ainsi que, par actes du Préteur, le simple fermier bénéficiant d'un bail emphytéotique pouvait se voir traité comme un « véritable propriétaire » (« *true proprietor* »), notamment pour être protégé contre l'éviction, sous condition de payer son loyer, ce qui ne signifiait pas que les droits du propriétaire originel disparaissaient⁴⁰⁹.

4.2.4. Le renversement du primat de la maîtrise souveraine

La perspective de Maine renverse celle d'un point de vue centré sur la propriété comme maîtrise souveraine. En effet, si l'on part de la propriété comme domaine absolu de l'individu sur les choses, de telles pratiques, à l'image de l'usufruit, apparaissent comme des limites volontaires et consenties de la propriété individuelle absolue. Or, selon la perspective historiciste de Maine, c'est presque l'opposé qui a lieu : de telles pratiques ont, à l'origine, pour effet d'élargir le domaine de l'appropriation individuelle par détachement progressif d'avec l'autorité du *paterfamilias* qui, si elle demeure reconnue, est aussi limitée par le législateur et le juge.

Cette logique historiciste de Maine s'inscrit contre le jusnaturalisme : il ne s'agit pas de fonder le droit sur un fait naturel, bien qu'il considère que l'appropriation individuelle est une tendance naturelle qui entre en conflit avec la propriété du groupe sur son patrimoine. L'*Equity* et le Préteur agissent *au nom* d'une certaine loi naturelle, mais ce raisonnement demeure une construction, comme les développements précédents sur le droit naturel le rappellent. Ce processus, tout à fait légitime pour Maine toutefois, ne doit pas nous permettre de conclure à l'existence de fondements du droit dans la nature et dans les faits. En cela, Maine est fidèle aux leçons de Savigny, pour qui la possession n'est pas un fait qui fonde le droit mais bien un instrument juridique qui vise à transmettre les caractéristiques d'un droit déjà reconnu et institutionnalisé de

⁴⁰⁸ *Ancient Law, op. cit.*, p. 300. Nous soulignons :

The plan was afterwards extensively imitated by individual proprietors, and the tenant, whose relation to the owner had originally been determined by his contract, was subsequently recognised by the Praetor as having himself a *qualified proprietorship*, which in time became known as Emphyteusis.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 301.

propriété individuelle à des cas qui n'en bénéficiaient pas jusqu'alors. Il s'agit d'une extension du domaine de la propriété individuelle considérée comme maîtrise souveraine de l'individu sur les choses, extension qui ne peut que faire perdre du terrain à sa concurrente, la conception de la propriété comme patrimoine collectif. On ne manquera pas de souligner que la prescription constitue un problème dans une société où l'idée que la propriété est un droit individuel *absolu*. La prescription acquisitive perturbe en effet un tel cadre de pensée, et les multiples clauses pour la rendre possible montrent une volonté d'éviter une remise en cause permanente du droit de propriété.

Cette défiance envers la prescription n'est pourtant, selon Maine, que le produit d'une évolution : selon lui, dès que les sociétés humaines ont reconnu que les individus pouvaient s'approprier et échanger individuellement et librement certaines choses, le droit n'a eu de cesse de corriger les « défauts » du système établi de propriété⁴¹⁰. Dans un cadre où l'appropriation individuelle a pris suffisamment d'ampleur pour développer des droits de propriété individuels sur certaines choses, notamment la terre, la prescription est systématiquement utilisée dans ce but. La reconnaissance des droits liés à la possession s'avère notamment nécessaire au sein des échanges rapides de biens dans lesquels un acheteur ne saurait demander la preuve de la propriété de l'objet qu'il achète au vendeur. Accorder la légitimité de la possession d'un bien originellement volé par un acheteur de bonne foi s'est donc imposé comme une nécessité du commerce dès l'époque romaine⁴¹¹. De même, les sociétés dans lesquelles l'appropriation individuelle est possible, même les plus anciennes, ont pu décider de retirer la propriété à une personne qui ne l'avait pas en sa possession, selon les circonstances, après une période très courte. Les sociétés modernes, au contraire, seraient « réticentes » à cette idée⁴¹². Maine propose une explication à ce fait : l'influence du droit canon, aurait produit une forte défiance envers la prescription. Selon lui, les « coutumes ecclésiastiques » à l'origine du droit canon concernaient des intérêts « sacrés ou quasi-sacrés ». Ainsi, les « privilèges qu'elles conféraient » étaient considérés comme « incapables d'être perdus par abandon même prolongé ». Ce préjugé se serait vu renforcé par la « doctrine des juristes scholastiques de la secte réaliste qui enseignaient que, quoiqu'en décide le législateur, un *droit*, bien que négligé pendant longtemps, était en réalité indestructible »⁴¹³.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 288.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 287.

⁴¹² *Ibid.*, p. 285.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 286-287 :

The ecclesiastical customs out of which the Canon Law grew, concerned as they were with sacred or quasi-sacred interests, very naturally regarded the privileges which they

Le propos général de Maine peut alors être reconstitué comme suit : dans les sociétés les plus anciennes, où la tension entre le groupe et l'individu est la plus forte au sujet de l'appropriation individuelle, cette dernière peut toutefois être tolérée en ce qu'elle est marginale. L'appropriation individuelle n'y est jamais reconnue, pas plus que dans les stades suivants de l'évolution des sociétés, comme une forme de propriété absolue et inconditionnelle. En cela, dans le même mouvement où davantage de biens peuvent être appropriés individuellement, selon l'évolution des circonstances et le relâchement des contraintes collectives sur la gestion des ressources, ces droits individuels concédés par le groupe peuvent être aisément redistribués ou transférés selon les règles de la prescription. Ce n'est qu'à une étape bien plus tardive, et somme toute assez contingente, que l'idée d'un droit de propriété absolu au sens d'indestructible, vient rendre la pratique de la prescription acquisitive difficilement tolérable. Ce que Maine décrit ressemble donc à une autonomisation progressive des droits d'appropriation individuelle, jusqu'à ce qu'une matrice conceptuelle adéquate vienne consacrer la possibilité pour les individus d'être les maîtres absolus des choses, et faire du droit de propriété un droit *réel*. De marginale dans un contexte où les biens sont avant tout la propriété d'un groupe, et constitués ainsi en fonds patrimonial, l'appropriation individuelle acquiert progressivement son indépendance conceptuelle et institutionnelle, tant et si bien que le rapport d'origine s'inverse : c'est la propriété sous sa forme de patrimoine qui vient interroger, dans ses marges, la propriété comme maîtrise souveraine. Reste maintenant à comprendre ce qu'implique réellement la conception patrimoniale de la propriété, et comment elle façonne l'idée de propriété comme faisceau de droit.

conferred as incapable of being lost through disuse however prolonged, and in accordance with this view, the spiritual jurisprudence, when afterwards consolidated, was distinguished by a marked leaning against Prescriptions. (...) It gave to the bodies of custom which were formed through Europe far fewer express rules than did the Roman law, but it seems to have communicated a bias to professional opinion on a surprising number of fundamental points. (...) One of the dispositions it produced was a disrelish for Prescriptions ; but I do not know that this prejudice would have operated as powerfully as it has done, if it had not fallen in with the doctrine of the scholastic jurists of the realist sect, who taught that, whatever turn actual legislation might take, a right, how long soever neglected, was in point of fact indestructible.

4.3. Archéologie de la notion de faisceau de droits

4.3.1. Propriété, succession et *universitas juris*

Les réflexions de Maine sur l'héritage et les testaments commencent par une remarque typique de sa méthode, selon laquelle nos idées modernes sur les testaments sont le fruit d'une longue maturation, processus qu'il va s'efforcer d'expliquer en proposant une analyse de l'histoire du droit romain. Le droit romain et son évolution sont en effet l'espace dans lequel la plus grande partie de la réflexion de Maine va se déployer. Il s'engage ainsi, prétendument en prenant le contre-pied d'autres « investigateurs », à reconnaître ce que le droit moderne doit aux évolutions du droit romain sur la question. C'est en effet aux Romains que l'on devrait l'émergence des caractéristiques modernes des testaments, complètement étrangères au droit des « barbares »⁴¹⁴. Ces caractéristiques sont les suivantes : un testament ne prend effet qu'à la mort d'une personne, il est secret et se trouve être révocable. Selon Maine, aucune de ces notions n'existait avant une certaine période dans le droit romain, et elles procèdent toutes d'une lente évolution, conséquence d'un « ensemble de causes historiques plus complexe » que l'immense majorité des institutions juridiques⁴¹⁵. Les détails de cette évolution selon Maine ne sont pas la priorité de cette étude, mais nous soulèveront les points principaux qui permettent de reconstituer son raisonnement et surtout de souligner la conception de la propriété que Maine en dégage.

Maine prend pour cible sans citer de nom les « juristes du XVII^e siècle », jusnaturalistes, qui font de l'idée même du testament une conséquence du droit naturel à la propriété individuelle. Selon eux, en effet, « le droit [pour l'individu] d'ordonner ou de contrôler la façon dont on disposera de sa propriété après la mort est une conséquence naturelle des droits de propriété eux-mêmes »⁴¹⁶. En d'autres termes, le droit de propriété étant un droit naturel de l'individu à disposer comme il le souhaite, sans limite, des choses qui lui appartiennent, il doit par conséquent être *absolument* libre de décider de ce qu'il adviendra de ses biens y compris après sa mort. Son droit et ses volontés de propriétaire absolu s'imposent au-delà des limites de sa propre vie. Pourtant, ce prétendu « instinct originel » et « universel » est directement contredit par les

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 172.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 174 :

Few legal agencies are, in fact, the fruit of more complex historical agencies that that by which a man's written intentions control the posthumous disposition of his goods. Testaments very slowly and gradually gathered round them the qualities I have mentioned (...)

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 175-176 : « the right of dictating or controlling the posthumous disposal of property is a necessary natural consequence of the proprietary rights themselves. »

multiples dispositions du « Code Napoléon »⁴¹⁷, ou Code civil, code censé consacrer le caractère absolu de la propriété individuelle, à travers notamment l'article 544 et ses commentaires. Le droit français impose selon Maine de nombreux « contraintes » qui sont absolument contradictoires avec les affirmations jusnaturalistes.

Maine ne se lance toutefois pas dans un commentaire du Code civil, il préfère en appeler aux « faits de l'histoire de l'ancien droit » plutôt qu'aux objections modernes que l'on pourrait faire, le « Code Napoléon » à l'appui. Son premier constat paraît sans appel : il n'existe absolument rien comme des « privilèges testamentaires » dans les « sociétés indigènes »⁴¹⁸. Cette affirmation abrupte sert une intention claire : celle de démontrer que la liberté testamentaire ainsi que l'idée d'un droit naturel et absolu à la propriété individuelle dont elle est censée découler, sont des productions tardives de l'histoire juridique et datent de l'époque moderne. Plus important, c'est le concept même de testament qui n'existe pas dans les temps les plus reculés de l'histoire des institutions selon Maine. D'où provient-il donc ? La fonction d'un testament, à l'époque moderne, est de permettre la « *devolution of inheritance* ». Le terme de « devolution », terme juridique technique l'on peut traduire par « passation » ou par « transfert » désigne le transfert d'un ensemble de droits et de devoirs d'un individu à un autre. Pour désigner cet ensemble de « droits et de devoirs », Maine a explicitement recouru à la notion d'*universitas juris*⁴¹⁹.

Le lien entre le concept d'*universitas juris* et celui de « faisceau de droits », ou *bundle of rights* est directement établi par Maine et prend la forme d'une simple explicitation sémantique : « (...) the *universitas juris* ; that is, a university (or bundle) of rights and duties »⁴²⁰. S'ensuit l'une des définitions de terme juridique les plus complètes que Maine propose dans son œuvre, preuve de son importance :

Une *universitas juris* est une collection de droits et de devoirs réunis par le seul fait d'avoir appartenu à une même personne à un moment donné. C'est comme s'il s'agissait de l'accoutrement juridique d'un individu déterminé. Il n'est pas formé par le groupement de *n'importe quels* droits et *n'importe quels* devoirs : il ne peut être constitué qu'en rassemblant tous les droits et tous les devoirs d'une personne particulière. Le lien qui unit ainsi cet ensemble de droits de propriété, droits de passage, droits à des legs, devoirs d'exécuter certaines tâches, les dettes, l'obligation d'indemniser les torts causés – ce lien qui réunit toutes ces prérogatives et ces devoirs et qui en fait une *universitas juris* – doit son

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 176.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 177.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 177-178.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 178.

existence au fait d'être rattaché à un individu qui peut les exercer. Sans ce *fait* essentiel, il n'y a pas d'université de droits et de devoirs.⁴²¹

Cette définition insiste sur un certain nombre d'éléments cruciaux pour comprendre la conception de la propriété que propose Maine. Cette *universitas juris* est un ensemble *complet* et *insé- cable* de droits et de devoirs qui doivent leur connexion au fait qu'ils sont rattachés à un indi- vidu. Ils ne sont donc pas séparables en fait, bien qu'ils le soient conceptuellement, car il existe un « lien » que Maine désigne par le mot de *tie*, qui ne désigne pas une simple connexion mais bien la façon dont des éléments sont attachés les uns aux autres, potentiellement d'une façon nécessaire. C'est cet ensemble cohérent de droits et de devoirs que l'individu transmet à sa famille élargie lors de l'héritage, qui est une « *universal succession* », ou « *succession to a universitas juris* »⁴²². Maine note d'ailleurs que les droits et les devoirs en question pourraient être acquis séparément et à des moments différents, par des actes juridiques successifs. Il ne s'agirait cependant pas là d'une « succession universelle », ce qui confirme l'inséabilité de l'ensemble de droits et de devoirs qui fait l'*universitas juris*.

Remarquons aussi l'insistance de Maine sur la présence des *devoirs* en son sein. En effet, Maine précise immédiatement que « nos devoirs peuvent excéder nos droits » au sein d'une *universitas juris*⁴²³. Maine n'explique pas cette remarque, qui ne prend sens que si on l'éclaire au moyen de ce qui l'entoure, sans faire l'économie de tout le chapitre. Cette insistance sur le poids des *devoirs* dans l'*universitas juris* a une conséquence directe : ce qui est transféré à un individu lors d'une succession est autant un ensemble de droits que de devoirs. Devenir propriétaire par le transfert de l'*universitas juris*, ce n'est donc pas devenir le maître absolu d'une chose. Le modèle de la transmission du *patrimoine* suggère alors une autre vision de la propriété : celle d'un ensemble de droits et devoirs, ensemble dans lequel le propriétaire n'est pas un maître absolu mais le responsable, ou le gardien, d'un patrimoine. Cette affirmation a de nombreuses conséquences sur la conceptualisation même de la propriété.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 178 :

A universitas juris is a collection of rights and duties united by the single circumstance of their having belonged at one time to some one person. It is as it were, the legal clothing of some given individual. It is not formed by grouping together any rights and any duties. It can only be constituted by taking all the rights and all the duties of a particular person. The tie which so connects a number or rights of property, rights of way, rights to legacies, duties of specific performance, debts, obligations to compensate wrongs – which so connects all these legal privileges and duties together as to constitute them as a universitas juris, is the fact of their having attached to some individual capable of exercising them. Without this fact there is no university of rights and duties.

⁴²² *Ibid.*, p. 179.

⁴²³ *Ibid.*, p. 179.

Dans ce cadre, que signifie le fait que nos devoirs puissent « excéder » nos droits ? Si l'on s'en tient à une vision strictement individuelle de l'*universitas juris* et de sa passation, cela implique seulement que l'individu qui se voit transférer les droits et les devoirs d'un autre accepte à la fois ses biens comme ses dettes. Par conséquent, le patrimoine que l'on hérite contient aussi bien un actif qu'un passif. Il a une valeur qui est la somme de ses composants, composants qui peuvent être négatifs, ce sont les dettes. Dans l'ensemble que constitue le patrimoine, tous les biens sont confondus, y compris avec ces biens « négatifs », et c'est la valeur monétaire de ces biens qui permet leur fusion et leur substituabilité, au sein du patrimoine qui lui, reste inaliénable et strictement associé à la personne juridique⁴²⁴. Compris du point de vue de la succession, les droits et les devoirs qui composent ensemble le « faisceau » qui est passé d'un individu à un autre sont donc encore une fois proprement insécables. S'ils peuvent être distingués conceptuellement, ils ne peuvent l'être de fait si l'on considère la propriété comme la relation à un patrimoine et non plus comme la relation juridique qualifiant la domination d'un maître absolu sur les choses qui lui sont extérieures.

Maine entend toutefois dépasser ce point de vue individuel. Lorsqu'il relève qu'il n'existe pas de privilèges testamentaires dans les sociétés primitives, il ajoute qu'à une époque ultérieure, un individu peut, au sein d'un cadre strict, « passer outre les droits [*claims*] de sa parentèle [*kindred in blood*] »⁴²⁵. Les éléments modernes de la conception patrimoniale de la propriété font donc signe vers l'origine de ce qui constituait l'horizon de la propriété pour l'individu : son inscription au sein d'une communauté, la *lignée*. C'est la raison pour laquelle Maine affirme que, selon la conception patrimoniale de la propriété qu'il choisit d'explicitier ici, l'individu a davantage de droits que de devoirs, car la propriété, malgré le droit de disposer de certains biens qu'elle confère, implique d'immenses responsabilités pour celui qui se voit confier la tâche d'assurer la pérennité d'un fonds commun. Les contraintes qui pèsent sur l'individu et limitent sa liberté de tester dans le Code civil sont un résidu de l'immense obligation envers la communauté que représentait originellement le fait d'être « propriétaire ». On met en effet entre guillemets ce terme, tant cette conception du rôle de propriétaire paraît éloignée des idées modernes.

De cette dimension collective de la propriété, Maine retrouve des traces dans l'histoire du droit romain, où la transmission de l'*universitas juris* pouvait concerner non pas une personne distincte, mais un « groupe de personnes »⁴²⁶. Dans le droit romain le plus ancien, l'idée

⁴²⁴ Voir sur ce sujet M. Xifaras, *La Propriété, op. cit.*, p. 260.

⁴²⁵ *Ancient Law, op. cit.*, p. 177 : « to override the claims of his kindred in blood ».

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 181.

que l'individu puisse dicter ses conditions concernant la passation de son patrimoine est totalement absente, c'est donc l'idée même de testament qui n'a pas de sens dans ce contexte. Cette forme de liberté individuelle, qui prendrait racine dans un droit « naturel » à la propriété, n'a en effet aucun sens pour la société primitive qui « a pour éléments, non pas des individus, mais des groupes d'hommes unis, de façon réel ou fictive, par leurs liens de sang ». Dans ce type de société, comme l'illustrent les conclusions de Maine sur le passage du statut au contrat, les individus n'ont aucun droit pour eux-mêmes : c'est en tant que membres d'un groupe qu'ils possèdent des droits, ainsi définis par leur statut⁴²⁷.

On retrouve dans ces développements un prolongement des conclusions de Maine sur la *Patria Potestas*. En effet, l'institution de la *Patria Potestas* révélait que les femmes, les enfants et les esclaves se trouvaient placés ensemble sous l'autorité du père de famille est ainsi considéré comme leur tuteur, avec toutes les prérogatives que cela implique. L'individu « propriétaire » est comme un père de famille vis-à-vis des biens de sa lignée : il en est le *tuteur*, ce qui signifie que bien que lui soient confiés des droits, son action est limitée par les obligations qu'il a envers ce qui est sous sa tutelle. Le patriarche a ainsi « des droits étendus mais des obligations tout aussi étendues » et il n'est rien d'autre qu'un « officier public », le représentant de la « Famille », qui est alors considérée, avec ses biens, comme une « corporation » dont les intérêts dépassent ceux de ses représentants⁴²⁸. Si la famille est une corporation qui ne « meurt jamais »⁴²⁹, ses biens passent d'une génération à l'autre et les droits et les devoirs de son *représentant* avec eux.

C'est ainsi que M. Xifaras considère que la « représentation du propriétaire » est une « détermination constitutive de la propriété patrimoniale »⁴³⁰. Quel est le sens exact de cette formule ? Nous le détaillerons ultérieurement, mais nous pouvons d'ores et déjà affirmer que son sens principal est d'insister sur la distinction systématique entre le propriétaire et l'administrateur du patrimoine. Une personne physique est souvent, mais pas nécessairement, l'administrateur de son propre patrimoine. Toutefois, dans le cas d'une corporation ou d'un collectif à l'image des communautés de village dont parle Maine, le chef de famille occupe le rôle de

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 183, à propos de la société primitive : « It has for its units, not individuals, but groups of men united by the reality or the fiction of blood-relationship. (...) Men are regarded and treated, not as individuals, but always as members of a particular groups. ».

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 184 :

The Family, in fact, was a Corporation ; and he was its representative or, we might almost say, its Public officer. He enjoyed rights and stood under duties, but the rights and duties were, in the contemplation of his fellow-citizens and in the eye of the law, quite as much those of the collective body as his own.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 185.

⁴³⁰ M. Xifaras, *La Propriété*, *op. cit.*, p. 295.

représentant d'un patrimoine qui le dépasse, qui appartient à quelque chose qui s'étend au-delà de lui-même, dans l'espace comme dans le temps. Le vrai propriétaire, c'est donc la corporation elle-même, et non l'administrateur. D'où la fiction qui permet de penser la transmission des droits et devoirs d'un individu à un autre à la mort du premier : cette fiction n'est plus si étrange si l'on s'extrait du point de vue individuel et que l'on considère que cette institution a pour fonction de désigner des responsables successifs de la gestion d'un ensemble de biens qui, eux, perdurent au-delà des vies individuelles⁴³¹. Le patrimoine impose ses contraintes à la succession des vies individuelles : il assure la pérennité structurelle du fonds patrimonial, en assurant notamment sa reproduction et en distinguant les biens qui sont tellement liés à son essence qu'ils sont strictement inaliénables, des biens qui peuvent être consommés, échangés, cédés, pour ne citer que ces cas. Les droits et les obligations des individus en rapport au patrimoine sont donc conditionnés à ce que M. Xifaras désigne comme « une manière de concevoir le temps », une articulation particulière « du présent et du futur »⁴³².

L'individu se trouve donc doté d'une personnalité juridique qui fait de lui le représentant d'une corporation, tout comme le roi est en réalité deux personnes : lui-même et celui qui occupe la fonction de roi. Maine fait à ce propos un parallèle avec le droit anglais, qui distingue les « *Corporations aggregate* » et les « *Corporations sole* ». La « *Corporation Sole* » n'est rien d'autre que l'individu investi des « qualités » de la corporation par une fiction, la « véritable » corporation se situant au-delà du niveau individuel⁴³³. L'ancien droit romain contient selon Maine une distinction similaire, puisque l'individu semble y être dans la même relation à la famille que la *corporation sole* l'est avec la *corporation aggregate*. De fait, distinguer la personne qui transmet son patrimoine de celle de son groupe de « co-héritiers » n'est pas tâche facile selon Maine, ce qui explique que la possibilité même d'un libre testament soit refusée à la première approche, et que toutes les « dispositions testamentaires » qui « violaient le principe qui unissait son existence présente et celle après sa mort », soient interdites⁴³⁴.

L'indistinction entre la personne du « tuteur », celui qui va transmettre son patrimoine, d'avec celle de sa lignée, dont il a finalement la tutelle, a pour conséquence que « ce qui se transmettait du testateur à l'héritier, c'était la *Famille* », que Maine définit alors comme « un

⁴³¹ *Ancient Law, op. cit.*, p. 186 :

It seems, in truth, that the prolongation of a man's legal existence in his heir, or in a group of co-heirs, is neither more nor less than a characteristic of the family transferred by a fiction to the individual. Succession in corporations is necessarily universal, and the family was a corporation.

⁴³² M. Xifaras, *La Propriété, op. cit.*, p. 317.

⁴³³ *Ancient Law, op. cit.*, p. 187.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 188.

agrégat de droit et de devoirs », famille dont la propriété n'est rien de plus qu'un « *appendice ajouté à la famille* »⁴³⁵. Ce sont du moins les conclusions que Maine tire de sa lecture des *Institutes* de Gaius, manuels de droit romain auxquels il fait une référence allusive⁴³⁶. On notera l'importance symbolique du fait de citer les passages de Gaius concernant les pouvoirs testamentaires et non pas ceux établissant la distinction entre choses et personnes, essentiels à la définition de la propriété comme maîtrise souveraine. Rappelons aussi que la redécouverte des *Institutes* en 1816 est due à Niebuhr, envers lequel Maine reconnaît explicitement sa dette intellectuelle⁴³⁷.

4.3.2. Les racines du droit romain, et au-delà

Revenant à ses réflexions sur les testaments, Maine affirme que ses observations permettent de conclure que le premier « testament », loin d'être un ensemble de dispositions personnelles établies par un individu, est avant tout un rite ayant pour fonction d'opérer la passation (« *devolution* ») au sein de la famille. Cela expliquerait, toujours selon Maine, la connexion entre les premières versions connues de ce rite et les *Sacra*, les rites familiaux. C'est à ce moment-là que Maine commence à faire référence pour l'une des premières fois aux coutumes indiennes dont il se fait le relais, puisqu'il établit une équivalence directe entre ces rites et ceux des Romains. La mention de différentes coutumes, au sein de différents corpus de droit coutumier ou religieux, le conduit à en conclure à la proximité originelle entre l'institution de l'adoption et celle du « testament », toutes deux ayant selon lui pour fonction première d'assurer la continuité de la lignée⁴³⁸. La transmission des biens occupe alors une place secondaire, puisque la transmission à l'œuvre est davantage celle d'une forme de « souveraineté »⁴³⁹, par le transfert de la « représentation de la maison » à un « nouveau chef »⁴⁴⁰. Cela explique l'ensemble des contraintes qui pèsent sur cette transmission et qui ne permet pas, à ce stade, qu'il y ait une quelconque liberté testamentaire, et ce depuis les *leges barbarum* au droit coutumier de certaines régions d'Inde, parallèle que la méthode comparative de Maine lui permet de dresser⁴⁴¹.

Les hypothèses de Maine quant à l'origine de l'institution de la primogéniture, c'est-à-dire le fait que le fils aîné hérite des biens de son père, s'inscrivent dans cette argumentation. Maine entend bien distinguer la primogéniture telle qu'elle aurait été conçue à la fin de l'époque

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 190. Nos italiques.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 190. Maine fait très certainement référence au troisième livre des *Institutes*.

⁴³⁷ Voir N. O'Brien, *op. cit.*

⁴³⁸ *Ancient Law, op. cit.*, p. 191.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 195.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 194.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 196.

féodale en Europe de la primogéniture « archaïque », qui n'a pas pour but un transfert de propriété, mais plutôt de responsabilités. La distinction que Maine établit entre la conception patrimoniale de la propriété, propre aux sociétés anciennes, et l'idée moderne de propriété comme maîtrise souveraine, n'est jamais plus claire que dans les réflexions qu'il propose à ce sujet⁴⁴². En effet, dans les sociétés à structure patriarcales, le fils aîné pouvait hériter des biens de son père et hériter du droit « absolu » d'en disposer. Notons toutefois que Maine parle bien ici de gouvernance (« *government* ») à propos de ces biens, ce qui doit rappeler que le fils aîné est, comme son père, le simple gestionnaire d'un fonds. C'est pourquoi il n'est pas un « véritable propriétaire » au sens moderne, que Maine considère comme extrêmement tardif. Cette « conception de la propriété » implique en effet l'idée d'un « pouvoir sans frein sur les objets de la propriété » (« *uncontrolled power over property* ») qui n'est en rien compatible avec le fait que le fils aîné qui endosse le rôle de gestionnaire de son père avant lui accepte par là des « obligations qui y correspondent » (« *correlative duties* ») dont on ne saurait donner une définition complète selon Maine, ce qui semble indiquer qu'il s'agit de devoirs envers l'ensemble de la communauté, qui se manifesteraient de multiples façons.

Quoiqu'il en soit, ces obligations, à peine définissables tant elles sont englobantes, rentrent immédiatement en conflit avec la conception de la propriété décrite ici. Ainsi, si l'on retrouve à travers les âges, derrière l'idée de primogéniture, le fait qu'un fils aîné succède à son père comme chef de famille, le sens que lui donne la période féodale est tout autre, car les juristes qui lui donnent ses contours ont à l'esprit l'idée de propriété comme domaine, impliquant la maîtrise absolue sur les choses. Avant que ce changement ne prenne réellement forme, l'institution de la primogéniture, si l'on peut la désigner ainsi, hésite entre deux tendances : certes, l'aîné se voit confier la gestion du patrimoine de la lignée, mais ce patrimoine ne lui appartient pas en propre, et il peut se le voir reprendre par ses « co-héritiers » à tout moment. Subsisterait donc l'idée d'une forme de propriété collective, sur laquelle chaque membre du groupe aurait des droits, mais des droits qui ne seraient pas séparables de ceux des autres

⁴⁴² *Ibid.*, p. 237-238 :

In a patriarchally governed society, the eldest son may succeed to the government of the Agnatic group, and to the absolute disposal of its property. But he is not therefore a true proprietor. He has correlative duties not involved in the conception of proprietorship, but quite undefined and quite incapable of definition. The later Roman jurisprudence, however, like our own law, looked upon uncontrolled power over property as equivalent to ownership, and did not, in fact, could not, take notice of liabilities of such a kind, that the very conception of them belonged to a period anterior to regular law. The contact of the refined and the barbarous notion has inevitably for its effect the conversion of the eldest son into legal proprietor of the inheritance.

membres, aucun d'entre eux ne pouvant ainsi quitter le groupe avec une part qui lui reviendrait. Une certaine idée de la liberté testamentaire, liée à l'idée que chacun peut disposer pleinement de ses biens même après sa mort, n'a donc pu s'imposer qu'en se détachant progressivement de cette configuration récurrente. La pleine liberté testamentaire n'a cependant jamais été acquise, et le droit des successions garde ainsi la trace d'une autre conception de la propriété, la propriété comme patrimoine, concurrente de la propriété comme domaine absolu⁴⁴³.

Aussi, même les formes les plus anciennes de testament que l'on retrouve au Bengale confirment les conclusions que suggèrent l'étude du droit romain : un individu n'est libre de tester que dans la mesure où son testament n'entre pas en conflit avec les « droits de la famille », qui priment systématiquement⁴⁴⁴. Ces « droits » sont si prégnants qu'ils constituent les enfants mâles comme « co-propriétaires » avec leur père, imposant de cette façon des contraintes comme l'interdiction d'aliéner une partie de la propriété familiale⁴⁴⁵. La formule que choisit Maine pour décrire ce type de situation est on ne peut plus claire : « (...) les membres de la communauté ne possèdent pas leur propriété et leur famille, mais ils possèdent plutôt leur propriété à *travers* leur famille »⁴⁴⁶. Maine décrit ensuite les nombreuses étapes qui permettent aux testaments d'émerger en tant que tel et devenir ces « instruments puissants qui ont modifié la société par l'impulsion qu'ils donnent à la *circulation* de la propriété et à la *plasticité* qu'ils confèrent aux droits de propriété »⁴⁴⁷. Une étape est cependant essentielle : dans les premiers moments de l'histoire romaine, l'héritage est encore considéré comme un transfert de souveraineté, et soumis à de nombreuses procédures, notamment sa validation par l'assemblée des patriciens. Une affaire de succession, que les modernes considèreraient comme privée, est alors contrôlée par les représentants des grandes maisons de Rome. Preuve en est, pour Maine, du caractère supra-individuel de la succession : comme il s'agit ni plus ni moins que du transfert des responsabilités d'un chef de famille à un autre, ce sont les grandes familles romaines qui décident de sa validité.

Toutefois, les Plébéiens ne disposant pas d'un tel mécanisme, leur statut étant différent, les transferts de propriété par héritage se faisaient avec des formalités moindres, jusqu'à se rapprocher progressivement des simples transferts de propriété *inter vivos*, pour ensuite se

⁴⁴³ Ces réflexions, ici résumées de façon hâtive et imprécise, font l'objet de très longs développements chez Maine, notamment entre les pages 225 et 243 de *Ancient Law*. Tout le chapitre VII peut cependant être consulté à ce propos.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 197. Nos italiques : « So too, the Will of Bengal is only permitted to govern the succession so far as it is consistent with certain *overriding claims of the family* ».

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 198.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 208-209.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 194-195. Nos italiques.

substituer aux formes de transmission autrefois jugées supérieures. Cette forme de testament serait l'ancêtre du nôtre et de la liberté, restreinte cependant, de tester. Son rapprochement graduel avec les transferts de propriété par contrat, comme la vente, serait donc responsable de l'émergence de l'idée que les individus peuvent disposer librement de leurs biens, et donc de l'idée de propriété comme maîtrise souveraine. Cette dernière idée est donc essentiellement tardive dans l'histoire des systèmes juridiques qui inspirent à Maine ses propos : elle est le produit d'un double mouvement qui voit, dans un premier temps, des formes inférieures d'appropriation et de transmission des biens apparaître et être validées par des institutions spécifiques, avant de substituer, dans un deuxième temps, aux formes considérées auparavant comme extérieures⁴⁴⁸.

L'histoire des contrats est en effet similaire pour Maine, et manifeste un processus qu'il estime crucial pour l'articulation entre le changement juridique et l'évolution sociale : une sous-catégorie est créée, avec pour but d'affranchir certains transferts de biens, ou certaines catégories de personnes, de lourdes formalités juridiques, et de leur offrir une forme de reconnaissance et de stabilité. Ensuite, cette catégorie en vient à s'étendre et à remplacer les institutions juridiques qui l'ont précédée. Ainsi, les modes de transferts créés pour des biens considérés comme inférieurs en importance viennent lever les contraintes sur le transfert des biens autrefois considérés comme essentiels. C'est au cours de ce processus que l'idée que l'individu n'est que le gestionnaire d'un patrimoine qui appartient à un groupe qui le dépasse s'affaiblit et cède la place, quoique jamais complètement, au principe selon lequel les individus peuvent disposer en maîtres absolus de leurs biens.

4.4. Le faisceau de droits et ses fonctions

4.4.1. Patrimoine et obligations collectives

Le raisonnement de Maine conduit à la conclusion que la conception patrimoniale de la propriété et celle de la propriété comme maîtrise souveraine ne sont ni des alternatives clairement distinctes, ni des traditions parallèles qui s'appliqueraient à des domaines distincts du droit. Elles représentent une tension à l'œuvre depuis l'origine des sociétés « indo-européennes » que Maine prétend étudier. Nos réflexions précédentes ont souligné l'anthropologie qui sous-tend le propos de Maine : s'il n'existe pas de droit naturel à la propriété comme les jusnaturalistes le supposent, et si la propriété est originellement commune, les individus ont toutefois une tendance naturelle à s'approprier certaines choses, notamment dès qu'ils sont

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 198-204.

établis sur un territoire précis. Les contraintes de la gestion des ressources par la collectivité sont donc en permanente tension avec cette tendance à l'appropriation individuelle. Les règles du droit coutumier trouvent leur origine, pour Maine, dans la nécessité de réguler cette tension. La conception patrimoniale de la propriété et celle de la propriété individuelle exclusive sont des manifestations concrètes de cette tension. En tant que telles, toutefois, elles ne représentent pas l'un ou l'autre des pôles, mais toujours un équilibre entre eux. De la même façon que le Code civil consacre la propriété comme maîtrise souveraine avec l'article 544 tout en limitant parfois sévèrement la liberté testamentaire, l'ancien droit des peuples germaniques contraint le chef de famille quant aux biens collectifs, tout en permettant la libre circulation, voire la vente, de biens considérés comme secondaires, notamment ceux acquis par l'individu lui-même⁴⁴⁹.

Dans ces différents systèmes, la propriété est toujours un faisceau de droit dans lequel plus ou moins de droits sont accordés aux individus, individus qui ont plus ou moins de devoirs envers le groupe auquel ils appartiennent. Ces devoirs ont pour source la nécessité de préserver le domaine, le fonds commun à un collectif. En ce sens, comme nous l'avons vu, il ne s'agit pas d'un simple équilibre entre des droits et des devoirs, car le devoir de préserver le fonds commun conditionne l'intégralité des droits et des devoirs attribués ensuite aux individus, y compris au gardien du fonds, le « propriétaire » chef de famille. Le collectif impose ses nécessités concernant la propriété et plus généralement la manière de disposer des biens car la gestion des ressources sur un territoire donné est un impératif fondateur. Le territoire impose en quelque sorte ses nécessités à la communauté, et les individus ne se voient attribués des rôles, y compris celui de chef de famille, qu'au nom de cette nécessité. M. Xifaras conduit une analyse similaire lorsqu'il analyse les conséquences de la conception de la propriété comme appartenance patrimoniale. Le patrimoine dépasse la vie de ceux auxquels il est confié, mais qui peuvent en être les représentants, ou les administrateurs. Cela signifie que les droits et les devoirs de ses derniers sont conditionnés à la finalité supérieure qu'est le *but* autour duquel est organisé le patrimoine⁴⁵⁰.

Affecter un ensemble de biens à un but est l'acte fondateur d'un patrimoine. En quelque sorte donc, le patrimoine est « une volonté objectivée dans une masse de biens, la cause qui préside à la réunion de ces biens en une même masse, leur affectation »⁴⁵¹. C'est pourquoi le

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 198 : « The ancient German law, like the Hindoo jurisprudence, makes the mal children co-proprietors with their father (...) But the other sorts of property, of more modern origin and lower dignity, are much more easily easier alienated ».

⁴⁵⁰ M. Xifaras, *La Propriété*, *op. cit.*, p. 299 : « Le patrimoine est donc un être réel, objectif, constitutivement organisé par un vouloir qui se confond avec lui : son but. Tout patrimoine est donc constitué par un but, le régime des droits afférents à la propriété patrimoniale est téléologiquement déterminé (...) ».

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 301.

droit de celui qui administre un patrimoine n'a rien à voir avec « l'exercice d'un droit subjectif absolu, déterminé par la seule volonté de son titulaire ». Il répond en réalité à une « finalité qui lui est constitutive »⁴⁵². Cette finalité se définit par un équilibre entre deux tâches, qui s'imposent au « représentant » du patrimoine : la conservation pure et simple du patrimoine et sa *gestion*. La première tâche est liée à la seconde en ce que la gestion, y compris le fait de céder, échanger ou encore investir certaines parties du patrimoine, est nécessaire pour qu'il soit conservé. Inversement toutefois, certaines parties du patrimoine peuvent devoir être considérées comme inaliénables au nom de ce premier impératif. Nous pouvons désormais remarquer les parallèles importants entre les analyses qui précèdent et un passage important, où Maine propose une comparaison entre le droit romain, les communautés de village d'Inde, et les clans celtes⁴⁵³. Ces trois exemples représentent trois étapes, de la plus récente à la plus ancienne, qui explicitent le rôle que le père de famille occupe vis-à-vis du « fonds commun » qui lui est confié. Il n'est en rien un propriétaire au sens moderne du terme, mais se trouve plutôt être un « intendant » (« *steward* ») dans le droit romain ancien, un co-propriétaire (« *joint-sharer* ») avec ses fils dans les communautés indiennes et, enfin, « l'administrateur d'un fonds commun » dans les clans celtes. À mesure que l'on remonte vers la racine institutionnelle des sociétés « indo-européennes », on retrouve, pour Maine, l'origine même de la propriété, qui n'est pas la propriété d'un individu, ni même la copropriété de plusieurs individus, mais seulement un fonds commun que les membres de la communauté ont pour fonction d'administrer, le chef de famille en premier. Ce que décrit ici Maine ne prend pas la forme d'une propriété collective de la communauté sur un territoire, car cela impliquerait que la communauté ait des *droits*, au sens le plus large du terme, sur ce territoire. Au contraire, le collectif n'a que des *devoirs* vis-à-vis du fonds commun qu'il entretient.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 289.

⁴⁵³ *Ancient Law, op. cit.*, p. 233-235 :

Sovereignties descend therefore to the eldest son, and where the affairs of the Village Community, the corporate unit of Hindoo society, are confided to a single manager, it is generally the eldest son who takes up the administration at his parent's death. (...) Comparing these Indian successions with some of the ruder social organisations which have survived in Europe almost to our own day, the conclusion suggests itself that, when Patriarchal power is not only domestic but political, it is not distributed among all the issue at the parent's death, but it is the birthright of the eldest son (...) We are speaking of a family-connection still closer and more stringent than any with which we are made acquainted by Hindoo society or ancient Roman law. If the Roman *Paterfamilias* was visibly steward of the family possessions, if the Hindoo father is only joint-sharer with his sons, still more emphatically must be the true patriarchal chieftain be merely the administrator of a common fund.

4.4.2. Dépasser l'opposition entre propriété individuelle et collective

Ainsi, le raisonnement de Maine ne semble pas le conduire tout à fait à la conclusion que la propriété *collective* est l'institution originelle, malgré certaines de ses propres expressions⁴⁵⁴. Le propos de Maine nous semble toutefois plus nuancé que ne l'indiquent ses formules, dont la visée est indubitablement polémique. Le modèle de la propriété comme faisceau de droit, inspiré par l'*universitas juris* et ses implications pour la succession, a pour but d'alimenter une critique, ici explicite, de l'idée selon laquelle la propriété individuelle est un droit naturel. Maine remet ainsi en cause l'idée d'une priorité chronologique de l'appropriation individuelle. Critiquer cette idée n'implique pas toutefois d'affirmer l'inverse, c'est-à-dire que la propriété est originellement collective, car les biens appartiennent à un groupe comme ils peuvent, à l'époque moderne, appartenir à un individu. C'est ce parallélisme qui n'est pas permis par la réflexion que Maine propose. Si la propriété est collective à certains points de l'histoire, c'est en prenant la forme de la copropriété (« *joint-ownership* »), dans laquelle les individus conservent des droits distincts les uns des autres. Plus précisément, ces individus reçoivent ces droits, et ces devoirs, en tant que membre d'un collectif dont l'existence dépend de la bonne gestion d'un fonds commun :

La communauté de village prend, dans sa forme la plus simple, l'aspect d'une assemblée de copropriétaires, un ensemble d'individus apparentés possédant un domaine en commun. La communauté est toutefois d'avantage qu'une confrérie d'individus liés par le sang ou qu'une association de partenaire. C'est une société organisée qui, au-delà d'assurer la gestion d'un fonds commun, manque rarement de s'occuper, grâce à une équipe complète de fonctionnaires, du gouvernement, de la police, de l'administration de la justice et de la répartition des impôts et des charges publiques.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 259 :

(...) there is a strong à priori improbability of our obtaining any clue to the early history of property, if we confine our notice to the proprietary rights of individuals. It is more likely that joint-ownership, and not separate ownership, is the really archaic institution, and that the forms of property which will afford us instruction will be those which are associated with the rights of families and of groups of kindred. The Roman jurisprudence will not here assist in enlightening us, for it is exactly the Roman jurisprudence which, transformed by the theory of Natural Law, has bequeathed to the moderns the impression that individual ownership is the normal state of proprietary rights (...).

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 262 :

Such an assemblage of joint proprietors, a body of kindred holding a domain in common, is the simplest form of an Indian Village Community, but the Community is more than a brotherhood of relatives and more than an association of partners. It is an organised society, and besides providing for the management of the common fund, it seldom fails to provide, by a complete staff of functionaries, for internal government,

La position de « gérant » ou d'intendant qui est confiée au chef de famille n'est donc pas la seule que crée cette « assemblée de copropriétaires (...) possédant un domaine en commun ». Au sein de ce domaine, on trouve toutes les fonctions nécessaires à une communauté établie, qui s'imposent comme une nécessité de la gestion de ressources en commun. Nous proposons de mettre en parallèle ces réflexions de Maine avec les propos de M. Xifaras, qui qualifie par ailleurs cette conception de la propriété de « machine attributive de places, de droits et de pouvoirs »⁴⁵⁶.

N'oublions pas que c'est de l'impératif de la gestion des ressources en commun que naissent les règles du droit coutumier selon Maine, règles qui vont donc aussi concerner la distribution des fonctions aux différents membres de la communauté, ainsi que de leurs droits et surtout de leurs devoirs. Le vocabulaire des droits et devoirs est d'ailleurs difficile à appliquer dans ce cas tant les individus n'ont jamais que des obligations et des prérogatives dépendant de leur statut à l'intérieur de cette même communauté ou de ses sous-groupes. L'intégralité de leur existence sociale semble ainsi médiatisée à travers la fonction que l'impératif de la gestion du domaine leur attribue, de la même façon, pour reprendre les mots de Maine, que les individus n'ont de propriété dans ce cadre qu'à *travers* leur appartenance au groupe. En effet, aucun individu ne possède dans ce cas de droit *réel* sur aucun des biens composant le fonds commun, dans le sens le plus technique du terme. Au sein de la communauté de village et au sein de ses avatars plus « évolués », tous les « droits de propriété » sont des droits *personnels*, liés au statut des individus et à leurs relations hiérarchiques au sein du groupe, relations qui sont organisées par un impératif qui les dépasse : celui de la gestion du patrimoine⁴⁵⁷. C'est pourquoi, lorsqu'il

for police, for the administration of justice, and for the apportionment of taxes and public duties.

⁴⁵⁶ M. Xifaras, *La Propriété, op. cit.*, p. 334 et p. 302 :

(...) il n'est pas possible d'affecter des biens à un but sans donner un minimum d'indications sur les modalités de jouissance et de disposition de ces biens. La constitution du patrimoine, qui se manifeste dans l'acte de fondation, ne se charge donc pas seulement de désigner le propriétaire du patrimoine en objectivant une volonté dans le pour-quoi le patrimoine existe, mais elle a encore pour tâche de distribuer les titres juridiques qui permettent sa perpétuation et la réalisation de son but constitutif. En tant que finalité objective, le but est donc aussi un principe d'attribution de charges et de bénéfices, de droits de jouissance et de droits de disposition, au sens que Bekker donne à ces termes. Ces charges et bénéfices doivent donc être considérés comme des éléments internes, immanents au patrimoine : on ne saurait concevoir une universalité de droit dépourvue des organes juridiques que requiert son fonctionnement. Dans le monde du droit, on peut rencontrer des corps sans âme, pas de corps dépourvus d'organes. Le patrimoine est une organisation.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 265 :

mène sa propre analyse de la conception patrimoniale de la propriété, M. Xifaras explique que les droits des « administrateurs », des « bénéficiaires » trouvent leur cause dans les fonctions spécifiques que requiert le patrimoine pour perdurer⁴⁵⁸. La conséquence est la suivante : leurs droits ne sont « ni des *droits à* ni des *droits de*, mais des *droits pour* le point d'appartenance, leur exercice est donc strictement délimité par leur finalité interne (...) »⁴⁵⁹.

Notons que, pour Maine en tout cas, cette conception patrimoniale de la propriété est appliquée aux communautés de villages, ces collectifs dont l'ensemble des règles a pour but la gestion de ressources sur un territoire donné. S'il ne s'agit pas de dire que les obligations que les membres de la communauté ont vis-à-vis du fonds qu'ils gèrent en commun sont directement fondées en *nature*, car la relation entre le territoire et la communauté demeure une construction sociale, il est possible de dire que ce sont les réalités matérielles des ressources à gérer, réalités géographiques et géologiques qui limitent les possibilités qui s'offrent à la communauté gestionnaire, qui sont *la cause à la fois matérielle et finale* des règles de vie en commun. En effet, d'une part, les règles mises en place par la communauté pour gérer ses ressources sur son territoire doivent tenir compte des contraintes matérielles posées par la nature de ces ressources (localisation, quantité, taux de renouvellement, etc.) et, d'autre part, ces règles ont simultanément pour finalité d'éviter que les membres de la communauté provoquent l'épuisement de la ressource dont dépend l'existence de la communauté. M. Xifaras élabore ce propos au sein de sa propre analyse, lorsqu'il affirme que le rapport entre le patrimoine et son but, le « rapport originaire d'appartenance, outre qu'il est un rapport *substantiel* et pas simplement juridique, est aussi le principe de légitimation des titres afférents au patrimoine (...) : il est la source de ces titres et leur détermination théologique ». C'est la « distinction de l'être et du devoir-être, des normes et des valeurs » qui s'en trouve être brouillée⁴⁶⁰. Les règles qui lient le destin d'une

We have so many independent reasons for suspecting that the infancy of law is distinguished by the prevalence of co-ownership, by the intermixture of personal with proprietary rights, and by the confusion of public with private duties (...).

Voir aussi *ibid.*, p. 260 :

It happens that, among the Hindoos, we do find a form of ownership which ought at once to rivet our attention from its exactly fitting in with the ideas which our studies in the Law of Persons would lead us to entertain respecting the original condition of property. The Village Community of India is at once an organized patriarchal society and an assemblage of co-proprietors. The personal relations to each other of the men who compose it are indistinguishably confounded with their proprietary rights, and to the attempts of English functionaries to separate the two may be assigned some of the most formidable miscarriages of Anglo-Indian administration.

⁴⁵⁸ M. Xifaras, *La Propriété, op. cit.*, p. 330.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 332. Le terme « point d'appartenance » désigne le patrimoine.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 335-336.

communauté à un fonds qui, sur un espace donné, constitue son patrimoine, entretiennent donc une relation directe avec la nature et la disposition des ressources du territoire en question. Leur variabilité d'une communauté à l'autre est donc liée à leur nature, elle-même conditionnée par leur finalité. La question du formalisme juridique et de la codification ressurgit : peut-on codifier des règles qui trouvent leur finalité et leur structure dans les caractéristiques d'un territoire spécifique ? Comme nous le verrons ultérieurement, c'est ce que met aussi en valeur l'utilisation de l'idée de propriété comme faisceau de droits dans le contexte contemporain de l'étude des communs.

Quoiqu'il en soit, la copropriété en question n'est donc ni une forme de propriété collective du groupe sur le territoire, ni le simple partage équitable d'un bien ou des produits d'un bien, mais plutôt un système où chacun se voit attribuer une fonction (et donc les prérogatives qui peuvent en découler) selon les nécessités imposées par l'administration d'un fonds commun. La première possibilité est tout simplement écartée par le fait, difficile à concevoir, on le reconnaîtra, que c'est l'existence même du domaine et la nécessité de l'exploiter en commun qui distribue les droits et devoirs des individus. Le fonds n'est *possédé* par personne, pas même par le groupe en tant que tel. Le groupe ne fait qu'occuper un territoire, qui constitue un fonds dont il doit se préoccuper s'il souhaite assurer sa survie. Cela étant dit, les individus pourront posséder des droits spécifiques concernant la jouissance de certains biens ou produits du fonds. L'appropriation privative de ces biens par les individus est donc possible et de larges prérogatives peuvent même leur être accordées, comme nous le verrons ultérieurement. Il ne saurait donc être correct de dire qu'il s'agit d'une forme de collectivisme.

Selon M. Xifaras, la distinction entre le propre et le commun n'est toutefois pas pertinente dans le cas de la propriété patrimoniale qui est « indifférente à la distinction du propre du commun » de même qu'à « la nature publique ou privée, collective ou individuelle, des titulaires de droits afférents au patrimoine, lequel peut être affecté à la défense d'intérêts individuels, collectifs, ou même les deux à la fois ». M. Xifaras qualifie ainsi la propriété patrimoniale de « la formule juridique de l'unité du divers », une définition qui ne saurait mieux convenir aux formes que prennent la propriété dans les communs⁴⁶¹. Or, comme nous avons déjà pu l'affirmer, la conception de la propriété comme faisceau de droits, du fait de sa nature patrimoniale, ne saurait se réduire à la distinction entre propriété individuelle et propriété collective. L'étude des communs, que nous mènerons plus avant dans ce travail, montrera d'ailleurs que, non seulement il existe une multitude de situations dans lesquelles les prérogatives individuelles

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 337.

sont plus ou moins étendues, mais encore la coexistence de régimes de propriété individuelle exclusive et de régimes d'exploitation de type « communs » est la règle dans les situations étudiées par Elinor Ostrom et ses collègues.

Toutefois, cette variété de formes possibles n'est pas si large qu'elle accepte la propriété individuelle et exclusive qui permettrait aux individus de quitter librement l'indivision de la « démembrer » en cédant leurs parts, par exemple sur un libre marché. La seconde possibilité évoquée plus haut est donc aussi écartée par Maine, grâce aux précisions qu'il apporte au terme de « copropriété ». Quitter le groupe ou céder leur part à quelqu'un n'est pas une option. Être l'un des copropriétaires ne signifie donc pas pouvoir jouir et disposer d'une part équitable des biens en question. C'est pour cela que Maine affirme de manière répétée que le fonds commun n'est divisible qu'en « théorie » et pas « en fait ». La division à parts égales ou proportionnelles, qui fait de tous les membres d'un groupe ou d'une lignée les copropriétaires d'un fonds n'est que rarement mise en place à la mort du chef de famille. La transmission de l'ensemble de la gestion du fonds commun se fait à la faveur d'un seul individu, qui devient le nouveau chef de famille, pendant que tous les membres du groupe demeurent « copropriétaires »⁴⁶².

4.4.3. La fabrique de l'inaliénabilité

Rappelons-le, le patrimoine existe en fonction de son appartenance à un but. En découle un ensemble de règles qui va poser le cadre de la disposition des biens inclus dans le patrimoine. Nous avons déjà vu que ces règles concernaient l'attribution de responsabilités, d'obligations et de prérogatives dépendantes des fonctions à remplir pour la conservation du patrimoine et la réalisation de ses diverses fins. Cette configuration, qui est aussi propre à celle de la propriété comme « faisceau de droits », impose un certain nombre d'impératifs, variables selon les situations, cette variabilité d'exprimant par une pluralité de compositions possibles, entre appropriation individuelle et obligations envers le collectif. Notamment, la conception patrimoniale de

⁴⁶² *Ancient Law, op. cit.*, p. 228 :

Some peculiar significant hints as to the close relation of this phenomenon to primitive thought are furnished by systems yet more archaic than the Roman. Among the Hindoos, the instant a son is born, he acquires a vested right in his father's property, which cannot be sold without recognition of his joint ownership. (...) the father has no advantage over his children, except that he has two of the shares instead of one. The ancient law of the German tribes was exceedingly similar. The allod or domain of the family was the joint-property of the father and his sons. It does not, however, appear to have been habitually divided even at the death of the parent, and in the same way the possessions of a Hindoo, however divisible theoretically, are so rarely distributed in fact, that many generations constantly succeed each other without a partition taking place, and thus the Family in India has a perpetual tendency to expand into the Village Community, under conditions which I shall hereafter attempt to elucidate.

la propriété, comme avons déjà pu l'évoquer, dessine une séparation fluide entre biens inaliénables et biens aliénables, qui est déterminé contextuellement, en fonction du rôle que jouent les choses au sein du patrimoine. Le rôle joué par un bien dans un patrimoine et son degré d'aliénabilité sont donc strictement corrélés, ce qui permet de comprendre pourquoi l'aliénation de la terre peut par exemple être le dernier interdit pour les communautés de villages, même lorsqu'elles ont accordé à leurs membres de très larges prérogatives pour l'appropriation individuelle des ressources. La nécessité d'obtenir le consentement du groupe pour qu'un morceau de terre soit vendu marque donc la continuité de cette limite fluctuante entre biens inaliénables et biens aliénables au sein du patrimoine que représentent le territoire et ses ressources pour la communauté. Sans parler du cas limite de la vente de la terre, l'entretien du patrimoine peut exiger la destruction ou la vente de certains biens quand d'autres sont considérés comme absolument consubstantiels à l'existence du patrimoine. De fait, « la propriété patrimoniale abolit la division des choses commerciales et non commerciales par nature pour établir une échelle continue allant du plus au moins cessible », une grille de lecture que l'on pourra transposer ultérieurement à celle des communs⁴⁶³.

Aussi, le couple aliénabilité et inaliénabilité correspond alors à l'articulation entre conservation et utilisation du patrimoine. L'impératif de la conservation exige ainsi de rendre certaines choses inaliénables, tandis que les conditions d'utilisation imposent différentes actions, comme celles qui permettent de maintenir le patrimoine en l'état ou de l'augmenter, et celles qui permettent aux individus de retirer des avantages privatifs de l'exploitation du fonds commun. Le patrimoine produit donc des régimes où une variété de biens peuvent être inaliénables, aliénables ou mixtes, cette distinction correspondant à des règles de conservation, d'utilisation ou des règles mixtes alliant les deux impératifs⁴⁶⁴. Ces différents objectifs expliquent une tension inhérente à la notion même de patrimoine, celle entre *conserver* et *exploiter* le patrimoine, tension que l'on retrouve au centre de l'analyse que fait Maine de la nature des règles coutumières, entre gestion commune des ressources et appropriation individuelle.

L'analyse que propose Maine se situe en effet dans ce cadre : si les membres d'un collectif sont tous ensemble les gardiens d'un domaine, la fin de sa conservation impose de

⁴⁶³ M. Xifaras, *La Propriété*, *op. cit.*, p. 311 et 338.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 314 :

(...) au couple de l'aliénabilité et de l'inaliénabilité correspond celui de la conservation et de l'utilisation du patrimoine, ce dernier terme englobant à la fois l'augmentation (ou la gestion) et la jouissance (retrait des avantages). La division ternaire des régimes d'inaliénabilité (inaliénable, aliénable, mixte) est donc équilibrante à celle des actes d'administration (conservation, utilisation, mixte) (...)

nombreuses contraintes. En effet, un patrimoine, à la manière d'une fondation, est un fonds dont il importe de conserver l'intégrité. Cela n'implique pas toutefois qu'il faille rendre l'intégralité du fonds inaliénable, mais plutôt qu'un partage entre ce qui peut être cédé et ce qui ne peut pas l'être doit être fait. Si le groupe est établi sur un espace donné, la première et la plus évidente nécessité que cette situation impose est celle de l'intégrité du territoire. C'est en affirmant cela que Maine emploie le terme de « *patrimony* », un mot rare dans son œuvre et que la langue anglaise semble principalement réserver, encore à ce jour, à la désignation juridique des biens que l'on reçoit par héritage. Le « caractère universellement non-malléable des anciennes formes de propriété » provient du fait que la propriété foncière est essentiellement, dans les « sociétés anciennes », le domaine d'un groupe et non la possession d'individu. Un morceau de terre séparé de celle d'un groupe ne peut devenir que le « domaine d'un groupe nouveau ». Toute transaction concernant des terres ne saurait donc qu'être une transaction entre deux groupes sociaux distincts, négociant le transfert d'un territoire à un autre, d'où la lourdeur nécessaire des formalités qui sont liées à de tels enjeux. Maine compare à ce propos deux communautés à des nations et leurs négociations autour de territoires à celles que des états mèneraient entre eux⁴⁶⁵.

Dans cette perspective, par conséquent, le patrimoine est un ensemble de biens dont certains sont considérés aliénables et d'autres non, cette distinction étant toutefois relative à la nature des ressources qu'il faut protéger et aux besoins de la communauté. C'est pourquoi la liberté de vendre sans le consentement des autres membres de la communauté est la première à être restreinte, de même que la possibilité pour des étrangers d'entrer dans la communauté est limitée. Maine évoque ce fait notamment au sujet du « nord de l'Inde », que l'on peut deviner être le Pendjab, annexé tardivement par les Britanniques. Or, c'est le Pendjab qui, comme nous l'avons vu, attire l'attention de l'administration, qui le perçoit comme l'endroit par excellence

⁴⁶⁵ *Ancient Law, op. cit.*, p. 270-271 :

The undivided state of property in ancient societies is consistent with a peculiar sharpness of division, which shows itself as soon as any single share is completely separated from the patrimony of the group. This phenomenon springs, doubtless, from the circumstance that the property is supposed to become the domain of a new group, so that any dealing with it, in its divided state, is a transaction between two highly complex bodies. I have already compared Ancient Law to Modern International Law, in respect of the size and complexity of the corporate associations, whose rights and duties it settles. As the contracts and conveyances known to ancient law are contracts and conveyances to which not single individuals, but organised companies of men, are parties, they are in the highest degree ceremonious; they require a variety of symbolical acts (...) the presence of an inordinate number of witnesses. From these peculiarities, and others allied to them, springs the universal unmalleable character of the ancient forms of property.

où les communautés de village sont la structure sociale dominante. Maine note toutefois qu'il ne faut pas considérer que toutes les communautés de village sont absolument similaires ou correspondent à la description générale qui peut en être faite par les officiers britanniques. Si ces communautés sont à l'origine constituées d'individus apparentés, Maine suppose en effet, à partir d'informations dont il affirme disposer, que ces communautés sont aussi en mesure de laisser des étrangers les rejoindre, s'ils acquièrent une « part » de la communauté. Cela suppose réciproquement qu'un individu puisse vendre ses terres, ou bien les hypothéquer. Il doit néanmoins obtenir le « consentement du village » et celui qui achète sa part doit assumer les mêmes « obligations » que lui. Le rapport de ces communautés à un éventuel marché foncier est ambigu. Même lorsque les individus ou les familles peuvent s'appropriier certaines terres sur un mode extrêmement proche de la propriété privée, la nécessité d'obtenir le consentement des autres membres de la communauté pour certaines actions, ici la vente, d'une part, et le fait que les nouveaux entrants aient besoin d'accepter certaines obligations d'autre part, imposent des limites aux effets des dynamiques marchandes sur l'intégrité de la communauté⁴⁶⁶.

La structure de la propriété en « faisceau de droits », par sa nature patrimoniale, articule donc toujours les intérêts individuels aux impératifs collectifs, même à un point avancé de l'individualisation des droits. Elle donne une grande flexibilité aux communautés pour trouver l'équilibre qui convient à leur situation spécifique, grâce à un large gradient sur lequel se situent des communautés qui accordent plus ou moins de libertés d'appropriation, d'utilisation et disposition à leurs membres. L'idée de faisceau de droits ne signifie donc pas, dans ce cadre, que les droits en question peuvent être détachés les uns les autres, mais plutôt qu'ils peuvent prendre des configurations différentes, où se mélangent libertés individuelles de disposer des biens et impératifs collectifs. Là où les communs tels qu'ils sont théorisés par Elinor Ostrom permettent d'envisager cette pluralité de configurations d'un point de vue synchronique, comme nous le

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 262-4 :

Yet it is not to be supposed that every Village Community in India drew together in so simple manner. Although, in the North of India, the archives, as I am informed, almost invariably show that the Community was founded by a single assemblage of blood-relations, they also supply information that men of alien extraction have always, from time to time, been engrafted on it, and a mere purchaser of a share may generally, under certain conditions, be admitted to the brotherhood. (...) The rights of the landholders are theirs collectively, and, though they almost always have a more or less perfect partition of them, they never have an entire separation. A landholder, for instance, can sell or mortgage his rights; but he must first have the consent of the Village, and the purchaser steps exactly into his place and takes up all his obligations.

verrons ultérieurement, Maine considère plutôt ces différentes possibilités comme des étapes d'une évolution historique.

Cette évolution historique marque chez Maine la fluidité de la démarcation entre biens aliénables et bien inaliénables, une catégorisation déterminée par deux faits principaux : tout d'abord, il existe un lien direct entre le degré de nécessité de certains biens pour la communauté et leur degré de « sacralité » et donc d'inaliénabilité ; ensuite cette distinction peut évoluer avec le temps ou, au contraire, rester totalement ou partiellement figée malgré un changement de circonstances. Le droit n'est ainsi jamais totalement en phase avec le changement social, question qui est évidemment au cœur des interrogations de Maine sur bonne et mauvaise codification juridique. Comme les extraits précédents ont pu le suggérer, l'importance de certains biens pour le groupe, et le fait que les échanges aient d'abord lieu entre un groupe et un autre plutôt qu'entre un individu et un autre, font que de lourdes cérémonies s'appliquent, et font obstacle à la « libre circulation des objets d'usage et de jouissance »⁴⁶⁷. La nécessité de préserver le patrimoine du groupe suggère « spontanément » de telles contraintes à un « grand nombre de sociétés primitives », contraintes qui font de pair avec la classification des biens en différents types⁴⁶⁸. C'est à ce propos que Maine évoque la seule classification « naturelle » des biens selon lui : la distinction entre meubles et immeubles⁴⁶⁹. Maine prend appui sur cette distinction précisément pour en montrer la porosité, ou plutôt pour souligner que la distinction fondamentale est bien plutôt celle entre des biens essentiels à la communauté et des biens pouvant être appropriés ou échangés plus librement par des individus. C'est pourquoi Maine remarque que l'on peut considérer comme étrange, si l'on ne prend pas ce fait en compte, que des biens immeubles côtoient les esclaves, les chevaux et les bêtes de somme dans la catégorie des biens placés sous la catégorie des *res mancipi*, et sous des catégories similaires dans d'autres droits anciens⁴⁷⁰. Ces biens sont ainsi réunis parce qu'ils sont essentiels à l'activité agricole de la communauté⁴⁷¹.

Dans ce cadre, les biens considérés comme les moins importants connaissent moins de formalités, voire pas du tout⁴⁷². Presque par accident et notamment par séries de glissements entre différentes catégories juridiques, les formalités allégées qui concernent ces biens de catégories inférieures sont appliquées à ceux des catégories supérieures. Maine décrit ainsi

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 272 : « various obstacles to the free circulation of the objects of use and enjoyment ».

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 272.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 273 : « The only natural classification of the objects of enjoyment, the only classification which corresponds with and essential different in the subject matter, is that which divides them into Moveables and Immoveables ».

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 274.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 277.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 272 :

l'apparition des contrats sous la forme que les modernes lui connaissent, qu'il décrit comme l'assimilation progressive des *res mancipi* aux *res nec mancipi*, celles pour lesquelles les lourdeurs de la mancipation ne sont plus nécessaires⁴⁷³. Le contrat, qui permet une circulation facile des biens entre individus dans le cadre des échanges commerciaux, en vient ainsi à concerner de plus en plus de biens, notamment ceux qui étaient autrefois exclusivement transmis par succession, avec les formalités et les responsabilités qui y sont liées⁴⁷⁴. Ce mouvement, où les catégories juridiques des biens les plus facilement échangeables et appropriables, parce qu'originellement secondaires, viennent s'appliquer à celles d'autres biens, ne peut cependant pas toujours opérer librement. Lorsqu'un simple jeu de catégories est impossible, la coutume des sociétés qui commencent à donner libre cours à un certain degré d'appropriation individuelle en crée de nouvelles. Les anciens droits que Maine étudie en sont l'exemple ainsi que le droit indien, qui conserve les traces d'une distinction entre droit de l'héritage, (« *Inheritances* ») et les « *acquisitions* » : alors que le père de famille partage ses biens avec l'ensemble de ses héritiers, n'étant ainsi que le gardien d'un patrimoine, il peut disposer librement des biens qu'il aurait acquis lui-même et qui ne feraient pas partie du fonds commun⁴⁷⁵.

On retrouve ainsi cette tension constante entre tendance à l'appropriation individuelle et les contraintes établies par le collectif pour assurer sa pérennité, la première produisant des changements progressifs sur les secondes. Ainsi, les premiers biens que les individus peuvent s'approprier librement, indépendamment du groupe, sont donc aussi ceux qu'ils peuvent échanger avec le moins de formalités. Ces deux catégories se mêlent autant qu'elles se complètent. Les éléments caractéristiques d'une certaine conception de la propriété privée émergent donc à la fois en marge et au sein de la collectivité, là où l'individu a le droit de s'approprier certains

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 273.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 273 : « (...) by a gradual course of innovation the *plasticity* of the less dignified class of valuable objects is communicated to the classes which stand conventionally higher ». Nos italiques.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 279-281 :

The inferior kinds of property are first, from disdain and disregard, released from the perplexed ceremonies in which primitive laws delights, and thus afterwards, in another state of intellectual progress, the simple methods of transfer and recovery which have been allowed to come into use serve as a model which condemns by its convenience and simplicity the cumbrous solemnities inherited from ancient days. But, in some societies, the trammels in which Property is tied up are much too complicated and stringent to be relaxed in so easy a manner. (...) and accordingly, Ancient Law, when once launched on a course of improvement, encounters them with a distinction of another character, a distinction classifying property, not according to its nature but according to its origin. In India, where there are traces of both systems of classifications, the one which we are considering is exemplified in the difference which Hindoo law established between *Inheritances* and *Acquisitions*. The inherited property of the father is shared by the children as soon as they are born ; but according to the custom of most provinces, the acquisitions made by him during his lifetime are wholly his own, and can be transferred by him at pleasure.

biens et d'en disposer comme il le souhaite, là où il lui est permis d'agir sans le contrôle du groupe, parce qu'il n'en va pas de la survie de ce dernier.

Un fait intéressant de cette présentation historique est qu'elle semble mettre en parallèle l'évolution de la distinction entre biens aliénables et inaliénables et l'émancipation de l'individu (et de ses droits) par rapport au groupe. L'individualisation des droits à la propriété semble ainsi corrélée à l'élargissement de la catégorie des biens aliénables, ce qui paraît logique, dans la mesure où les biens aliénables sont ceux, dans la pensée de Maine en tout cas, qui peuvent être échangés librement, au moyen de contrats toujours plus simplifiés, sans porter préjudice au groupe. En effet, si la plupart des biens sont initialement considérés comme inaliénables parce que nécessaires à la survie du groupe, les droits que les individus ont à leur égard sont entièrement définis par cette appartenance au groupe. Un même mouvement paraît donc lier trois tendances : l'individualisation des droits et leur détachement progressif par rapport au statut au sein du groupe, l'élargissement de la catégorie des biens librement échangeables et notamment aliénables et enfin, l'émergence de droits individuels sur les choses⁴⁷⁶. La propriété privée est alors le produit tardif de cette longue évolution. Nous laissons à Maine le dernier mot sur cette question, avant de poursuivre nos réflexions :

[Ces développements] rendent moins présomptueuse l'hypothèse selon laquelle la propriété privée, sous la forme que nous lui connaissons, provienne principalement du dégagement progressif des droits individuels du tissu intriqué des droits collectifs.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 268-269 :

The great interest of these phenomena in an inquiry like the present arises from the light they throw on the development of distinct proprietary rights inside the groups by which property seems to have been originally held. (...) In the Russian villages, however, the substance of the property ceases to be looked upon as indivisible, and the separate proprietary claims are allowed freely to grow up, but the progress of separation is peremptorily arrested after it has continued a certain time. In India, not only is there no indivisibility of the common fund, but separate proprietorship in parts of it may be indefinitely prolonged and may branch out into any number of derivative ownerships, the de facto partition of the stock being, however, checked by inveterate usage, and by the rule against the admission of strangers without the consent of the brotherhood. It is not of course intended to insist that these different forms of the Village-Community represent distinct stages in a process of transmutation which has been everywhere accomplished in the same manner.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 269-270 :

But (...) it renders less presumptuous the conjecture that private property, in the shape in which we know it, was chiefly formed by the gradual disentanglement of the separate rights of individuals from the blended rights of a community.

4.5. Conclusions générales de la deuxième partie.

Ces deux chapitres nous ont permis d'adopter une perspective « microscopique » sur le propos de Maine dans l'ensemble de son œuvre, quittant les généralisations concernant l'évolution des sociétés et le rapport entre droit, coutume et développement économique et social. Nous nous sommes alors arrêtés sur les communautés de village, qui sont à l'époque de Maine au centre de discussions passionnées, et à propos desquelles les penseurs de l'époque reçoivent des comptes-rendus concernant des époques ou des régions toujours différentes. Maine se fait donc l'écho d'un sentiment que partage un nombre significatif de ses contemporains : l'institution de la communauté de village, malgré les différentes formes qu'elle peut ou a pu adopter, apparaît être l'unité originelle de toute organisation sociale. La partie qui suit aura deux objectifs : tout d'abord, montrer comment les réflexions que propose Maine à ce sujet font écho et se prolongent dans l'œuvre de deux de ses contemporains, John Stuart Mill et Émile de Laveleye. Ces auteurs ne sont choisis au hasard. Non seulement ils sont importants pour leur époque, car leurs contemporains sont nombreux à les lire, mais ils forment aussi avec Maine une communauté de pensée, malgré les intérêts spécifiques de l'œuvre de chacun. La partie suivante aura aussi pour objectif de distinguer Maine de ses contemporains, comme John Austin, et de ses prédécesseurs, Jeremy Bentham et Thomas Hobbes, et de montrer que les réflexions que Maine mène au sujet des communautés de village le conduisent à proposer une conceptualisation nouvelle de la coutume, du droit et de la propriété, qui le place en rupture avec une certaine tradition.

Nous avons en effet pu montrer dans la partie qui précède que c'est en s'intéressant à la structure de la communauté de village que Maine discute de la nature spécifique de la coutume, par distinction d'avec le droit. Cela explique que la réflexion de Maine soit inséparable d'une réflexion sur la nature de la propriété, la communauté de village étant une forme d'organisation sociale dont la finalité interne n'est autre que la gestion collective de ressources. Au sein de la communauté de villages, la propriété ne désigne pas le droit qu'un individu peut opposer à ses semblables : elle est un ensemble de relations, un équilibre qui fait coïncider plusieurs objectifs. Dans la communauté de village, les droits des individus ou des sous-groupes sont en effet strictement limités par les droits d'autres individus, afin de garantir à tous un accès à des ressources ainsi que la contribution de chacun à leur renouvellement, au sens large. En un sens donc, la communauté de village est une communauté d'intérêts, son existence permet à chacun, en échange de quelques sacrifices temporaires, de profiter à long terme des bienfaits de la coopération. Toutefois, une dimension verticale et temporelle s'ajoute à cette dimension horizontale :

la communauté de village a en charge la gestion d'un fonds qui doit rester disponible pour les générations futures. Il ne s'agit donc pas, pour les membres de la communauté, de maximiser les bienfaits qu'ils retirent individuellement de l'association, comme une société par actions. Le fonds est commun dans un sens qui dépasse les intérêts individuels d'une génération spécifique.

C'est pourquoi les règles de la coutume peuvent être considérées par Maine comme ayant pour nature fondamentale de rendre ce fonctionnement possible, ayant donc pour contenu principal les règles de gestion collective des ressources, et pour fonction de faire coïncider les impératifs collectifs, parfois transgénérationnels, avec la volonté légitime des individus de s'approprier individuellement des ressources. La forme de « faisceau de droits » que prend alors la propriété paraît nécessaire pour rendre une telle organisation sociale possible. Dire que la propriété prend la forme d'un faisceau de droits au sein des communautés de village n'est en effet pas un moyen de plaider pour une décomposition des éléments de la propriété privée, en faveur de l'intervention du collectif dans la sphère individuelle. Il s'agit d'une conception radicalement différente de la propriété, où les droits accordés aux individus dépendent de la nature d'un territoire et de ses ressources telles qu'elles sont appropriées par une communauté.

La conception patrimoniale de la propriété articule alors deux objectifs principaux, la *conservation* et la *gestion* du patrimoine, un fait que les études concernant les communs, avant et après les travaux d'Elinor Ostrom, mettent davantage en valeur. En effet, Elinor Ostrom ne divise-t-elle pas les règles qui structurent les communs entre celles qui organisent l'*appropriation* des ressources par les individus, pour une utilisation et une distribution équitable parmi les membres de la communauté, et celles qui ont pour but d'assurer la continuité des réserves de ressources (*provision rules*) ? Ces deux ensembles de règles, comme les présentent Ostrom, ont pour but d'assurer la durabilité de l'exploitation régulière des ressources d'un territoire par les individus. Aussi, ils répondent à deux types de problèmes de coopération distincts mais rarement séparés⁴⁷⁸.

C'est la raison pour laquelle l'idée de propriété comme faisceau de droits, exposée par Maine dès *Ancient Law* et détournée de son sens originel par la suite, refait surface comme un outil essentiel dans la compréhension des mécanismes spécifiques des communs. Le faisceau de droits décrit en effet un tissu complexe de relations de propriété, où les droits des individus s'entre-limitent, ces droits étant eux-mêmes limités par une finalité qui est *externe* à l'intérêt individuel des membres de la communauté. Ce n'est donc pas le groupe social qui impose ses

⁴⁷⁸ Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 46-47.

volontés à l'individu dans les communautés de village, en lui demandant par exemple de se sacrifier pour l'intérêt supérieur du collectif comme somme d'individus. Plutôt, le groupe constitue un territoire comme un patrimoine, le façonnant ainsi à son image et le structurant pour permettre sa propre reproduction, tout en tenant compte des contraintes qu'il lui impose. L'individu n'est donc pas écrasé par les devoirs qu'il doit au groupe, ce dernier ayant tous les droits, c'est le groupe lui-même qui est se trouve structuré par ce qu'il doit au patrimoine dont il est le gestionnaire.

Les communautés de village, de même que les communs et l'idée de faisceau de droits ne sauraient donc tout à fait être considérés comme des instances ou des outils collectivistes. Le chapitre qui suit aura précisément pour but de décrire comment les travaux de Maine s'inscrivent dans une tentative commune avec d'autres auteurs de dépasser l'opposition entre propriété individuelle et propriété collective, dégageant les communautés de village de l'accusation de collectivisme. Comme nous avons déjà commencé à le montrer, penser les communautés de village conduit aussi au dépassement de l'opposition entre droit personne et droit réel au sujet de la propriété. Dans les communautés de village et, comme nous le verrons, dans les communs ostromiens, on ne saurait dire que tous les droits de propriété sont personnels en ce que les individus ne possèdent pas de droit réel aux biens qu'ils possèdent et exploitent. Le faisceau de droits désigne plutôt une structure où tout droit aux ressources d'un territoire est inclus dans un tissu de relations ayant pour toile de fond l'exploitation de ce territoire par le groupe. Les droits que les individus possèdent vis-à-vis des ressources n'émergent donc pas au grès des relations que les individus entretiennent entre eux, et des accords qui en découlent.

Une autre distinction rendue fluide par l'étude des communautés de village comme patrimoine constitué collectivement dévoile est celle entre les biens aliénables et inaliénables. Les communautés de village organisent l'inaliénabilité d'une partie de leurs biens, toujours afin de conserver le patrimoine dont elles sont les dépositaires. Les biens qui sont exclus des échanges marchands ne le sont pas à cause de propriété qui leur seraient inhérentes, mais plutôt au nom des impératifs spécifiques du fonds patrimonial. Les communautés de village se maintiennent donc dans une tension permanente avec les dynamiques de marché, que l'extension de la propriété individuelle rend toujours plus prégnantes. Toutefois, avant d'appliquer cette grille de lecture aux communs tels qu'ils ont été étudiés vers la fin de la deuxième moitié du XX^e siècle, nous devons confirmer et compléter cette lecture en reconstituant la discussion menée par Maine avec Stuart Mill et Émile de Laveleye, afin de voir notamment comment l'intérêt pour la capacité de ces communautés à mettre en place une telle organisation sociale de façon autonome remet en cause un certain modèle du droit et de ses rapports avec la souveraineté, les

sanctions, la propriété, et la coutume comme source de régulation subordonnée. Une autre question nous occupera alors : quels sont les mécanismes qui rendent ces systèmes soutenable alors que les modes de régulation sociales typiques du droit moderne en sont absents ?

TROISIÈME PARTIE

**UN AUTRE REGARD SUR LA PROPRIÉTÉ ET LE DROIT
COUTUMIER AU XIX^E SIÈCLE**

Cinquième chapitre

De l'Inde à l'Irlande –
H. S. Maine et J. S. Mill sur la propriété

5.1. H. S. Maine et J. S. Mill : un dialogue ancré dans une époque

5.1.1. Remarques introductives

Ce chapitre a pour objet de donner un aperçu de la façon dont deux auteurs, Henry Sumner Maine et John Stuart Mill, ont pu mettre en place une discussion, entre eux et avec leur époque, qui a permis le développement de réflexions simultanées sur la nature du droit de propriété, des communs et du droit coutumier, le tout dans une relation complexe d'analogie entre l'Angleterre et son empire proche, avec l'Irlande, comme lointain, avec l'Inde. Nous nous efforcerons aussi de montrer comment ce dialogue a lieu avec un troisième interlocuteur essentiel, l'économiste belge Émile de Laveleye, contemporain et inspiration partagée de ces auteurs. Là où Paolo Grossi, dans son ouvrage partiellement consacré à Maine et à Laveleye, situait ces deux auteurs soit hors du contexte de leur époque, pour mettre en valeur leurs intuitions théoriques, soit dans un contexte essentiellement continental, pour insister sur leur apport dans le contexte français ou italien, cette partie a pour objectif de recentrer le dialogue qui a lieu entre eux sur le contexte propre à l'Empire britannique⁴⁷⁹.

Les liens entre Stuart Mill et Maine sont indéniables, au-delà du simple fait de leur contemporanéité : le premier consacre notamment une longue recension de treize pages, au contenu fortement politique, du livre de Maine, *Village-Communities in the East and West*, publié en 1871. La recension de Mill, que l'on peut retrouver dans le recueil des *Writings on India*, est d'abord publiée la même année dans la *Fortnightly Review*⁴⁸⁰. Les remarques de Mill sur ce dernier ouvrage, qui sont aussi pour lui l'occasion de discuter du tout premier livre de Maine, *Ancient Law*, occupent donc une place non négligeable dans les nombreux écrits de Mill sur l'Inde. Il témoigne lui-même de l'importance de *Village-Communities* pour lui et ses contemporains, en le qualifiant d'« importante contribution à (...) l'histoire des institutions », venant compléter *Ancient Law*, « un traité déjà devenu classique »⁴⁸¹.

Il n'est donc pas surprenant que Maine fasse partie des correspondants de Mill, et qu'il semble qu'ils aient même dîné ensemble à l'occasion. Dans une lettre à Maine, datant du 30 mars 1871, Mill remercie son interlocuteur de lui avoir envoyé *Village-Communities*, et lui annonce qu'il va en écrire une recension pour le *Fortnightly Review*. Mill y affirme partager avec Maine certaines inquiétudes concernant l'Inde, en ce qui concerne notamment les idées

⁴⁷⁹ Voir P. Grossi, *op. cit.*

⁴⁸⁰ Mill, « Maine on Village Communities », in *Collected Words*, vol. XXX, John M. Robson, Martin Moir et Zawahir Moir (dir.), University of Toronto Press, Routledge, 1990, p. 215-228.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 215. Nous traduisons : « important contribution to (...) the philosophy of the history of institutions » ; « treatise which has already become classical ».

liées à la propriété. Mill sous-entend que les Britanniques du continent paraissent défendre une conception de la propriété qui a pourtant été remise en question en Inde. Il conclut en disant que le livre de Maine, *Village-Communities*, est le meilleur remède contre ces idées, et qu'il sera profitable à ceux qui préparent le concours d'entrée dans l'administration coloniale. Deux ans plus tard, dans une lettre du 26 mars 1873, Mill invite Maine à dîner, ce qui semble confirmer qu'ils se fréquentaient au moins ponctuellement, avec une certaine familiarité⁴⁸².

Pourtant, la littérature même la plus récente sur la question des relations entre Mill et l'Inde n'évoque que très peu ce lien avec Maine. Par exemple, Robin Moore mentionne la recension que Mill propose du livre de Maine, ainsi que leur correspondance, mais uniquement pour illustrer son propos sur l'avis de Mill sur des détails de politique intérieure sur le sous-continent indien⁴⁸³. Il semblerait donc que la littérature se soit concentrée principalement sur l'impact sur Mill de son travail dans l'administration anglo-indienne, expérience qui le place directement à la suite de son père, James Mill, puisqu'il travaillait sous ses ordres. Or, la recension que Mill propose du travail de Maine témoigne de considérations propres à la scène politique et juridique anglaise et irlandaise, notamment dans le cadre des débats sur les enclosures. Les travaux de Maine sont en effet lus à la lumière des débats anglais sur la propriété et permettent à Mill, comme nous chercherons à le montrer, de proposer une conceptualisation spécifique de la propriété⁴⁸⁴. Ainsi, bien que Mill s'intéresse aux éléments propres à la situation indienne, sa méthode est proche de celle de Maine : les matériaux historiques et juridiques apportés du passé ou d'un lointain présent permettent d'éclairer les dilemmes contemporains. Dans la comparaison entre la situation indienne et la situation irlandaise, par exemple, l'Inde est toujours secondaire, elle n'est qu'une forme d'analogon⁴⁸⁵.

Le chapitre qui vient mène deux tâches de front : tout d'abord, il éclaire la façon dont les thèmes présents dans l'œuvre de Mill font écho à ceux de Maine, considérant ces liens non pas nécessairement comme des influences, mais plutôt comme une conversation ayant lieu entre deux contemporains, sur des thèmes similaires. Aussi, et c'est peut-être le plus essentiel, il s'agit de montrer comme s'élabore chez Mill, de la même façon que chez Maine et malgré leurs

⁴⁸² Voir J. S. Mill, *Collected Works*, Volume XVII, *The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1873 Part IV*, Francis E. Mineka et Dwight N. Lindley (dir.) : lettres du 30 mars 1871 et du 2 mars 1873.

⁴⁸³ Robin Moore, « Mill and Royal India » in Martin Moir, Douglas M Peers et Lynn Zastoupil (dir.) *J. S. Mill's Encounter with India*, University of Toronto Press, Toronto et Londres, p. 102.

⁴⁸⁴ R. Moore, *ibid.*, estime que les vues de Mill sur le régime foncier en Inde coïncident avec celles de son père. Quelle que soit la véracité de cette affirmation, l'opinion de Mill sur les régimes de propriété en Inde est secondaire, et joue un rôle illustrateur dans une conception plus large de la propriété et de la justice sociale.

⁴⁸⁵ Voir Alan Ryan, « Introduction », in *J. S. Mill's Encounter With India*, *op. cit.*, p. 5. A. Ryan fait mention de l'importance de l'exemple indien pour Mill dans les *Principles of Political Economy*, mais ne mentionne la recension que Mill fait de Maine qu'en passant.

grandes divergences, une réflexion sur la complémentarité entre propriété individuelle et propriété collective, qui passe par une généalogie des formes modernes de la propriété, dont nous étudierons ensuite la réactivation dans la littérature sur les communs. Dans cette optique, nous tâcherons de souligner le rôle joué dans ce dialogue par les travaux d'Émile de Laveleye, qui est aussi un correspondant de Mill et lui adresse notamment, en français, une lettre plaidant pour l'organisation d'un « mode de propriété collective, en *concurrence* avec la propriété individuelle »⁴⁸⁶. Maine, Mill et Laveleye sont alors ici considérés, dans le cadre de ce travail, comme proposant des réflexions similaires, malgré leurs différences significatives, concernant l'histoire de la propriété et ses liens avec le contexte politique et social de la deuxième moitié du XIX^e siècle. Enfin, au-delà de la seule question de la propriété, nous verrons aussi comment une pensée de la spécificité du droit coutumier émerge simultanément de ces réflexions, à des degrés divers chez Maine et Mill.

Nous ne cherchons néanmoins pas à surévaluer l'importance de Maine pour le développement même de la pensée de Mill. Il semble en effet que Maine et Mill aient été des contemporains intéressés l'un par l'autre, comme en témoignent leurs échanges par lettres. Mill discutait aussi régulièrement des thèses de Maine avec ses contemporains⁴⁸⁷. Toutefois, *Ancient Law* n'est publié qu'en 1861. Si le livre devient très rapidement un classique, il n'a pas pu être central dans la discussion que Mill fait du concept de propriété dans les *Principles*, qui sont publiés en 1848. Bien sûr, Mill ajoute une note élogieuse envers Maine en 1862 dans les chapitres qui se rapprochent le plus de son œuvre. Cela témoigne du fait que Mill a fait une lecture particulièrement précise de Maine, qu'il ne réduit pas à quelques affirmations générales, mais cela ne nous permet pas d'aller plus loin. De même, on ne pourrait dire, tout en respectant la chronologie, que les développements de Mill sur la coutume dans les *Principles* ont un lien direct avec la pensée de Maine. Certes, la recension que le premier fait du second reconnaît un apport sur le sujet. L'attraction tardive de Mill pour les mécanismes coutumiers fait néanmoins davantage partie de ce virage « traditionnaliste » dont ont pu parler certains spécialistes de ses rapports avec l'Inde, qui n'a pas de lien direct avec Maine. En d'autres termes, les deux auteurs ont décidément baigné dans un même fonds d'échanges intellectuels qui ont pu les conduire à développer des propos similaires, à en discuter et à reconnaître leurs similitudes comme leurs

⁴⁸⁶ Pour une longue présentation de E. de Laveleye, voir P. Grossi, *op. cit.* Pour ce qui est de la correspondance entre Mill et Laveleye, deux lettres nous sont principalement parvenues. Voir J. S. Mill, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVII - The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1873 Part IV, op. cit.*, lettres du 3 août 1869 et du 17 novembre 1872. Nous soulignons.

⁴⁸⁷ Voir, pour exemple : J. S. Mill, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XV - The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1873 Part II, op. cit.*, lettre à T. E. Cliffe Leslie du 20 décembre 1861, duquel il dit partager « l'admiration » qu'il a pour Maine.

divergences⁴⁸⁸. D'ailleurs, dans sa recension de *Village-Communities*, Mill rappelle que l'intérêt principal de l'œuvre de Maine est de se faire le relais d'idées qui n'ont pas encore été publiées, mais avec lesquelles Maine a pu être mis en contact dans son travail sur le terrain en Inde⁴⁸⁹. Le rôle de Mill à l'*Indian House* l'a mis dans la même position, leurs sources sont donc probablement très similaires. Aussi, les deux auteurs partagent un intérêt pour la littérature du cœur du XIX^e siècle, notamment la littérature allemande, qui retrace l'histoire de formes anciennes de propriété⁴⁹⁰. Là aussi, le partage des sources ne peut que renforcer les similitudes entre leurs démarches.

Ce chapitre n'a pas non plus pour but de s'interroger sur la vaste question des rapports complexes de Mill avec l'Inde, qui semble systématiquement pointer vers un engagement personnel très relatif dans la Compagnie des Indes et ses activités qui, lorsqu'il commence à travailler pour elle (et rappelons que Mill travaille pour la Compagnie depuis Londres), sont en pleine décroissance, avant d'être remplacées par le gouvernement anglais en 1858, moment auquel Mill, désormais licencié, se désintéresse du sujet⁴⁹¹. Le « jeune » Mill, contrairement à son père James Mill, auteur d'une *History of India*, n'aurait donc eu selon certains auteurs qu'un intérêt très limité pour l'Inde en elle-même, bien que son influence réelle sur les politiques menées sur le terrain reste à évaluer⁴⁹². D'autres considèrent au contraire que la pensée de Mill est remplie d'influences indiennes⁴⁹³. Toutefois, si les dialogues entre Mill et Maine témoignent

⁴⁸⁸ Voir J. S. Mill, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVII - The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1873 Part IV*, op. cit., lettre du 11 janvier 1870 à John Elliot Cairnes. Mill écrit pour s'étonner des critiques que Maine aurait fait à Cairnes. Le sujet de l'échange est la distinction entre la propriété des biens meubles et celle des biens immeubles. Pour Mill, « l'instinct conservateur » de Maine l'empêche d'accepter de fonder une réforme de la propriété sur une telle distinction. Rappelons que Mill s'appuie lui-même sur cette distinction pour en appeler à une réforme visant l'exclusivité de la propriété foncière, qu'il ne considère pas comme souhaitable pour la propriété des biens meubles, voir *Principles of Political Economy*, op. cit., p. 230-232. Nous traduisons.

⁴⁸⁹ Mill, « Maine on Village Communities », op. cit., p. 216.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 218.

⁴⁹¹ A. Ryan, op. cit. p. 11.

⁴⁹² R. Moore, op. cit., p. 88. Il est de coutume de dire que l'impact de Mill sur la politique anglaise en Inde était minime, voir Nancy Gardner Cassels, « John Stuart Mill, Religion, and Law in the Examiner's Office », in *J. S. Mill's Encounter with India*, op. cit., p. 173. Néanmoins, cette affirmation se fonde sur deux choses : le peu de références de Mill à son travail à l'*Indian House* dans sa propre autobiographie d'une part, et l'opinion d'Erik Stokes à ce sujet. L'exactitude des affirmations de Stokes à ce sujet peut toutefois être soumise à débat. Voir E. Stokes, *The English Utilitarians and India*, op. cit., p. 50.

⁴⁹³ Voir Lynn Zastoupil, « India, Mill, and 'Western' Culture », in *J. S. Mill's Encounter With India*, op. cit., p. 114. Lorsqu'il revient sur cette question dans son article, Lynn Zastoupil résume ainsi son propos « (...) one of Mill's neglected intellectual contributions was his refashioning of East India Company ideas into the concepts of western political thought » (p. 137). Aussi, « Mill did not remake himself simply by reading European poets and taking an English wife with a first-rate mind ; he also learned important lessons by perusing thousands of pages of East India Company documents that were full of Indian ideas filtered through the pens of British administrators » (p. 137). Par exemple, Zastoupil remarque que l'auteur de *The Subjection of Women* pouvait prendre l'Inde comme exemple pour soutenir l'argument selon lequel le développement économique était systématiquement lié à l'action des femmes (p. 138), un argument que Maine semble partager dès *Ancient Law*. Il est certain que l'intérêt de Mill pour la coutume comme instrument de régulation sociale, que l'on retrouve dans les *Principles*, comme nous allons le montrer, témoigne probablement d'un virage « traditionnaliste », liée à ses réflexions sur l'Inde. Ce virage

d'une chose, c'est bien que l'Inde fournit un terreau fertile de réflexions, appliquées à la situation anglaise⁴⁹⁴. C'est pourquoi nous nous contentons ici de relever les lieux où, au-delà de la recension que Mill propose de *Village-Communities*, le dialogue avec Maine est le plus évident, afin de ne pas rentrer dans le débat historique minutieux qui s'efforce de comprendre comment le travail de Mill, en tant qu'assistant de son père, dans l'administration britannique de l'Inde, a pu contribuer à façonner sa pensée. Il nous semble toutefois que nos propres réflexions sur les rapports entre Mill et Maine peuvent apporter un certain soutien à des positions antérieures sur ce sujet, dont on peut trouver les contributions les plus récentes dans l'ouvrage *J. S. Mill's Encounter With India*. Ce n'est toutefois pas l'objet de cette étude.

5.1.2. L'héritage des enclosures

Que pourrait-il y avoir de commun entre les problèmes posés par l'administration de l'Inde et la situation interne à l'Angleterre ? D'un point de vue historique tout d'abord, la nécessité de déterminer des droits à la propriété en Inde, malgré une grande diversité de situations sur le terrain, a dû apparaître aux britanniques comme une tâche très familière, semblable au processus des enclosures dans leur propre pays. Le mouvement des enclosures a depuis longtemps dépassé sa période la plus intense quand arrive la seconde moitié du XIX^e siècle, puisque l'immense majorité des décrets à ce sujet sont promulgués entre la deuxième moitié du XVIII^e siècle et la première moitié du XIX^e siècle, mais Mill comme Maine participent aux débats parlementaires qui les abordent encore. Comme nous le verrons, la recension que Mill fait de *Village-Communities* souligne ce parallèle entre deux situations pourtant apparemment éloignées, et ne manque pas de rappeler l'investissement de Maine concernant la question des enclosures.

Dans les deux situations, en Inde comme en Grande-Bretagne, un long et difficile processus a lieu, qui a pour but d'établir des droits de propriété privée et exclusive sur un grand nombre de terres. Bien sûr, les motifs ne sont pas les mêmes : en Inde, il s'agit avant tout de garantir le prélèvement des impôts fonciers, qui constituent la seule ressource de l'administration ; en Angleterre, les enclosures ont pour but une redistribution concertée des terres cultivées ou non. En effet, le processus anglais émane des propriétaires concernés plutôt que de l'administration elle-

consiste surtout en une forme de prudence par rapport au potentiel disrupteur de la législation et de l'administration, qui tend à détacher Mill de son père, et d'un certain benthamisme. Voir aussi L. Zastoupil, *ibid.*, p. 131.

⁴⁹⁴ Voir Javed Majeed, dans, « James Mill's, *The History of British India* » in *J. S. Mill's Encounter with India*, *op. cit.*, p. 66 : « (...) for the elder Mill British India was not just a testing ground for his ideas ; itw as a matrix in which his views were structured, and in which his critique of contemporary British society was shaped. This is not the case with John Stuart Mill, whise central ideas were formulated with little explicit relation to British India ». Comme nous pourrons le montrer ensuite, la conceptualisation que propose Mill de la propriété est en relation directe avec l'Inde, ou du moins l'Inde telle qu'elle est vue par Maine.

même. Un point commun évident entre ces deux situations fait toutefois le lien entre la question de la propriété, celle du droit coutumier et celle des « communs » : le processus d'enclosure implique systématiquement la mise en place de la propriété privée exclusive là où la liberté des propriétaires était encore limitée par des règles de gestion collective des ressources, impliquant notamment le partage de « communs », ces règles n'étant autres que celles établies par la coutume, et reconnues comme telles dans les tribunaux locaux.

Le processus des enclosures n'a donc pas consisté dans le simple fait d'ériger des barrières entre des propriétés déjà privées. Comme le rappellent Kain, Chapman et Oliver, l'acte d'enclore a eu, en Grande-Bretagne en tout cas, un sens juridique spécifique : il signifie la fin de droits collectifs au contrôle, à l'usage et à la propriété d'un ensemble de terres, remplacés par des droits individuels et exclusifs portant sur des parcelles désormais réparties entre des propriétaires maîtres en leur domaine⁴⁹⁵. L'*exclusivité* de la propriété individuelle est en effet l'intérêt principal des enclosures, qui concernent de nombreux champs déjà appropriés individuellement mais encore considérés comme « ouverts » (*open fields*) du fait de la permanence de droits d'accès collectifs. Pour une communauté déterminée, enclore impliquait donc deux choses différentes : d'une part, réorganiser la distribution des terres arables et d'autres terres, souvent déjà appropriées individuellement mais étant toujours l'objet de droits collectifs, notamment de passage et d'accès ; d'autre part, la fin totale ou presque de deux espaces censés protégés de toute appropriation individuelle, les communs et les terrains non-cultivés⁴⁹⁶. Ces deux pans du processus impliquent la fin d'une articulation subtile, propre à chaque communauté de village, entre appropriation individuelle et contraintes collectives, équilibre incarné par des ensembles de règles coutumières, parfois écrites, souvent reconnues par les tribunaux locaux⁴⁹⁷.

Que sont ces droits collectifs et coutumiers ? Ils varient d'un endroit à l'autre, selon la configuration des lieux⁴⁹⁸. Néanmoins, on trouve de nombreux points communs, comme le droit de laisser le bétail se nourrir des débris de culture restant sur les champs après les récoltes, pratique ayant pour effet bénéfique de fertiliser les terres en question. Ainsi, les exploitants individuels d'une parcelle devaient laisser l'accès de leurs champs aux bêtes d'autres agriculteurs de leur communauté, obligation ayant néanmoins des conséquences positives pour leur

⁴⁹⁵ Roger J. P. Kain, John Chapman et Richard R. Oliver, *The Enclosure Maps of England and Wales, 1595-1918*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 1.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁹⁸ Gordon E. Mingay, *Parliamentary Enclosure in England, An Introduction to its Causes, Incidence and Impacts, 1750-1850*, Longman, Londres et New York, 1997, p. 7-8.

propre culture. Les communs, eux, étaient souvent des espaces destinés à la pâture à des moments déterminés de l'année, auxquels un ensemble déterminé d'individus pouvait avoir accès librement. Les terres peu ou pas cultivables comme le *waste* étaient quant à elles ouvertes à ceux qui voulaient y ramasser des ressources éparses, comme des pierres ou des composés organiques à utiliser comme combustibles. Les enclosures ne voient donc pas seulement la fin de l'espace délimité que seraient les communs, il s'agit bien plutôt d'un changement radical de perspective sur l'articulation entre l'individuel et le collectif, qui concerne aussi des terres appropriées individuellement.

Ces règles laissent alors place à l'idée que le paysan doit être maître en son propre domaine. Il y a toutefois de nombreux autres objectifs qui font que les enclosures sont souvent volontaires, comme la construction de nouvelles routes, pour remplacer des systèmes peu efficaces et peu entretenus de chemins communaux, ou encore comme le drainage des terres⁴⁹⁹. On aurait donc tort de voir dans les enclosures la conséquence d'une simple conversion idéologique à l'idée de la propriété individuelle exclusive. En effet, même si le gouvernement a pu l'encourager à l'échelle nationale, le processus émane des communautés de propriétaires elles-mêmes, pour des raisons plurielles, et n'est pas systématiquement le fruit d'un rapport de force entre les grands et les petits propriétaires, les premiers cherchant à exproprier les seconds⁵⁰⁰. Pour le comprendre, il faut envisager la diversité des formes d'enclosures, qui recouvrent elles-mêmes une grande diversité de situations locales et de fortes disparités régionales au sein du pays⁵⁰¹. En effet, de nombreuses enclosures ont eu lieu par simple accord des propriétaires concernés, grands et petits, et ce largement en amont des enclosures validées par décret parlementaire. D'autres accords concernaient plutôt la répartition de portions prélevées dans les communs entre les différents propriétaires. Enfin, il ne faut pas oublier les innombrables empiètements sur les communs, installations tacitement acceptées par les membres d'une communauté. De fait, les décrets parlementaires viennent renforcer une tendance émanant déjà des acteurs concernés depuis longtemps, d'autant plus que ces décrets ne venaient que valider un long processus de concertation locale, à l'initiative des exploitants concernés, requérant un large pourcentage d'accords explicites pour être validé par les commissions parlementaires⁵⁰². Les décrets parlementaires à portée générale, distincts des décrets spécifiques validant des accords locaux,

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 45 sq.

⁵⁰⁰ Voir G. E. Mingay, *Parliamentary Enclosure*, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁰¹ Selon G. E. Mingay, de larges portions de l'Angleterre ne sont que très peu touchées par ce mouvement, dont les conséquences se concentrent surtout dans certaines régions, notamment les Midlands, mais où rarement plus d'un quart des terres sont concernées. Voir G. E. Mingay, *op. cit.*, p. 14 sq.

⁵⁰² Gordon E. Mingay, *op. cit.*, p. 11-14.

n'ont pour but que de faciliter les procédures particulières et ne sont pas nécessairement hostiles aux communs. Au contraire, le *General Inclosure Act* de 1845 défend le maintien partiel des communs⁵⁰³.

Les initiatives locales, qui précèdent les décrets parlementaires, invalident souvent l'idée selon laquelle les enclosures étaient surtout motivées par l'imminence de ce que Garrett Hardin qualifierait de « tragédie des communs »⁵⁰⁴. On trouve notamment des cas où enclore partiellement des communs, sans pour autant les abolir, pouvait avoir pour but de les protéger de la surexploitation, les agriculteurs et éleveurs passant ainsi des accords spontanés et établissant des règles pour éviter de telles situations⁵⁰⁵. Même sans de tels expédients, les droits coutumiers locaux prenaient déjà largement en compte de tels risques, permettant d'atteindre un équilibre entre les intérêts individuels entre eux et ceux du collectif. Comme l'explique Gordon Mingay, chaque « paroisse » possédait un ensemble de droits coutumiers qui lui était particulier. Ces droits, loin d'être « rigides », pouvaient être adaptés en fonction des circonstances et des nouveaux besoins, par exemple pour affronter le problème de la surexploitation des pâturages ou en introduisant de nouveaux schémas de rotation des cultures⁵⁰⁶.

Ce constat souligne implicitement un autre point commun entre l'Angleterre et l'Inde, du moins tels que des auteurs comme Maine et Mill pourront le percevoir : le fait que des communautés soient capables de s'auto-organiser sans l'assistance d'une autorité externe à même de sanctionner les individus récalcitrants. On perçoit comment le mouvement des enclosures, s'il poursuit le déclin des droits coutumiers locaux, leur donne simultanément une visibilité, de la même façon que les difficultés rencontrées en Inde par les officiers coloniaux remettent en question leur perception de ce que sont le droit ou la propriété. Ces deux situations révèlent la capacité du droit coutumier à déterminer localement les règles nécessaires à la gestion collective de ressources, tout en accordant de nombreuses prérogatives aux individus. Ce constat s'impose d'autant plus que les enclosures ont parfois des conséquences problématiques en termes de rendement agricole, privant certains propriétaires, notamment les plus petits, de l'engrais naturel autrefois fourni par les troupeaux constitués par les animaux de toute une communauté⁵⁰⁷. De plus, rien ne permet de généraliser l'idée d'une augmentation de la productivité qui serait due

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁰⁴ G. Hardin, *La Tragédie des Communs*, *op. cit.*

⁵⁰⁵ G. E. Mingay, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 94.

aux enclosures sur le territoire anglais, notamment parce qu'il n'est pas clair qu'elles aient conduit à une augmentation sensible de la taille des exploitations⁵⁰⁸.

Bien sûr, à d'autres endroits, enclore était aussi motivé par l'épuisement des sols et de nombreux conflits irrésolus entre les acteurs locaux. Le fait que les enclosures aient été consensuelles dans leur immense majorité, et qu'elles aient eu parfois pour objectif prioritaire, par exemple, de permettre la construction de routes, souligne que la coopération à l'échelle locale, bien qu'avérée, ne permettait pas résoudre tous les problèmes. Il est donc difficile de faire des généralisations à ce sujet. S'il est permis de le faire avec mesure, on peut dire que c'est surtout un désir de stabilité et de clarté, désir parfois orienté par des fins économiques mais pas nécessairement, qui se trouve derrière la volonté partagée d'enclore, plutôt qu'une simple conversion idéologique à l'idée de propriété comme domaine souverain, ou aux impératifs de l'agriculture productiviste. Ce désir serait satisfait par l'obtention de titres de propriétés clairs, quitte à ce qu'elle implique parfois, par exemple pour des grands propriétaires comme les *lords*, de céder de larges parties de leurs terres aux paysans en compensation. Cette clarification peut être vécue, dans toutes les strates du monde paysan anglais, comme un moyen de donner à la terre et à ses produits une valeur marchande définie, correspondant aux standards d'un marché agricole national et international en expansion. Il ne s'agit alors pas forcément de promouvoir une révolution des techniques et des rendements agricoles grâce aux enclosures⁵⁰⁹. Certains peuvent aligner les prix de leurs produits sur ceux du marché, auquel de nouvelles routes rendues possibles par les enclosures améliore l'accès, tandis que d'autres peuvent louer leurs terres, ou les vendre, à un prix supérieur et compétitif⁵¹⁰.

Pour nombre des acteurs des enclosures, le but premier reste de mettre fin à un système de droits coutumiers désormais déliquescents du fait de l'affaiblissement des tribunaux coutumiers locaux, produisant la multiplication de conflits insolubles. Concernant le marché, il est certain que le caractère extrêmement localisé et complexe des droits coutumiers touchant à la terre et aux communs pose problème, autant que la non-exclusivité caractéristique des relations de propriété où les impératifs collectifs priment parfois sur les intérêts individuels. Plus pragmatiquement, il peut être difficile à un propriétaire de commercialiser à grande échelle les ressources minérales trouvées dans le *waste* si n'importe quel membre de la communauté avoisinante a le *droit* de s'en procurer. Les enclosures permettent aussi de mettre fin aux lourds versements de la dîme, système complexe, que les fermiers payent encore au clergé ou à ceux

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 94-95.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 32.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 41.

auquel le clergé a cédé ses droits : contre compensation, ces derniers laissent les cultivateurs être complètement propriétaires de leurs terres. Le droit apparaît, dans toutes ces situations, comme une solution de clarté, et l'impératif productiviste est le plus souvent absent⁵¹¹. Le rôle de l'administration centrale anglaise est alors secondaire : elle se borne à donner un cadre légal national à ce mouvement, accélérant l'intégration des différentes régions agricoles aux dynamiques économiques nationales et internationales.

Si l'exclusivité que confère une certaine conception de la propriété individuelle séduit autant, c'est donc parce qu'elle est nécessaire à la réalisation de ces objectifs économiques, qui ne sauraient être réduits à la seule augmentation de la productivité agricole. Par exemple, il ne peut s'agir de rendements agricoles lorsque les enclosures ont pour but de permettre aux grands propriétaires terriens de s'approprier les terrains non-cultivables (*waste*), riches en ressources minérales, ou quand les enclosures ont pour conséquence les progrès de l'urbanisation. En effet, enclore permet à certains propriétaires terriens, par l'imposition de droits exclusifs, de se voir garantir un accès privatif aux diverses ressources minérales pour lesquelles un marché se crée à partir du XVIII^e siècle, notamment avec l'industrialisation et l'urbanisation. Pour ce qui est de l'expansion urbaine, enclore permet aux nouveaux propriétaires terriens soit de vendre leurs terres à un meilleur prix, soit au contraire de s'opposer à leur vente, en faisant valoir leurs droits de propriétaires souverains qu'ils ne possédaient pas nécessairement avant l'officialisation de leur appropriation de la terre par les enclosures⁵¹².

Ainsi, chaque situation d'enclosure a pour enjeu local de trouver un équilibre entre des intérêts complexes et souvent concurrents, tout en consacrant les intérêts *exclusifs* des individus⁵¹³. Bien souvent, les conflits n'opposent pas les grands propriétaires aux plus petits, mais les grands ou les petits propriétaires entre eux. Si les délégués responsables du processus d'enclosure s'efforcent le plus souvent d'agir avec justice, il est certain que la focalisation de leur travail sur les propriétaires ou exploitants, grands ou petits, laisse de côté une large classe de

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 44-45 :

Customary tenants, that is, occupiers whose rights to land were based on custom rather than law, played a key role in the enclosure of the Cumbrian commons. Again, the influence of agricultural improvement, prices and interest rates was small (...) Even small subsistence farmers were in favor because, owing to the decline of regulation by manorial courts, numerous disputes arose over access to common lands, while enclosure would result in enfranchisement, the conversion to legal certainty of their existing customary rights.

Voir aussi : Charles E. Searle, « Customary Tenants and the Enclosure of the Cumbrian Commons », *Northern History*, 29, 1993, p. 136-153.

⁵¹² *Ibid.*, p. 42-43.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 56 : on peut parler de « balance of property interests ».

paysans avec peu ou pas de terres, qui profitaient des droits communaux pour assurer leur subsistance. La consécration de l'exclusivisme propriétaire est donc bien responsable d'une forme de marginalisation de certains « intérêts » au profit d'autres, au nom de la nécessité de rendre certains intérêts absolus, comme l'affirme Mill dans la recension que nous étudierons plus tard, et donc la *Loi sur les vols de bois* de Marx se fait l'écho. Mill et Marx rejoignent ainsi le constat de Gordon Mingay, selon lequel les intérêts spécifiques de ceux qui ne possédaient pas de terres n'ont pu être que marginalisés dans le processus des enclosures. Pour cette catégorie d'individus, posséder le droit d'accéder et d'utiliser les communs représentait quelque chose de crucial. La finalité même du processus, réorganiser la propriété privée en la redistribuant, ne pouvait qu'exclure les non-propriétaires⁵¹⁴.

De fait, les plus touchés par la fin des communs sont les paysans les plus précaires, les *cottagers*, que Mill appellera plutôt *cottiers*, qui ne possèdent que peu ou pas de terres, sont locataires, travailleurs journaliers ou bien saisonniers. Mingay cite par exemple William Marshal qui, en 1788, s'inquiète du sort de ces populations dans des termes similaires à ceux de Mill, populations pour lesquelles la fin des communs signifie la fin de droits acquis progressivement et considérés comme faisant partie intégrante de la *common law*⁵¹⁵. De fait, le processus des enclosures a des conséquences graves pour les locataires, qui sont délogés ou voient leur loyer augmenter soudainement du fait de l'action combinée de l'intégration à un marché national compétitif, et de la fin de coutumes plus ou moins explicites limitant les abus. La tolérance, parfois de longue date, pour les empiètements sur les communs ou d'autres territoires jusque-là sous-utilisés, touche aussi à sa fin⁵¹⁶. Des protestations, des révoltes ou des actes de désobéissances civiles ne manquent pas d'émerger à cause d'un fort sentiment d'injustice, qui se cristallise contre la consécration de l'*exclusivité* de la propriété plutôt que sur l'appropriation individuelle, jusqu'alors largement tolérée⁵¹⁷. La légitimité de ce sentiment d'injustice est confirmée par l'intention explicite de certains grands propriétaires, notamment des *lords*, de compenser la fin des droits aux communs, ou bien d'en préserver une partie. Cela confirme que ces

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 80-82.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 126, citant William Marshal, *The Rural Economy of Yorkshire*, I, York, 1788.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 129 :

It was an age of high respect for property, and usually a strict line was drawn between those who could legitimately prove a common right and those who could not. The legitimate proprietors were often hostile, for example, towards giving any compensation for illegal encroachments on the commons, even though the encroachments might be extremely numerous and very old-established.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 133.

coutumes, parfois seulement implicites, étaient toutefois consensuellement considérées comme sources d'attentes légitimes⁵¹⁸.

5.1.3. La question irlandaise

Outre la question générale des enclosures et son héritage réactivé par les débats au sujet de l'Inde, la question irlandaise est au centre des préoccupations de Mill comme de Maine, comme l'illustre d'ailleurs la recension que le premier fait de l'œuvre du dernier. Le parallèle entre l'Inde et l'Irlande n'a absolument rien de fortuit. L'*Irish Land Act* de 1870, proposé par William E. Gladstone, alors Premier Ministre, est influencé, de l'aveu de Gladstone lui-même, par le livre de George Campbell, *The Irish Land*, qui propose en 1869 une comparaison entre l'Inde et l'Irlande sur ce sujet. L'*Act* vise à protéger les paysans irlandais d'abus potentiels des propriétaires terriens⁵¹⁹. Alors que dans les années 1860 les libéraux défendaient une forme de *laissez-faire* concernant la régulation des relations entre propriétaires et fermiers locataires, les années 1870 marquent, avec l'*Act*, un premier tournant où les coutumes agraires sont considérées comme la solution aux abus des propriétaires⁵²⁰.

Pour Campbell, la situation irlandaise et la situation indienne sont similaires en ce que, dans l'une comme l'autre région de l'Empire, les lois anglaises entre en conflit avec les « lois ou les coutumes du pays ». Ces tensions entre deux systèmes de régulation sociale se cristallisent, toujours selon Campbell, autour de la question de la propriété privée exclusive, « inconditionnelle » et « absolu », que l'on imposerait dans des contextes où elle n'existerait pas⁵²¹. Maine comme Mill jouent un rôle important dans cette « conclusion » des longs débats qui agitent les dirigeants anglais au sujet de l'Irlande, comme a pu le montrer Clive Dewey, qui estime alors que l'influence de Campbell sur Gladstone a « accompli une prophétie implicite de Mill », qui estimait dans *England and Ireland*, que seuls les administrateurs coloniaux en Inde étaient à même de comprendre de tels problèmes⁵²². Aussi, toujours selon Dewey, Campbell est tributaire de l'école historiciste, « et plus particulièrement de la pensée de Maine », qui a triomphé dans l'administration coloniale dans la seconde moitié du XIX^e siècle⁵²³. Bien sûr, Campbell est un penseur autonome qui a développé son œuvre en parallèle de celle de Maine, mais il est certain que ce dernier est le catalyseur d'un climat historiciste. De même, si les

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 136.

⁵¹⁹ Sir George Campbell, *The Irish Land*, Londres, 1869. On peut retrouver les propos de Gladstone à ce sujet, cités dans Clive Dewey, « Celtic Agrarian Legislation and the Celtic Revival : Historicist Implications of Gladstone's Irish and Scottish Land Acts 1870-1886 », in *Past and Present*, 64, p. 30-70.

⁵²⁰ C. Dewey « Celtic Agrarian Legislation », *op. cit.*, p. 30.

⁵²¹ G. Campbell, *The Irish Land*, *op. cit.*, p. 4-6. Nous traduisons.

⁵²² Dewey, « Celtic Agrarian Legislation », *op. cit.*, p. 56. Nous traduisons.

⁵²³ *Ibid.*, p. 56. Nous traduisons.

mesures proposées par Mill dans les *Principles* ne sont pas tout à fait celles que Gladstone adopte finalement, le livre de Mill a joué un grand rôle dans le tournant pris par ces débats dans la seconde moitié du XIX^e siècle et dans l'action de Gladstone.

Qui plus est, Mill, en tant qu'économiste, ne fait que continuer une discussion sur l'Irlande déjà à l'œuvre parmi ses pairs depuis le début du XIX^e siècle, comme le montre Robert Denis Collison Black⁵²⁴. Aussi, comme le rappelle E. D. Steele, la publication de *England and Ireland* en 1868 par Mill déclenche des réactions violentes et principalement hostiles, exigeant une réforme agraire immédiate en Irlande⁵²⁵. Déjà, dans les *Principles of Political Economy*, publiés dès 1848, Mill dénonce la condition d'une large population de paysans irlandais qui, sans propriété, seraient exploités par les grands propriétaires terriens. Il revendique alors l'obtention, pour les fermiers non-propriétaires, de droits partagés à la propriété des terres qu'ils exploitent. Sa position sur le sujet apparaît alors relativement fluctuante. En effet, les conclusions des *Principles* sont édulcorées progressivement, au fil des rééditions. Les dernières versions, contemporaines du pamphlet *England and Ireland*, sont déjà beaucoup plus mesurées sur le sujet, prenant en compte la nécessité de ne pas provoquer un sentiment d'injustice par la quasi-expropriation des grands propriétaires irlandais. *England and Ireland* apparaît donc comme quelque peu étrange alors que les vues de Mill, bien connues par le succès très renouvelé des *Principles*, n'avait jusque-là choqué que très peu de ses contemporains. E. D. Steele voit donc dans ce pamphlet presque une forme d'anomalie dont il faudrait minorer l'importance⁵²⁶.

Toutefois, pour Lynn Zastoupil, la clef de compréhension de l'évolution de l'opinion de Mill vis-à-vis de l'Irlande se trouve dans sa théorie du gouvernement, articulant considérations morales et considérations politiques. Comme l'explique Lynn Zastoupil, les articles qu'il publie dans le *Morning Chronicle* à la fin du années 1840 montrent que Mill applique à l'Irlande une conception morale du bon gouvernement⁵²⁷. L'établissement en Irlande d'une véritable classe de petits propriétaires terriens, plutôt que de locataires précaires, serait un élément nécessaire au renforcement du « caractère » national. La propriété terrienne, ou du moins la stabilité fournie par la stabilité que donneraient de véritables droits du locataire, joue alors un rôle central dans l'obtention de leur indépendance par les Irlandais, étape essentielle au progrès social et

⁵²⁴ Robert Denis Collison Black, « The classical economists and the Irish problem », *Oxford Economic Papers* 5 (1), p. 26-40.

⁵²⁵ E. D. Steele, « J. S. Mill and the Irish Question : The Principles of Political Economy, 1848-1865 », *The Historical Journal*, 13 (2), p. 216-236. Pour le pamphlet de Mill : J. S. Mill, *England and Ireland*, Longmans, Green, Reader and Dyer, Londres, 1868.

⁵²⁶ Voir E. D. Steele, « J. S. Mill and the Irish question », *op. cit.* et « J. S. Mill and the Irish Question : Reform, and the Integrity of the Empire, 1865-1870 », *The Historical Journal*, vol. 13, 3, septembre 1970, p. 419-450.

⁵²⁷ L. Zastoupil, « Moral Government : J. S. Mill on Ireland », *The Historical Journal*, 26 (3), p. 707-717.

politique⁵²⁸. Zastoupil voit dans cet objectif une constante du propos de Mill sur l'Irlande et une application des réflexions des *Considérations sur le gouvernement représentatif*, notamment celles sur le « caractère actif »⁵²⁹. En effet, l'institution de la propriété semble jouer un rôle essentiel dans la culture d'un caractère « actif » chez les membres d'une communauté, à opposer à un caractère « passif », nécessaire pour la prospérité individuelle comme collective. L'idée que l'amélioration morale des individus serait nécessaire au progrès serait alors toujours à l'esprit de Mill quand il rédige la première édition des *Principles* en 1846, au moment même où la Grande Famine a lieu en Irlande. Dans ses multiples écrits de cette époque, Mill s'oppose, au-delà de la question irlandaise, aux *poor laws*, les considérant comme contraires à l'amélioration morale nécessaire pour que les pauvres puissent s'extraire de leur condition. Il applique cette même conclusion à la situation irlandaise⁵³⁰. Aussi, introduire purement et simplement un système d'exploitation capitaliste de la terre, avec de grands propriétaires et de simples travailleurs agricoles, provoquerait des expropriations massives et non souhaitables en Irlande. Une dernière solution était proposée par des contemporains de Mill : rendre le statut de locataire irrévocable sous certaines conditions, afin d'apporter de la stabilité aux paysans locataires et mettre fin à la précarité de leur condition, notamment grâce à une limitation des droits du propriétaires à expulser ses locataires, et à des loyers fixes.

Cette dernière solution attire Mill dès la fin des années 1840, mais il exprime immédiatement ses doutes quant au caractère particulièrement subversif de cette mesure pour les droits de propriétaires. En effet, ce n'est pas seulement l'exigence de réformes agraires, mais bien plutôt les présupposés concernant le caractère sacré de la propriété individuelle et des contrats que Mill remet directement ou indirectement en cause, qui provoquent ces réactions. Si les contemporains de Mill reconnaissaient la nécessité pour l'État d'intervenir contre les intérêts des propriétaires mais pour ce qui était considéré comme le bien commun, par exemple pour la construction d'infrastructures, ils refusaient toute politique qui remettrait en cause le caractère absolu de la propriété individuelle, et qui opposerait les intérêts d'une « classe » à une autre⁵³¹. E. D. Steele fait par exemple référence à un discours très influent de Lord Palmerston devant la

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 708.

⁵²⁹ Sur ce sujet, Lynn Zastoupil fait référence aux *Considérations sur le gouvernement représentatif*, in *Collected works of John Stuart Mill*, Toronto, 1977, vol. XIX, ch. II, ainsi qu'aux *Principles of political economy*, in *Collected Works*, Toronto 1965, vols. II-III, livre IV, chap. VII, section 2. Voir aussi Frederick Rosen, « La science politique de John Stuart Mill », Malik Bozzo-Rey (trad.), in *Revue d'études benthamiennes*, 2008, 4, consulté le 18 août 2019 : <http://journals.openedition.org.proxy.unice.fr/etudes-benthamiennes/194> ; DOI : 10.4000/etudes-benthamiennes.194 ; voir enfin Dennis F. Thompson, *John Stuart Mill and representative government*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1976.

⁵³⁰ L. Zastoupil, « Moral Government », *op. cit.*, p. 709.

⁵³¹ E. D. Steele, *op. cit.*, p. 218.

Chambres des Communes en juin 1863, sur la question irlandaise, où toute « violation des droits naturels de propriété » est décrite comme injustifiable et relevant d'une forme de communisme⁵³². D'autres membres de la même Chambre ne manquaient pas d'affirmer que la notion même de droits du paysan locataire (*tenant-right*), s'opposant aux droits du propriétaire, n'était rien d'autre que le « principe même du communisme »⁵³³. L'effroyable situation irlandaise ainsi que les multiples révoltes paysannes dans ce qui n'était rien d'autre qu'une colonie britannique ont cependant conduit les contemporains de Mill, malgré leur attachement à la propriété, à reconnaître la validité de certains des arguments des *Principles*. Comme nous le verrons, de nombreux chapitres de cet ouvrage ont pour fonction de démontrer que l'idée même d'utilité, souvent utilisée comme argument secondaire pour justifier l'idée d'un droit naturel à la propriété individuelle exclusive et absolue, entre en réalité en contradiction avec cette même position. Mill est toutefois authentiquement inquiet pour les conséquences qu'une remise en cause du droit de propriété pourrait créer, plutôt que pour ce que pourraient en penser ses contemporains.

Dans un premier temps, Mill se prononce donc plutôt, dans ses articles au *Morning Chronicle*, pour l'installation des paysans précaires sur des terres inoccupées (*wasteland*), mesure qui aurait un effet moral bénéfique sur l'Irlande tout entière, du fait de la création d'une large classe de petits paysans propriétaires⁵³⁴. Cela serait, en effet « un moyen de réforme sociale et de régénération morale »⁵³⁵. Il ne s'agirait toutefois que d'une première étape pour Mill qui, une fois la Grande Famine passée et la situation de l'Irlande malheureusement améliorée soudainement par les grandes migrations qui ont lieu à cette époque, considère que l'intégration de l'Irlande à une agriculture plus moderne est naturellement en cours dans les années 1850, sans l'expédient qu'il recommandait à la fin des années 1840. Plus tard, vers les années 1860-1870, le mouvement indépendantiste irlandais prend de l'ampleur. C'est à cette époque, en 1868, que Mill écrit *England and Ireland*. Selon Zastoupil, le mouvement indépendantiste et ses revendications révèlent, pour Mill, que les Irlandais ont un concept de la propriété essentiellement différent de celui des britanniques, accordant la propriété à celui qui cultiverait effectivement le sol⁵³⁶.

⁵³² *Ibid.*, p. 218 : « (...) no change is desirable in itself, no change can be justified (...) if it is founded upon a violation of the natural rights of property ».

⁵³³ *Ibid.*, p. 218 : « nothing less than the principle of Communism ».

⁵³⁴ L. Zastoupil, « Moral Government », *op. cit.*, p. 711-712. Voir notamment l'article de Stuart Mill dans le *Morning Chronicle* du 2 novembre 1846. Voir aussi Kenneth H. Connell, « The colonization of waste land in Ireland, 1780-1845 », *Economic History Review*, 3 (1), p. 44-71 ; Thomas P. O'Neill, « The Irish land question, 1830-1850 », *Studies*, 44 (175), p. 325-336.

⁵³⁵ Mill, *Morning Chronicle*, 2 novembre 1846 : « a means of social reform and moral regeneration ».

⁵³⁶ Mill, *England and Ireland*, *op. cit.*, p. 25.

On trouverait donc une constante chez Mill, dans ses articles journalistiques comme dans l'écriture des *Principles* : l'idée que la propriété, ou du moins, une forme de stabilité dans l'appropriation, comme nous l'expliquerons ultérieurement, est essentielle pour le développement individuel et économique. Dans les *Principles*, il est certain que Mill tempère ses opinions au fur et à mesure des rééditions. Si certains passages peuvent paraître particulièrement radicaux sur l'opposition entre les droits de propriétaires et les droits que Mill souhaite voir donner aux locataires, à l'image des revendications radicales de la recension qu'il fait de l'œuvre de Maine, les conclusions des *Principles* sont finalement relativement prudentes et très pragmatiques. Pour Zastoupil, la lecture que font E. D. Steele et Richard Lebow de l'évolution des positions de Mill sur le sujet irlandais, manifestée notamment par les révisions apportées aux *Principles*, les conduit à voir chez lui un véritable changement, du radicalisme à une opinion très modérée⁵³⁷. En effet, son ton particulièrement sévère et radical est progressivement tempéré, notamment face à l'évolution de la situation en Irlande, qui s'améliore progressivement dans la seconde moitié du XIX^e siècle, suite à l'immigration massive vers les États-Unis, mais aussi à la restructuration de l'économie agricole locale vers davantage d'intégration au marché.

Deux choses peuvent être retenues de ces différentes lectures de Mill, sur la question de l'Irlande et de la propriété : d'une part, les positions de Mill sont rarement aussi radicales qu'elles peuvent paraître dans certains passages et, d'autre part, le point de vue *moral* de Mill sur le rôle joué par la propriété est structurant dans son œuvre. Nous chercherons toutefois à montrer que la prudence que Mill exprime n'est pas seulement imposée par des contraintes pragmatiques, et que sa position sur la nature même de la propriété ne peut s'expliquer uniquement par des considérations sur son rôle dans le développement moral de l'individu. Il existe, à travers le dialogue que Mill entretient avec Maine et dans les *Principles*, une conception théorique de la propriété comme institution sociale, qui permet d'expliquer l'importance que Mill donne à la recherche d'un équilibre entre les intérêts des propriétaires en place et de leurs locataires. En effet, le ton relativement pragmatique des *Principles*, que l'on distingue souvent des propositions plus tranchées des autres livres de Mill, n'annule pas l'importance du travail conceptuel qui y est à l'œuvre. Nous tâcherons de comprendre quelle est cette conception théorique de la propriété, en la distinguant de l'utilisation que Mill en fait dans sa carrière politique et des conséquences qu'il en tire. Cela est possible en prenant du recul vis-à-vis de l'implication politique concrète de Mill, qui est au Parlement quand il publie *England and Ireland*, et en se focalisant sur le dialogue théorique qu'il mène avec Maine. Nous verrons ainsi comme une

⁵³⁷ Richard Ned Lebow, « J. S. Mill and the Irish land question », in Richard Ned Lebow (dir.), *John Stuart Mill on Ireland*, Philadelphia Institute for the Study of Human Issues, Philadelphie, 1979, p. 3-22.

théorie de la propriété se dégage de certains pans de son œuvre, en lien, comme pour Maine, avec une théorie de la nature du droit coutumier qui remet en cause le consensus d'un grand nombre de ses contemporains à ce sujet, et qui est le fruit d'un aller-retour entre l'Inde, l'Angleterre, et l'Irlande.

5.2. Un dialogue commun avec Émile de Laveleye

5.2.1. Une communauté de pensée

La quatrième édition du livre de Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, datant de 1891, fait à la fois mention de Maine et de Mill⁵³⁸. La dédicace du livre mentionne en effet : « À la mémoire de John Stuart Mill et de François Huet », François Huet étant un professeur de philosophie belge qui a fondé une association à son nom, réunissant des penseurs socialistes, dont Laveleye. Maine est quant à lui présent dès le début de la préface, et Laveleye se situe apparemment en accord complet avec lui : « je crois pouvoir dire, avec sir Henry Maine, que la thèse que nous avons défendue ensemble, depuis 1872 [date de la première édition de *De la propriété*], est aujourd'hui très généralement admise ». N'oublions pas d'ailleurs que Laveleye fait partie des rares références que l'on trouve dans les travaux de Maine postérieurs à *Ancient Law*, référence des plus élogieuses⁵³⁹. Dans *De la propriété*, Laveleye fait ensuite mention de Maine très régulièrement, qualifiant par exemple *Ancient Law* d'« essai magistral d'histoire philosophique du droit », pour d'ajouter que « dans son dernier ouvrage : *Lectures on the Early History of Institutions*, sir H. Maine admet que la démonstration que j'ai tentée est complète »⁵⁴⁰, et ce juste avant de citer Maine et Mill au sein d'un même paragraphe, les unissant apparemment dans une communauté de pensée⁵⁴¹. Ailleurs, Laveleye fait une remarque identique à celle que fera Mill dans sa recension de *Village-Communities*, concernant l'étonnement de Maine face au grand nombre de traces attestant, en Angleterre, de l'existence antérieure de formes de propriété collective⁵⁴². À d'autres moments, Laveleye semble ne faire que paraphraser Maine, ou ne chercher qu'à confirmer ses conclusions⁵⁴³. Néanmoins, la spécificité de Laveleye est d'orienter ses réflexions sur un angle à la fois historique et philosophique,

⁵³⁸ Émile de Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, Germer Baillière, Paris, 1874.

⁵³⁹ Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, *op. cit.*, p. 3. S'il note qu'il n'est pas en accord avec toutes les conclusions économiques de l'étude de Laveleye, Maine salue l'importance de l'étude et la valeur des « matériaux » sur lesquels elle repose.

⁵⁴⁰ Laveleye, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 3.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 433.

⁵⁴³ *Ibid.*, chap. XVII, sur la propriété dans le Penjab par exemple.

proposant une réflexion sur l'articulation entre propriété collective et individuelle bien plus précise et approfondie que celle de Maine.

La préface de la quatrième édition revient ainsi sur le débat sur la nature originelle de la propriété, individuelle ou collective, dont on pourra retrouver un récit détaillé chez Paolo Grossi⁵⁴⁴. La figure d'opposition principale de cette préface est, bien sûr, Fustel de Coulanges⁵⁴⁵. Dans ce débat, et notamment contre Fustel de Coulanges, Laveleye a fait partie de ceux qui entendaient démontrer « l'existence de la collectivité primitive »⁵⁴⁶. Ainsi, alors qu'il reconnaît la qualité de la traduction que Fustel de Coulanges propose des passages de César et Tacite qui sont au centre des discussions animées sur la nature originelle de la propriété, Laveleye fait une remarque des plus significatives : « peut-on appeler propriété individuelle le droit qu'a un individu d'obtenir une part dans la partie cultivée d'un territoire, qui chaque année se déplace et qui n'est maintenue en culture que pendant un an ? ». Cette thèse commune, qui paraît alors rassembler Laveleye, Maine et Mill dans le dialogue qu'ils entretiennent, n'est autre que la remise en cause du caractère naturel, non pas de l'appropriation individuelle en soi, mais de son absolutisation sous la forme moderne de la propriété exclusive, qu'elle soit défendue par les jusnaturalistes ou par des historiens comme Fustel de Coulanges. Maine et Laveleye sont assurément d'accord sur le caractère mixte de la propriété dans les communautés qu'ils étudient tous les deux. Mill s'inspire clairement de l'idée qu'il trouve chez ces deux auteurs ainsi que d'autres de leurs contemporains. Toutefois, Mill et Laveleye sont probablement seuls à faire de ce constat de fait une raison de faire la promotion d'une certaine forme de collectivisme.

Quoiqu'il en soit, dans des termes que l'on croirait empruntés directement de Maine, Laveleye se défend, contre les accusations de ses contemporains, d'avoir souhaité « rétablir un mode de possession du sol de tout point inférieur à la propriété individuelle héréditaire »⁵⁴⁷. Au contraire, Laveleye affirme avoir voulu « montrer d'abord comment, par une évolution lente et partout identique, la propriété foncière, collective au début, est devenue, par des transformations successives, individuelle et héréditaire (...) »⁵⁴⁸. Pour Laveleye, « la propriété est la condition de la liberté », et c'est justement pour cela que « sous l'empire d'un instinct naturel de justice et d'une notion innée du droit, les hommes réunis en société sont portés à attribuer primitivement à chaque famille la jouissance d'un lot de terre »⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ P. Grossi, *op. cit.*, chap. 3.

⁵⁴⁵ P. Grossi, *op. cit.*, chap. 4-6.

⁵⁴⁶ Laveleye, p. IX.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. X.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. X.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. X.

Dans la préface à la première édition, reproduite dans la quatrième édition, Laveleye explique son engagement, théorique et militant, pour la lutte contre les inégalités auxquelles conduit une certaine conception de la propriété qui n'accepterait pas de limitations. Il y reproduit alors une lettre envoyée par Mill dans une note, affirmant que « Stuart Mill attachait une grande importance à la démonstration de cette vérité, à savoir que les formes de la propriété foncière sont variables ». Aussi, Laveleye ajoute : « il m'a encouragé à poursuivre les études que j'avais commencées sur les formes primitives de la propriété ». Laveleye reproduit après cela la lettre que Mill lui envoie, en français, en novembre 1872, où ce dernier salue la publication d'articles de Laveleye dans la *Revue des Deux-Mondes*⁵⁵⁰, avant la publication de *De la propriété*. On notera qu'il s'intéresse notamment à ce qu'il appelle « l'institution des *Allmends* », désignant ainsi le système d'exploitation de la terre de certaines parties de la Suisse où coexistaient des régimes distincts d'appropriation des ressources, individuelle ou collective selon leur nature. La littérature sur les communs s'est d'ailleurs aussi, plus de cent ans plus tard, intéressée à ce même sujet⁵⁵¹. Mill paraît, dans cette lettre, être particulièrement attiré par l'idée d'une coexistence de plusieurs régimes :

(...) je ne crois pas que l'on puisse nier que les réformes à faire dans l'institution de la propriété consistent surtout à organiser quelque mode de propriété collective, en concurrence avec la propriété individuelle : reste le problème de la manière de gérer cette propriété collective, et l'on ne peut trouver la meilleure manière qu'en essayant de celles qui se présentent : peut-être même est-il à désirer que plusieurs de ces modes existent ensemble, afin d'obtenir les avantages de chacun, et d'en compenser les désavantages. (...)

Jusqu'ici les hommes politiques de la classe ouvrière anglaise ne se sont pas portés vers une pareille solution de la question : ils préfèrent que la propriété collective soit affermée, soit à des cultivateurs capitalistes, soit à des associations coopératives de travailleurs. (...) La petite propriété, au contraire, n'a guère de partisans (...).⁵⁵²

Pour Laveleye, qui fait référence à Fichte et à Francesco de Cardenas, la propriété est nécessairement composée d'un « élément social » et d'un « élément individuel »⁵⁵³. De fait, elle n'est jamais instituée *uniquement* dans l'intérêt de l'individu, mais *aussi* dans l'intérêt de la société. C'est là ce que Laveleye qualifie de « notion rationnelle de la propriété », dont la

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. XXI-XXII, note 1.

⁵⁵¹ Voir par exemple Robert McC., Netting, « What Alpine Peasants Have in Common : Observations on Communal Tenure in a Swiss Village », in Bates, Daniel G., et Lees, Sarah H., *Case Studies in Human Ecology*, Springer, Boston, Massachusetts, 1996, p. 219-231.

⁵⁵² Laveleye, *op. cit.*, p. XXII.

⁵⁵³ Il renvoie réciproquement, au *System der Ethik* et à l'*Ensayo sobre la historia de la Propriedad territorial en Espana*, *ibid.*, p. XXIII.

nature est double, garantissant à la fois la légitimité de l'appropriation individuelle, par des individus isolés ou par des sous-groupes d'une communauté, et la compatibilité de cette appropriation avec les intérêts d'autres individus, voire avec des intérêts définis comme collectif⁵⁵⁴. Jusqu'à l'époque moderne, l'aspect social de la propriété aurait prédominé, pour se voir totalement oblitéré et devenir un « privilège sans obligations, sans entraves, sans réserves »⁵⁵⁵. L'exception demeure justement celle qui intéresse Mill, en Suisse, où « à côté des biens particuliers, une partie du territoire de chaque commune est restée dans le domaine collectif : c'est l'*allmend*, dont le nom même indique la nature ; *allmend*, 'la propriété de tous' », expression qui décrit une situation où les impératifs collectifs ne sont en rien incompatibles ni avec des droits individuels, pourvu qu'ils soient articulés les uns autres, ni avec l'existence de formes d'appropriation individuelle exclusive⁵⁵⁶. Renvoyant au-delà de l'exemple Suisse aux sources qu'il partage avec Maine, Laveleye en profite alors pour rappeler que les premières formes d'appropriation « individuelle » se limitaient aux terres accordées aux familles, terres considérées comme un fonds commun dont tous étaient les héritiers mais dont personne n'était le propriétaire absolu. C'est d'ailleurs à ce propos que Laveleye mentionne pour la première fois Maine⁵⁵⁷, avant de s'engager dans une rapide discussion des thèses des juristes français comme Dalloz ou Troplong⁵⁵⁸. L'adversaire commun qui réunit Maine, Mill et Laveleye, semble bien décrit par ce dernier :

Généralement, quand on parle de la propriété, il semble qu'elle ne puisse exister que sous une forme unique, celle que nous voyons en vigueur autour de nous. C'est là une profonde et fâcheuse erreur, qui empêche de s'élever à une conception plus haute du droit. Le *dominium* exclusif, personnel et héréditaire, appliqué à la terre est un fait relativement très récent, et pendant bien longtemps les hommes n'ont connu et pratiqué que la possession collective.⁵⁵⁹

Comme nous tâcherons de le montrer, Mill partage cette idée de Laveleye selon laquelle le « principe » de la propriété impose un équilibre entre l'individuel et le collectif. De même, c'est cette même idée qui découle directement de l'analyse de la propriété comme « faisceau de droits » par Maine.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. XXVI.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. XXIV.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. XXIV.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. XXV.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. XXIX.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. XXI.

5.2.2. Propriété collective, propriété commune et propriété individuelle

L'un des apports qui singularise le propos de Laveleye face à ceux de Maine et de Mill est la façon dont les exemples de propriété « commune » envisagés sont distingués de l'idée de propriété *collective*, même si ces deux termes sont souvent utilisés l'un pour l'autre. Ainsi, Laveleye décrit la propriété collective comme menacée par deux institutions : d'une part, les sociétés anonymes et, d'autre part, les couvents. Cette étrange opposition a pour but de distinguer ce que l'on appellerait aujourd'hui les communs de deux formes d'association. La société anonyme est bien « collective » dans le sens où elle est le produit d'une association entre un certain nombre d'individus, qui devient une entité juridique distincte de ses membres. Toutefois, la société anonyme n'est rien de plus que le produit d'une association entre des intérêts individuels distincts, dans laquelle chacun entre en échange d'une participation directe aux bénéfices, parce qu'il possède une *part* distincte de la société. En réalité, la société anonyme n'est pas un collectif, puisqu'elle n'est égale qu'à la somme de ses parties. Le couvent, lui, est précisément pour Laveleye l'exemple de ce collectivisme « où toute distinction du tien et du mien est sévèrement proscrite »⁵⁶⁰. Ainsi, Laveleye entend distinguer les exemples de gestion collective des ressources qui l'intéressent de deux formes d'associations : celle où les individus ne sont associés que dans leur intérêt personnel, et où chacun est un propriétaire individuel au sens fort, et celles où les individus n'ont aucun droit individuel à l'appropriation.

De fait, les nombreux exemples utilisés par Laveleye voient coexister propriété privée et propriété commune, que ce soient les communautés de village de Java ou les *allmends* de Suisse⁵⁶¹. Cette juxtaposition est la preuve que les « communs » ne sont pas des exemples de collectivisme, au sens où les individus n'y auraient aucune prérogative propre. C'est toutefois une caractérisation incomplète, puisque cette juxtaposition n'est en réalité qu'apparente. Les communautés de village ne constituent pas des mosaïques où la propriété individuelle exclusive côtoie des espaces communs. Au contraire, le caractère « commun » de ces communautés s'étend à tous les aspects de la vie collective et inversement : les membres ont tous des droits individuels sur les espaces communs. Par exemple, à Java, Laveleye note que l'on peut considérer certains héritages ou patrimoines comme étant des propriétés privées. Comme il le remarque toutefois :

(...) les documents officiels, au lieu du mot *eigendom, proprietas, dominium*, emploient celui de l'*individueel erfelijk bezit*, 'possession individuelle héréditaire', ce qui est, en effet, plus juste ; car la soi-disant

⁵⁶⁰ *Ibid.*, chap. II, « Les effets économiques du *mir* russe », p. 28.

⁵⁶¹ *Ibid.*, chap. IV et chap. VII.

propriété à Java est soumise à tant de restrictions, qu'elle ne ressemble guère à notre droit de propriété quiritaire.⁵⁶²

C'est lorsqu'il décrit le fonctionnement des *allmends* Suisse que Laveleye explicite ses idées à ce sujet. Celles qu'il appelle alors « communautés d'usagers » se distinguent de toutes les catégories du droit romain⁵⁶³. Le long passage qui suit permet de saisir la portée de son propos :

Elles ne correspondent exactement ni au *dominium*, ni au *condominium*, ni à l'*universitas* des jurisconsultes latins. Les juristes, au Moyen âge, ont d'abord refusé de s'en occuper (...) Ensuite, après la Renaissance, à mesure que l'influence de l'antiquité devenait plus prononcée, ils se sont montrés plus hostiles à ces institutions primitives (...)

Suivant un savant professeur de l'université de Bâle, M. Andreas Heusler, l'association des usagers forme non une *universitas*, comme on l'entendait à Rome, mais une personne civile, un corps juridique, comme le droit germanique en a tant consacré. Elle n'est pas constituée par la réunion de droits individuels, associés en vue d'un bénéfice à réaliser, comme le sont nos sociétés commerciales. Le corps lui-même a une existence propre et un but distinct, qui est la prospérité économique du pays. Il subsiste par lui-même, pour le bien permanent du village et non pour l'avantage immédiat et transitoire de ses membres. C'est ainsi qu'il est interdit à ceux-ci de vendre ou de diminuer la valeur de la propriété commune. Ces personnes civiles se sont développées dans l'État, sous son contrôle et avec son appui ; mais elles lui sont antérieures.

(...) Suivant M. Heusler, le droit que ces communautés exercent sur leur domaine n'est pas un droit de 'propriété collective,' *Miteigentumsrecht* ; c'est un droit de 'propriété commune,' *Gesammteigentumsrecht*. Ce n'est pas une collection d'individus qui possèdent : c'est une corporation perpétuelle qui se conserve immuable à travers les siècles, quel que soit le nombre de personnes qui en font partie. L'usager n'a pas une part de la propriété foncière, il a seulement droit à une partie proportionnelle du produit des biens communs.

La propriété privée est, sous plus d'un rapport, subordonnée à la propriété de ces communautés. Ainsi, à certaines époques, les usagers ont le droit de faire paître leurs troupeaux sur les terres des particuliers. Ceux-ci ne peuvent couper à leur guise les bois qui leur appartiennent, car, s'ils le rasaient entièrement, ils auraient besoin de demander plus de chauffage à la forêt commune. Beaucoup de règlements leur interdisent aussi d'agrandir leur maison ou leurs étables, sans l'avis conforme des experts de la corporation, parce que ces constructions agrandies exigeraient plus de bois pour leur entretien. La propriété privée doit toujours et partout le passage à la propriété commune. Ce ne sont pas là des servitudes dans le sens que le droit romain attache à ce mot, ce sont les restes de l'organisation agraire primitive. (...)

⁵⁶² *Ibid.*, p. 63.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 153.

Le droit d'usage sur les biens communs est-il un droit réel ou un droit personnel ? Est-il attaché à la qualité de la personne ou est-il une dépendance de la propriété foncière ? Primitivement, sans aucun doute, le droit était exclusivement personnel, puisqu'il appartenait (...) à tout membre de l'association usagère. (...) certains juristes y ont vu un droit réel, et ils en parlent comme d'une dépendance de la propriété privée. C'est une erreur complète. (...) Ce droit est inhérent à sa personne, et il ne le perd que s'il entre dans une autre communauté, chose extrêmement rare.⁵⁶⁴

La distinction que Laveleye affirme tenir d'Andreas Heulser entre propriété *collective* et propriété *commune* est ici particulièrement éclairante. Elle permet encore une fois de distinguer ces « communautés d'usagers » de sociétés anonymes, en ce qu'elles ne sont pas une « collection d'individus qui possèdent » où l'usager aurait « une part de la propriété foncière ». Au contraire, ces communautés prennent plutôt la forme de la « corporation perpétuelle » dont la fonction dépasse l'intérêt individuel de ses membres à un moment particulier de son existence. Elle est un fonds commun institué dont les membres peuvent prétendre à « une partie proportionnelle du produit des biens communs », mais non à la propriété individuelle d'une portion du fond. Cette même caractéristique explique ce que Laveleye entendait en distinguant ces communautés des couvents, illustrant ainsi ces formes de collectivités où les individus n'ont finalement aucun droit pour eux-mêmes.

Ainsi, la catégorie du *condominium* n'est pas valable pour décrire ces communautés. Celle de l'*universitas* ne l'est pas tout à fait non plus, et Laveleye se distingue peut-être ici de Maine dans une certaine mesure, même si le but de son propos est différent et que les conclusions qu'il en tire restent finalement celles d'*Ancient Law*, que nous avons décrites au chapitre précédent. Ce qui distingue la « communauté d'usagers » de l'*universitas* c'est, selon Laveleye, le fait qu'elle ne peut être réduite à une « réunion de droits individuels, associés en vue d'un bénéfice à réaliser ». Sans en rester au modèle de la « société commerciale », il serait en effet possible de considérer que ces communautés sont une association d'individus séparés qui œuvre ensemble, en coopérant, pour accomplir un objectif qu'ils se sont fixés. Nous savons que Maine rejette une vision contractualiste de ces communautés⁵⁶⁵. Laveleye fournit quant à lui une explication très claire : il y a, dans l'existence de la communauté, quelque chose qui transcende systématiquement les intérêts individuels de ses membres, notamment à un instant particulier, car la communauté, en tant que « corporation perpétuelle », est faite pour exister bien au-delà de l'horizon de ces intérêts individuels. Elle est en réalité une « personne civile », un « corps

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 153-157.

⁵⁶⁵ Voir 3.3.

juridique » qui est selon Laveleye typique du droit germanique, mais qui ne rentre pas tout à fait dans les catégories du droit romain. On retrouve peut-être là le *trust* si spécifique du droit anglo-saxon, que nous avons déjà précédemment évoqué. Il n'est d'ailleurs pas impossible que Maine lui-même ait cherché à rapprocher de façon trop artificielle le concept d'*universitas* de celui du *trust*. Toutefois, comme nous avons voulu le montrer, le concept d'*universitas* sert surtout à Maine pour conceptualiser l'idée de propriété comme « faisceau de droits », et l'utilisation de cette catégorie du droit romain ne doit peut-être pas être comprise comme ayant un autre but.

Quoiqu'il en soit, le « corps juridique » qu'est la communauté de village, et l'on retrouve ici nos analyses, grandement assistées par celles de M. Xifaras, a « une existence propre et un but distinct ». C'est la raison pour laquelle les règles des communautés de village peuvent contraindre fortement l'intérêt individuel de ses membres. Il n'y a pas nécessairement pour eux un gain supérieur à attendre, qui proviendrait du sacrifice de gains personnels immédiats, comme cela peut être le cas dans d'autres formes de coopérations. L'exploitation actuelle des ressources doit être compatible avec « le bien permanent du village » plutôt qu'avec « l'avantage immédiat et transitoire de ses membres ». Cela permet de comprendre pourquoi la catégorie du *dominium* est aussi inadéquate. La raison n'en est pas que la propriété individuelle absolue qui est associée au *dominium* est simplement exclue de ces communautés collectivistes. L'argument est en effet plus subtil : si des formes d'appropriation individuelle existent dans ces communautés, et si elles peuvent ressembler de très près à la propriété individuelle exclusive et posséder un grand nombre de ses traits caractéristiques, la propriété comme droit *réel* n'y existe toutefois pas. En effet, pour Laveleye, le droit à l'appropriation et tous les droits individuels qui peuvent en découler, quelle que soit leur extension, demeurent des droits personnels en ce qu'ils sont strictement réservés aux membres de « l'association usagère », qui est donc « inhérent » à la personne de l'individu. C'est pourquoi Laveleye considère que la propriété privée est, dans ce contexte, « subordonnée à la propriété de ces communautés », puisque le contrôle de cette dernière peut s'étendre jusqu'à limiter le bois qu'ils peuvent abattre sur leurs propres terres, afin de préserver la « forêt » commune de la surexploitation qui pourrait s'en suivre, pour le bois de chauffage. L'exemple de l'agrandissement des bâtiments individuels est aussi particulièrement parlant : les limiter permet d'éviter l'accroissement de la demande de bois pour leur entretien. C'est pourquoi « la propriété privée doit toujours et partout le passage à la propriété commune », arrangement institutionnel où tous les arrangements de la propriété individuelle sont conditionnés à ceux de la propriété commune, qui ne saurait être assimilés aux « servitudes » du droit

romain, qui font davantage figures d'exception périphérique d'un droit de propriété individuelle absolu.

5.2.3. Un précurseur de l'étude des communs ?

Loin d'être un travail purement empirique de relevés de différentes coutumes liées à la propriété, le travail de Laveleye, qui multiplie les exemples provenant de différentes régions du monde, vise à mettre en lumière ce qu'il appelle des « coutumes générales »⁵⁶⁶. Bien sûr, Laveleye relève systématiquement le caractère extrêmement local de ces coutumes. Néanmoins, dans une optique davantage comparatiste et philosophique que strictement anthropologique, il souhaite participer à la description de « phases nécessaires » du développement de l'espèce humaine. Ainsi, malgré leur variabilité, ces coutumes liées à la propriété ont une valeur de généralité, dans la mesure où elles illustrent un moment particulier du développement des sociétés humaines, celui où des collectivités établies localement doivent gérer collectivement l'exploitation de ressources. Le même impératif est donc à l'origine de ces coutumes : rendre compatible la tendance des individus à l'appropriation avec les nécessités collectives, qui sont multiples. Il faut en effet à la fois assurer la contribution de tous aux travaux nécessitant la coopération de tous les membres de la communauté, et faire en sorte que les agissements individuels soient compatibles les uns avec les autres.

L'île de Java fournit un exemple intéressant. Laveleye raconte les hésitations des différentes administrations coloniales qui ont pu la posséder au XIX^e siècle à y imposer l'institution de la propriété privée. Laveleye reprend les mots d'un rapport présenté pendant la session 1866-1867 du parlement néerlandais à ce propos⁵⁶⁷. Selon ce rapport, si celui qui met en valeur le sol se voit conféré la jouissance du sol selon la coutume, l'*adat*, ses terres reviennent à la communauté, la *desa*, si jamais il cesse de les entretenir. Surtout, ce rapport explique l'omniprésence des communautés de type *desa* sur l'île de Java par le mode de culture qui y prédomine, le riz, qui « exige un système général d'irrigation qui est impossible sans l'association et qui conduit à une exploitation en commun ». Ainsi, « ce régime établit une forme de communisme » nécessaire. Pour Laveleye, une telle organisation agraire est donc « en rapport intime avec le système de culture pratiqué dans ce pays », qui requiert des infrastructures spécifiques, notamment des canaux d'irrigation. Or, « ce sont là des objets d'intérêt collectif dont la communauté de village doit supporter les frais ». C'est pourquoi « une exploitation coopérative conduit tout

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 1.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 50.

naturellement à la possession collective »⁵⁶⁸. L'organisation de la *desa*, que l'on peut généraliser à toute communauté de village, émane donc directement de l'impératif d'assurer la coopération de ses différents membres qui, séparément et sans mécanisme institutionnel adapté, ne pourraient pas construire et entretenir les infrastructures nécessaires à leur survie. Ailleurs dans *De la propriété*, au sujet des *allmends* suisses, Laveleye rappelle donc la claire différence entre ces organisations et les biens communaux que l'on peut encore trouver là où les communautés de village ont disparu :

Le communal n'est pas ici, comme chez nous, une lande nue, une bruyère stérile où paissent quelques maigres moutons (...). C'est un domaine administré suivant les règles précises que dictent les nécessités d'une exploitation rationnelle. Tous les ayants droits s'occupent régulièrement de cette administration, et le produit en est aussi élevé que celui des propriétés particulières.

Ce mode d'organisation est celui d'une « exploitation rationnelle », rationnelle au sens où il s'agit du cadre institutionnel le plus adapté à ce que l'on appelle, comme on le développera ultérieurement, les problèmes d'action collective typiques des communs. Laveleye, économiste comme il faut le rappeler, s'efforce alors de concilier le présupposé que les individus sont des maximisateurs concernés avant tout par leur propre intérêt, avec la possibilité de leur contribution par coopération à ce que l'on appellera ultérieurement des biens communs (*public goods*).

La rationalité de tels modes d'exploitation provient aussi de leur capacité à varier en fonction des circonstances, notamment des ressources cultivées et des contraintes naturelles. Ainsi, dans un passage que l'on pourrait croire tiré d'un article d'Elinor Ostrom⁵⁶⁹, Laveleye affirme que « le mode de jouissance de l'Allmend par les usagers diffère plus ou moins de commune à commune ; il varie aussi suivant la nature des biens. Il n'est pas le même pour l'alpe, pour la forêt, pour la tourbière et pour les terres cultivées »⁵⁷⁰. Il poursuit ensuite cette réflexion en décrivant la multitude de règles concernant l'exploitation des forêts communes dans les *allmends*, dont la précision rappelle les déclarations de Maine à ce propos⁵⁷¹. En effet, Laveleye décrit les règles qui régissent l'utilisation des immenses bois des *allmends* d'Uri, d'une grande valeur marchande s'ils faisaient l'objet d'une exploitation industrielle, et qui sont « bien entretenus »⁵⁷². Les individus ont par exemple des droits au bois de chauffage qui dépendent de la classe à laquelle ils appartiennent, classe déterminée par l'étendue de leur propriété et de leur

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 51-52.

⁵⁶⁹ Voir E. Schlager and E. Ostrom, *op. cit.*

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 131.

⁵⁷¹ *Village-Communities, op. cit.*, p. 108-109.

⁵⁷² Laveleye, *op. cit.*, p. 134.

famille, caractéristiques censées déterminer leurs besoins. En effet, selon Laveleye « le principe qui préside ici au partage des produits des biens communs est celui des temps les plus reculés : à chacun suivant ses besoins », bien que Laveleye ne manque pas de souligner que le système est avantageux pour ceux qui sont déjà propriétaires, à la fois de terres et de bétails. Une certaine égalité est cependant maintenue dans la répartition des terres cultivables, à condition de respecter un certain nombre de règles⁵⁷³. Ainsi, l'utilisation des toutes les ressources communes (la forêt, l'alpe) ainsi que des ressources appropriées individuellement, est sujette à des règles d'une précision impressionnante, ce qui n'est pas sans rappeler les remarques de Maine à ce propos.

Même si les débats qui auront lieu plus tard au XX^e siècle sur les communs et leur potentielle « tragédie » n'ont pas encore eu lieu, Laveleye écrit dans un contexte où le débat sur différentes formes de propriété fait rage. Comme nous l'avons déjà signalé au sujet de Java, Laveleye a accès, en plus des débats auxquels il participe lui-même, aux nombreuses discussions qui agitent les administrations impériales au sujet de l'exportation de la propriété privée dans leurs colonies. Il retranscrit alors les arguments qui opposent les partisans des systèmes existants aux réformateurs les plus enthousiastes sur la capacité de la propriété privée à surmonter les difficultés rencontrées par les communautés de village. Il reconnaît par exemple que le partage périodique des terres dans les *mir* russes pourrait empêcher que soient menées les améliorations « permanentes et coûteuses », celles requérant des efforts collectifs, qu'il faudrait apporter pour davantage de productivité⁵⁷⁴. Pourtant, au sujet des mêmes *mirs*, il affirme au contraire que le partage périodique des terres pousse celui qui cultive à le faire de la façon la plus efficace, alors que les paysans précaires irlandais, ceux dont Mill se préoccupe tant, sont nécessairement poussés à moins d'investissements sur leur propre terre⁵⁷⁵. Qu'est-ce qui empêche que le même niveau d'investissement soit possible au niveau collectif ? En ce qui concerne les *allmends* suisses, ces investissements en infrastructures sont effectués. Ainsi,

(...) rien n'empêcherait la commune elle-même d'exécuter de grands travaux permanents pour les irrigations, les drainages, les chemins, comme le font les administrations communales des villes et celles des *allmends* en Suisse. Par l'emploi des ressources collectives et d'un travail d'ensemble, on obtient des résultats bien plus complets que par les efforts isolés, intermittents, insuffisants des individus.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 135.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, chap. II « Les effets économiques du *mir* russe », p. 30.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 29.

Les sous-investissements structurels et le manque de coopération ne dépendent donc pas du régime de propriété. Au contraire, les opérations collectives seraient davantage réalisables dans un cadre où la propriété privée ne serait pas absolue. Laveleye met en scène une discussion à ce sujet, sur les avantages et les inconvénients des systèmes de propriété collective. Ces communautés, souvent insérées dans un État plus large, sont en effet solidaires du point de vue de l'impôt. On pourrait alors penser que ce système encourage les plus « paresseux » à se reposer sur les efforts des plus « laborieux ». La communauté n'aurait alors d'autre choix que de recourir à la contrainte, puisqu'elle ne pourrait pas compter sur « le ressort de l'intérêt individuel »⁵⁷⁶. Laveleye, à travers cet argument reconstruit, auquel il s'apprête à répondre, met en scène une opposition caricaturale entre l'intérêt individuel, qui serait motivé par la seule propriété privée, et le nécessaire recours à la contrainte externe pour tout système collectiviste. Dans ce cadre, tout système collectiviste semble en effet voué à l'échec, puisque « l'intérêt individuel n'étant pas suffisamment mis en jeu, les hommes deviennent inertes, et tout le corps social est pour ainsi dire stagnant »⁵⁷⁷. À cela, Laveleye répond que tout est une question de cadre institutionnel : la solidarité communautaire devant l'impôt n'est absolument pas « inhérente à l'organisation du mir ». De même, les mêmes institutions de décisions locales qui parviennent à mettre au point les règles d'exploitation des ressources peuvent être mobilisées pour les travaux d'infrastructures : « rien n'empêche les pères de famille de les voter et l'autorité communale de les faire exécuter »⁵⁷⁸.

À Java, la construction de « grands canaux de canalisation » ne pose pas de problème, dans un cadre institutionnel similaire où le fait que la culture principale soit le riz contraint les cultivateurs à s'associer. Les nombreuses règles mises au point dans ce cadre ont aussi pour but d'éviter les problèmes causés des comportements individuels non-coopératifs ou qui pourraient mettre en danger la stabilité du système de culture, comme par exemple le fait que certains vendent leurs terres à des agents extérieurs. C'est pourquoi,

À Java le domaine communal est absolument inaliénable ; il est hors du commerce. Sa conservation intégrale est d'intérêt public. Il en résulte que la majorité même ne peut y porter atteinte. C'est l'héritage des générations futures, et celles du présent ne peuvent en disposer à leur guise.⁵⁷⁹

À ce sujet, Laveleye reconnaît la pertinence des analyses de Maine, telles que nous les avons exposées au chapitre précédent, puisqu'il fait référence à *Village-Communities* pour souligner

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 53.

que, à Java comme en Inde, on trouve de nombreuses communautés qui, pour ces mêmes raisons, ne permettent pas la commercialisation des terres, ni même leur transmission libre et directe par testament, excluant ainsi de nombreux objets ou biens des transactions marchandes⁵⁸⁰. Toutes ces mesures, qui visent à constituer le territoire de la communauté de village et ses ressources en un fonds perpétuel, paraissent nécessaires pour éviter les comportements non-coopératifs.

D'une manière générale, les communautés humaines sont décrites par Laveleye comme capables d'évoluer en fonction des circonstances, et d'adapter les règles de façon à ce que l'appropriation individuelle des ressources demeure possible, soit en mettant au point des règles à même d'empêcher les comportements individuels opportunistes, soit en rendant la coopération de tous obligatoire là où elle est nécessaire. Laveleye, tout comme Mill qui y fait explicitement référence, fait face aux objections malthusiennes à l'encontre des communautés de village⁵⁸¹. Comment de telles communautés peuvent-elles gérer l'augmentation de la population, sans mettre en place des institutions plus restrictives comme la propriété privée ? Le problème semble se poser dans des termes extrêmement similaires à ceux de la « tragédie des communs » de Garrett Hardin, lui aussi explicitement malthusien⁵⁸². Pourtant, Laveleye semble lui répondre par anticipation. Au sujet des *allmends* suisse, il affirme en effet que,

Quand la population était très peu nombreuse relativement au territoire dont elle disposait, il ne fallait pour ainsi dire point de règlement. (...) C'est seulement plus tard, quand le nombre des co-partageants devint trop grands pour permettre un usage illimité, que des règlements intervinrent, ils ne firent que consacrer les anciennes coutumes. Ces règlements sont devenus plus précis et plus sévères à mesure que les besoins de la communauté s'accroissaient. Il y a eu ainsi une certaine évolution juridique (...).⁵⁸³

Ce passage est intéressant à plusieurs titres. Il souligne tout d'abord la capacité avérée de ces communautés à relever le défi de la surpopulation et de la surexploitation des ressources, mais pas uniquement. C'est l'idée d'une capacité générale des communautés de village à s'organiser spontanément pour mettre au point des règles efficaces et à les faire appliquer qui est ici soulignée. L'illimitation dans l'exploitation individuelle des ressources, absolument dénué de conséquences négatives, est restreinte lorsque les circonstances environnantes, et non pas l'acte d'exploiter lui-même, changent. Enfin, l'idée que les « co-partageants » ne font que consacrer « d'anciennes coutumes » alors qu'ils mettent effectivement au point de nouvelles règles ou en

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 55-56.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁸² G. Hardin, *La Tragédie des Communs*, op. cit.

⁵⁸³ Laveleye, op. cit., p. 130.

adaptent d'anciennes est particulièrement intéressante. La précision et la sévérité augmentées de ces règlements, qui sont de fait de *nouveaux* règlements, n'est pas nécessairement perçues comme un acte de législation. Il s'agit seulement, en définitive, d'ajouter une règle *secondaire* à un objectif premier qui demeure le même : garantir la durabilité de l'exploitation des ressources. C'est peut-être en ayant à l'esprit ce même mécanisme que Maine affirme que la coutume n'est jamais promulguée, mais seulement rappelée⁵⁸⁴.

Ces réflexions supposent la capacité de ces communautés à mettre au point de telles règles, d'un point de vue procédural, mais aussi à les faire appliquer. Cet aspect est presque absent chez Laveleye, alors qu'il est récurrent chez Mill et omniprésent chez Maine. D'une certaine façon toutefois, le fait que Laveleye ne semble pas ressentir le besoin de prouver que ces communautés sont capables à la fois de mettre au point et de faire respecter leurs propres règles, et ce sans le secours des institutions typiques du droit moderne, est une preuve en elle-même. Le simple compte-rendu de l'existence et de l'efficacité de ces règles suppose l'affirmation implicite selon laquelle les règles coutumières dont il est question sont à la fois mises au point et respectées par ces communautés entièrement autonomes. D'un point de vue procédural, les membres du *mir* russe se dotent par exemple d'une présidence par vote, avec laquelle ils prennent des décisions cruciales pour l'avenir de leur communauté, comme une nouvelle répartition des terres, à la condition qu'elles soient validées par les deux tiers des votes. Cette règle des deux tiers leur permet entre autres d'« expulser ou mettre à la disposition du gouvernement les individus 'vicieux et incorrigibles' »⁵⁸⁵. Un principe concernant l'efficacité des règles semble se dégager d'autres réflexions de Laveleye. Bien sûr, les membres d'une communauté, y compris ceux qui y occupent la position de « juges », ont un pouvoir de coercition directe bien plus faible sur ceux qui ne respectent pas les règles. Toutefois, la proximité permet aux pairs de tout savoir sur les agissements des autres. Dans les *allmends* suisses, des règles existent concernant la possibilité pour chacun de faire envoyer son bétail paître dans l'alpe. Si les alpes disponibles sont réduites, la part de chacun est réduite en proportion. Afin de pouvoir faire monter son bétail une fois le moment venu, chacun doit, pendant une assemblée générale au printemps, déclarer le nombre de têtes qu'il a fait hiverner sur ses terres privées. Or, pour Laveleye, « toute fraude est impossible, parce que les experts savent parfaitement combien chaque bien peut en entretenir ». Ainsi, « le moindre abus est puni d'une amende très forte ou par la suspension du droit d'usage »⁵⁸⁶. C'est précisément le fait qu'il est difficile de cacher un

⁵⁸⁴ Voir *Village-Communities*, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁸⁵ Laveleye, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 157.

abus qui rend la possibilité de sanctionner plus efficace, malgré des moyens de coercition réduits. L'exemple donné par Laveleye de la communauté de Gross, dans le canton de Schwytz, donne à voir une assemblée élue, avec un conseil de fonctionnaires renouvelé tous les deux ans, et un conseil exécutif de sept membres. Ce conseil « fixe les amendes et les dommages-intérêts » et s'en remet à l'autorité judiciaire lorsque c'est possible⁵⁸⁷. Dans les *mark* néerlandais, ceux qui n'arrêtent pas de couper le blé exactement en même temps que les autres tombent aussi sous le coup d'amendes⁵⁸⁸.

Les exemples se multiplient jusqu'à un chapitre tardif consacré à « la propriété primitive chez les peuples divers ». Dans ce chapitre, Laveleye va évoquer le cas qui occupera une grande partie du livre d'Elinor Ostrom, *Governing the commons*⁵⁸⁹ : les *huertas* de la région de Valence, en Espagne, où depuis des siècles et des siècles les paysans locaux gèrent collectivement de larges infrastructures nécessaires à l'irrigation de leurs parcelles privatives. Ces règles, établies par les « Maures » mais ayant été codifiées en 1350 selon Laveleye, mettent en place une véritable constitution, avec une assemblée des exploitants qui élit huit *electos*, se dote d'un syndic et de juges⁵⁹⁰. Le syndic, rendant des comptes à ses électeurs, surveille les travaux liés aux infrastructures, recouvre les créances et les amendes, etc. Ce même syndic voit ses dépenses, prélevées sur le fonds commun, vérifiées par le juge ou *contador*, au mandat illimité mais révocable, ce qui le rend aussi comptable de ses actions. Laveleye finit par utiliser explicitement le terme de « *huerta* de Valence »⁵⁹¹, dans laquelle « les associés se *gouvernent et se jugent eux-mêmes* ; ils administrent leurs intérêts ; ils élisent leurs fonctionnaires, ils délibèrent et font les lois »⁵⁹². La circularité qui, comme nous le verrons, est cruciale dans les systèmes de communs et de droit coutumier pour Elinor Ostrom, est ici déjà décrite.

Enfin, un autre point est aussi très présent chez Laveleye, bien qu'il demeure relativement implicite à quelques exceptions près. Au sujet des *allmends*, il affirme que « ces personnes civiles se sont développées dans l'État, sous son contrôle et avec son appui ; mais elles lui sont antérieures »⁵⁹³. Laveleye ne considère donc pas ces communautés comme libres de tous liens avec l'État. Bien au contraire, elles ont mené une grande partie de leur existence au sein d'états. Toutefois, « elles lui sont antérieures », c'est-à-dire que la possibilité de telles organisations coopératives pour la gestion des ressources précède nécessairement les formes plus complexes

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 160-161.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, chap. XI « La marque en néerlande », p. 229.

⁵⁸⁹ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, chap. 3.

⁵⁹⁰ Laveleye, *op. cit.*, chap. XX, p. 326.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 326.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 327.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 153-154.

d'organisations sociales. Or, il est certain que cette autonomie est remise en cause à l'époque dont parle Laveleye, en Europe elle-même mais, peut-être plus visiblement, dans les territoires contrôlés par les empires européens. Le débat sur la propriété illustre justement l'hésitation des dirigeants à imposer leurs institutions et la privatisation, ou bien à conserver ces organisations ainsi établies. Laveleye considère de son côté que ces institutions, si elles doivent périr, le feront naturellement⁵⁹⁴. Il salue alors les Hollandais pour leur gestion de l'île de Java, qui aurait su respecter ces organisations tout en les rendant plus efficace, et ce après les longues hésitations des différents pouvoirs coloniaux qui ont pu prendre le contrôle de l'île. Laveleye semble persuadé de leur capacité à être intégrée dans une configuration de pouvoir décentralisé. Aussi, à Java, « la commune jouit donc aujourd'hui d'une véritable autonomie » et « peut régler elle-même ses intérêts locaux, en se conformant aux lois générales »⁵⁹⁵.

Le livre de Laveleye, *De la propriété*, marque la participation de son œuvre à une vive discussion qui a lieu entre lui, Maine et Mill, sur le sujet de la propriété, mais pas uniquement. Les thématiques qu'on y trouve sont semblables, quoi que présentées sous un angle différent, celui des intérêts personnels de Laveleye. Son intérêt penche clairement du côté de la capacité des communautés de village à s'auto-organiser, et à le faire pour mettre en place des formes de propriété qu'on ne peut qualifier sans nuance de « collectives ». Pour mieux les décrire, il ne manque pas d'avoir massivement recours aux concepts exposés et développés par Maine, ce qui le conduit, une fois porté à l'exposition de cas empiriques, à se rapprocher de manière frappante de la littérature du XX^e siècle sur les communs. Le troisième interlocuteur de cette discussion, John Stuart Mill, va apporter son regard propre sur ces questions, en insistant notamment sur une théorie normative de la propriété qui vise à limiter les abus de la propriété exclusive, plutôt qu'à souligner les caractéristiques des modes d'appropriation collective. La coutume fait aussi l'objet, dans l'œuvre de Mill, d'une conceptualisation spécifique en lien avec ces questions, et ce au moyen de liens étroits avec la pensée de Henry Sumner Maine.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 57.

5.3. La recension de *Village-Communities* par J. S. Mill

5.3.1. De Ancient Law à Village-Communities

Tout comme Laveleye, Mill exprime une dette importante à l'égard de Maine. La leçon que Mill prétend avoir retenue d'*Ancient Law* est la suivante : que certaines idées, pourtant modernes, sont considérées à tort comme relevant de la nature ou comme étant particulièrement anciennes⁵⁹⁶. Sans surprise, c'est l'idée de propriété comme droit absolu d'un individu sur les choses qui est ici visée. Maine aurait montré, selon Mill, que la « propriété absolue », conception dominante en Angleterre, serait en réalité une idée conçue par les modernes et qui n'aurait cours que dans certaines parties du monde⁵⁹⁷. C'est en répondant à l'appel de l'administration indienne que Maine aurait découvert des communautés qui confirment les travaux historiques de Nasse et de Maurer, que Mill semble aussi connaître et dont il recommande même la lecture⁵⁹⁸. Il cite alors Maine, comme référence pour l'idée selon laquelle la propriété privée ne serait qu'un produit tardif de l'histoire des sociétés, qui se serait détaché (« *disengaged* ») de groupes sociaux plus larges.

Le choix des citations, ainsi que les réflexions qui suivent, indiquent que Mill ne fait pas l'erreur de retrouver dans le propos de Maine une simple dichotomie entre propriété individuelle et propriété collective. Il retire de Maine l'idée que la propriété serait apparue au fur et à mesure d'un long processus de dégradation d'ensembles où différents régimes de propriété auraient été juxtaposés. Mill fait écho à la tripartition proposée par Maine et ses contemporains : alors que la communauté était concentrée dans le village, elle aurait partagé le « *Common Mark* » selon un régime de « propriété mixte » et aurait cultivé le reste (« *the Arable Mark* ») de façon privative⁵⁹⁹. Le « *common Mark* » est en effet caractérisé par une « stricte propriété en commun » (« *a strict ownership in common* »)⁶⁰⁰. Pourquoi donc le qualifier de « propriété mixte » ? Ce qui affleure ici dans la sélection que Mill fait dans les propos de Maine est l'idée que la propriété *collective* qui caractérise les communautés de village n'implique pas l'absence de droits *individuels* d'accès et d'exploitation du *Mark*. Au contraire, Mill prend soin de noter que, selon Maine, « un responsable élu ou bien ayant hérité de cette tâche était chargé de veiller à ce qu'il soit fait usage du domaine commun de manière équitable ». Ce que ce responsable

⁵⁹⁶ Mill, « Maine on Village Communities », *op. cit.*, p. 215.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 216 : « A question of this nature in regard to property in land is raised by Mr. Maine's new work ; which has clearly shown that the absolute ownership, which constitutes the idea of landed property as commonly conceived in England, is both modern as to time and partial as to place. »

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 218.

⁵⁹⁹ Mill renvoie à *Village-Communities*, p. 78.

⁶⁰⁰ Mill renvoie à *Village-Communities*, p. 79.

vérifie, c'est donc que les droits individuels à l'utilisation d'un même espace soient utilisés équitablement et respectés. Il n'y a pas de propriété collective au sens d'une propriété de la communauté, considérée abstraitement, sur la terre.

Quant aux terres censées être appropriées de manière privative, et donc ressembler à l'idée moderne de la propriété individuelle absolue, Mill remarque, avec Maine, que les parcelles pouvaient être redistribuées régulièrement, malgré leur appropriation par une famille déterminée. Mill souligne alors l'importance des contraintes s'exerçant sur cette culture « privée ». Les cultivateurs pouvaient être obligés d'appliquer certains modes d'exploitation, et leurs prérogatives se trouvaient directement limitées, notamment pour qu'ils n'interfèrent pas avec d'autres activités. Les droits des autres familles à faire paître leur bétail sur les champs placés obligatoirement en jachère par les règles communes devaient par exemple être respectés, et aucun membre de la communauté ne pouvait s'y opposer⁶⁰¹. Par conséquent, même l'exemple censé incarner la propriété individuelle témoigne d'un contrôle direct de la communauté sur les droits individuels. Plus précisément, il s'agit de règles mises en place pour que les droits individuels ne viennent pas perturber la réalisation d'activités essentielles pour d'autres membres de la communauté. Il n'y a donc rien dans cette forme de propriété individuelle d'un droit réel opposable *erga omnes*, mais il ne s'agit pas tout à fait non plus d'affirmer que des droits sont concédés aux individus par la communauté. On ne retrouve pas en effet l'idée, courante chez les critiques du concept de propriété comme « faisceau de droits », selon laquelle les droits individuels seraient simplement révocables parce qu'ils dérivent des droits d'un supra-propriétaire, la communauté. Les règles mises en place témoignent davantage d'un équilibre institué entre des activités ayant lieu sur un même espace, afin que les activités des uns ne produisent pas, selon un vocabulaire économique contemporain, d'*externalités négatives*.

Ces remarques générales ayant été faites, Mill poursuit son œuvre de citation, en affirmant que l'Angleterre aurait connu des institutions similaires dans le passé. Il conteste l'idée, qu'il considère comme omniprésente dans les ouvrages de droit, selon laquelle les rapports de propriété dont il est le contemporain auraient été, à l'origine, des rapports de type féodaux. Au contraire, il affirme, suivant Maine, que le système féodal se serait progressivement imposé en remplacement des communautés de village, et notamment en substituant progressivement les droits du seigneur à ceux des membres desdites communautés. Dans une certaine mesure, toutefois, les « droits coutumiers que les nombreuses maisons du village pouvaient exiger au nom du collectif ne furent pas perdus, mais demeurèrent valides à l'encontre du seigneur »⁶⁰². Mill

⁶⁰¹ Mill, « Maine on Village Communities », *op. cit.*, p. 216-217.

⁶⁰² *Ibid.* p. 218. Mill renvoie à *Village-Communities*, *op. cit.*, p. 85-86. Nous traduisons.

entreprind alors, tout comme le fait Maine à divers endroits de son œuvre, de faire remarquer comment de tels droits, comme le droit de vaine pâture (« *rights of pasture* ») ou le droit de prélever de la tourbe ou du bois comme combustible, ont pu subsister et continuer à permettre à certaines populations d'exercer des prérogatives sur d'anciens communaux pourtant appropriés par les seigneurs. Ainsi, les droits des « *commoners* » sur la terre commune sont « plus anciens que tous les droits seigneuriaux »⁶⁰³.

Mill entend alors compléter le portrait qui est fait du mouvement des enclosures : s'il existe bien pour lui un « côté honorable » à ce mouvement par la promotion du « bien commun » grâce à la mise en place de meilleurs techniques d'agricultures, il existe aussi un côté « honteux » à ce processus, celui de l'extension peu contrôlée, pendant des siècles, du pouvoir des « grands propriétaires terriens », qui s'est manifesté par la violation systématique des « droits coutumiers » communs à la terre, mais aussi des droits individuels⁶⁰⁴. Sans invalider les justifications utilitaristes et productivistes du recours accru à la propriété individuelle, Mill ne manque donc pas de souligner l'aberration que constitue pour lui son absolutisation.

5.3.2. L'utilisation politique de la pensée de Maine et le débat sur les enclosures

Tirant les conclusions de ces premières réflexions, Mill reste prudent : rien ne lui permet de dire que Maine serait en accord avec l'utilisation qu'il fait de ces constats⁶⁰⁵. Il semble en effet peu probable que Maine considère qu'une inversion de l'individualisation de la propriété soit souhaitable. Les nombreux mouvements qui sont exposés dans sa pensée, comme celui du statut au contrat, sont en effet essentiellement positifs pour Maine. Mill, pour sa part, considère

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 219.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 219-220 :

Beneficent and noxious influences conspired to favour the conversion of collective into individual property. On the one hand, the rigid customs which prevailed in the cultivation of the common fields provoked opposition by their tendency to perpetuate a bad system of agriculture ; and as to the waste, then occupying so large a portion of the soil of the island, it was thought to be for the public good to promote almost any arrangement by which it could be brought into cultivation. This was the honourable side of the movement. There is a deeply disgraceful side which remains to be mentioned. The great landed proprietors, and owners of manorial rights, were the rulers of the country. (...) Among the consequences were perpetual encroachments by the great landholders, not only on the customary rights of the people in the land, but even on their separate properties ; encroachments sometimes by abuse of the processes and forms of law, sometimes altogether lawless.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 221 :

It was not Mr. Maine's business, in a purely historical and jurisprudential work, to deduce practical inferences from these facts ; nor have we any knowledge whether he would coincide in the inferences which we ourselves draw from them. But there are certain truths, of a very important character, which the facts we have abridged from Mr. Maine's work seem to use to support and illustrate very impressively.

que les réflexions de Maine permettent de tirer des conclusions directement politiques, car elles montrent clairement que l'individualisation de la propriété est le résultat d'un processus historique, qui peut donc être arrêté ou inversé. En effet, pour Mill, le fait que les droits coutumiers locaux aient existé avant l'individualisation de la propriété de la terre ne confère rien de moins qu'un « *droit moral* » à arrêter le processus de « transformation de la propriété collective de la terre » en propriété individuelle, notamment quand ce processus conduit à établir le « contrôle absolu et exclusif de la terre par les propriétaires ». Malgré les formules très générales de Mill, c'est ce processus d'absolutisation et non pas seulement d'individualisation qui est visé, l'individualisation pouvant, de l'opinion de Mill lui-même, être considérée comme positive. De même, lorsque Mill évoque un même droit moral à « inverser ce processus », en « reconvertissant la propriété individuelle en quelque forme nouvelle et meilleure de collectivité », il ne s'agit pas de plaider pour une forme stricte de collectivisme foncier⁶⁰⁶. L'impératif demeure, pour le moment, de conserver ce qui prend plutôt la forme d'une propriété « limitée ou restreinte », voire de ce qui ne fait pas encore l'objet d'une appropriation individuelle. Ici, l'utilisation apparemment redondante de l'expression « *limited or qualified property* » vise probablement à signifier deux choses différentes, les exceptions établies à un droit (« *limited* ») d'une part, qui ont pour objet de prendre en compte d'autres droits, et les cas dans lesquels une autorité peut légitimement enfreindre un droit établi (« *qualified* ») d'autre part, le tout par opposition à des droits dits absolus⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 221-222. Nous soulignons :

They show, first, that even in our own history property in land has not been and is not, one simple idea, one conception or rights always the same ; but that different systems of property in land have existed, and even coexisted, both in this and in other countries (...) We have been gradually transforming one of these systems into another. (...) That the system under which nearly the whole soil of Great Britain has come to be appropriated (...) is neither the only nor the oldest form of landed property, and that there is no natural necessity for its being preferred to all other forms (...) That if the nation were to decide, after deliberation, that this transmutation of collective landed ownership into individual shall proceed no further, and that the various rights of the public or of particular neighbourhoods which in many cases still limit the absolute and exclusive control of the land by the proprietors – generally of older date than his – shall no longer be allowed to be extinguished, to the detriment of posterity; the nation, in so deciding, would not overpass the limits of its *moral right*. Nay, further, that if the nation thought proper to reverse the process, and move in the direction of re-converting individual property into some new and better form of collective (...) it would be making a legitimate use of an unquestionable moral right(...) In the meantime, it should absolutely suspend all further proceedings in the old direction – all further conversion into the absolute property of individuals, of land which is now only their limited or qualified property, or which is not the private property of individuals at all.

⁶⁰⁷ La distinction entre « absolute rights » et « qualified rights » est communément utilisée. L'idée de « qualified right » ajoute quelque chose de décisif qui ne peut se réduire à une simple exception : c'est un droit reconnu en tant que tel, mais que la communauté peut, selon ses besoins et donc de manière justifiée, remettre en cause

C'est l'idée de limitation, que nous interprétons comme celle d'une limitation vis-à-vis d'autres droits, corrélés à des activités qui auraient lieu sur un même territoire, qui semble l'emporter chez Mill. En effet, évoquant les méfaits des erreurs des Britanniques concernant le système de propriété en Inde, Mill note qu'en Angleterre, dans le même temps, « l'idée de propriété absolue de la terre avait été raisonnablement affaiblie », s'étant répandue l'idée que « les droits de propriété dans les simples produits bruts de la Terre ne devraient pas être absolus, mais limités »⁶⁰⁸. Le fait que Mill focalise ici son attention sur la propriété des « produits bruts » suggère que sa critique concerne principalement une propriété du *sol* et de ses fruits potentiels mais non encore produits ou exploités, qui permettrait au propriétaire d'exclure toute autre activité de sa propriété. Ce que souhaite Mill, au contraire, c'est que la propriété en tant que droit soit *limitée*, dans le sens où le propriétaire n'aurait pas un droit absolu d'exclusion, afin de permettre à d'autres activités non-concurrentes d'avoir lieu sur un même espace, voire à ce que des individus différents puissent partager des droits sur cet espace.

Le fait que ces réflexions concernent les débats sur les enclosures ne fait aucun doute. En effet, Mill s'appuie sur Maine ainsi que sur d'autres rapports qu'il met en parallèle avec *Village-Communities*, des rapports qui constatent le déclin rapide des communaux, accéléré par les décisions parlementaires⁶⁰⁹. Rappelons alors que Maine a participé aux discussions parlementaires concernant les enclosures, notamment en 1844. Maine avait alors été surpris, selon ses propres mots cités par Mill, du « grand nombre de cas anormaux de droits de propriété, impliquant nécessairement l'existence passée de formes collectives de propriété et de culture en commun des terres »⁶¹⁰. Ces éléments nous rappellent donc que le processus des enclosures reste bien à l'esprit de ces deux auteurs.

5.3.3. La question indienne et le parallèle avec l'Irlande et l'Angleterre

Ainsi, lorsque Mill propose un compte-rendu de la situation indienne, c'est précisément à la complexité des droits à la terre qu'il s'intéresse. Les Britanniques auraient en effet imposé l'idée de « propriété absolue et inconditionnelle » dans un contexte où elle n'existait pas au préalable⁶¹¹. Selon Mill, au contraire, « différents individus possédaient des droits d'usage et

légitimement. Voir le dictionnaire Merriam Webster : <https://www.merriam-webster.com/dictionary/fee%20simple#legalDictionary>.

⁶⁰⁸ Mill, « Maine on Village Communities », *op. cit.*, p. 224 : « (...) the idea of absolute property in land has been sensibly weakened » ; « the opinion that property rights in the mere raw material of the globe should not be absolute, but limited ».

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 220. Mill parle d'un rythme accéléré à partir de 1836, avec l'Inclosure Act de cette année et « under general powers of the Inclosure Commissioners ».

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 220. Mill renvoie à *Village Communities*, p. 87-88.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 222.

de jouissance sur le sol » au sein d'un même espace⁶¹². C'est ainsi que nous traduisons l'idée de « various *beneficial interests* (...) in the soil »⁶¹³. L'idée de *beneficial ownership* et de *beneficial interests* pourrait être traduite, si l'on souhaitait utiliser un terme technique du vocabulaire juridique français, par la notion d'usufruit. La définition officielle proposée au Québec semble s'en rapprocher fortement⁶¹⁴. Néanmoins, en droit contemporain, et notamment au Canada où le bijuridisme et le bilinguisme sont de mise, la traduction en français du Québec de *beneficial ownership* est « propriété réelle », « propriété effective » ou encore « propriété bénéficiaire » selon les contextes. L'usufruit résume presque l'idée que celui qui a la *beneficial ownership* d'une chose n'en a pas le titre de propriété et se voit donc privé de certains droits, mais conserve malgré tout de nombreuses prérogatives typiques de celles du propriétaire ayant un titre, le *legal owner* selon la distinction admise. Toutefois, la notion d'usufruit semble impliquer une forme de fragmentation provisoire de la propriété, et est assortie d'une distinction claire entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, ce dernier se voyant accorder une fraction des prérogatives du propriétaire. La distinction entre *legal* et *beneficial ownership* semble permettre des combinaisons de relations plus variées, le *legal owner* pouvant ainsi être l'un des *beneficial owners*, ou encore, deux *legal owners* pouvant déterminer une distribution différenciée des *beneficial interests* de leur propriété commune, lors d'une « *declaration of trust* ».

C'est la raison pour laquelle il nous apparaît crucial de nous contenter de parler de « droits d'usages et de jouissance sur le sol » pour traduire le propos de Mill. En effet, ce dernier s'appuie, pour justifier son affirmation, sur des exemples dont la complexité ne paraît pas recouper la distinction entre usufruitiers et nus-propriétaires. Ainsi, on trouve d'un côté le souverain indien, que les anglais ont considéré comme un « propriétaire universel » (« *universal proprietors* ») et qui n'était autre que le « bénéficiaire universel des rentes foncières » (nous traduisons ainsi « *universal receiver of rent* »), rentes étant définies comme une portion du produit de la terre, dont le montant était fixé par la coutume. À l'autre extrémité de ces intérêts à la terre, on trouve les cultivateurs ayant le droit de conserver la possession (« *holding* ») de leur terre pourvu qu'ils s'acquittent de cette rente. Entre ces deux classes, entre le « souverain et le

⁶¹² *Ibid.*, p. 222.

⁶¹³ Nous soulignons.

⁶¹⁴ La traduction officielle de « *beneficial owner* » en français du Québec est *propriétaire réel* : « En *common law*, personne qui n'a pas le titre de propriété relatif à un bien, mais qui a, à l'égard de ce bien, l'essentiel des prérogatives qui découlent normalement du droit de propriété. », Office québécois de la langue française, 1999. http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8873980. Voir aussi Catherine Brown, « Propriété effective et loi de l'impôt sur le revenu », *Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne*, 2003, 51 (1), p. 401-453. Dans cet article, l'auteure propose une réflexion sur les usages du concept de « *beneficial ownership* » en droit canadien, à la croisée entre la *common law* et le droit civil. Elle remarque que le terme peut être traduit par « propriété bénéficiaire » mais aussi par « propriété effective » en droit canadien contemporain.

cultivateur » se trouvaient des « classes intermédiaires » ayant leurs propres droits dont le contenu pouvait varier grandement en fonction des lieux. Par conséquent, en Inde, « il n’y avait personne qui pouvait être appelé ‘propriétaire’ dans le sens absolu que lui donne le droit anglais »⁶¹⁵. On comprend ainsi que la simple notion d’usufruit ne saurait décrire ce que Mill veut dire dans ces passages, car elle présuppose l’existence d’une propriété complète, dont le titulaire aurait seulement cédé certains droits de façon temporaire. C’est la notion même de titre de propriété et avec elle, naturellement, de droit absolu du propriétaire sur ces biens, qui est absente selon Mill du contexte indien. Seuls s’y trouveraient des intérêts distincts à ces biens, répartis entre différents individus et variant en fonction des territoires spécifiques.

L’erreur des Britanniques à leur arrivée en Inde est due à leur incapacité, selon Mill, à reconnaître la complexité de cette situation, ce qui les aurait conduits à penser que le fait de percevoir une rente foncière équivalait à la possession d’un titre de propriété⁶¹⁶. Dans un premier temps, les Britanniques ont en effet considéré comme « propriétaires du sol » les officiers chargés de percevoir ces rentes. Symétriquement donc, les cultivateurs, les *ryots*, sont devenus de simples métayers (« *tenants* »), avec pour seule protection et donc limite aux droits des « propriétaires » celle accordée contre l’expulsion, tant qu’ils payaient leurs dus. Toutefois, ce droit serait selon Mill resté principalement lettre morte, l’accès aux cours de justice étant en effet difficile pour ces catégories de la population⁶¹⁷. Par conséquent, selon Mill qui se fait lui-même l’écho d’un juge « anglo-indien », « les droits des *ryots* du Bengale » ont été « passés sous silence », les plongeant dans la « condition misérable des paysans irlandais, écrasés par des loyers exorbitants et des baux précaires »⁶¹⁸. Ce parallèle confirme l’intention de Mill de lier les problèmes anglo-indiens et irlandais par la question de la propriété et plus spécifiquement autour d’une critique du statut de *tenant-at-will*, que Mill décrit quelques pages plus bas comme

⁶¹⁵ Mill, « Maine on Village Communities », *op. cit.*, p. 222-223 :

Between these co-proprietors (as they may be called), the sovereign and the cultivator, there were intermediate classes who had rights, of greater or less extent, and who were often extremely different in different places. But there was nobody who could be called a proprietor in the absolute sense of English law.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 223.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 223.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 223 : « In the words used many years later by a British-Indian judge, the rights of the Bengal ryots (or peasants) passed away sub silentio. They sank generally into the miserable condition of Irish cottiers – rack-rented tenants-at-will. ». Nous avons traduit « tenancy-at-will » par « baux précaires », pour correspondre à ce que nous considérons être l’intention de Mill de souligner l’instabilité de cette situation. Notons que Mill utilise le terme « *cottiers* », apparemment utilisé pour décrire la condition spécifique des paysans irlandais, non-propriétaires, qui obtenaient le droit d’exploiter une parcelle après des enchères compétitives, celui promettant le loyer le plus haut remportant ce droit. Cela peut en effet apparaître comme des conditions particulièrement difficiles, promptes à favoriser la précarité et la pauvreté. Voir : <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cottier>.

« intrinsèquement violent » bien qu'il soit enseigné par l'économie politique comme une « vérité catégorique »⁶¹⁹.

La suite du compte-rendu que Mill fait de l'histoire de ce problème en Inde recoupe les réflexions de Maine. Selon lui, après avoir reconnu leur erreur, les administrateurs britanniques auraient conclu que les communautés de village étaient les véritables propriétaires du sol. Ce renversement complet de la situation en Inde est aussi commenté et critiqué par Maine, pour les mêmes raisons que Mill avance : reconnaître les communautés de village comme propriétaires s'est avéré être une erreur, toute forme de propriété absolue étant simplement inexistante dans ce contexte. Aussi, la variété des formes de communautés de village, et leur caractère déclinant ou bien très localisé dans le sous-continent indien, ne permettait pas une telle généralisation. Remarquons que l'alternative à une forme de collectivisme qui ferait de la communauté le seul propriétaire et ne donnerait pas de droits *individuels* est bien les « droits coutumier du peuple », que Mill qualifie de « tout aussi positifs »⁶²⁰. Ces droits coutumiers ne sauraient être rien d'autre que les droits que les individus obtiennent pour eux-mêmes, en tant que membre d'un collectif déterminé, droits qui s'articulent alors à ceux des autres membres de ce même collectif. C'est donc avec cette notion en tête, à la faveur d'un déclin y compris en Angleterre de la prééminence de l'idée de propriété absolue, que les administrateurs anglais auraient entrepris de protéger les divers droits coutumiers, plutôt que de tenter d'établir les droits de propriété de telle ou telle entité. Cette tendance se serait toutefois vue renversée au cœur de la deuxième moitié du XIX^e siècle, notamment avec la révolte des Cipayes. Le gouvernement anglais en Inde ayant voulu se concilier les faveurs de certaines classes dirigeantes, ces dernières auraient obtenu des titres de propriété qu'elles ne possédaient pas auparavant. Mill condamne alors une situation, possiblement similaire à celle de l'Irlande, où dans certaines régions, un petit nombre de grands propriétaires terriens contrôle une large population de paysans sous le régime de la *tenancy-at-*

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 225 : « a truth emphatically taught by political economy », « the status of an agricultural tenant-at-will is intrinsically vicious ».

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 223-224 :

Further experience, however, made them aware that village communities were of very various composition, and that they, no more than any other persons or bodies, were absolute proprietors. Their rights, like those of all others in a country in which custom for the most decides what is the law, were limited and hemmed in by the equally positive customary rights of the people. (...) They made it their business to ascertain, by oral and documentary evidence on the spot, not who was proprietor of the soil – a question idle and unmeaning in the country with which they had to deal – but who were all those who had any rights over it, and what those rights were (...) They endeavoured to give equal protection to all these rights.

*will*⁶²¹. Ceci, malgré l'Act X de 1859 (29 avril) donnant la possibilité aux paysans en mesure de prouver la continuité de leur possession d'une parcelle pendant un certain nombre d'années de se voir garantir la stabilité de leurs droits contre ceux du propriétaire. Mill y voit une « révolution non pas en faveur de la majorité du peuple, mais contre lui », défendue « au nom de la civilisation et de l'économie politique ».

Plus généralement, Mill adresse une critique, non pas seulement à l'absolutisation de la propriété en Inde, mais à un certain formalisme juridique qui négligerait la complexité des situations locales. S'inspirant directement de Maine, il note en effet que, malgré les intentions parfois honorables des administrateurs anglais, le simple fait d'accorder une protection *juridique* à certains droits (« *powers and rights* »), notamment ceux des communautés de village, a pu conduire à une pétrification d'institutions autrefois davantage flexibles⁶²². Mill cite ainsi les propos de Maine, selon lesquels l'influence de la gouvernance britannique aurait « transformé les communautés en des corporations fermées », grâce à des expédients juridiques, comme le simple fait de punir la violation de certains droits. Ainsi, l'élasticité et la capacité à s'agrandir des institutions indiennes est remise en cause par la domination britannique⁶²³, détruisant ainsi « l'équilibre existant des relations sociales »⁶²⁴. L'intérêt de Mill pour la critique que Maine fait de l'économie politique croise ici celui qu'il a pour la critique des effets du formalisme juridique⁶²⁵. Mill dénonce ainsi, grâce à Maine, le manque de flexibilité d'un système où des droits réels opposables *erga omnes* (c'est-à-dire n'impliquant pas d'obligations à part une stricte obéissance à la loi) et absolus sont mis en place sans prendre en compte leurs conséquences sur d'autres activités, et la façon dont ils impactent, directement ou indirectement, d'autres intérêts.

Derrière l'insistance de Mill sur la complexité des relations entre les différents intérêts individuels et collectifs se devine une certaine conception du social, que l'on retrouve dans l'expression « l'équilibre (...) des relations sociales ». Les différents intérêts que les individus possèdent s'articulent en effet les uns aux autres sur un mode différent de celui des droits réels. L'idée d'un *équilibre* des relations sociales paraît suggérer que plutôt que de posséder de tels droits, notamment absolus, les individus sont liés par des *obligations* les uns envers les autres.

⁶²¹ Selon le dictionnaire Merriam Webster : « a tenancy that is terminable at the will of the landlord or tenant provided that applicable statutory requirements for notice are met ». <https://www.merriam-webster.com/dictionary/tenancy#legalDictionary>.

⁶²² Mill, « Maine on Village Communities », *op. cit.*, p. 226. Mill renvoie à *Village-Communities*, p. 149-151.

⁶²³ *Ibid.*, p. 226. Mill cite *Village-Communities*, p. 166-168.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 227. Mill renvoie à *Village-Communities*, p. 151.

⁶²⁵ Mill recommande ainsi chaleureusement à son lecteur de lire la dernière leçon de Maine dans *Village-Communities*, celle concernant l'histoire des prix et des rentes foncières. Il renvoie ainsi à *Village-Communities*, p. 173-201.

Le rapport direct des individus aux choses semble médié par le rapport des individus entre eux, faisant pencher la pensée de Mill vers l'idée que les rapports de propriété sont uniquement composés de ce que l'on pourrait appeler abusivement des « droits » personnels dans le cas indien. Si le système juridique britannique mis en place a un effet destructeur, malgré ses volontés de préserver les coutumes locales, c'est donc simplement par l'exportation dans la société indienne de droits que les individus et les communautés auraient envers les choses, sans prise en compte préalable d'autres intérêts.

Encore une fois, Mill ne s'oppose donc en rien à ce que des individus puissent voir certains de leurs intérêts dans les choses protégés. C'est plutôt l'idée de droits absolus, c'est-à-dire *exclusifs*, opposables contre tous, qu'il condamne pour ses effets sociaux destructeurs. Cela ne signifie donc pas qu'il recommande que le collectif puisse avoir toute liberté d'interférer avec les droits individuels, ce qui serait surprenant de la part de l'auteur de *De la liberté*⁶²⁶. Au lieu d'une défense du collectivisme ou d'une forme d'étatisme qui donnerait à l'État un pouvoir suprême sur son « domaine éminent », la conséquence que l'on pourrait tirer de cette réflexion serait plutôt celle de la nécessité que les droits individuels de propriété ne soient jamais absolus, mais bien *limités*, limités par les intérêts avec lesquels ils pourraient interférer, et avec lesquels il faudrait les rendre compatibles.

5.4. L'œuvre de Mill à la lumière de sa comparaison avec Maine

5.4.1. L'argumentation générale de Mill dans les *Principles of Political Economy*

Ce sont principalement dans les *Principles of Political Economy* que les échos entre la pensée de Mill et celle de Maine sont les plus frappants. Il est possible de résumer les longues démonstrations que Mill propose dans les *Principles* au vu de leur objectif apparent : défendre la petite propriété agricole et sa capacité à être productive. Comme à l'accoutumée, les conclusions de Mill ne sont pas réellement tranchées. Il en vient à la conclusion qu'un mélange de petites et de grandes propriétés est nécessaire⁶²⁷. Il déplace ainsi les termes du débat vers les conditions institutionnelles dans lesquelles se trouvent ces formes complémentaires. De la même façon que la grande propriété terrienne peut être improductive si elle est gérée par un

⁶²⁶ J. S. Mill, *On Liberty*, John W. Parker and Son, Londres, 1859.

⁶²⁷ Mill, *Principles of Political Economy*, *op. cit.*, I, chap. 9, p. 152. Nous précisons les livres et chapitres auxquels nous renvoyons autant que possible, tout d'abord du fait de l'immensité des *Principles*, mais aussi à cause du fait que l'ouvrage est rarement publié dans son intégralité. Le lecteur pourra ainsi se référer plus facilement aux passages adéquats.

lord absent, la petite propriété l'est aussi dans les cas où les exploitants agricoles ne profitent d'aucune stabilité, et ce sur le très long terme.

Mill ne mène pas des raisonnements abstraits : il a en tête principalement la situation des paysans irlandais, constamment débattue pendant plusieurs décennies du XIX^e siècle. La position de Mill se détache sensiblement de celle de la plupart des économistes qui le précèdent. En effet, avant lui, la doctrine malthusienne de la population, à laquelle Mill est encore attaché, ainsi que la théorie classique de la distribution, étaient considérées comme les outils par excellence à même d'expliquer la situation en Irlande⁶²⁸. Aussi, la croissance démographique irlandaise ne pouvait qu'appauvrir l'Irlande selon ces théoriciens, la croissance du capital n'étant pas suffisante pour la compenser. La seule solution envisageable aurait alors été d'altérer le ratio population/capital, en réduisant l'un ou en augmentant l'autre. De fait, les contemporains de Mill et la génération qui le précède, incluant son père, James Mill, étaient alors partisans de ne pas intervenir en Irlande, pour laisser ce ratio se rééquilibrer naturellement. Si intervention il y avait, elle devrait alors seulement consister en une modernisation de l'agriculture, par la concentration du capital foncier, qui aurait eu pour effet de provoquer le déplacement de nombreux paysans désormais sans terre, ce qui réduirait la pression démographique dans les campagnes⁶²⁹. Surtout, l'idée d'appliquer à l'Irlande des *poor laws*, qui au XIX^e siècle anglais rassemblaient les plus pauvres dans des ateliers de travail, paraissait contreproductive aux plus malthusiens, car cela aurait conduit selon eux à une augmentation de la population. Mill fait partie des économistes qui, entre 1845 et 1870, proposent un nouvel élément de solution : l'introduction d'une classe de paysans propriétaires, l'amélioration des techniques agricoles et l'utilisation des terres non cultivées (*waste lands*)⁶³⁰.

Les nombreux exemples qu'il tire notamment de l'Inde sont alors autant d'arguments contre la fin en Irlande du système des paysans « *cottiers* », qui ne procure pas la stabilité nécessaire à une agriculture productive. Ces paysans non-propriétaires étaient en effet en compétition directe pour obtenir le droit d'exploiter des terres, un système d'enchères leur permettant de récupérer les droits d'usages et d'exploitation d'un précédent agriculteur en promettant de verser une rente supérieure à celle des autres. Pour Mill, ce système ne peut avoir comme conséquence qu'une augmentation déraisonnée des rentes foncières et une productivité faible, sachant que les paysans irlandais sont dans cette situation soumis à la bonne volonté des propriétaires terriens, qui peuvent mettre fin à leur bail à n'importe quel moment. Le cas irlandais

⁶²⁸ R. D. Collison Black, *op. cit.*, p. 27.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 33.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 35.

réunit donc les deux maux principaux qui accablent injustement la petite propriété terrienne : *l'instabilité* qui ne permet pas aux paysans de développer un « sens » suffisant de la propriété de leur terre et d'y investir comme ils le devraient d'une part, et la *pauvreté*, conséquence directe d'une mise en compétition dont les conditions sont à la défaveur des petits exploitants.

Mill va plaider pour la mise en place de droits pour les exploitants agricoles qui viendraient contrebalancer les titres des grands propriétaires, droits qui leur garantiraient l'usage de la terre qu'ils exploitent tant qu'ils rempliraient leurs obligations, notamment le versement de la rente due aux propriétaires. Mill s'inspire ici directement des droits octroyés en Inde aux *ryots* pour les protéger d'une éviction arbitraire décidée par les grands propriétaires terriens. Aux titres de propriété « légaux » des grands propriétaires, Mill va donc opposer des droits coutumiers. En effet, la coutume va jouer à un rôle essentiel dans la réflexion de Mill, et ce à deux niveaux. Tout d'abord, elle désigne des « droits » non reconnus officiellement par le système juridique, qui ne les sanctionne pas (« *enforcement* »), mais qui sont le produit d'un équilibre précaire des rapports de force, et qui offrent une certaine protection aux plus faibles. C'est précisément cet équilibre précaire que vient perturber l'idée de propriété individuelle, dans sa version exclusive et absolue, en consacrant seulement les intérêts des propriétaires possédant des titres, et sacrifiant des intérêts pourtant reconnus implicitement. Le parallèle avec les conclusions de Marx dans *La loi sur les vols de bois* sont alors saisissants⁶³¹. La coutume peut remplir ce rôle du fait de son opposition à un autre principe de régulation sociale : la concurrence⁶³². Mill développe ainsi une conception de la coutume comme principe alternatif de régulation des rapports sociaux, produisant sa forme propre d'équilibre des intérêts individuels. Dans ce cadre, la propriété n'apparaît plus comme un droit « sacré » (« *sacredness* »)⁶³³, mais plutôt comme un « principe », une « institution » définie strictement par son utilité⁶³⁴, et dont l'étendue comme droit varie précisément en fonction de ce critère. Si Mill ne défend pas le collectivisme, le collectif se voit toutefois confié la prérogative d'intervenir à l'encontre des droits établis de propriété au nom d'intérêts concurrents. Les éléments du « faisceau de droits » qu'est la propriété apparaissent alors manipulables par les autorités au nom de cette prérogative souveraine.

⁶³¹ K. Marx, *La loi sur les vols de bois*, *op. cit.*

⁶³² Mill, *Principles*, II, chap. IV, « Of competition and custom », p. 239.

⁶³³ *Ibid.*, p. 230.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 215.

5.4.2. Une définition utilitariste de la propriété

Dans la pensée de Mill, l'institution de la propriété ne vaut que par sa fin première : assurer la stabilité de la possession, condition requise pour que l'agriculture soit productive, car elle permet aux propriétaires terriens d'investir pour développer leurs terres. Ainsi, la propriété est « seulement le moyen d'une fin, et non pas une fin en elle-même ». La pertinence de protéger certains intérêts individuels, comme par exemple à travers l'institution de l'héritage, doit donc être mesurée en regard des « intérêts permanents de la race humaine »⁶³⁵. C'est pourquoi une explication qui justifierait la propriété seulement du point de vue moral, comme le propose Lynn Zastoupil, paraît insuffisante. Le point de vue de Mill, lorsqu'il parle de la propriété, se place au-dessus des seuls individus. Quoiqu'il en soit, ce n'est pas la notion de « droit » ou encore celle de titre qui permet à Mill de définir la propriété : elle est seulement une *institution* qui, au-delà de ses manifestations historiques particulières, incarne un « principe », ou une « idée ». En tant que *principe* qui transcende ses manifestations spécifiques, la propriété individuelle peut alors se voir limitée (« *bounded* »)⁶³⁶. Rappelons aussi la critique que Mill adresse à ses contemporains dans *England and Ireland* : « si nous sommes incapables de distinguer les qualités essentielles de la propriété foncière de ses accidents (...) il est de notre devoir de nous retirer d'un pays où une modification de la constitution de la propriété privée de la terre est une nécessité première de la vie sociale »⁶³⁷. Pour Mill, la propriété est en effet un principe dont certains attributs sont essentiels et d'autres accidentels. De fait, certains droits semblent y être nécessairement liés, comme la liberté contractuelle. En effet, si la propriété garantit le droit de disposer exclusivement de ce que l'on produit, elle implique nécessairement selon Mill la liberté

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 223-224, §4 :

Whether the power of bequest should itself be subject to limitation, is an ulterior question of great importance. Unlike inheritance ab intestato, bequest is one of the attributes of property: the ownership of a thing cannot be looked upon as complete without the power of bestowing it, at death or during life, at the owner's pleasure: and all the reasons, which recommend that private property should exist, recommend pro tanto this extension of it. But property is only a means to an end, not itself the end. Like all other proprietary rights, and even in a greater degree than most, the power of bequest may be so exercised as to conflict with the permanent interests of the human race. It does so, when, not content with bequeathing an estate to A, the testator prescribes that on A's death it shall pass to his eldest son, and to that son's son, and so on for ever.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 215 :

It is next to be considered, what is included in the idea of private property, and by what considerations the application of the principle should be bounded. (...) The institution of property, when limited to its essential elements, consists in the recognition, in each person, of a right to the exclusive disposal of what he or she have produced by their own exertions, or received either by gift or by fair agreement, without force or fraud, from those who produced it.

⁶³⁷ Mill, *England and Ireland*, *op. cit.*, p. 41-42. Nous traduisons.

d'acquérir et de ses délaier de biens par contrat⁶³⁸. Un tel droit à la possession des choses ne saurait être « complet » sans le droit de transmettre des biens à ses descendants, encore une fois avec en vue le fait de promouvoir une stabilité suivante pour que les individus désirent investir. La transmission de biens d'un individu à ses descendants par legs (« *bequest* ») semble ainsi être partie intégrante des « attributs de la propriété », à la condition cependant que ce principe n'en vienne pas à s'opposer à l'intérêt général, ce qui justifierait pleinement qu'on lui impose des limites. Ces restrictions ont pour fondement la nécessité de garantir à chacun, autant que possible, la possession stable des fruits de ses efforts, ou de ce qu'il a acquis en échangeant avec les autres. C'est pourquoi la définition que Mill propose de la propriété paraît parfois contradictoire :

Il suffit de voir une contrée où les paysans sont aussi propriétaires, pour toujours en conclure que ses habitants sont les plus industrieux du monde. Parmi les observateurs, peu ont des doutes quant au trait de la condition paysanne qui est lié à cet esprit d'industrie particulièrement prégnant. Il s'agit de la 'magie de la propriété' qui, dans les mots d'Arthur Young 'transforme le sable en or'. L'idée de la propriété n'implique néanmoins pas nécessairement que le paysan ne verse pas de rente, ou qu'il n'ait pas à payer d'impôts. Elle implique seulement que la rente soit fixe, qu'elle ne concerne pas les améliorations apportées par le paysan [*possessor*] ou qu'elle ne puisse être augmentée par la seule volonté du propriétaire. Un locataire qui paye une telle rente [*quit-rent*] est, dans les faits, un propriétaire [*proprietor*], et un fermier [*copyholder*] ne l'est pas moins qu'un propriétaire de plein-droits [*freeholder*]. Ce qu'existe l'idée de propriété, c'est la possession permanente, selon des conditions fixes.⁶³⁹

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 217 :

The right of property includes then, the freedom of acquiring by contract. The right of each to what he has produced, implies a right to what has been produced by others, if obtained by their free consent (...).

⁶³⁹ *Ibid.*, II, chap. VI « Of peasant proprietors », p. 279 (voir ci-dessous). Ce passage, extrêmement important, est aussi difficilement traduisible. Mill joue sur la polysémie du terme « *proprietor* », qui peut vouloir dire « propriétaire » mais peut aussi être un faux-ami, puisque le *proprietor* n'est pas, parce exemple dans le cas d'une boutique, le propriétaire des bâtiments, mais plutôt celui de la boutique. Ce *proprietor* a donc un propriétaire, auquel il peut verser un loyer. Nous avons aussi traduit « *possessor* » par « paysan » : il ne s'agit pas d'un propriétaire, mais ce n'est pas non plus un simple locataire, puisqu'il possède des droits spécifiques qui légitiment la continuité de sa possession d'une chose.

Those who have seen only one country of peasant properties, always think the inhabitants of that country the most industrious in the world. There is as little doubt among observers, with what feature in the condition of the peasantry this pre-eminent industry is connected. It is the "magic of property" which, in the words of Arthur Young, "turns sand into gold." The idea of property does not, however, necessarily imply that there should be no rent, any more than that there should be no taxes. It merely implies that the rent should be a fixed charge, not liable to be raised against the possessor by his own improvements, or by the will of a landlord. A tenant at a quit-rent is, to all

Il est étonnant de voir Mill expliquer que « l'idée de propriété » n'est pas nécessairement liée à celle d'un titre de propriété, et que l'on peut selon lui être propriétaire et à la fois locataire, car l'on payerait un loyer. De même, l'existence de taxes, quelles que soient leur niveau, ne remet pas en cause le droit de propriété ni n'est incompatible conceptuellement avec lui. Mill peut affirmer cela parce qu'il garde à l'esprit des arrangements coutumiers dans lesquels le versement d'une forme de rente ou d'impôt assure à l'exploitant un droit perpétuel à exploiter sa terre. Seule la fin de ce versement pourrait modifier sa situation. Ainsi, le critère important qui définit la propriété effective d'une chose est la stabilité de la possession. On comprend ici que, si Mill parle d'une « idée », c'est bien parce que la conceptualisation qu'il en propose a la valeur d'un critère normatif et ne prétend pas décrire factuellement l'institution de la propriété dans ses différentes manifestations spécifiques. Cette « idée » de propriété est ainsi téléologiquement orientée par une fin et un critère qui en dépasse les instanciations : la productivité. En cela, elle peut être distribuée entre différents acteurs sur un même territoire, en fonction de leurs intérêts, avec toujours pour objectif de maximiser la productivité.

C'est pourquoi les réflexions de Mill autour de l'opposition entre grande et petite propriété terrienne, afin de démontrer la productivité de la seconde, ont recours à des exemples où les paysans possèdent, si ce n'est un *titre* de propriété, du moins des droits qui leur garantissent la stabilité conditionnelle de leurs droits d'exploitation et de jouissance⁶⁴⁰. Ainsi, cette stabilité n'est pas nécessairement liée à la possession d'un titre de propriété, qui garantirait que les droits du propriétaire soient défendus. C'est la raison pour laquelle Mill s'intéresse particulièrement aux droits *coutumiers* d'exploitation et de jouissance qui viennent, notamment en Inde, protéger les paysans non-propriétaires de toute tentative d'expulsion, à condition qu'ils versent la rente due à leur propriétaire, leur conférant ainsi un « droit de possession permanente »⁶⁴¹. Parlant ainsi du métayer bénéficiant de droits de ce type, Mill affirme donc que, dans la mesure où il ne peut être expulsé, sauf en cas de violation majeure de son contrat, il a une incitation supérieure à exploiter sa propriété de manière productive. De même, là où le caractère permanent de cet arrangement est « garanti par la *coutume* », il « tisse des liens locaux » et « acquiert (...) le sentiment d'être un propriétaire [*proprietor*] »⁶⁴².

intents and purposes, a proprietor ; a copyholder is not less so than a freeholder. What is wanted is permanent possession on fixed terms.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, I, chap. IX, §4, p. 148 : « To understand the subject, it must be studied where the cultivator is the proprietor, or at least a *métayer* with a permanent tenure, where the labour he exerts to increase the produce and value of the land avails wholly, or at least partly, to his own benefit and that of his descendants ».

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 319 : Mill s'exprime ainsi à propos des *ryots* d'Inde.

⁶⁴² *Ibid.*, chap. 8, « Of Metayers », p. 299. Nous soulignons :

La coutume apparaît ainsi au cœur du raisonnement de Mill sur la propriété. Nous reviendrons sur ce sujet, mais il est déjà possible d'affirmer que Mill donne à la coutume la même capacité que le droit, assisté de sanctions, à donner corps à cette stabilité caractéristique de la propriété. Aussi, la définition *utilitariste* que Mill propose de la propriété n'implique donc pas nécessairement l'existence d'un « souverain » capable de faire respecter des titres de propriété légaux au moyen de sanctions. De même, la propriété, en tant que *principe normatif*, peut soutenir des droits co-existants, distribués entre propriétaires et exploitants non-propriétaires : elle ne se limite donc pas à garantir les droits des premiers, mais a plutôt pour fonction d'établir un équilibre entre des intérêts concurrents. Il s'agira alors de refuser aux propriétaires la possibilité d'expulser un exploitant de son domaine, à condition que celui-ci remplisse ses obligations. Mill s'engage ainsi clairement contre toute forme précaire de baux, où la volonté du propriétaire en titre primerait sans frein, comme dans la forme anglaise de la *tenancy-at-will*, qui est la cible de la plupart de ses attaques, et qu'il va opposer à la façon dont les Anglais en Inde ont pu, quoique tardivement, consacrer les droits des paysans non-propriétaires face à ceux des grands propriétaires terriens. L'Inde ne semble alors être qu'un prétexte pour permettre à Mill de proposer ses recommandations pour le Royaume-Uni, notamment sur la question irlandaise⁶⁴³. Dans la mesure où elle appartient à son « peuple », la terre d'Irlande doit être rendue productive pour lui. Cet impératif limite considérablement le droit des propriétaires terriens, notamment envers les exploitants qui louent leurs terres. Les premiers n'ont droit, « moralement et selon la justice, à rien d'autre qu'à leur rente ». Leurs « droits juridiques », que Mill oppose ici à une forme de droit moral (« *morality and justice* ») ne sont donc qu'une fraction de l'institution de la propriété telle qu'elle *doit* être établie⁶⁴⁴. La conclusion en est que les paysans précaires

If the metayer cannot be turned out except for some violation of his contract, he has a stronger motive to exertion than any tenant-farmer who has not a lease. (...) Where, too, the permanence of his tenure is guaranteed by custom, he acquires local attachments, and much of the feelings of a proprietor.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 327 : « The case of Ireland is similar in its requirements to that of India ».

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 326 :

The land of Ireland, the land of every country, belongs to the people of that country. The individuals called landowners have no right, in morality and justice, to anything but the rent, or compensation for its saleable value. With regard to the land itself, the paramount consideration is, by what mode of appropriation and of cultivation it can be made most useful to the collective body of its inhabitants. (...) There is no necessity for depriving the landlords of one farthing of the pecuniary value of their legal rights ; but justice requires that the actual cultivators should be enabled to become in Ireland what they will become in America – proprietors of the soil which they cultivate.

d'Irlande doivent obtenir des droits garantissant leur possession permanente de la terre qu'ils cultivent, comme les paysans indiens ont pu les obtenir⁶⁴⁵.

5.4.3. Un cadre historique et conceptuel similaire à celui de Maine

C'est lorsque Mill évoque la liberté testamentaire qu'une référence est faite, en note, à Maine. Sur ce point, les deux auteurs paraissent en effet se rejoindre de façon particulièrement frappante. Mill reconnaît que le caractère perpétuel de la propriété, qui se transmettrait ainsi de père en fils, est fréquemment considéré comme une partie essentielle du droit de propriété. Nous avons vu que Mill ne remet pas en cause le fait que l'idée de la propriété individuelle, en tant que critère normatif, implique qu'un individu puisse transmettre ses biens à un descendant. Toutefois, si l'individu doit pouvoir *léguer* ce qu'il désire à qui il souhaite, et notamment à ses descendants, lesdits descendants n'ont néanmoins pas de *droit* à hériter. La liberté testamentaire est donc détachée d'un droit à hériter, que Mill refuse de reconnaître comme légitime, au nom de considérations historiques qu'il développe longuement⁶⁴⁶. Pour Mill, nous devons l'impression que le droit à hériter est un droit absolument naturel à son « ancienneté » (« *antiquity* »), alors que l'idée d'une liberté testamentaire est inversement une création plus tardive. La méthode semble être ici la même que Maine, et on retrouve ici le ton de la recension que Mill fait de son travail, qui se propose de faire la généalogie critique d'idées qui paraissent naturelles aux modernes, mais sont en réalité le produit de l'histoire.

Mill conclut ses réflexions à ce sujet par un renvoi à Maine, en note, aux tons des plus élogieux : « voyez, pour des illustrations admirables de cette idée et des nombreux points qui y sont liés, le travail profond de M. Maine dans *Ancient Law and its relation to Modern Ideas* »⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 324.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 218-219 :

In early ages, the property of a deceased person passed to his children and nearest relatives by so natural and obvious an arrangement, that no other was likely to be even thought of in competition with it. (...) They were already, in a manner, joint owners of his property during his life. If the property was in land, it had generally been conferred by the State on a family rather than on an individual : if it consisted of cattle or moveable goods, it had probably been acquired, and was certainly protected and defended, by the united efforts of all members of the family who were of an age to work or fight. Exclusive individual property in the modern sense, scarcely entered into the ideas of the time ; and when the first magistrate of the association died, he really left nothing vacant but his own share in the division, which devolved on the member of the family who succeeded to his authority. (...) These considerations, though rather felt than reasoned about, had so great an influence on the minds of mankind, as to create the idea of an inherent right in the children to the possessions of their ancestor; a right which it was not competent to himself to defeat. Bequest, in a primitive state of society, was seldom recognised (...).

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 219. Nous traduisons.

En effet, les propos de Mill dans cette section des *Principles* sont ceux qui le rejoignent le plus le propos de Maine dans *Ancient Law* et *Village-Communities*. Si, aux origines des sociétés humaines, derrière lesquelles on devine les communautés de village, la propriété d'un individu était transmise de droit à ses descendants, c'est uniquement parce qu'il n'était pas lui-même titulaire d'un droit de « propriété individuelle exclusive », une création moderne. Il n'était que l'administrateur d'un fonds commun, sur lequel il disposait de prérogatives limitées, en tant que l'un des « co-propriétaires » (« *joint-owners* »). Dans le propos de Mill, il devient le « *magistrate of the association* ». Parmi les limites à ses prérogatives, on trouve notamment celle de disposer du fonds dont il était en charge, ce qui lui interdit notamment la liberté testamentaire. Plus proche encore de Maine, Mill ajoute que la propriété de la terre était « conférée » à des groupes familiaux par « l'État », un terme assurément à ne pas comprendre en son sens le plus moderne. Quant aux biens meubles et au bétail qui, chez Maine, sont originellement inaccessibles parce qu'essentiels à la survie du groupe, ils n'étaient pas non plus appropriés individuellement et ce pour des raisons similaires selon Mill. La propriété serait donc passée d'une forme d'organisation sociale avec pour objectif la survie d'un groupe, ne donnant aux individus que des prérogatives secondaires par rapport à cet objectif, à un droit accordé aux individus de disposer exclusivement de *leurs* biens. Les remarques finales de Mill à ce sujet, selon lesquelles le fait que la liberté testamentaire était « rarement reconnue » est en soi une preuve de ce processus, confirme que, comme Maine, Mill fait du rapport au *patrimoine* le lieu où les évolutions du droit de propriété sont les plus visibles et où elles ont les conséquences les plus importantes. Ces évolutions, Mill les décrit dans des termes qui pourraient être ceux de Maine : la propriété est progressivement rattachée aux « individus » aux mêmes, à mesure que les institutions sociales typiques de la « vie patriarcales » disparaissent, la famille élargie et le clan n'étant alors plus des formes sociales élémentaires. L'évolution de l'héritage est un corolaire de ces changements : c'est désormais à l'individu de prendre ses dispositions quant à la passation de ses biens. Si des obligations vis-à-vis de sa famille demeure, c'est uniquement vis-à-vis des membres les plus proches de sa famille, ses enfants notamment⁶⁴⁸. Mill semble donc adhérer pleinement au

⁶⁴⁸ Mill, *Principles of Political Economy*, *op. cit.*, p. 219 sq :

But the feudal family, the last historical form of patriarchal life, has long perished, and the unit of society is not now the family or clan, composed of all the reputed descendants of a common ancestor, but the individual; or at most a pair of individuals, with their unemancipated children. Property is now inherent in individuals, not in families (...) and in this country at least (except as far as entails or settlements are an obstacle) it is in the power of parents to disinherit even their children, and leave their fortune to strangers. More distant relatives are in general almost as completely detached from the family and its interests as if they were in no way connected with it.

portrait évolutionniste que Maine fait de l'histoire des relations sociales, et notamment des formes de propriété. Le fait que Mill fasse référence à ce dernier au moment de ses réflexions sur l'héritage prouve qu'il en a fait une lecture suffisamment précise pour percevoir qu'il s'agit de la clef d'interprétation de la pensée de Maine sur la propriété, comme nos développements sur l'idée de propriété comme faisceau de droits ont pu le montrer.

5.4.4. Contre la propriété privée exclusive

C'est donc avec ce cadre conceptuel et historique que Mill va poursuivre immédiatement sa réflexion sur les éléments déductibles de « l'idée de propriété », et va s'interroger sur la légitimité d'une application de l'idée de possession *exclusive* (« *exclusive ownership* ») à différents types de biens⁶⁴⁹. Mill rappelle tout d'abord le « principe » qui anime l'idée de propriété :

Le principe essentiel de la propriété étant de garantir à chacun la possession des fruits de son travail et de son épargne, il ne peut s'appliquer à ce qui n'est pas le produit d'un travail, les matières premières de la terre.

Le principe de la propriété a pour fonction d'assurer que les individus puissent conserver le fruit de leurs efforts. Ce principe ne saurait donc s'appliquer à la terre en tant que simple *sol*, qui préexiste à tout effort individuel, et qui ne pourrait donc pas appartenir à quelqu'un de manière exclusive. Aussi, dans le cas hypothétique où la terre produirait ses fruits elle-même et sans le recours de « l'industrie » (« *industry* »), ou s'il y avait un moyen de distinguer (« *discriminating* ») clairement entre les fruits naturels de la terre et ceux produits par des efforts humains, « laisser les dons de la nature être accaparés par les individus » relèverait de « la plus haute injustice »⁶⁵⁰. On peut concéder toutefois une certaine exclusivité temporaire aux individus, puisqu'il est nécessaire qu'une personne puisse récolter ce qu'elle a semé. Le principe de la propriété, celui d'assurer à chacun les fruits de ses efforts, permettrait donc dans un premier temps une forme d'appropriation *exclusive temporaire*. Toutefois :

En effet, l'usage de la terre pour la culture doit nécessairement être exclusif, du moins pour un temps. Il faut permettre à la même personne

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 226-227.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 227 :

The essential principle of property being to assure to all persons what they have produced by their labour and accumulated by their abstinence, this principle cannot apply to what is not the produce of labour, the raw material of the earth. If the land derived its productive power wholly from nature, and not at all from industry, or if there were any means of discriminating what is derived from each source, it not only would not be necessary, but it would be the height of injustice, to let the gift of nature be engrossed by individuals.

qui a labouré la terre et semé de faire la récolte. Néanmoins, la terre peut n'être occupée que pendant une saison, comme c'est le cas chez les anciens peuples germaniques, ou bien elle peut être redistribuée périodiquement à mesure que la population s'accroît, ou bien l'État peut être considéré comme le propriétaire universel et les cultivateurs ses locataires (...).⁶⁵¹

Les observations de Maine et de ses contemporains, par ailleurs cités par Mill dans sa recension de *Village-Community*, sur les formes mixtes de collectivisme, où l'appropriation individuelle était permise mais remise en cause par une redistribution régulière des terres, affleurent ici. L'exclusivité, au nom du principe selon lequel chacun doit pouvoir récolter ce qu'il sème, c'est-à-dire les fruits du travail qu'il *ajoute* à la terre, peut donc être accordée pour une « saison », la terre peut être redivisée périodiquement selon le contexte démographique ou « l'État » pourrait être considéré comme un « propriétaire universel », dont les cultivateurs seraient les simples locataires.

Ce n'est toutefois pas ce que recommande Mill, qui s'empresse de remettre en cause la compatibilité de ces arrangements avec la productivité de la terre, qui reste le critère principal de son évaluation des formes de propriété. En effet, bien que la terre elle-même ne soit pas produite par « l'industrie », la plupart des produits qui peuvent en être tirés le sont. Les différentes étapes qui permettent d'en retirer les fruits demandent des efforts considérables, qui ne peuvent être fournis pleinement et de façon réellement productive que si le cultivateur a la garantie de bénéficier des fruits de ses investissements. C'est pour cela que même un bail à long terme serait insuffisant, et qu'il est nécessaire qu'il bénéficie d'un droit de propriété permanent (*perpetual tenure*)⁶⁵². Comme nous l'avons vu, ce droit de propriété permanent (« *permanent tenure* ») n'est toutefois pas nécessairement le titre de propriété en lui-même, qui peut toujours appartenir à un véritable propriétaire, d'où le fait que Mill recoure régulièrement au mot de « *proprietor* ». Comme la recension que Mill fait de Maine tend à l'affirmer, il peut exister

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 227 :

The use of the land in agriculture must indeed, for the time being, be of necessity exclusive ; the same person who has ploughed and sown must be permitted to reap: but the land might be occupied for one season only, as among the ancient Germans ; or might be periodically redivided as population increased: or the State might be the universal landlord, and the cultivators tenants under it (...).

⁶⁵² *Ibid.*, p. 227 :

The fruits of this industry cannot be reaped in a short period. The labour and outlay are immediate, the benefit is spread over many years, perhaps over all future time. A holder will not incur this labour and outlay when strangers and not himself will be benefited by it. If he undertakes such improvements, he must have a sufficient period before him in which to profit by them: and he is in no way so sure of having always a sufficient period as when his tenure is perpetual.

différents *droits* de propriété qui se superposent sur une même terre et qui manifestent un équilibre entre des intérêts concurrents, rendus compatibles par l'intérêt *commun*, au nom du « principe » de la propriété et de l'exigence de productivité. Il n'y a donc pas, sur la même terre, un droit de propriété, mais des droits co-existants qui sont justifiés par la garantie conditionnelle de tels intérêts. D'où une distinction entre d'actuels droits *juridiques* et des droits *moraux* que le principe de propriété encadré par des impératifs collectifs, doit permettre de faire reconnaître.

Quelle est la relation entre le « principe de propriété », selon lequel chacun devrait avoir droit aux fruits de ses efforts, et l'impératif de productivité ? Le premier apparaît indéniablement soumis au second, et le droit moral des paysans non-propriétaires ne provient pas d'une simple forme d'appropriation lockéenne, où l'effort produit permettrait à la personne de l'agriculteur de se mélanger aux matériaux premiers fournis par la terre. Dans un tel cadre, en effet, la conclusion logique serait de conditionner la possession d'un titre de propriété à la seule exploitation effective de la terre, sans considération pour le degré de productivité de cette exploitation. Au contraire, le taux de productivité est un critère essentiel qui fonde la légitimité du processus de reconnaissance des droits des exploitants face à ceux des propriétaires légaux. Pour comprendre les réflexions de Mill à ce sujet, n'oublions pas qu'elles s'inscrivent dans une entreprise plus large, qui le conduit à comparer les régimes fonciers de différents pays, et qui a pour but de démontrer que la petite propriété terrienne peut, comme la grande propriété intensive, être productive. Mill défend, comme nous l'avons dit, l'idée que grande et petite propriétés sont aussi productives l'une que l'autre à leur échelle, pourvu que les conditions favorables soient réunies. Ainsi, bien que Mill présente son « principe » de la propriété comme un critère normatif indépendant, il ne faudrait pas perdre de vue que ce principe est secondaire dans la démonstration de Mill, dont l'argument principal est que garantir aux petits propriétaires les produits de leurs efforts est légitime parce qu'*efficace*. Une grande propriété terrienne, gérée de façon industrielle par un propriétaire déterminé à maximiser le potentiel productif de sa terre et qui aurait ici de simples salariés, serait aussi productive à son échelle, et donc légitime⁶⁵³.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 228-229 :

§ 6. These are the reasons which form the justification in an economical point of view, of property in land. It is seen, that they are only valid, in so far as the proprietor of land is its improver. Whenever, in any country, the proprietor, generally speaking, ceases to be the improver, political economy has nothing to say in defence of landed property, as there established. In no sound theory of private property was it ever contemplated that the proprietor of land should be merely a sinecurist quartered on it.

(...) In Great Britain, the landed proprietor is not unfrequently an improver. But it cannot be said that he is generally so. And in the majority of cases he grants the liberty of cultivation on such terms, as to prevent improvements from being made by any one else.

Avoir la productivité pour objectif implique néanmoins de prendre en compte le type d'activités concernées, leur finalité et leur échelle pertinente. Si la petite propriété comme la grande propriété peuvent être aussi « productives », cela ne saurait en effet pas être en termes de quantité, mais plutôt de deux façons : d'une part, le rapport entre investissements et produit final, que Mill ne considère pas comme nécessairement en faveur de la grande propriété, malgré ses économies d'échelle ; d'autre part, en fonction du type de produit recherché et de l'activité productrice qui y est donc liée. L'intérêt commun que Mill consacre comme critère principal n'est donc pas abstrait : il dépend strictement de l'activité et du type de biens dont on parle, et les intérêts individuels des exploitants et des propriétaires sont donc légitimes en fonction des paramètres évoqués ci-dessus. L'équilibre qui est atteint en accordant différents droits aux propriétaires et aux exploitants dépend donc de ces critères, et non pas simplement d'un principe « lockéen » de propriété, ou d'un impératif simplifié de productivité.

En définitive, Mill demeure bien utilitariste, et n'a en vue que l'intérêt commun comme critère d'évaluation des institutions foncières. S'il fait un *calcul* utilitariste, cela ne signifie toutefois pas qu'il faille simplement produire le plus de biens possibles, de façon à ce que l'ensemble de la communauté se trouve enrichie. S'il ne s'agissait que de cela, Mill pourrait par exemple défendre l'abolition simple des droits de propriétaires en faveur des petits exploitants, au nom de la simple productivité. Il ne le fait pas, dans la mesure où il prend en compte, dans son raisonnement utilitariste, les conséquences d'un tel bouleversement des structures sociales. Rappelons la recension que Mill fait du livre de Maine, et les conclusions qu'il en tire : il serait juste de suspendre *a minima* le processus d'individualisation de la propriété, et surtout son caractère exclusif. S'il reconnaît que le peuple aurait le droit de choisir de revenir en arrière, il ne le recommande pas clairement. En d'autres termes, ses observations et celles de Maine lui permettent seulement de remettre en cause le processus qui conduit à donner aux droits légaux de propriété sur la terre une interprétation absolutiste, valorisant l'exclusivité totale que le titre de propriété accorderait.

5.4.5. Propriété exclusive et externalités négatives

Il faudra donc prendre en compte les activités menées et les types de biens pour limiter cette prétention radicale à l'exclusivité, afin de déterminer quels sont les dommages créés par

(...) Landed property in England is thus very far from completely fulfilling the conditions which render its existence economically justifiable. But if insufficiently realized even in England, in Ireland those conditions are not complied with at all. With individual exceptions (some of them very honourable ones), the owners of Irish estates do nothing for the land but drain it of its produce.

l'appropriation exclusive des choses. Les réflexions de Mill à ce propos sont à la fois proches et lointaines de celles de *De la liberté* et de son fameux principe de non-nuisance. Cela peut s'expliquer, outre par les évolutions personnelles de Mill, par le fait que *De la liberté* et les *Principles* ont des objets radicalement différents. La formulation du principe de non-nuisance dans *De la liberté* permet de poser une limite aux interventions paternalistes qu'un État pourrait mener, par le moyen de la législation, sur les vies individuelles, leur imposant un type de conduite⁶⁵⁴. C'est pourquoi le principe de non-nuisance peut y prendre une forme extrêmement minimale : l'État ne saurait empêcher les individus de se faire du mal à eux-mêmes, et ne peut intervenir que pour empêcher les individus de causer aux autres des dommages. On a pu débattre longuement des limites de ce principe de non-nuisance, qui accepte *a priori* autant des définitions maximalistes que minimalistes. Une interprétation libertarienne du principe de non-nuisance pourrait en effet considérer qu'il n'est pas du ressort de l'État d'intervenir quand des individus causent des dommages indirects aux autres. Il ne s'agit pas là de conséquences involontaires d'une action, que la justice punit fréquemment par ailleurs, faisant toutefois une distinction avec les dommages causés volontairement, avec conscience et intention de nuire, mais bien plutôt de dommages diffus, que l'on peut qualifier d'*externalités*⁶⁵⁵. Ces dommages sont diffus en ce qu'ils ne sont pas seulement involontaires ou non-intentionnels : ils n'ont lieu qu'indirectement, lorsque les actions d'un individu rencontrent un certain état du monde et les actions d'autres personnes, et ce à l'extérieur de relations contractuelles parfaitement légales voire justes si elles sont considérées seulement en elles-mêmes. Nous reviendrons ultérieurement sur cette application morale et politique du concept d'externalités, qui nous permet ici toutefois d'interpréter le propos de Mill dans les *Principles*. La critique de Mill concernant l'exclusivité de la propriété individuelle se concentre sur de tels dommages collatéraux et non sur des dommages simplement involontaires, sur ce dont elle prive les autres d'une façon qui ne serait pas justifiée, malgré sa légitimité juridique. Reconnaître des droits aux exploitants en sus de ceux du propriétaire permet de trouver un équilibre entre des intérêts, ce qui veut dire, dans ce cadre, parvenir à éviter que les individus ne s'infligent des dommages les uns aux autres, se permettant ainsi de mener des activités non-concurrentes de façon productive.

Cette perspective est particulièrement explicite lorsque Mill distingue les biens meubles et les biens immeubles, et développe un propos particulièrement contextuel :

⁶⁵⁴ Voir les chapitres 1 et 2 de *On Liberty*, *op. cit.*

⁶⁵⁵ Voir, à ce sujet, Stéphane Chauvier, *Éthique sans visage. Le problème des effets externes de l'action*, Vrin, Paris, 2013.

Il me semble presque évident qu'il faille donner une interprétation strictement limitée à l'idée de propriété foncière et que, dans tous les cas où le doute subsisterait, il faudrait que la balance penche du côté opposé à celui du propriétaire. En ce qui concerne les biens meubles, c'est l'inverse, ainsi que pour tout ce qui est le produit du travail : sur ceux-là, les droits d'usage et d'exclusion du propriétaire devraient être absolus, à moins que des dommages évidents n'en résultent pour les autres. Néanmoins, dans le cas de la terre, aucun droit d'exclusion ne doit être accordé à un individu, à moins qu'il ne soit montré qu'il produit un bienfait évident. (...)

Par exemple, l'exclusivité des droits pour tout ce qui concerne la culture de la terre n'implique pas l'exclusivité des droits d'accès, et aucun droit de ce type ne devrait être reconnu, au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger les produits de l'agriculture de tout dommage, et le propriétaire de toute violation de son espace privé.⁶⁵⁶

La « propriété de la terre » semble faire l'objet d'une objection majeure : à son propos, la pesée des arguments pour ou contre (« *the balance* ») dans les cas incertains devrait systématiquement conduire à trancher, en cas de doute (« *in all cases of doubt* »), contre le possesseur du titre de propriété. La raison en est simple : toute appropriation exclusive doit apparaître comme clairement légitime, tant l'appropriation de terres peut causer de dommages indirects aux membres de communauté du propriétaire. Ce n'est pas le cas pour les produits des biens meubles et de tous les produits du travail, sur lesquels tout producteur et possesseur doit se voir garantis des droits « absolus » d'usage et d'exclusion, avec une seule exception : le cas où ces droits occasionneraient des « dommages évidents » (« *positive evils to others* ») aux autres⁶⁵⁷, ce qui

⁶⁵⁶ Mill, *Principles of Political Economy*, *op. cit.* p. 231-232 :

To me it seems almost an axiom that property in land should be interpreted strictly, and that the balance in all cases of doubt should incline against the proprietor. The reverse is the case with property in moveables, and in all things the product of labour: over these, the owner's power both of use and of exclusion should be absolute, except where positive evil to others would result from it: but in the case of land, no exclusive right should be permitted in any individual, which cannot be shown to be productive of positive good. To be allowed any exclusive right at all, over a portion of the common inheritance, while there are others who have no portion, is already a privilege. No quantity of moveable goods which a person can acquire by his labour, prevents others from acquiring the like by the same means; but from the very nature of the case, whoever owns land, keeps others out of the enjoyment of it. The privilege, or monopoly, is only defensible as a necessary evil; it becomes an injustice when carried to any point to which the compensating good does not follow it.

For instance, the exclusive right to the land for purposes of cultivation does not imply an exclusive right to it for purposes of access; and no such right ought to be recognised, except to the extent necessary to protect the produce against damage, and the owner's privacy against invasion.

⁶⁵⁷ Nous choisissons de traduire « positive » par direct. Cette traduction n'est pas évidente, bien qu'elle soit tout à fait possible, le terme « positive » étant en effet particulièrement polysémique et se traduisant par de nombreux mots différents en français. Nous avons fait ce choix par cohérence avec notre propre interprétation de la pensée

montre que cette question des dommages est centrale dans le raisonnement pratique de Mill, et qu'il fait une distinction entre des dommages qui seraient directs et évidents, et des dommages potentiellement moins clairs. C'est très certainement parce que la propriété de la terre entraîne de tels dommages diffus, notamment lorsque l'idée d'exclusion y est jointe, qu'elle ne saurait être permise, et toujours dans des limites strictes, que lorsqu'il est établi qu'elle produit un « bienfait évident ». La charge de la preuve est par principe du côté du propriétaire terrien, car il est inhérent aux droits à la terre de produire des effets négatifs sur les autres membres de la communauté, voire sur la communauté dans son ensemble. Mill prend alors l'exemple de deux ducs des Highlands irlandais, qui auraient invoqué leurs droits de propriété pour enclore de nombreux hectares de terres, non pas pour les cultiver, mais pour empêcher toute interférence avec le gibier qu'elles abritent. Il s'agit indiscutablement pour Mill d'un « abus », qui dépasse les « limites légitimes » du droit de propriété à la terre. Dans ce cas précis, il est évident que la preuve n'est pas faite que la communauté bénéficie de la mise en place de cette zone d'exclusion. Mill évoque même une version minimale de cette preuve : celle que l'établissement de telles barrières ne cause pas de mal, si elle ne produit aucun bien⁶⁵⁸. Mill résume ses réflexions sur le sujet en une forme radicale :

(...) en ce qui concerne la terre, dans tout ce [que le propriétaire] en fait, et dans tout ce qu'il s'abstient d'en faire, il est moralement obligé et devrait, à chaque fois que le cas le permet, être légalement contraint, de rendre son intérêt et sa jouissance compatible avec le bien public.⁶⁵⁹

On notera que Maine propose une réflexion similaire sur la distinction entre les biens meubles et les biens immeubles dans *Ancient Law*, à propos desquels il discute des différents

de Mill. « Indiscutable » aurait pu aussi être envisagé, pour accentuer le contraste avec les cas douteux que Mill évoque concernant la propriété terrienne.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 232 :

The pretension of two Dukes to shut up a part of the Highlands, and exclude the rest of mankind from many square miles of mountain scenery to prevent disturbance to wild animals, is an abuse ; it exceeds the legitimate bounds of the right of landed property. When land is not intended to be cultivated, no good reason can in general be given for its being private property at all; and if any one is permitted to call it his, he ought to know that he holds it by sufferance of the community, and on an implied condition that his ownership, since it cannot possibly do them any good, at least shall not deprive them of any, which they could have derived from the land if it had been unappropriated.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 232 :

(...) with regard to the land, in everything which he does with it, and in everything which he abstains from doing, he is morally bound, and should whenever the case admits be legally compelled, to make his interest and pleasure consistent with the public good.

degrés d'appropriation dont ils peuvent faire l'objet, selon les besoins de leur communauté⁶⁶⁰. La méthode semble ici être la même : les catégories de biens ne subissent pas les mêmes restrictions, selon qu'il s'agit ou non de ressources nécessaires à la communauté. Or, l'accès à la terre et à ses fruits peuvent être pour Mill considérés comme si nécessaires que tout droit absolu d'exclusion semble impossible à envisager. Cela explique l'inégalité de traitement entre les biens meubles et les biens immeubles, mais pas uniquement. Là encore, l'exclusivité est jugée au regard des dommages et des bienfaits qu'elle causerait. Certes, Mill considère que l'intérêt collectif doit être pris en cause, mais cet intérêt se manifeste avant tout par les intérêts individuels qui pourraient subir ces dommages. Il semble alors poser un critère de justice distributive qui donne aux autres un droit à l'accès aux ressources qui vient contredire les ambitions exclusives potentielles d'un propriétaire. Il ne s'agit donc pas d'un calcul purement utilitariste qui viendrait compenser le fait que certains ne disposent d'aucune ressource avec le fait que le plus grand nombre pourrait en disposer : il faut avant tout qu'un accès minimal de chacun aux ressources puisse être garanti, ce qui rend impossible d'appliquer un strict critère de productivité qui ne jugerait finalement de la justice d'une répartition des ressources que du point de vue de la quantité ou de celui du contentement d'une partie de la population. La conclusion pourrait être qu'une production moins importante mais mieux répartie serait préférable à une production abondante qui laisserait certains membres de la communauté sans ressources.

Par conséquent, l'exclusivité de la propriété touchant à la terre ne saurait se justifier qu'à la condition qu'elle « produise un bien certain ». Parce que c'est un « privilège » qui est donné au propriétaire sur ce qui est autrement « l'héritage commun » des hommes, l'exclusivité de la propriété doit passer ce que l'on pourrait anachroniquement considérer comme un test de justice semblable au principe de différence de John Rawls⁶⁶¹ : une appropriation exclusive n'est acceptable que si elle produit une amélioration pour tous. C'est en cela qu'elle ne peut être qu'un « mal nécessaire ». Sans compensation (« *compensating good* ») comme le fait que l'appropriation exclusive multiplie le nombre de biens disponibles pour tous, cette dernière n'est pas légitime. Cela renforce l'impression que Mill pose ici un critère minimal de justice distributive, même s'il semble hésiter, en affirmant qu'il faudrait au moins qu'elle n'ait pas pour conséquence de priver les autres de ressources, à défaut d'une compensation. Mill paraît ici appliquer un principe semblable à celui de Pareto : les situations acceptables sont soit celles qui augmentent les gains de tous les acteurs, soit celles qui augmentent les gains des uns sans faire diminuer ceux des autres. Pendant ce temps, l'exclusivité absolue est totalement légitime en ce qui

⁶⁶⁰ *Ancient Law, op. cit.*, p. 274.

⁶⁶¹ Voir J. Rawls, *Théorie de la Justice, op. cit.*

concerne les biens meubles, car Mill estime, peut-être d'ailleurs à tort, que l'accès et la jouissance exclusifs à ce type de biens par un individu ne conduit jamais à en priver les autres. Dans des termes encore une fois anachroniques, on dira que la terre est un bien par essence *rival*, car se l'approprier conduit à en priver les autres, alors que l'appropriation et la jouissance exclusives d'un bien meuble sont *non-rivales*, c'est-à-dire qu'elle n'empêche pas les autres de se procurer des biens identiques et d'en être aussi propriétaires. On notera que ce second point n'est probablement juste qu'à condition que la terre ne fasse pas l'objet d'une appropriation privative exclusive, ou bien que son exploitation permette de mettre des ressources à la portée de tous.

C'est donc bien la privation de l'accès, en ce qu'elle cause des dommages indirects et non-intentionnels quand elle concerne la terre, qui sert de critère à Mill ici. L'État doit donc garantir que de tels dommages indirects de l'institution de la propriété n'aient pas lieu, car ils portent atteinte à l'intérêt même des individus, considérés en tant que tels, et non comme le terme d'une somme utilitariste. L'idée même d'exclusivité s'en trouve décomposée : le droit exclusif de cultiver la terre est absolument justifiable du point de vue de la productivité et fonde d'ailleurs le plaidoyer de Mill pour la reconnaissance de droits de propriété aux exploitants. Toutefois, ce droit ne saurait justifier que l'accès soit refusé à la terre à ceux qui viendraient mener d'autres activités. Les situations de ce type constituent donc des « abus » (« *abuses* ») du droit de propriété. Si l'État doit garantir l'intérêt commun, il ne le fait qu'à travers la garantie qu'il apporte à ces intérêts individuels, qui s'incarnent dans ces activités qui doivent pouvoir avoir lieu librement tant qu'elles ne s'empêchent pas l'une l'autre et qu'elles ne provoquent pas des dommages directs ou indirects sur des tierces-parties qui ont aussi un droit à disposer des ressources de la terre, mais pas nécessairement un droit à être propriétaire. Il ne s'agit donc pas de remettre en cause les droits de propriétaires au nom d'un principe « lockéen » d'appropriation de la terre par l'effort, mais plutôt d'affirmer que toute activité ne peut avoir lieu librement qu'à la condition qu'elle produise un bienfait ou bien ne produise pas de dommages à l'encontre des autres membres de la communauté.

5.4.6. La responsabilité des propriétaires

Mill en est ainsi conduit à affirmer qu'une responsabilisation des propriétaires vis-à-vis du collectif est nécessaire. Quel est le degré d'exigence de cette responsabilité vis-à-vis du collectif ? Le passage suivant pourrait conduire à penser, sans être mis en contexte ni en prenant compte ce qui a déjà été dit, que Mill applique, sans la nommer, une certaine idée de la propriété

comme « faisceau de droits », qui permettrait de légitimer toute interférence de la communauté au nom d'un bien commun qui pourrait écraser les intérêts individuels :

Même les plus fervents défenseurs de la propriété de la terre et de ses droits sentent qu'elle diffère des autres formes de propriété. Là où l'immense majorité s'en est vue privée, et où elle est devenue le bien exclusif d'une petite minorité, les hommes ont tenté de la réconcilier, au moins en théorie, avec leur sens de la justice, en s'efforçant d'y adjoindre des devoirs, et d'en faire une sorte de charge publique [*magistracy*], morale ou légale. Néanmoins, si l'État est libre de traiter ceux qui possèdent la terre comme des fonctionnaires, alors il n'y a qu'un pas à faire pour dire qu'il est libre de les limoger. *Le droit des propriétaires à la terre est entièrement soumis à la politique générale de l'État.*⁶⁶²

Il serait possible de se limiter à la conclusion de ce passage, selon laquelle la « politique générale de l'État » prévaut systématiquement sur tout droit (« *claim* ») des propriétaires. Toutefois, Mill y esquisse davantage l'idée d'une responsabilité spécifique qui naît de l'appropriation exclusive de la terre par un petit nombre d'individus. Les droits de ces individus sont donc considérés comme légitimes, mais dans certaines limites, créées par une situation de raréfaction de la terre. Rappelons d'ailleurs que les *Principles* de Mill ont des accents particulièrement malthusiens, et que de nombreuses questions y sont analysées sous cet angle, comme lorsque Mill affirme que si chacun a le droit à la vie et à une existence digne et peut l'exiger de la communauté, il ne saurait toutefois y avoir de droit à enfanter dans un monde où la question de l'accès des ressources se pose face à la pression démographique. Dans de telles circonstances, il serait donc légitime de ne pas laisser les individus libres de faire autant d'enfants qu'ils le souhaitent. Le droit d'enfanter et le droit de posséder la terre de façon exclusive subissent finalement le même traitement : ils ne doivent être limités qu'à cause des externalités qu'ils créent. Les parallèles avec la pensée de Garret Hardin sont particulièrement saisissants, comme nous le montrerons ultérieurement.

Une responsabilisation supplémentaire des parents et des propriétaires est donc nécessaire. Mill la perçoit déjà dans le fait que, pour compenser l'apparente injustice de

⁶⁶² Mill, *Principles of Political Economy, op. cit.*, p. 230. Nous soulignons :

Landed property is felt, even by those most tenacious of its rights, to be a different thing from other property ; and where the bulk of the community have been disinherited of their share of it, and it has become the exclusive attribute of a small minority, men have generally tried to reconcile it, at least in theory, to their sense of justice, by endeavouring to attach duties to it, and erecting it into a sort of magistracy, either moral or legal. But if the state is at liberty to treat the possessors of land as public functionaries, it is only going one step further to say, that it is at liberty to discard them. *The claim of the landowners to the land is altogether subordinate to the general policy of the state.*

l'appropriation de la terre par un petit nombre d'individus, on a pu ajouter une dimension morale à la figure du propriétaire, dont le droit de propriété exclusif serait légitime parce qu'il lui permettrait de se consacrer à l'amélioration de sa terre. Cet argument, que Mill paraît ici présenter comme une forme d'idéologie justificatrice plutôt qu'une réalité accomplie, est bien présent lors des discussions sur les enclosures auxquelles Mill participe. Mill propose en quelque sorte de retourner l'argument contre les propriétaires eux-mêmes, et d'insister sur l'importance des devoirs moraux et légaux que les propriétaires devraient avoir envers leur communauté. S'ils sont comme des « fonctionnaires », les propriétaires devraient alors pouvoir être à la disposition de l'État, qui pourrait ainsi les « limoger » (« *discard them* ») en fonction de ses propres impératifs. Il nous semble ici clair que le propos de Mill est délibérément excessif, notamment compte tenu des nuances qu'il y apporte quelques lignes plus bas. Avant d'aborder ces nuances, notons que Mill utilise ici le terme « *magistracy* », que nous avons traduit par « charge publique ». En plein cœur de ses réflexions les plus proches de Maine, Mill désignait le propriétaire « ancien », avant que n'émerge l'idée de propriété individuelle et exclusive comme « *magistrate of the association* »⁶⁶³, idée que nous rapprocherons de celle de Maine, selon lequel le propriétaire n'est, à l'origine, que le gestionnaire d'un fonds qui appartient à une communauté. Nous proposons donc d'interpréter ce passage à la lumière de ce parallèle, sans pour autant établir de relation directe en Maine et Mill. Il s'agit d'une véritable hypothèse, car ce passage ne fait pas explicitement référence à Maine, et que nous avons noté que le développement de la pensée de Mill semble être relativement autonome de celle de Maine. Toutefois, non seulement le vocabulaire est similaire, mais il ne s'agit que de quelques pages plus bas après la référence explicite à Maine que nous avons étudiée ci-dessus.

Néanmoins, une autre interprétation de ce passage, plus classique, pourrait être faite. Lorsque Mill affirme que « l'immense majorité [s'est vue] privée » de sa part d'un héritage commun (« *the bulk of the community have been disinherited of their share of it* »), il serait possible d'y retrouver le trope d'une propriété originellement commune de la terre, en tant que don de Dieu à la race humaine, notamment dans sa version négative. L'argument pourrait alors être le suivant : dans la mesure où la terre a été léguée aux hommes dans leur ensemble, l'appropriation exclusive par un petit nombre d'entre eux doit être justifiée par les bienfaits qu'en retirent ceux qui en sont exclus. De plus, ce fait fonderait la prétention de la communauté à exercer ses prérogatives et à contrôler l'usage qui est fait de leur titre de propriété par les propriétaires. Cette interprétation est cohérente avec l'utilisation de « *common inheritance* »

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 218.

quelques lignes plus haut, qui pourrait renvoyer à cette idée. Dans la mesure où son propos prend parfois des accents lockéens, on pourrait affirmer au contraire qu'il fait référence à un ensemble d'idées cohérent et qui est connu de tous à son époque. En effet, Mill mentionne bien le fait que la terre soit « l'héritage originel de l'espèce tout entière » pour remettre en cause l'idée d'une quelconque « sacralité de la propriété »⁶⁶⁴. Toutefois, comme nous avons aussi pu le voir, Mill n'est pas réellement lockéen : son idée que l'effort justifie l'appropriation exclusive est en réalité conditionnée à l'impératif de la productivité et à la prise en compte d'intérêts concurrents. L'élément purement « métaphysique » de la pensée lockéenne de l'appropriation est manquant dans ce cadre utilitariste. Si Mill a recours l'idée que la terre appartient originellement à tous, il le fait dans des termes relativement vagues, qui paraissent faire appel davantage à un lieu commun qu'à un argument spécifique. Tout du moins, Mill ne bâtit pas son argumentation sur ce principe. Il nous paraît donc au moins plausible de proposer une interprétation alternative de ce passage, grâce aux parallèles avec la pensée de Maine et au fait que le cadre historicisant et évolutionniste posé lors des réflexions sur le droit d'hériter semble crucial pour Mill.

En resituant cet extrait dans ce cadre, on peut en effet y lire l'idée selon laquelle, une fois que la propriété s'est progressivement individualisée et que les ressources ne sont plus un fonds commun soumis au contrôle d'une communauté, il a été nécessaire de réconcilier l'appropriation exclusive par certains individus avec un principe de justice, donnant un rôle moral et politique au propriétaire. Mill paraît se moquer, comme nous l'avons noté plus haut, d'une justification qu'il semble trouver quelque peu hypocrite. Il la prend toutefois au mot, en faisant appel à l'idée que toute appropriation individuelle, si elle est permise, est soumise à certains impératifs de la communauté, dont tous les membres ont un intérêt et un droit à ce que les ressources disponibles soient utilisées le plus efficacement possible, produisant des bénéfices pour tous.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 230 :

When the 'sacredness of property' is talked of, it should always be remembered, that any such sacredness does not belong in the same degree to landed property. No man made the land. It is the original inheritance of the whole species. Its appropriation is wholly a question of general expediency. When private property in land is not expedient, it is unjust. It is no hardship to any one, to be excluded from what others have produced: they were not bound to produce it for his use, and he loses nothing by not sharing in what otherwise would not have existed at all. But it is some hardship to be born into the world and to find all nature's gifts previously engrossed, and no place left for the new-comer. To reconcile people to this, after they have once admitted into their minds the idea that any moral rights belong to them as human beings, it will always be necessary to convince them that the exclusive appropriation is good for mankind on the whole, themselves included. But this is what no sane human being could be persuaded of, if the relation between the landowner and the cultivator were the same everywhere as it has been in Ireland.

La forme la plus moderne de l'appropriation individuelle, qui s'est libérée de la plupart de ses freins originels, reste donc limitée par la condition que les autres membres de la communauté puissent y trouver un gain. Seule la forme la plus radicale de l'appropriation individuelle, le droit absolu et exclusif de propriété, est incompatible avec cette condition. Il est peu probable que Maine serait d'accord avec cette conclusion, étant donné son attachement à la propriété individuelle. On trouve toutefois, dans ces réflexions, un écho des conclusions que la conceptualisation de la propriété comme « faisceau de droits » permet à Maine de tirer. Pour ce dernier, l'idée de « faisceau de droits » n'implique en rien que les éléments du faisceau sont détachables et recomposables à l'envi. Au contraire, comme nous l'avons montré, les éléments du faisceau sont extrêmement solidaires, et le fait d'être titulaire de tels droits signifie en réalité accepter un tissu extrêmement serré d'obligations vis-à-vis d'une communauté. Mill paraît ainsi faire peser le poids de telles responsabilités sur les épaules du propriétaire terrien moderne, par l'insistance sur les devoirs qu'il aurait envers la communauté. Si cela n'a pas pour conséquence que certains droits du « faisceau » puissent être enlevés selon la volonté arbitraire de l'État, il est indéniable que cela permet à Mill d'affirmer que les prérogatives de l'autorité surpassent celles des propriétaires en titre.

Poursuivant sur le thème des limites à apporter aux droits des propriétaires, au nom du fait qu'ils ne sont que des « fonctionnaires » pour l'État, Mill paraît défendre une remise en cause totale du droit individuel de propriété, au nom d'un droit du collectif d'intervenir et de limiter les droits individuels, voire d'utiliser un droit souverain de préemption. Le droit du propriétaire victime d'éviction est un simple droit à des compensations, un droit toutefois « irrévocable » (« *indefeasible* »). Cet interventionnisme est toutefois limité par la considération du bien commun et du principe que la propriété doit réaliser, mais pas uniquement. Mill demeure utilitariste par le scepticisme qu'il exprime concernant l'application rigoureuse de ce principe, car il est conscient qu'il y a un *coût* social à prendre en compte dans cette action, qui pourrait être plus important que les bénéfices. Il ne s'agit pas de retirer à tous les propriétaires terriens non-résidents leurs droits de propriété, mais uniquement, l'image de ce qui a eu lieu en Inde, de garantir les intérêts des agriculteurs non-propriétaires lorsqu'ils sont légitimes. Mill accorde donc un poids important, dans son calcul utilitariste, à la remise en cause des droits de propriété existants, poids qui vient rééquilibrer celui que le « principe » de la propriété incarne. L'État pourrait aussi exercer son droit de préemption dans certaines limites : par exemple pour pratiquer les expropriations nécessaires à la construction d'infrastructures, routes ou chemins de fers, dont le bénéfice pour le collectif serait évident.

Mill précise néanmoins qu'il ne saurait jamais être « nécessaire, afin de réaliser un objectif qui représenterait un gain pour la communauté dans son ensemble, de sacrifier une partie spécifique de la communauté ». Il n'y a rien d'indéfini dans ce qui fonde ce droit de préemption : la nécessité collective de gérer au mieux les ressources que la terre peut fournir à la communauté. Ce « mieux », comme nous l'avons vu, n'est pas seulement un critère quantitatif, il s'agit aussi d'un principe de justice, puisqu'il faut garantir l'accès de tous les individus aux ressources dans une certaine mesure. Malgré sa remise en cause d'un droit de propriété *absolu* ou sacré à la terre, et sa défense d'un droit du collectif qui primerait sur celui du propriétaire, Mill ne parvient donc pas à la conclusion que les droits individuels de propriété peuvent être réarrangés et décomposés à l'envi, selon la volonté du législateur, au nom d'intérêts collectifs mal définis. Le calcul utilitariste impose de prendre en compte l'ensemble des intérêts en présence et des conséquences de la remise en cause d'un seul titre de propriété. Bien que Mill ne parte pas donc d'un droit absolu de propriété pour en déterminer les exceptions possibles, comme cela peut être le cas dans le Code Civil français ou la Constitution des États-Unis⁶⁶⁵, la complexité de son raisonnement et les limites qu'il apporte aux droits de la communauté à l'encontre des intérêts individuels conduit à des conclusions similaires sur l'extension des prérogatives étatiques⁶⁶⁶.

5.4.7. Quelques conclusions sur la propriété

Même si Mill n'utilise ni ne développe pas explicitement le concept de propriété comme « faisceau de droits », une attention particulière aux ambiguïtés de son texte, lu avec les idées de Maine en tête, permet de tirer de son œuvre l'idée suivante : celui qui s'approprie des ressources n'est pas responsable devant communauté abstraite qui aurait alors tout contrôle sur les droits qu'elle accorde à ses membres, comme certains détracteurs de l'idée de « faisceau de droits » le laissent entendre, parfois à raison. Cette responsabilité n'implique en effet pas un démembrement de la propriété, démembrement qui serait au service de la volonté arbitraire du pouvoir. Si l'individu s'appropriant des choses de ce monde est responsable, c'est avant tout envers les autres, dont les intérêts, liés directement à leur accès aux ressources, méritent aussi d'être pris en compte. L'individu est donc responsable, non pas seulement des maux qu'il cause aux autres, mais aussi des effets externes de son action, et en premier lieu de l'action de s'approprier de façon exclusive des biens qui pourraient profiter à d'autres.

⁶⁶⁵ Voir l'article 544 du Code Civil, qui définit la propriété comme absolue *mais* limitée par les lois, ainsi que le cinquième amendement de la Constitution américaine.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 230-231.

Aussi, la séparation conceptuelle des différents droits qui constitueraient le « faisceau » ne permet pas de composer à l'envi une sélection de droits comme l'on composerait un bouquet de fleurs. Si ce concept est sous-jacent chez Mill, il permet deux choses qui sont incompatibles avec cette idée. Tout d'abord, il permet de décrire un équilibre double, équilibre entre les intérêts collectifs et les intérêts individuels, et entre les intérêts individuels entre eux, intérêts qui sont irréductibles, mais qui doivent trouver une limite dans les dommages que les individus se causent les uns aux autres. C'est dans ce cadre restreint que s'inscrivent les prérogatives de l'État, qui est seulement responsable de la prise en compte des dommages que les individus peuvent s'infliger les uns aux autres, d'où son rôle limité en Irlande comme en Inde : trouver un équilibre entre les différents intérêts en jeu autour de la possession de la terre. Ensuite, cette conceptualisation de la propriété ancre ces relations interindividuelles dans un territoire donné, non de façon strictement déterministe, mais bien de manière à conditionner la mise au point de relations justes de propriété à la prise en compte des contraintes liées à la nature de la ressource concernée. Ces conclusions, Mill les tire clairement dans sa recension de *Village-Communities*.

Enfin, cette idée de responsabilité ne signifie pas que la simple morale permette de résoudre ce problème. Comme nous l'avons déjà vu et le comprendrons davantage, des mécanismes sont nécessaires et la bonne volonté des individus ne suffit pas. Toutefois, Mill souligne que le problème se pose originellement dans des termes moraux avant de pouvoir trouver une solution politique, et que sa résolution implique le développement d'un sens accru de la responsabilité chez les individus, d'un élargissement de leur horizon moral, afin que la coopération soit possible. Considérer, comme Mill, que différents intérêts s'articulent autour d'une même ressource permet de percevoir que, pour qu'un système de droits d'appropriation (plutôt que de propriété) soit à la fois efficace, soutenable et juste, il faut que les individus soient conscients que leurs actions ont des conséquences involontaires et non-intentionnelles qu'ils doivent malgré tout prendre en compte, et que leurs droits s'accompagnent nécessairement de limitations.

Une fois les *Principles* relus au regard de la recension que Mill propose du travail de Maine, les points de convergence entre les deux auteurs sur la question de la propriété paraissent évidents. Toutefois, la recension que Mill fait de Maine, après de longs développements sur la propriété, se termine de manière relativement abrupte et évoque deux points de façon superficielle. Tout d'abord, Mill recommande expressément la lecture de la dernière leçon de *Village-Communities*, « The Early History of Price and Rent ». Ce dernier chapitre jette selon Mill une lumière nouvelle sur « les idées ayant cours à un stade primitif de la société au sujet des relations commerciales d'homme à homme et particulièrement concernant les prix et les rentes » et

notamment sur « l'influence de la coutume » sur ces derniers⁶⁶⁷. Or, la figure de la coutume occupe une place importante dans les *Principles*, à un niveau qui apparaît surprenant. Nous tâcherons donc de montrer comment Mill développe une théorie de la coutume comme agent régulateur du social, par opposition à la concurrence, en s'appuyant sur des éléments qu'il doit à sa connaissance de l'Inde, et qui concerne tous les régimes fonciers. Sur ce sujet, Mill semble s'accorder avec Maine quant à sa critique de l'universalité des principes de l'économie politique.

5.5. La coutume comme principe de régulation sociale

5.5.1. Coutume et justice

Le propos de Mill sur la coutume semble donner raison à Maine : les économistes pratiquent des généralisations abusives. Les postulats de l'économie politique et les modèles qui en découlent ont pour but d'expliquer différents phénomènes comme les prix, le taux de profit ou encore les rentes. Pour expliquer par exemple comme la rente est créée et à quels taux elle peut être fixée, ils auraient recours uniquement à l'idée de concurrence, clef de voûte des lois utilisées par les économistes pour décrire les interactions qui les préoccupent. On sait en effet combien les réflexions sur la rente et sur l'applicabilité de la théorie de Ricardo à ce sujet ont pu donner lieu à des débats animés voire conflictuels entre les administrateurs et les juges britanniques en Inde⁶⁶⁸. Cette méthode a toutefois un défaut principal : elle ignore un principe « concurrent », la coutume⁶⁶⁹. Dans le chapitre « Of competition and custom », la coutume n'est pas présentée par Mill comme un objet du passé, ni comme une simple source du droit, mais bien comme un mode de régulation des relations sociales, fondamentalement distinct de la concurrence :

Sous le règne de la propriété privée, la division des produits du travail est le résultat de deux moyens déterminants : la Concurrence et la Coutume.⁶⁷⁰

La coutume est autant en mesure que la concurrence de déterminer la répartition des produits du travail, et ce « sous le règne de la propriété privée ». Même s'il est indéniable que la

⁶⁶⁷ Mill, « Maine on Village Communities », *op. cit.*, p. 227 : « upon the ideas of an early state of society respecting commercial transactions between man and man, and especially prices and rents », « influence of custom ».

⁶⁶⁸ Voir par exemple Faisal Chaudhry, « A Rule of Proprietary Right for British India : From revenue settlement to tenant right in the age of classical legal thought », *Modern Asian Studies*, 50 (1), p. 345-384 ; Rahul Govind, « The Indian Economic and Social History Review », 48 (2), p. 177-213.

⁶⁶⁹ Mill, *Principles of Political Economy*, p. 239.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 239 : « Under the rule of individual property, the division of the produce is the result of two determining agencies: Competition, and Custom ».

concurrence est devenue progressivement le mode de régulation principal des relations contractuelles, d'autres formes « d'arrangements » et de « transactions » ont pu être « placés sous l'influence de coutumes déterminées ». C'est-à-dire, comme l'explique Maine dans *Village-Communities*, que la coutume pouvait par exemple déterminer un plafond indépassable pour les rentes demandées par les propriétaires aux exploitants de leurs terres voire déterminer le seul prix qu'un artisan pourrait demander en échange d'un produit, et ce sans faire intervenir la concurrence ou la règle de l'offre et de la demande. Pour Mill, la raison d'une telle importance de la coutume comme forme de régulation sociale est « évidente » :

La coutume est le plus puissant producteur des faibles contre les forts, leur seul protecteur là où il n'y a pas de loi ou de gouvernement à même d'accomplir cette tâche. La coutume est la limite que la tyrannie, même dans les conditions d'oppression les plus extrêmes que l'humanité connaisse, est forcée de respecter.

(...) Bien que la loi du plus fort soit la règle, il n'est pas l'intérêt du plus fort, ni dans ses habitudes, de pousser les lois de la concurrence à son point le plus extrême, et chaque concession a tendance à devenir une coutume, et chaque coutume, un droit. Dans les sociétés les moins raffinées, ce sont de tels droits et non la concurrence, de quelque façon que ce soit, qui déterminent la part des produits du travail qu'obtiennent ceux qui l'ont fourni.⁶⁷¹

En quelques mots, la coutume atteste de la solidification progressive de concessions accordées par les plus forts aux plus faibles. Elle est la « seule protectrice des faibles » quand « ni les lois ni le gouvernement » ne sont à même d'offrir une telle protection. En d'autres termes, elle permet d'assurer un minimum de stabilité pour ceux qui n'ont pas le pouvoir de se défendre contre les plus forts, dans un contexte où l'état de droit n'est pas établi. Elle se trouve précisément aux limites de la « loi du plus fort », là où « l'intérêt » de ceux qui ont la force de leur côté leur recommande de ne pas pousser à l'extrême leur avantage. Plutôt que le résultat d'un engagement réciproque, comme pourrait l'être un contrat, elle est une concession des plus forts aux

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 240 :

Custom is the most powerful protector of the weak against the strong; their sole protector where there are no laws or government adequate to the purpose. Custom is a barrier which, even in the most oppressed condition of mankind, tyranny is forced in some degree to respect. To the industrious population, in a turbulent military community, freedom of competition is a vain phrase ; they are never in a condition to make terms for themselves by it: there is always a master who throws his sword into the scale, and the terms are such as he imposes. But though the law of the strongest decides, it is not the interest nor in general the practice of the strongest to strain that law to the utmost, and every relaxation of it has a tendency to become a custom, and every custom to become a right. Rights thus originating, and not competition in any shape, determine, in a rude state of society, the share of the produce enjoyed by those who produce it.

plus faibles, le produit d'un équilibre, les premiers accordant aux seconds un minimum de stabilité, dans leur propre intérêt. Ce point d'équilibre concédé peut devenir, avec le temps, une véritable coutume, un usage que tous les membres d'une même communauté s'attendent à voir respecter.

C'est en cela que la coutume peut être l'origine de véritables « droits », qui ont pour objet principal la répartition des ressources. Mill fait ici un constat similaire à celui de sa recension de Maine, puisque c'est dans le cadre des discussions parlementaires autour des enclosures que l'on a pu découvrir, et Maine le premier, d'innombrables droits spéciaux, apparemment hérités de telles concessions coutumières. Il est donc normal que Mill conçoive que la fonction principale de la coutume se trouve là, dans l'établissement d'un équilibre minimal où les plus faibles, ceux qui exploitent la terre, se voient accorder des droits qui garantissent leurs intérêts les plus élémentaires. Cette analyse confirme d'ailleurs les conclusions de notre discussion des passages plus théoriques des *Principles* sur la propriété. Quoiqu'il en soit, l'équilibre dont il est question n'est pas produit par la concurrence ou la loi de l'offre et de la demande, ce qui fait de la coutume, « à tous les stades de la société à l'exception du plus récent », l'instrument principal de la régulation sociale. Cette réflexion est directement liée aux revendications de Mill concernant l'Irlande, qui sont inspirées du cas indien : les *ryots* indiens ne sont pas considérés comme des « *tenants-at-will* », en ce qu'ils possèdent un droit perpétuel d'occuper la terre qu'ils exploitent, pourvu qu'ils s'acquittent de la rente coutumière. Les paysans « *cottiers* » irlandais, eux, voient leurs droits être remis en cause périodiquement, et les rentes qu'ils payent sont d'autant plus écrasantes qu'elles sont définies librement par une compétition entre eux, afin d'obtenir les droits d'exploitation⁶⁷².

⁶⁷² *Ibid.*, p. 240 :

The relations, more especially, between the landowner and the cultivator, and the payments made by the latter to the former, are, in all states of society but the most modern, determined by the usage of the country. Never until late times have the conditions of the occupancy of land been (as a general rule) an affair of competition. The occupier for the time has very commonly been considered to have a right to retain his holding, while he fulfils the customary requirements; and has thus become, in a certain sense, a co-proprietor of the soil. Even where the holder has not acquired this fixity of tenure, the terms of occupation have often been fixed and invariable.

In India, for example, and other Asiatic communities similarly constituted, the *ryots*, or peasant-farmers, are not regarded as tenants at will, nor even as tenants by virtue of a lease. In most villages there are indeed some *ryots* on this precarious footing (...) but all who are looked upon as descendants or representatives of the original inhabitants, and even many mere tenants of ancient date, are thought entitled to retain their land, as long as they pay the customary rents.

5.5.2. Genèse de la coutume

Mill demeure particulièrement vague sur les mécanismes qui permettent à de telles usages de se développer et de perdurer. Il est particulièrement explicite sur le fait que leur origine dépende, tout du moins au départ, de la simple bonne volonté des plus puissants. Comme nous l'avons déjà remarqué, Mill indique toutefois qu'il est dans leur intérêt de poser des limites à leur exploitation des plus faibles. Il peut en effet être dans leur intérêt d'assurer à ces derniers non seulement une part suffisante pour leur survie, mais aussi assez stable et conséquente pour qu'ils soient incités à produire davantage. Cet équilibre demeure une concession dans un rapport de force inégalitaire, mais il est envisageable, notamment s'il s'installe suffisamment longtemps pour devenir, comme semble le penser Mill, si répandu et si systématique, qu'il puisse être dangereux pour un individu isolé de chercher à en dévier. Un deuxième trait caractéristique de la coutume, en plus de l'intérêt bien compris de la caste dominante, semble donc être la constitution d'un consensus suffisamment unanime pour qu'il devienne une règle⁶⁷³. De cette façon, le « droit » ainsi acquis et maintenu par consensus généralisé. C'est en tout cas en ces termes que Mill décrit la coutume spécifique qui existe dans certaines parties d'Irlande, et qui permet aux fermiers d'éviter les conséquences les plus perverses d'une compétition libre pour l'exploitation de la terre. En effet, en cas de compétition libre, le prix des rentes dépend nécessairement de la pression démographique. Si cette pression est élevée, les rentes augmentent nécessairement, ainsi que l'instabilité potentielle pour les fermiers⁶⁷⁴. Seul garde-fou contre une telle conjoncture : « le développement d'une coutume » garantissant la permanence des droits de l'occupant d'une terre, sans risque d'éviction abrupte ou de hausse du loyer, coutume qui serait « *sanctionnée* par le *sentiment général de la communauté* »⁶⁷⁵. Mill cite notamment le cas de la région d'Ulster, en Irlande, où les fermiers semblent posséder une forme de droit coutumier semblable à celui accordé aux *ryots* d'Inde. Il décrit ensuite les éléments qui permettent à ce système d'assurer une certaine stabilité : tout d'abord, les successeurs d'un fermier proposent

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 242. Nous soulignons :

Different proportions according to the regions, But whether the proportion is two-thirds or one-half, it is a fixed proportion ; not variable from farm to farm, or from tenant to tenant. The custom of the country is the universal rule; nobody thinks of raising or lowering rents, or of letting land on other than the customary conditions. Competition, as a regulator or rent, has not existence.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 313-315.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 315. Nous soulignons :

The only safeguard against these uncertainties would be the growth of a custom, insuring a permanence of tenure in the same occupant, without liability to any other increase of rent than might happen to be sanctioned by the general sentiments of the community.

de larges sommes pour reprendre une ferme, ce qui limite le nombre de repreneurs potentiels à ceux qui peuvent payer de telles sommes ; ensuite, dans ce contexte de compétition limitée, le propriétaire en titre ne peut demander pour rente, selon la coutume, qu'une somme inférieure à la somme que versent les fermiers entrants pour y accéder ; de même, le fermier *s'attend* à ce que la rente qu'il payera soit inférieure à la somme qu'il doit investir pour obtenir le droit d'exploitation, et ce réfère en cela, aussi, à une coutume établie. Mill conclut que le futur locataire s'appuie sur la garantie de la coutume pour savoir que son loyer ne sera pas augmenté, une garantie qui n'est « pas reconnue par la loi », mais qui « tient sa force contraignante d'une autre sanction, parfaitement comprise en Irlande »⁶⁷⁶.

Notons un élément récurrent des passages tout juste commentés : Mill évoque une forme de sanction autre que celle du droit (« *another sanction* »), qui possède sa propre « force contraignante » (« *binding force* »). Cette forme de sanction trouve sa source dans « le sentiment général de la communauté » (« *the general sentiments of the community* »). Dans les *Principles*, Mill multiplie en effet les remarques sur ce rôle que joue l'opinion dans le fonctionnement de la coutume et plus généralement dans toute forme de régulation sociale. Ainsi, quiconque douterait que l'opinion des autres ait un effet déterminant sur la conduite des hommes est « ignorant de la nature humaine ». Mill estime que même lorsqu'il s'agit de leur intérêt propre (« *their own interest* »), cette considération accordée à l'opinion (« *regard for opinion* ») demeure prégnante dans leur esprit⁶⁷⁷. Il est courant de citer la définition que Mill donne de l'économie, comme l'étude des phénomènes qui sont produits par les diverses opérations d'agents à la poursuite des richesses (*wealth*)⁶⁷⁸. Mill est bien conscient qu'il s'agit d'une abstraction, et ses réflexions sur la coutume, de façon semblable à celles de Maine sur la coutume comme « friction », le soulignent : la coutume peut être un frein à la considération que les hommes dont leur strict intérêt à obtenir davantage de biens, puisqu'elle les pousse à considérer l'opinion des autres dans le choix de leurs actions.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 315 :

[the future tenant] does so in the full confidence that the rent will not be raised ; and for this he has the guarantee of a custom, not recognized by law, but deriving its binding force from another sanction, perfectly well understood in Ireland.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, chap. XIII « The remedies for low wages further considered », p. 371.

Anyone who supposes that this state of opinion would not have a great effect on conduct, must be profoundly ignorant of human nature ; can never have considered how large a portion of the motives which induce the generality of men to take care even of their own interest, is derived from regard for opinion – from the expectation of being disliked or despised for not doing it.

⁶⁷⁸ J. S. Mill, « On the Definition of Political Economy; and on the Method of Investigation Proper to It », Essay V, in *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*, J. W. Parker, Londres, 1944.

Mill précise ailleurs que c'est parce qu'elles provoquent « l'indignation » (« *outrage* ») que les infractions à la coutume sont punies⁶⁷⁹. Il ne s'agit donc pas d'une simple désapprobation diffuse, mais bien du sentiment d'injustice qui provient de l'impression qu'un droit a été bafoué⁶⁸⁰. La confiance que le nouveau fermier témoigne envers le propriétaire provient de la garantie que celui qui respecte la règle est « protégé de l'indignation », bien qu'il n'obtienne pas de remboursement pour ses investissements dans le cas contraire⁶⁸¹. Cette garantie est d'autant plus forte qu'elle ne provient pas d'une forme de consensus passif : elle est le produit d'une « entente » (« *concert* »), comme l'explique Mill lorsqu'il évoque les moyens coutumiers que les ouvriers pourraient utiliser pour obtenir un salaire minimum⁶⁸². C'est pourquoi, dans le cas des paysans, la pression démographique représente un danger dans les lieux où les rentes sont fixées librement : il faut que la communauté partage des standards communs, enracinés dans un « sentiment du devoir ou de dignité », afin d'être en mesure de mettre en place une coutume qui leur serait favorable ou de réagir directement et explicitement face à toute violation⁶⁸³.

5.5.3. Normativité et stabilité de la coutume

Il y a donc une forme d'hésitation dans le propos de Mill sur la question de la nature spécifique de la coutume. Il semblerait que Mill ne parvienne pas tout à fait à dégager ce qui fait la particularité des mécanismes de droit coutumier, et qu'il considère que leur force contraignante ne provient pas d'autre chose que la simple pression des pairs. Simultanément, comme nous l'avons noté, Mill propose des réflexions qui vont dans une autre direction : il décrit l'usage qui devient ensuite une coutume comme le résultat d'un équilibre entre différents intérêts. Cet équilibre est indéniablement la marque d'un rapport de force, mais comme le dit Mill lui-même, l'intérêt même de ceux qui sont en position dominante requiert d'accorder une certaine stabilité à ceux qui sont en position d'infériorité. Ce n'est qu'ensuite que ces concessions prennent la forme d'un droit coutumier. En d'autres termes, se développe progressivement le sentiment que toute déviation individuelle de cet équilibre est un danger pour l'intégralité du système. La constitution progressive de cet équilibre permet en effet à ceux qui sont en situation d'infériorité d'acquérir le seul moyen de pression qu'ils possèdent : la confiance, partagée par tous les différents acteurs du groupe, que tous respecteront la règle établie.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 315.

⁶⁸⁰ Un lien pourrait être fait entre ces développements sur la nature du sentiment de justice dans *L'Utilitarisme*, chap. 5. Voir J. S. Mill, *L'Utilitarisme*, PUF, Paris, 1998.

⁶⁸¹ Mill, *Principles of Political Economy, op. cit.*, p. 315. Mill parle de « a mere life insurance of purchase of immunity from outrage » ; « outrages are generally the consequence ».

⁶⁸² *Ibid.*, p. 374.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 316. Mill parle d'un « sentiment of duty or dignity ».

Ainsi, un équilibre factuel, produit par la nécessité pour les dominants de pouvoir exploiter de façon durable les dominés, conduit à la constitution d'un horizon d'attentes. Ce qui est donc originellement un *fait* devient une norme, norme qui donne lieu à d'autres actions et qui, si elle n'est pas respectée, provoque le sentiment qu'un « droit » a été bafoué. Du respect de cette coutume désormais établie comme norme dépend l'intégrité du système. Ainsi, comme Mill le remarque, les nouveaux fermiers proposent une somme importante pour la reprise d'une ferme, s'appuyant sur leur confiance (« *confidence* ») dans le fait que le propriétaire en titre n'exigera pas une rente qui leur causerait une perte nette. On peut imaginer, dans un tel système, qu'un propriétaire qui déciderait soudainement d'augmenter sa rente au-delà de ce que la coutume permet se trouverait isolé et pourrait, pourvu que les fermiers soient solidaires, être dans l'incapacité de louer sa ferme. C'est pourquoi, comme nous l'avons remarqué, la dimension *active* et notamment *réactive* de cette attitude est essentielle. Elle ne s'appuie pas sur un consensus diffus, mais sur une conscience claire et précise de la norme et des attentes qui en découlent. Il y a donc une forme de sanction propre qui émerge sans le secours de la loi, et qui garantit le maintien d'un équilibre. La séparation d'avec la simple pression diffuse des pairs n'est toutefois pas évidente, mais c'est en s'intéressant à ce même type de situations que Maine, comme nous le verrons, parvient quant à lui à se rapprocher d'un critère de différenciation.

Un élément important, que nous retrouverons de manière plus développée dans l'œuvre d'Ostrom, se trouve toutefois déjà chez Mill : le fait que les différents acteurs du système, malgré des rapports de force déséquilibrés, ont des moyens de pression directs les uns sur les autres, qui leur permettent de se « sanctionner » mutuellement. Le type de sanctions évoqué par Mill n'est en effet pas une simple désapprobation généralisée face à un acte considéré comme immoral. L'individu qui défie la norme partagée n'est pas seulement puni par l'opinion négative qu'il provoque sur les autres. Des conséquences directes le touchent, qui n'impliquent pas nécessairement *l'opprobre* de l'intégralité du groupe. C'est là toute la spécificité de ce mécanisme : un individu isolé peut en punir directement un autre s'il cherche à dévier d'une règle établie pour assurer la stabilité du système entier. Cette règle ne concerne pas réellement la distinction entre ce qui est bien et ce qui est mal, mais plutôt entre des comportements coopératifs et des comportements non-coopératifs. La coutume ici évoquée a en effet pour fonction d'établir des relations *justes*, c'est-à-dire mutuellement profitable pour des individus intéressés. Elle permet de corriger de potentiels déséquilibres dans les rapports de forces entre les différents acteurs, conférant à certains la capacité de faire valoir *leurs* intérêts à ce que la transaction leur soit profitable. Il ne s'agit pas ici de déterminer si une action est bonne ou mauvaise, mais

plutôt si elle rentre dans le cas d'échanges mutuellement bénéfiques, d'où le fait que toute infraction provoque précisément un sentiment d'injustice.

Toutefois, si ce que Mill décrit comme un équilibre peut être atteint principalement du point de vue des dominants et de leurs intérêts spécifiques, comment ceux qui sont en position d'infériorité peuvent-ils parvenir, entre eux, à se coordonner de façon suffisante ? En effet, ce n'est que collectivement que les paysans ou les ouvriers peuvent s'opposer à ce que les rentes dues soient trop élevées ou les salaires trop bas. Il suffit d'un seul fermier ou d'un seul ouvrier prêt à dévier de cet équilibre avantageux pour le collectif pour que l'ensemble s'effondre. Cela ne semble pas réellement poser problème une fois que l'équilibre est réellement établi : le déserteur pourrait être identifié, isolé, et il n'aurait de toute façon que peu d'intérêt dans ce cas à payer davantage ou à se faire payer moins qu'il ne le pourrait autrement. Quid toutefois d'un moment où l'équilibre et la coutume en question ne seraient pas encore consolidés ? En effet, c'est à ce moment que l'émergence d'un comportement collectif paraît peu probable. Chaque fermier ou ouvrier pourrait choisir, comme l'un des prisonniers du fameux dilemme du même nom, de rentrer en compétition avec les autres en diminuant ses exigences, pour obtenir le droit d'exploiter une terre, ou tout simplement un emploi. Il s'agit là d'un véritable problème de coopération, comme nous le verrons ultérieurement. Mill paraît anticiper cette objection en notant qu'il y a une forme de régulation spontanée que viendrait compléter des mécanismes supplémentaires. Évoquant une régulation du nombre d'enfants par famille, il dit ainsi que la simple conscience de leur intérêt (« *a sense of their utility* ») pourrait conduire un ensemble suffisant d'individus à se soumettre « volontairement » à des obligations qui leur seraient collectivement favorables. Il s'agit pour Mill d'un processus typique du « progrès de l'opinion », qui ne vient recourir aux instruments proprement juridiques que pour forcer les « récalcitrants », qui n'accepteraient pas de sacrifier leur intérêt personnel au nom « d'obligations sociales », à s'y conformer⁶⁸⁴. On trouve ici une réponse à l'argument malthusien qui rejette toute intervention en faveur des pauvres, sous prétexte qu'elle conduirait à une augmentation de la population et donc à une fragilité renforcée de ces populations. Mill semble croire à la capacité de ses

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 372 :

(...) the respectable and well-conducted of the body would conform to the prescription, and only those would exempt themselves from it, who were in the habit of making light of social obligations generally, and there would be then an evident justification for converting the moral obligation against bringing children into the world who are a burthen to the community, into a legal one; just as in many other cases of the progress of opinion, the law ends by enforcing against recalcitrant minorities, obligations which to be useful must be general, and which, from a sense of their utility, a large majority have voluntarily consented to take upon themselves.

populations, dans des conditions favorables et notamment en étant extraites de la pauvreté la plus extrême, de réguler leur propre croissance démographique. C'est un point sur lequel Mill était conscient de son désaccord avec son père⁶⁸⁵.

Les réflexions de Mill en ce sens sont particulièrement intéressantes, car elles esquissent la possibilité, pour une masse critique de membre d'une communauté, de prendre conscience des effets négatifs indirects et involontaires que certaines pratiques pourraient avoir sur les autres membres du collectif. Lorsqu'il aborde les salaires, Mill rappelle en effet que s'ils sont trop bas, la réduction du nombre d'ouvriers peut être une manière d'y remédier. Ce qui provoquerait directement une amélioration du niveau de vie pour les ouvriers est aussi une condition que Mill pose pour que chaque individu puisse avoir le droit de prétendre à un soutien du reste de sa communauté⁶⁸⁶. Cette idée pourrait naître spontanément parmi les premiers concernés, qui réaliseraient que l'une des causes de leur pauvreté, selon Mill, n'est autre que leur trop grand nombre, de telle sorte que « chaque agriculteur percevrait (avec Sismondi) tout autre agriculteur qui aurait un nombre d'enfants plus élevés que ce que les circonstances sociales permettraient à chacun d'avoir, comme lui causant du tort ». Dans un vocabulaire que nous puiserons ultérieurement dans notre lecture des théoriciens de la « tragédie des communs », Mill pose la capacité de chacun à prendre conscience des effets externes de son action et à agir en conséquence, étant pressé par le regard des autres à se conformer à ce qui serait ressenti comme une obligation commune. C'est à ce sujet que Mill souligne la puissance de l'opinion, nous invitant à imaginer ce qu'il arriverait si l'idée se répandait à l'ensemble de la classe des travailleurs, que la surpopulation entraînerait entre eux une compétition désavantageuse. De fait, chaque travailleur ou paysan se considérerait ni plus ni moins que *lésé* (« *as doing him a wrong* ») par celui qui ferait davantage d'enfants que la société ne pourrait le supporter⁶⁸⁷. On

⁶⁸⁵ Dans une lettre à Robert Harrison du 12 décembre 1864, in Elliott, *Letters of John Stuart Mill*, Londres 1910, vol. II, p. 14, Mill dit ainsi à propos d'un économiste qui partageait son point de vue :

Black, as I well remember, changed the opinion of some of the leading political economists, particularly my father's, respecting Poor Laws, by the articles he wrote in the Chronicle in favour of a Poor Law for Ireland. He met their objections by maintaining that a Poor Law did not necessarily encourage over-population, and he convinced them that he was in the right.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 359 :

Everyone has a right to live. We will suppose this granted. But no one has a right to bring creatures into life, to be supported by other people. Whoever means to stand upon the first of these rights must renounce all pretension to the last. If a man cannot support even himself unless others help him, those others are entitled to say that they do not also undertake the support of any offspring which it is physically possible for him to summon into the world.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 371 :

remarquera que ce processus implique d'imputer aux individus une forme de responsabilité sociale des effets indirects de leurs actions. Car faire un enfant de plus ou de moins ne cause pas en soi un mal aux autres. Il s'agit d'un mal seulement potentiel, absolument conjoncturel, et indirect.

L'étape finale de ce développement n'est peut-être que la reconnaissance et la mise en application par les tribunaux d'une coutume établie. En effet, « chaque concession, dans un premier temps volontaire et révocable à volonté, a progressivement acquis la force d'une coutume, avant d'être enfin reconnue et appliquée par les tribunaux »⁶⁸⁸. Cela confirme que Mill confère à la coutume une forme d'autonomie, qui lui permet ultérieurement d'être reconnue comme un droit à part entière par les tribunaux, qui lui ajoutent la possibilité de sanction (« *enforced* ») en cas de non-respect par les propriétaires terriens par exemple. Sans cela toutefois, on peut concevoir à quel point ces « arrangements », pour reprendre le terme de Mill, sont précaires. On perçoit encore davantage à quel point le droit formel peut agir, en toute circonstance et pas seulement en Inde, comme un agent perturbateur. C'est d'autant plus clair lorsque la coutume rentre en opposition avec des « droits légaux » comme la propriété. Ainsi, « si le propriétaire exerçait à n'importe quel moment ses pleins droits légaux, alors le paysan précaire ne serait même pas capable de vivre »⁶⁸⁹. Le processus de reconnaissance des droits pourrait néanmoins avoir des effets négatifs de manière indirecte. Mill le déconseille par exemple en ce qui concerne le salaire minimum, qui doit selon lui faire l'objet d'une concertation entre acteurs d'un même secteur, plutôt que d'une imposition par le droit⁶⁹⁰. Cette friction naturelle avec le droit renforce l'idée que la coutume puisse être une forme de régulation sociale autonome, avec ses propres mécanismes.

5.5.4. Coutumes irlandaises et propriété

Les réflexions de Mill sur la coutume comme mode de régulation sociale peuvent ainsi paraître surprenantes. Elles le sont toutefois moins s'il on prend en compte le fait que cette approche de la coutume est typique d'une « réaction historiciste » qui s'affirme

But let us try to imagine what would happen if the idea became general among the labouring class, that the competition of too great numbers was the special cause of their poverty; so that every labourer looked (with Sismondi) upon every other who had more than the number of children which the circumstances of society allowed to each, as doing him a wrong – as filling up the place which he was entitled to share.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 241-242 : « each concession, at first voluntary and revocable at pleasure, gradually acquired the force of custom, and was at last recognised and enforced by the tribunals ».

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 318 : « if the landlord at any time exerted his full legal rights, the cottier would not be able even to live ».

⁶⁹⁰ *Ibid.*, chap. XII à partir de la page 355.

progressivement dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, et qui conduit notamment aux propositions de Gladstone concernant l'*Irish Land Act*⁶⁹¹. Pour Dewey, y voit le responsable d'une « triple réhabilitation », du « paysan propriétaire », du « groupe » et de la « coutume »⁶⁹², l'historicisme désigne un ensemble de théories diverses, selon lesquelles l'histoire de l'humanité serait déterminée par des lois et que tous les phénomènes culturels sont donc historiquement déterminés, ce qui implique un respect « profond ou excessif » pour les institutions historiques, les lois ou les traditions⁶⁹³. Un évolutionnisme diffus est aussi structurant pour ces différentes théories, dont celle de Maine est parmi les plus influentes de l'époque. La réaction historiciste vient contredire l'idée, dominante au début du XIX^e siècle, selon laquelle les problèmes rencontrés en Irlande et en Écosse dans les zones agraires pourraient être réglés par la libéralisation des échanges, notamment par la levée des obstacles à la vente libre des terres et par la fin des droits coutumiers dont bénéficiaient les fermiers locataires. Il est intéressant de remarquer que cette même foi dans la doctrine du *laissez-faire* se double, dans la tradition utilitariste de l'époque, d'une grande confiance dans la législation comme mode principal de régulation sociale et de réforme⁶⁹⁴. La réaction historiciste prend le contre-pied de cette position, considérant le libre-échange comme socialement disruptif, et mettant en valeur le rôle de stabilisateur social joué par le droit coutumier irlandais, qui empêcherait l'exploitation des paysans les plus pauvres. Comme nous l'avons vu, Mill défend lui aussi cette position. Son propre plaidoyer a une influence prépondérante sur la question spécifique de l'Irlande, mais son propos général porte la marque de cette réaction historiciste, dont Maine est le fer de lance, avec aussi Pollock, Maitland, Vinogradoff, Bryce ou encore Hancock et Richey, groupe d'enseignants d'Oxford ou Cambridge que l'on désigne parfois comme l'école historique anglaise.

Cette école historique aurait alors étendu son influence vers les terres de l'économie politique. Alfred Marshall, l'un des pères fondateurs de l'économie néo-classique aurait d'ailleurs déclaré, en réponse à des accusations concernant certaines de ses positions historicistes, que « les enseignements de Sir Henry Maine » avaient été « son point de départ »⁶⁹⁵. Ce dernier aurait notamment eu une grande influence par sa position à la fois évolutionniste, donc

⁶⁹¹ C. Dewey, « Celtic Agrarian Legislation », *op. cit.*, p. 31.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 42.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 31, note 3. Nous traduisons.

⁶⁹⁴ Voir E. T. Stokes, *The English Utilitarians and India*, *op. cit.*, p. 55. Dewey renvoie toutefois à Warren J. Samuels, « The Classical Theory of Economic Policy : Non-Legal Social Controls 1 », *Southern Economic Journal*, 31, p. 1-21 et Warren J. Samuels, « The Classical Theory of Economic Policy : Non-Legal Social Controls 1 », *Southern Economic Journal*, 31, p. 87-100. p. 87-100. Voir C. Dewey, « Celtic Agrarian Legislation », *op. cit.* p. 33.

⁶⁹⁵ Alfred Marshall, « Reply » (réponse à William Cunningham, « The Perversion of Economic History »), in *Economic Journal*, iii, 1893, p. 509. Nous traduisons.

généralisante, et particulariste, qui donne à certaines institutions une légitimité liée à leur contexte d'apparition. Cette position aurait alors largement favorisé une forme de réhabilitation des coutumes et du collectif comme mode et comme forme de régulation sociale, en rupture avec le paradigme austinien⁶⁹⁶. C'est dans ce cadre que les petits paysans provoquent l'intérêt des théoriciens de l'époque, et que les coutumes irlandaises les protégeant, décrites par Mill, sont désormais considérées avec respect. C'est à ce même moment qu'elles sont redécouvertes avec la reconstitution et la traduction droit irlandais, la *Brehon Law*, qui apporte à Maine des arguments décisifs dans sa défense de la spécificité des mécanismes coutumiers, et qui apporte un argument crucial à l'édifice de ceux défendant les coutumes foncières irlandais⁶⁹⁷.

L'un de ces défenseurs, Alexander G. Richey, développe, dans *The Irish Land Laws*, de nombreuses réflexions sur la nature de la coutume, notamment lorsqu'elle concerne les rapports de propriété. Ces réflexions ont, avec d'autres, directement influencé Gladstone. Pour Richey, les coutumes, bien que n'étant pas des lois au sens propre, parce qu'elles décrivent les relations qui lient les individus, relations que l'on peut considérer comme juridiques (« *legal relations* »), rappellent à la fois le cadre dans lequel les interactions de ses individus s'inscrivent, dans le passé comme dans le présent. Dans le cas de la terre, la coutume décrit « les droits et devoirs réciproques » qui lient le propriétaire et son locataire du fait de leur relation juridique⁶⁹⁸. Ces relations n'ont originellement rien de contractuel selon Richey, et ne peuvent pas être modifiées par contrat. C'est le développement des relations marchandes et de la possibilité de vendre sa terre qui modifie progressivement cette configuration et conduit à l'établissement de relations contractuelles, que Richey décrit, dans les termes de Maine, comme un passage du statut au contrat⁶⁹⁹. À l'inverse des relations juridiques fondées sur le statut, les contrats n'expriment jamais, pour Richey, tous les droits et obligations qui lient les individus, qui sont regardés dans leur grande majorité comme des termes « implicites » de la relation contractuelle, dont on peut sortir si on les trouve désormais insatisfaisants⁷⁰⁰.

La discussion que Richey propose du Code Civil napoléonien, à laquelle il passe d'une façon assez abrupte après avoir discuté de l'ancien droit irlandais, semble avoir pour but de montrer que, même dans le Code censé consacrer le caractère absolu du droit de propriété, ce que l'on trouve ce sont des droits et des devoirs réciproques entre le propriétaire et son

⁶⁹⁶ Dewey, « Celtic Agrarian Legislation », *op. cit.*, p. 39-41.

⁶⁹⁷ Sur le déroulé de la reconstitution et de la traduction en anglais de ces coutumes irlandaises, voir C. Dewey, *ibid.*, p. 43 et 45.

⁶⁹⁸ Alexander G. Richey, *The Irish Land Laws*, Macmillan and co., Londres, 1880, p. 4-5.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 9.

locataire⁷⁰¹. En se focalisant sur la nature contractuelle de la relation entre propriétaire et locataire dans le contexte irlandais, Richey entend alors souligner le fait que la « propriété » de la terre ne désigne pas le droit *réel* d'un propriétaire sur son bien, mais plutôt une relation où des intérêts concurrents trouvent un équilibre par le contrat⁷⁰². Le propriétaire comme le locataire ont de tels intérêts, et la relation qui les lie à une terre donnée est un complexe définissant l'interaction entre ces intérêts⁷⁰³. La configuration de ces intérêts n'est toutefois pas aléatoire ou subjective, il existe pour Richey un « intérêt véritable », commun, des propriétaires et des locataires, à ce que la terre soit efficacement exploitée, ce qui devrait incliner les premiers à améliorer le statut des seconds⁷⁰⁴. Tout droit de propriété, à l'époque du statut coutumier ou du contrat, est donc essentiellement personnel pour Richey. C'est du moins pour lui le principe normatif qui est consacré par l'*Irish Land Act* de 1870, où l'idée de propriété comme équilibre d'intérêts semble substituée à celle de propriété comme maîtrise absolue du propriétaire sur un bien. On retrouve là les éléments du « principe » de la propriété tel que Mill le conçoit, puisque, selon lui, le droit de l'Angleterre et de l'Irlande persiste à refuser de reconnaître toute forme d'« intérêt » ou de « co-propriété » de l'occupant du sol, à part la « simple permission de le cultiver ». Le seul droit reconnu est alors la « propriété absolue » du propriétaire, et les termes des contrats passés avec les locataires⁷⁰⁵.

Les réflexions de Mill sont donc moins surprenantes, quoiqu'elles demeurent originales et particulièrement influentes dans ce contexte. Inclure son propos dans le contexte de son époque permet toutefois, à nouveau, de revenir sur le lien presque systématique qui est établi entre la question de la propriété et celle de la distinction entre droit et coutume. Toutefois, on pourrait être surpris de certaines des remarques conclusives de la recension que Mill propose de *Village-Communities*. S'il semble être en accord total avec Maine concernant l'erreur de l'économie politique, qui négligerait le poids de la coutume comme mode alternatif de régulation par distinction d'avec la concurrence, il suggère, mais ne développe malheureusement pas son propos, qu'il ne partage pas les réflexions de Maine sur Bentham et Austin :

⁷⁰¹ Voir *Ibid.*, chap. III, p. 21 sq.

⁷⁰² À ce propos, voir C. Dewey, « Celtic Agrarian Legislation », *op. cit.*, p. 47.

⁷⁰³ A. Richey, *op. cit.*, p. 38.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 47.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 63 :

The law of Great Britain and Ireland had persistently refused to recognise any interest or co-proprietorship in the occupier of the soil apart from a mere permission to cultivate it. The land itself was the absolute property of the landlord, subject to the existing contracts under which it had been hired out to the tenants.

Le même obstacle nous empêche de faire autre chose qu'évoquer les quelques points au sujet desquels nous nous trouvons en désaccord de quelque façon avec M. Maine, et qui sont des questions de définition et de classification plutôt que de faits. Si l'espace qui nous reste l'avait permis, nous aurions eu quelque chose à dire au nom de Bentham et Austin (Maine montrant d'ailleurs sa pleine appréciation de leurs extraordinaires mérites en tant que philosophes du droit), au sujet d'un point sur lequel Maine diffère d'eux (pp. 67-8). Aussi, encore une fois, nous pourrions ajouter quelque chose à la décharge des économistes en général, contre une attaque qui leur est portée lors de la dernière leçon (p. 196), qui ne résisterait pas à l'examen selon nous.⁷⁰⁶

Or, les réflexions de Maine à ce sujet dans *Village-Communities* concernent essentiellement la question de l'applicabilité du modèle austinien à ce que les britanniques découvrent en Inde. Comme nous tâcherons de le voir, cette critique, que Mill reconnaît d'ailleurs comme étant limitée par le respect que Maine témoigne visiblement à Bentham et Austin, ne peut se comprendre pleinement qu'à la lecture d'autres passages de l'œuvre de Maine, qui permettent de comprendre comment son œuvre donne un réel aperçu de la spécificité des mécanismes coutumiers. En un sens, la focalisation de Maine sur les limites du modèle austinien, qu'il perçoit comme hérité directement de Hobbes, va lui permettre de décrire plus précisément les caractéristiques qui font de la coutume un mode de régulation sociale à part entière. Encore une fois, l'aller-retour conceptuel entre l'Inde et l'Irlande, orienté par la question des droits de propriété, joue un rôle central dans cette entreprise.

5.6. Propriété, coutume et anarchie

Mill apparaît se distinguer de Maine quant à sa critique d'Austin, qui porte très certainement sur l'idée de Maine selon laquelle les souverains Moghols ne sont pas des souverains austiniens au sens propre du terme. Toutefois, ses réflexions sur la propriété comme institution ainsi que ses quelques mots sur l'anarchie tendent à suggérer qu'il partage avec Maine la remise en cause d'une assimilation entre la possibilité de la propriété individuelle comme institution et l'existence d'un souverain dotée de sanctions pour la garantir. Dans la perspective de Mill, la

⁷⁰⁶ Mill, « Maine on Village Communities », *op. cit.*, p. 227-228 :

The same hindrance prevents us from doing more than merely referring to the very few points on which we find ourselves dissenting in any respect from Mr. Maine, and which are questions of definition and classification rather than of fact. Did space permit, we should have something to say in behalf of Bentham and Austin (of whose extraordinary merits as philosophic jurists Mr. Maine shows a full appreciation) on a point on which Mr. Maine differs from them (pp. 67-8) ; and again, in defence of political economists generally, against a charge brought against them in the concluding lecture (p. 196), which we do not think will stand examination.

propriété comme institution est en effet essentielle à l'activité économique par la sécurité qu'elle permet. Elle rend notamment possible aux individus d'accumuler des biens, sachant leurs intérêts protégés sur le long-terme. L'accumulation est pour Mill centrale au développement économique, mais ne peut avoir lieu que dans un contexte où les individus ont suffisamment confiance dans l'avenir pour sacrifier des gains présents moindres en vue de profits ultérieurs. La propriété joue un rôle central dans cette sécurité générale des individus et, là où la propriété n'est pas assurée, l'incitation à investir en vue du futur est réduite. Pour qu'ils effectuent de tels investissements, les individus ne doivent pas seulement y voir la possibilité de réaliser certains bénéfices : il faut qu'il y ait une juste proportion entre le travail d'un individu dans le présent d'une part, et les bénéfices qu'il pourra en retirer dans le futur d'autre part⁷⁰⁷. Ainsi, pour que les individus mènent des activités économiquement productives dans un autre but que la simple subsistance ou la consommation immédiate, il leur faut que la perspective d'un gain soit aussi assurée que possible, et que ce gain soit en proportion de leurs efforts. Ces deux éléments se mêlent l'un à l'autre : l'assurance du gain, liée à la sécurité des droits de propriété, peut varier, de même que la proportion entre l'effort produit et les profits récupérés. Notamment, pour qu'un effort d'investissement soit mené malgré une instabilité importante des droits de propriété, il faut que le ratio entre gains et efforts soit extrêmement élevé. Un juste milieu se dessine alors dans le propos de Mill, entre une autorité centrale trop forte, qui aurait la propriété des individus à sa merci, et une autorité au contraire trop faible, qui ne leur apporterait pas de garanties⁷⁰⁸.

C'est pourquoi, dans l'esprit de Mill, la *sécurité*, cause déterminante de la productivité des agents économiques, est autant une protection fournie par le gouvernement (« *by the government* ») que *contre* le gouvernement (« *against the government* »)⁷⁰⁹. On comprend alors que Mill ne lie pas nécessairement gouvernement et sécurité des personnes et de leur propriété.

⁷⁰⁷ Mill, *Principles of Political Economy*, *op. cit.*, p. 71 voir aussi p. 46.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 164.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 44 :

Among the secondary causes which determine the productiveness of productive agents, the most important is Security. By security, I mean the completeness of the protection which society affords to its members. This consists of protection by the government, and protection against the government. The latter is the more important. Where a person known to possess anything worth taking away can expect nothing but to have it torn from him, with every circumstance of tyrannical violence, by the agents of a rapacious government, it is not likely that many will exert themselves to produce much more than necessaries. This is the acknowledged explanation of the poverty of many fertile tracts of Asia, which were once prosperous and populous. From this to the degree of security enjoyed in the best-governed parts of Europe, there are numerous gradations.

Au contraire, la sécurité et la stabilité nécessaires à l'activité économique doivent être assurées contre le gouvernement, davantage que par lui (« *the latter is more important* »). Mill est cependant loin de plaider pour un État minimal qui serait totalement absent de la vie économique. Lorsqu'il est question d'impôts, par exemple, Mill n'exclut pas du tout qu'ils soient lourds, pourvu qu'ils soient stables. Des impôts très importants pourraient pousser les individus à produire davantage, alors que ce qui est vraiment dommageable à la productivité, c'est le comportement de prédateur d'un gouvernement, comportement prédateur qui se définit non pas par la quantité prélevée, mais plutôt par l'imprévisibilité des prélèvements et de leurs modes⁷¹⁰. Le meilleur des gouvernements peut donc être celui qui lève des impôts importants, pourvu qu'il procure un cadre général stable à ses citoyens⁷¹¹.

Mill ne saurait davantage insister sur l'idée que l'intervention d'un gouvernement prédateur est la pire chose qui soit concernant la sécurité des droits de propriété et de l'activité économique. En effet, la prédation du gouvernement a des effets bien plus négatifs, selon Mill, que l'absence totale de sécurité dans laquelle des individus pourraient se trouver dans d'autres contextes. Le gouvernement peut produire une forme de sécurité physique qui ne serait pas accompagnée de garanties concernant les biens des individus. Ce pouvoir despotique au pouvoir arbitraire serait intrinsèquement inférieur à des communautés où les individus et leurs biens se trouveraient dans l'insécurité la plus totale, mais où une certaine liberté et une « énergie individuelle », cultivées par les bonnes institutions, apporteraient une large compensation. Mill oppose alors le « despotisme de l'empire romain », néfaste pour les énergies individuelles, aux cités-états de la Grèce ou de la Renaissance⁷¹². Le gouvernement apparaît ainsi comme le

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 179.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 80.

⁷¹² *Ibid.*, p. 45 :

The only insecurity which is altogether paralysing to the active energies of producers, is that arising from the government, or from persons invested with its authority. Against all other depredators, there is a hope of defending oneself. Greece and the Greek colonies in the ancient world, Flanders and Italy in the Middle Ages, by no means enjoyed what anyone with modern ideas would call security : the state of society was most unsettled and turbulent ; person and property were exposed to a thousand dangers. But they were free countries ; they were, in general, neither arbitrarily oppressed nor systematically plundered by their governments. Against other enemies, the individual energy which their institutions called forth enabled them to make successful resistance: their labour, therefore, was eminently productive, and their riches, while they remained free, were constantly on the increase. The Roman despotism, putting an end to wars and internal conflicts throughout the empire, relieved the subject population from much of the former insecurity ; but because it left them under the grinding yoke of its own rapacity, they became enervated and impoverished until they were an easy prey to barbarous but free invaders. They would neither fight nor labour, because they were no longer suffered to enjoy that for which they fought and laboured.

prédateur suprême, et la sécurité des individus qu'il peut assurer quand son contrôle est absolu est considérée comme contreproductive. Dans d'autres cas où ce pouvoir n'est pas présent pour assurer la stabilité et la protection des individus, mais où ces derniers sont libres et où les institutions les conduisent à faire usage de cette liberté, alors l'activité économique peut être florissante. La liberté que Mill souhaite aux citoyens n'est donc pas celle qui garantit absolument leur sécurité physique, celle d'un gouvernement puissant qui saurait imposer sa force à l'ensemble des citoyens pour les protéger les uns des autres et leur accorder ainsi une totale sécurité, mais plutôt celle qui développe leurs énergies individuelles, quitte à ce qu'une certaine insécurité perdure.

C'est pour cette raison que Mill estime que des situations *anarchiques* peuvent être préférables à la sécurité absolue d'un gouvernement fort mais oppressif. Il y a donc bien une autre voie que la simple alternative entre l'anarchie complète au sens de chaos d'une part, et le contrôle total d'une autorité souveraine sur une communauté. C'est possible car les sociétés sont, en-deçà du gouvernement et avant même son existence, capable de s'autoréguler. En effet, pour Mill,

Une grande partie de la sécurité des personnes et des biens dans les nations modernes provient des mœurs et de l'opinion, plutôt que du droit. Il y a, où il y avait encore jusqu'à peu, des pays en Europe où le monarque était officiellement absolu, mais où, du fait des contraintes imposées par les usages établis, aucun sujet ne ressentait véritablement le moindre danger de voir ses biens confisqués arbitrairement (...). En Angleterre, le peuple est raisonnablement bien protégé, à la fois par les institutions et les mœurs, contre les agents du gouvernement. Mais, pour ce qui est de la sécurité dont ils bénéficient contre les autres scélérats, ils ne doivent presque rien à leurs institutions. On ne peut dire que les lois protègent la propriété, lorsqu'elles le font à un tel coût qui fait de la soumission au préjudice moins coûteuse, tout compte fait, que le recours à la justice. La sécurité des biens en Angleterre est due (à l'exception des actes de violence pure et simple), à l'opinion et à la peur d'être vu, bien plus qu'à l'action directe du droit et des cours de justice.⁷¹³

⁷¹³ *Ibid.*, p. 45 :

Much of the security of person and property in modern nations is the effect of manners and opinion, rather than of law. There are, or lately were, countries in Europe where the monarch was nominally absolute, but where, from the restraints imposed by established usage, no subject felt practically in the smallest danger of having his possessions arbitrarily seized or a contribution levied on them by the government. There must, however, be in such governments much petty plunder and other tyranny by subordinate agents, for which redress is not obtained, owing to the want of publicity which is the ordinary character of absolute governments. In England, the people are tolerably well protected, both by institutions and manners, against the agents of government; but, for the security they enjoy against other evil-doers, they are very little indebted to their institutions. The laws cannot be said to afford protection to property,

Pour Mill, la sécurité des personnes et de leur propriété est le produit « des moeurs [(« *manners* »)] et de l'opinion, plutôt que du droit ». Mill paraît évoquer des normes qui ne sont pas nécessairement une forme de code de morale, mais qui tiennent davantage de la coutume, et qui voient les individus d'une même communauté partager par consensus l'idée que les biens des individus et leurs droits de propriété ne sauraient être confisqués arbitrairement. En effet, même un monarque absolu semble limité dans sa capacité à saisir à l'envi les biens de ses sujets. Maine fait une série de remarques similaires à ce sujet, comme nous pourrons le voir.

Le propos de Mill est alors particulièrement subtil : si les institutions établies protègent certainement les sujets anglais des abus de leur gouvernement, ils ne doivent toutefois pas leur tranquillité d'esprit quotidienne aux institutions juridiques. Le droit n'intervient en effet que dans des cas rares, ici selon Mill de « violence pure et simple », mais n'est pas responsable de la sécurité dont les individus jouissent dans leurs interactions et leurs transactions les plus simples. De fait, le coût d'en appeler à la justice pour des actes mineurs, comme le vol, est plus important que le simple fait d'accepter de subir le dommage. Si l'on peut se sentir généralement protégé du vol, c'est donc uniquement grâce à une forme de consensus généralisé (« *opinion* ») et par la peur que chacun a d'être dénoncé comme criminel (« *fear of exposure* »). S'il peut y avoir des éléments contextuels à prendre en compte, comme l'inefficacité du système de justice anglais, il nous semble que le propos de Mill est surtout d'affirmer que l'action *directe*, c'est-à-dire l'intervention effective de la loi et des cours de justice, ne saurait rendre raison du respect généralisé de la propriété des individus, qui tient davantage à un consensus généralisé (« *opinion* »), dont l'efficacité est garantie davantage par la pression des pairs que par l'intervention de la force publique. Cette dernière, comme le précise Mill, agit directement dans les cas exceptionnels de « violence ouverte » (« *open violence* »). Ce dernier élément nous semble confirmer que Mill considère bien que l'ensemble des institutions et des usages qui permettent aux individus de se sentir en sécurité concernant leur propre personne et leurs biens ne sont pas respectés grâce à l'intervention directe de la loi, qui ne pourrait pas de toute façon pas être omniprésente. Un respect généralisé des conventions sociales concernant les biens des personnes est nécessaire pour assurer le degré de sécurité que connaissent les anglais, respect garanti par des moyens non-juridiques et informels.

when they afford it only at such a cost as renders submission to injury in general the better calculation. The security of property in England is owing (except as regards open violence) to opinion and the fear of exposure, much more than to the direct operation of the law and the courts of justice.

L'institution de la propriété se trouve alors *détachée* de l'autorité souveraine, de sa justice et de ses sanctions, à laquelle on a pu conditionner son existence. Elle peut exister indépendamment d'elle tout comme elle existe auprès d'elle. En effet, ce sont les deux conséquences des réflexions qui précèdent : d'une part, certaines institutions peuvent exister sans tierce-partie à l'image du Léviathan, dans une situation d'anarchie ordonnée et, d'autre part, même lorsque le souverain hobbesien existe, les institutions qu'il sanctionne ne tiennent pas entièrement à sa présence car, dans une large mesure, leur persistance provient d'un consensus partagé. Dans les pages qu'il consacre à Hobbes et Austin et à la critique de leur concept de souveraineté, Sumner Maine fait d'ailleurs une remarque sur l'anarchie, qui couvre ces deux aspects de manière assez confuse.

Néanmoins, Austin reconnaît pleinement l'existence de communautés, ou de regroupements d'hommes, dans lesquels aucune analyse poussée ne pourrait découvrir une personne ou un groupe répondant à sa définition d'un Souverain. De prime abord, tout comme Hobbes, il accepte sans réserve qu'il y a là un état d'*anarchie*. Partout où l'on retrouve un tel état, la question de la Souveraineté fait l'objet d'un vif règlement de comptes, et l'exemple donné par Austin est celui qui n'était jamais absent de l'esprit de Hobbes : la lutte entre Charles I^{er} et son Parlement. Un critique avisé de Hobbes et Austin, que je me permets de désigner comme étant M. Fitzjames Stephen, insiste pour dire qu'on trouve là un état d'anarchie *latente* (...).⁷¹⁴

Maine remarque ici qu'Austin accepte la possibilité qu'existent certaines communautés ou groupes d'individus dans lesquels on ne saurait trouver un souverain. Ces groupes seraient donc, pour lui et pour Hobbes, dans un « état d'anarchie », tout en étant néanmoins fonctionnels. Maine note que pour Austin et Hobbes, ces cas sont semblables à ceux où différentes parties se disputent pour la souveraineté. L'exemple le plus évident qu'Austin évoque et qui ne pouvait être loin de l'esprit de Hobbes selon Maine, est celui du conflit entre Charles I^{er} et le Parlement anglais, conflit ayant conduit à la révolution de 1688. Maine fait alors appel à la figure de Fitzjames Stephen qui, en bon critique d'Austin et Hobbes, aurait suggéré qu'il s'agissait là d'un « état d'anarchie *latente* » (« a condition of *dormant* anarchy »), avant d'ajouter à

⁷¹⁴ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 377 :

Nevertheless Austin fully recognizes the existence of communities, or aggregates of men, in which no dissection could disclose a person or group answering to his definition of a Sovereign. In the first place, like Hobbes, he fully allows that there is a state of anarchy. Wherever such a state is found, the question of Sovereignty is being actively fought out, and the instance given by Austin is that which was never absent from Hobbes's mind, the struggle between Charles the First and his Parliament. An acute critic of Hobbes and Austin, whom I am permitted to identify with Mr. Fitzjames Stephen insists that there is a condition of dormant anarchy (...).

ce sujet qu'il ne voit aucune objection à appeler ce type d'« équilibre temporaire » un état d'anarchie latente, avant de préciser qu'Austin paraît distinguer cet état de l'état de nature⁷¹⁵.

Il y a donc bien une différence nette entre une forme d'équilibre où aucun souverain n'est déterminé et le chaos supposé de l'état de nature. Même si ces auteurs, incluant Maine, ne fournissent pas de véritable conceptualisation de l'anarchie, on perçoit chez eux le besoin de ménager un espace conceptuel à une forme d'équilibre social qui existerait sans le souverain, et qui ne serait pas réductible à un état de nature et représenterait donc une forme d'anarchie stable. La référence aux cas où la souveraineté est disputée plutôt qu'absente, qui se mêle à celle des communautés qui n'ont pas de souverain, permet toutefois de souligner un deuxième aspect du propos de Maine, comme nous le verrons. La critique de Maine le conduit en effet à relativiser la nature absolue du pouvoir souverain, même lorsqu'il est en place, et qui ne manque pas de rappeler que tout ce que les austiniens écartent comme « friction » sociale est en réalité un large fond d'institutions qui ne doivent non seulement pas leur existence au seul souverain, mais apportent des limites à son pouvoir. Ce qu'une conception abstraite de la souveraineté et du droit ne permet pas de percevoir est révélé par l'exemple lointain des communautés de village et des ordres anarchiques sans souverain : malgré sa toute-puissance présumée, le souverain est contraint par rien de moins qu'un ensemble de coutumes. On peut retrouver ici ce qu'on appelle les « coutumes constitutionnelles », mais le propos de Maine, comme celui de Mill, est bien plus large : il s'étend à toutes les institutions, notamment à la propriété, qui ont une existence propre indépendante de celle du souverain.

L'exemple du conflit entre Charles I^{er} et le Parlement anglais est particulièrement révélateur à ce sujet : il ne s'agit pas seulement d'un cas de souveraineté contestée, mais bien d'un moment où la classe politique anglaise rend effective sa capacité de contrainte sur le pouvoir souverain. Mill a probablement lui aussi cet exemple à l'esprit lorsqu'il réfléchit à la nature des gouvernements tyranniques, lorsqu'il rappelle que la propriété ne doit pas être seulement protégée par le gouvernement, mais contre lui. Barry Weingast propose à ce sujet un modèle économique pour l'émergence d'un cadre démocratique stable, où la constitution est considérée comme un ensemble de barrières contre le pouvoir de l'État, notamment contre ses pratiques prédatrices et confiscatoires⁷¹⁶. Pour Weingast, une constitution émerge en effet lorsqu'un ensemble suffisant d'acteurs s'accordent, malgré des intérêts potentiellement divergents, autour d'un consensus concernant les limites du pouvoir souverain. Ce consensus leur permet

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 377-378.

⁷¹⁶ Barry, R. Weingast, « The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law », *American Political Science Review*, 91 (2), p. 245-263.

d'exercer une contrainte directe sur le pouvoir, et un équilibre est atteint si le pouvoir souverain réalise qu'il est dans son propre intérêt, puisqu'il vit des ressources produites dans son pays, de respecter les droits de propriété de ses citoyens ou sujets. Ce consensus auto-exécutoire (*self-enforcing*), que le pouvoir souverain respecte bien qu'il n'y soit pas directement contraint par un pouvoir supérieur, est la racine même d'une tradition constitutionnelle. Avec Douglas North, Barry Weingast applique cette réflexion théorique au conflit entre le Parlement et Charles I^{er} : le souverain se voit effectivement contraint par l'alliance entre les deux partis principaux, pourtant adversaires politiques. Cette alliance est rendue possible par le fait que les membres du Parlement, tous partis confondus, sont régulièrement victimes d'abus de la part de Charles I^{er}, notamment vis-à-vis de leurs richesses, que le roi ponctionne régulièrement afin de financer sa politique de guerre. *A posteriori*, le souverain bénéficie aussi du respect qu'il montre pour les droits de ses sujets, puisque la croissance économique qui a suivi cette période, et l'augmentation subséquente du revenu des impôts, auraient trouvé leur source directement dans la stabilisation de la situation politique⁷¹⁷. Alors que le Parlement ne possède pas nécessairement le pouvoir de contrainte nécessaire pour contrôler directement le roi, un consensus émerge parce qu'un nombre suffisamment d'acteurs y perçoivent un intérêt.

Cette réflexion ne peut que nous rappeler celle de Mill au sujet de la coutume, qui apparaît comme un compromis arraché par les paysans sans terres aux propriétaires terriens. D'où peuvent néanmoins provenir ces concessions qui sont devenues ensuite des coutumes, source d'obligations ? Comme Charles I^{er} vis-à-vis du Parlement, le propriétaire terrien est virtuellement tout puissant, sachant qu'il est peu probable que les paysans, à l'inverse des parlementaires anglais, soient prompts à se liguier contre lui. Il semblerait que la domination sans limite d'une partie sur une autre soit la conclusion logique de toute asymétrie de pouvoir en l'absence d'une tierce-partie qui protégerait les plus faibles. Dans les faits, au contraire, un équilibre semble possible, où les agents en position dominante respectent les droits de propriété des plus faibles dans une certaine mesure, par intérêt personnel. L'équilibre coutumier trouvé entre les paysans sans terres irlandais et les grands propriétaires terriens que décrit Mill correspond à cette situation. La sortie du conflit entre le Parlement et Charles I^{er} a une structure similaire. Dans chacune de ces situations, un équilibre est trouvé, qui prend la forme d'un ensemble de pratiques consensuelles de respect réciproque de certains droits. Cet usage, dans le cas des paysans irlandais comme dans celui des parlementaires anglais, prend alors la forme d'une obligation contraignante pour le pouvoir. Une institution émerge donc, ici celle du droit de propriété, dont la

⁷¹⁷ Douglas C. North et Barry Weingast, « Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governance in Seventeenth-Century England », *The Journal of Economic History*, 49 (4), p. 803-832.

continuité ne dépend pas des sanctions d'une autorité extérieure, mais plutôt d'un consensus partagé par les acteurs d'un système. Un équilibre de *fait* produit ainsi un sentiment d'obligation partagée. Par conséquent, bien que Mill affirme ne pas partager les critiques que Maine adresse à Bentham et Austin sur la question de la souveraineté, son point de vue sur la propriété paraît le conduire aussi à remettre en cause une certaine assimilation entre propriété, droit, souveraineté et sanction. Les réflexions critiques de Maine à l'encontre de Bentham et Austin, mais plus généralement sur le rôle de la confiance dans le développement des relations sociales et notamment des échanges marchands, rejoignent Mill sur de nombreux points, comme nous allons le comprendre.

Avant d'aborder la pensée de Maine à ce sujet, prenons toutefois le temps de noter la figure de l'équilibre d'intérêts divergents mais non nécessairement concurrents, que l'on retrouve chez Mill au sujet de la propriété, de la coutume et de la souveraineté, le conduit à développer un cadre de pensée radicalement différent de celui d'Austin. Pour Austin et ses prédécesseurs, le problème de la souveraineté ressemble à celui de la recherche de la première cause : on y est constamment menacé par l'impasse d'une régression à l'infini. Il faudrait alors poser une souveraineté absolue pour éviter cet écueil, puisque toute limite à cette souveraineté impliquerait qu'il y a, au-dessus du souverain, un autre souverain véritable. Dans le cas de Charles I^{er} et du Parlement, la fin du conflit signifierait alors simplement l'établissement de la souveraineté du Parlement, alors que nous avons vu qu'il faudrait plutôt décrire cette conclusion comme l'émergence d'un équilibre stable dans les relations entre les parties. Concevoir la propriété, la coutume ou la souveraineté comme des équilibres d'intérêts divergents permet de sortir d'une conception verticale du droit et plus largement des institutions et du social, où différents acteurs peuvent parvenir, au sein de leurs interactions, à trouver un équilibre malgré leurs intérêts divergents mais non nécessairement concurrents. La coutume, comme phénomène normatif, est une clef de compréhension de cette autre vision du social. Elle joue possiblement chez Mill un tel rôle, et nous permet de notre côté de comprendre que la critique de la propriété exclusive comme celle de la souveraineté absolue reposent toutes deux sur une vision davantage interactionniste du social, dans lequel le « souverain » austinien n'est qu'un acteur parmi les autres. Il en est de même du droit en général, et de la propriété comme institutions. La coutume révèle ainsi *a minima* que les rapports sociaux et les institutions qui les médient comportent une dimension essentielle d'horizontalité et donc d'instabilité. C'est pour cela que Mill demeure prudent quant à la codification de la coutume dans le droit : la coutume, parce qu'elle représente un équilibre interactionnel dans une situation donnée, possède une flexibilité que le droit formel ne possède pas nécessairement.

Sixième chapitre

Henry Sumner Maine et les « analytiques »,
Jeremy Bentham et John Austin

6.1. Maine et Bentham

6.1.1. Une position ambiguë vis-à-vis de Bentham et Austin

Maine montre une forme généralisée « d'insatisfaction » quant à « l'état dans lequel nous trouvons la science du droit »⁷¹⁸. Selon lui, les théories juridiques qui existent en son temps

ne prennent pas en compte l'état réel du droit aux époques éloignées de l'époque particulière à laquelle elles ont fait leur apparition. Leurs auteurs ont observé avec soin les institutions de leur propre époque et les civilisations pour lesquelles ils avaient une certaine sympathie mais, quand ils tournèrent leur attention sur l'état des sociétés archaïques qui présentaient de prime abord beaucoup de différence avec leur propre société, ils cessèrent uniformément d'observer et commencèrent à faire des suppositions dans le vide. L'erreur qu'ils commirent est donc similaire à l'erreur de celui qui, en recherchant les lois de l'universel physique, commencerait par contempler le monde physique existant dans son ensemble, au lieu de commencer par les particules qui en sont les composants les plus simples. (...) nous devons commencer par les formes sociales les plus élémentaires dans un état aussi proche que possible de leur condition rudimentaire. En d'autres termes, si nous suivons le cours habituel de telles recherches, nous devrions pénétrer aussi profondément que possible dans l'histoire des sociétés primitives.⁷¹⁹

Ce que Maine critique, c'est donc l'ahistoricité des théories de ses contemporains, qui auraient considéré comme naturel l'état présent des sociétés. Maine a donc l'intention, à l'inverse, de s'intéresser aux « formes sociales les plus élémentaires », aux « composants les plus simples » des sociétés, afin de comprendre réellement quelle peut être la nature de la régulation sociale. Il va donc, d'une part, étudier les concepts juridiques d'un point de vue historique, et utiliser cette même méthode historique pour déconstruire les préjugés qui ont cours dans les théories de son temps.

⁷¹⁸ *Ancient Law, op. cit.* p. 3 : « the unsatisfactory condition in which we find the science of jurisprudence ».

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 118-119 :

take no account of what law has actually been at epochs remote from the particular period at which they made their appearance. Their originators carefully observed the institutions of their own age and civilisations with which they had some degree of sympathy but, when they turned their attention to archaic states of society which exhibited much superficial difference from their own, they uniformly ceased to observe and began guessing. The mistake which they committed is therefore analogous to the error of one who, in investigating the laws of the material universe, should commence by contemplating the existing physical world as a whole, instead of beginning with the particles which are the simplest ingredients. (...) we ought to commence with the simplest social forms in a state as near as possible to their rudimentary condition. In other words, if we followed the course usual in such inquiries, we should penetrate as far up as we could in the history of primitive societies.

Dans ce contexte, comme nous tâcherons de le montrer à plusieurs reprises, la position de Maine vis-à-vis de Bentham et Austin est ambiguë : loin de se présenter lui-même comme le représentant de l'école historique contre l'école analytique, Maine reprend bien au contraire de très nombreux éléments à Bentham et Austin pour développer ses propres réflexions historiques. Il tient ainsi d'eux une critique radicale des théories anhistoriques du droit naturel et du contrat social. Nous verrons toutefois comment Austin et Bentham se retrouvent aussi englobés dans cette critique, mais de façon tout à fait relative⁷²⁰. Ainsi, tout en critiquant avec eux le contractualisme et le jusnaturalisme, Maine s'attaque à la figure austinienne du souverain ainsi qu'à l'économie politique. Nous verrons par exemple comment ses développements sur l'histoire des contrats, bien que semblant partager la critique de Bentham du contractualisme, impliquent une critique du modèle juridique « benthamo-austinien ». Nous veillerons ainsi à souligner les moments où la méthode de Maine le conduit à se distinguer le plus de ces auteurs, notamment sur leur conception de la souveraineté, qui lui permet, au fil du développement de son œuvre, de proposer l'esquisse d'une théorie du droit coutumier comme forme de régulation sociale autonome. Nous tâcherons aussi de montrer comment le thème de la propriété est aussi le lieu d'un détachement, discret mais certain, d'avec ses prédécesseurs.

6.1.2. Maine contre les théories sociales « abstraites »

Ainsi, les liens explicites entre Maine et Bentham peuvent être trouvés dans une critique commune du jusnaturalisme et du contractualisme. Nous avons déjà évoqué la façon dont Maine construit une forme de critique généalogique du jusnaturalisme, décrivant un détournement du *jus gentium* romain⁷²¹. Selon Nielsen, Maine fait ainsi démonstration d'une « révolte contre le formalisme », qui a de nombreux objets. Les critiques que Maine va adresser aux jusnaturalistes, aux contractualistes, à l'économie politique et aux utilitaristes proviendraient en effet de l'intuition selon laquelle les « structures diverses de la société et du droit » et leur « histoire complexe », ne peuvent être comprises au moyen de théories « pré-sociologiques » et

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 310-311 :

The favourite occupation of active minds at the present moment, and the one which answers to the speculations of our forefathers on the origin of the social state, is the analysis of society as it exists and moves before our eyes ; but, through omitting to call in the assistance of history, this analysis too often degenerates into the idle exercise of curiosity, and is especially apt to incapacitate the inquirer for comprehending states of society which differ considerably from that to which he is accustomed. The mistake of judging the men of other periods by the morality of our own day has its parallel in the mistake of supposing that every wheel and bolt in the modern social machine had its counterpart in more rudimentary societies.

⁷²¹ Voir 2.4.2.

« prescriptives », qui ont besoin d'être remplacées par des analyses historico-sociologiques⁷²². Concernant le contractualisme, la critique que Maine adresse à Rousseau, pour avoir donné une substance à l'hypothèse du passage de l'état de nature au contrat social, est sans appel⁷²³. Le même présupposé erroné que celui qui est à l'origine du contractualisme est pour Maine à l'origine des errements de l'économie politique. En effet,

On peut être sûr que la science de l'économie politique, le seul domaine de la philosophie morale qui ait fait des progrès considérables à notre époque, échouerait à correspondre aux faits de la vie s'il n'était pas vrai que le droit impératif avait abandonné la plus grande partie du terrain qu'il occupait auparavant, et s'il n'avait pas laissé aux hommes la tâche d'établir leurs propres règles de conduite avec une liberté qui ne leur avait jamais été accordée avant une période récente. En effet, *l'a priori* de la plupart des personnes formées en économie politique est de considérer la vérité générale sur laquelle leur science repose comme étant en droit de devenir universelle et, lorsqu'ils l'appliquent comme un art, leurs efforts sont ordinairement dirigés vers *l'élargissement du domaine contractuel* et de réduire celui du droit impératif, à part dans la mesure où le droit [impératif] est nécessaire pour rendre possible l'établissement de contrats.⁷²⁴

Maine reconnaît les acquis de l'économie politique, et salue d'ailleurs les travaux de Ricardo dont la théorie est dominante à son époque, et que les administrateurs anglo-indiens discutent avec passion⁷²⁵. Précisément, les doutes de Maine quant à l'universalité des principes de l'économie politique proviennent très probablement des discussions qui agitent les officiers coloniaux sur l'applicabilité de la théorie ricardienne de la rente. Tout comme Mill, Maine exprime ses doutes sur les simplifications menées par l'économie politique, qui ne lui permettraient pas de rendre compte de phénomènes pourtant directement observés en Inde :

Qu'est-ce qui fait la mesure d'un prix dans une société primitive ? Cela ne peut être que la coutume. (...) Le droit de réclamer le prix le plus

⁷²² D. A. Nielsen, *op. cit.*, p. 32.

⁷²³ *Ancient Law, op. cit.*, p. 309.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 305. Nous soulignons :

It is certain that the science of Political Economy, the only department of moral inquiry which has made any considerable progress in our day, would fail to correspond with the facts of life if it were not true that Imperative Law had abandoned the largest part of the field which it once occupied, and had left men to settle rules of conduct for themselves with a liberty never allowed to them till recently. The bias indeed of most persons trained in political economy is to consider the general truth on which their science repose as entitled to become universal, and, when they apply it as an art, their efforts are ordinarily directed to enlarging the province of Contract and to curtailing that of Imperative Law, except so far as law is necessary to enforce the performance of Contracts.

⁷²⁵ Voir David Ricardo, *Principles of Political Economy and Taxation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1951.

haut possible pour un terrain est en pratique et d'un point de vue moral un droit dérivé d'une règle du marché.⁷²⁶

Le *marché* semble présupposer selon Maine une libre-concurrence entre des individus détachés de liens sociaux préexistants, ceux qui les lient aux autres membres des communautés de village. Ce principe n'a pas cours en Inde de la même façon qu'en Angleterre. Le prix d'un bien y est fixé par la *coutume*, à laquelle Mill accordait le rang de mode de régulation sociale, au même niveau que la concurrence. Pour Maine, « la compétition n'a qu'un petit rôle à jouer dans les transactions domestiques » et cette « prodigieuse force sociale (...) est d'origine relativement moderne »⁷²⁷. Le marché est bien un principe alternatif d'organisation sociale, qui rentre en conflit direct avec la coutume et le fonctionnement des communautés qui reposent sur elle. Surtout, remarquons que la critique que Maine propose de l'économie politique repose aussi sur le constat que le *contrat*, et la liberté des relations contractuelles, est une production relativement tardive de l'histoire humaine : « le devoir positif qui résulte de la confiance qu'un homme accorde à la parole d'un autre fait partie des conquêtes les plus lentes d'une civilisation qui progresse »⁷²⁸. L'économie politique comme le contractualisme, dont les présupposés sont communs, généralise à l'histoire de l'humanité tout entière l'institution des contrats, que Maine décrit pourtant dans *Ancient Law* comme le fruit d'une très longue maturation institutionnelle. Ces deux corpus théoriques font une erreur similaire : prendre le contrat dans sa forme la plus moderne et en faire le principe même de toute régulation sociale, voire le fondement des sociétés et des institutions politiques qu'elles se donnent. L'économie politique ne propose un portrait adéquat des sociétés modernes que grâce à « l'élargissement du domaine contractuel », ce qui suppose toutefois que ses explications ne soient pas valables pour les sociétés dans lequel ce processus n'a pas eu lieu. Nous verrons comment cette critique constitue aussi l'un des points de désaccord les plus profonds de Maine avec ses prédécesseurs, et notamment avec Bentham, malgré les points sur lesquels ils convergent explicitement. Voyons toutefois d'abord quels sont les éléments de la critique du contractualisme et du jusnaturalisme que Maine et Bentham partagent.

⁷²⁶ *Village-Communities, op. cit.*, p. 190 :

What in a primitive society is the measure of price ? It can only be called custom. (...) The right to take the highest obtainable price for land is as a matter of fact and as a matter of morality a right derived from a rule of the market.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 227-228.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 312 : « the positive duty resulting from one man's reliance on the word of another is among the slowest conquests of advancing civilisation ».

6.1.3. Maine et Bentham contre le contractualisme et les droits de l'homme

Lorsqu'il critique les abus pratiques et théoriques de la Révolution française, Maine fait référence aux *Sophismes Anarchiques*, qu'il note comme « publiés pour Bentham » par Dumont, et qui

incarnent l'exposition menée par Bentham des erreurs distinctement françaises, [qui] sont dérivés de l'hypothèse romaine [le droit de nature] à travers ses transformations françaises, ces dernières ne pouvant être comprises sans se référer à cette hypothèse.⁷²⁹

Il y a donc un lien explicite entre la critique du droit naturel de Maine et celle que Bentham propose, ce dernier ayant en ligne de mire les droits de l'homme en particulier. Le propos de Maine semble s'inscrire directement dans la ligne de celui de Bentham. La méthode historiciste de Maine, dans ce cadre, semble avoir pour seule fonction d'apporter des précisions et des confirmations empiriques. Dans *L'absurdité sur des échasses*, Bentham déclare en effet que « des droits naturels et imprescriptibles sont une absurdité rhétorique, une absurdité montée sur des échasses ». Bentham a en tête les déclarations des droits de l'homme et du citoyen de 1791 et 1795, dont il propose un commentaire suivi⁷³⁰. Les réflexions de Maine contre l'an historicité des théories de son époque trouvent donc leur inspiration chez Bentham, avec lequel il condamne d'une même voix un ensemble conceptuel complexe liant droit naturel, fiction de l'état de nature, contractualisme et une certaine conception de la propriété. Bentham n'a de cesse de réaffirmer la nature strictement sociale et établie des droits. Ainsi, « le droit est l'enfant de la loi » et il ne semble y avoir de droit que positif. Il n'y a donc pas de droits de l'homme, de l'individu notamment, que l'on pourrait opposer à ceux établis par un collectif. Pour Bentham par conséquent, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1791, selon lequel « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » est invalide, en ce qu'il semble poser l'existence de droits « antérieurs à l'établissement des gouvernements ». Cette idée, provenant des théories contractualistes et de la fiction anhistorique et présociale de l'état de nature, repose sur une dichotomie entre droits naturels d'un côté et droits « légaux » de l'autre, les droits positifs. Ainsi, « naturels, appliqué aux droits (...) prend son sens par opposition à légal »⁷³¹. Ainsi, l'ambition *analytique* du programme de Bentham concernant le droit se résume à cela :

⁷²⁹ *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 81 : « embody Bentham's exposure of errors distinctively French, are derived from the Roman hypothesis in its French transformation, and are unintelligible unless referred to it ».

⁷³⁰ Jeremy Bentham, *L'Absurdité sur des échasses*, « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1791) », in Bertrand Binoche et Jean-Pierre Cléro (dir.), *Bentham contre les droits de l'homme*, PUF, Paris, 2007, p. 34.

⁷³¹ J. Bentham, *L'Absurdité sur des échasses*, *op. cit.*, p. 32.

Il nous faudra voir comment de lois *réelles* dérivent des droits *réels* ; et puis on verra comment de lois *imaginaires* dérivent des droits *imaginaires*. Le droit, le droit substantif, est l'enfant de la loi.⁷³²

Rappelons que Maine veut dénoncer la « filiation irrégulière » posée par les théoriciens jusnaturalistes⁷³³, entendant décrire le lien, faussement établi, entre l'idée ancienne du droit naturel et sa réutilisation moderne.

Maine et Bentham vont aussi tenir des propos très similaires sur l'idée d'un « contrat originel » au fondement de la société et des institutions politiques, attaquant la fiction de l'état de nature à laquelle ce contrat est censé mettre fin. Dans une réflexion aux accents clairement humiens⁷³⁴, Bentham affirme ainsi que l'idée

[que] les gouvernements trouvent leur origine dans un contrat est une pure fiction ; en d'autres termes, une fausseté. On n'a jamais pu en reconnaître la vérité en quelque exemple. (...) Tous les gouvernements dont nous avons connaissance se sont graduellement établis par l'habitude, après avoir été constitués par la force ; sauf dans le cas des gouvernements constitués par des individus qui ont été émancipés ou qui se sont émancipés des gouvernements déjà constitués (...) : exception dont on ne peut rien tirer concernant les autres.⁷³⁵

L'idée de l'état de nature est une fiction contrefactuelle. Intéressons-nous toutefois à l'articulation que Bentham propose entre la force et l'habitude, point qui le distinguera de Maine : la première précède la seconde. C'est parce que la force originelle se trouve consolidée par l'habitude que le pouvoir d'un souverain peut s'établir. La question de ce qui fait exactement, comme le dirait l'expression, la *force de l'habitude* elle-même, n'est pas posée. Dans ce cadre conceptuel, qui est aussi celui d'Austin, la souveraineté provient uniquement d'en haut, du souverain lui-même, dont le pouvoir n'est originairement que force, mais qui est légitimité par habitude. Le renversement que Bentham propose du contractualisme s'inscrit dans cette perspective. Aussi, le *contrat* n'est pas ce qui fonde les sociétés humaines, au contraire, c'est parce que les sociétés existent et notamment parce que le pouvoir existe, que l'établissement de relations contractuelles est possible :

D'où les contrats dériveraient-ils leur force contraignante, si ce n'est du gouvernement ? Les contrats proviennent du gouvernement, non pas le

⁷³² *Ibid.*, p. 122.

⁷³³ *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 99.

⁷³⁴ Pour Bertrand Binoche et Jean-Pierre Cléro, l'influence de Hume est sur ce sujet très claire, voir Bentham, *L'Absurdité*, *op. cit.*, p. 36. En effet, leur remarque est d'autant plus pertinente que ce court passage de *L'Absurdité* donne l'impression d'être un parfait résumé des arguments développés par Hume dans « Le Contrat originel », voir David Hume, « Du contrat originel » in *Essais moraux, politiques, et littéraires* [1748], trad. Robel, PUF, Paris, 2001, p. 361-386. Le thème de l'établissement des gouvernements par la force de « l'habitude » est particulièrement humien.

⁷³⁵ J. Bentham, *L'Absurdité sur des échasses.*, p. 36-37.

gouvernement des contrats. C'est de l'habitude de donner force de loi aux contrats et de les voir respectés que nous sommes principalement redevables aux gouvernements, quelle que soit la disposition qu'ils manifestent de les observer.⁷³⁶

La même force qui donne au pouvoir sa légitimité nous permet d'avoir foi dans les contrats. C'est en effet parce qu'un gouvernement peut leur « donner force de loi », que nous pouvons avoir confiance dans le fait que ces contrats seraient « respectés ».

Avant de comprendre comment Maine se rapproche autant qu'il se distingue de Bentham sur cette question, nous pouvons explorer davantage la pensée de ce dernier à ce sujet. L'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ». Il y a là, pour Bentham, une ambiguïté potentielle concernant le terme de « loi » qu'il faut clarifier. La loi peut être l'ordre « signé ou émis » pour ordonner l'arrestation d'un individu. Dans ce cas, il n'y a aucune contradiction à relever. Toutefois, la même Déclaration de 1791 affirme à l'article 6 que toute « loi » requiert la participation de tous à son élaboration. L'ordre émis ou toute forme de décret ne serait donc pas une loi selon l'article 6. Nous ne relèverons pas que le raisonnement pointilleux de Bentham est ici bien peu charitable. Il s'agit davantage de comprendre quelle conception de la souveraineté se dégage de ces lignes familières de Maine. Pour Bentham, la loi est bien un ordre « émis »⁷³⁷, dont la légitimité repose uniquement sur le fait qu'elle est promulguée et présentée comme loi par l'autorité souveraine. En effet, « tout ce qui est présenté comme du droit par la personne ou les personnes auxquelles on reconnaît le pouvoir de produire des lois, est du *droit* ». Nécessairement, « tout ce qui a été inclus dans un acte d'authentification » est une loi⁷³⁸. La loi ne saurait donc être le résultat étrange de la volonté générale, et n'est pas loi parce qu'elle a été élaborée par tous. N'est loi que la parole du souverain, dont l'autorité est reconnue par le peuple. Cette autorité ne repose sur aucun fondement autre que la force et sa légitimation par habitude, et n'est très certainement pas fondée sur un contrat passé entre le peuple et son souverain, et encore moins encadrée par d'hypothétiques droits de l'homme⁷³⁹. Par conséquent, il n'existe aucun droit, aucune loi, à l'extérieur du domaine juridique défini par la communauté.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 37.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 60.

⁷³⁸ J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, Vrin, Paris, 2011, p. 345.

⁷³⁹ J. Bentham, *L'Absurdité*, *op. cit.*, p. 37.

Qu'est-ce qu'*avoir un droit* dans ce cadre ? C'est, pour Bentham, accepter un ensemble d'obligations. En effet, donner à quelqu'un un droit ne signifie rien de plus que d'imposer une obligation à quelqu'un d'autre, puisque c'est le souverain qui permet aux individus d'avoir des droits, et que le souverain ne peut agir que par la contrainte. Il peut donc ordonner aux individus de ne pas faire ceci ou cela, et l'autre face de cet ordre n'est autre qu'un droit concédé à un individu. En effet, « aucune liberté ne peut être accordée à un homme si ce n'est en la retirant à un autre »⁷⁴⁰. C'est, en somme, ce qu'une analyse rigoureuse du concept de droit suggère à Bentham. De manière évidente, les droits dits naturels ne sauraient entrer dans ce cadre, et pourraient encore moins fonder des droits que les individus pourraient revendiquer *contre* le droit positif existant dans un système. Il n'existe aucun droit hors du droit positif établi par l'existence d'une communauté. Qui plus est, cette clarification permet aussi de comprendre que la définition d'un droit comme *claim* est inadéquate : un droit n'est pas ce qu'un individu peut exiger du collectif. Cette définition cache en effet l'ensemble d'obligations que tout droit suppose. En effet, dire « *I have a right* », « j'ai le droit de », semble supposer presque naturellement une forme de droit dit subjectif, que l'on pourrait imposer à d'autres. Cette dimension, essentiellement revendicative, que semble posséder tout droit pensé comme *claim* serait intimement liée au jusnaturalisme et aux dangers qu'il représenterait pour Bentham.

Bentham considère donc que le langage du droit naturel est un langage « d'anarchistes »⁷⁴¹, ou un « *Terrorist language* », en référence à la Terreur⁷⁴². Les remarques de Maine à ce sujet sont extrêmement similaires, notamment lorsqu'elles portent sur la France et la Révolution, et apparaissent de façon systématique lorsqu'il est question du jusnaturalisme. Ainsi, pour Maine,

les philosophes de France, dans leur désir d'échapper à ce qu'ils considéraient comme un superstition de prêtres, se jetèrent la tête la première dans une superstition de juristes.⁷⁴³

De même, pour Bentham,

si les Anglais furent les premiers à introduire les droits de l'homme dans l'espace clos de la scène, ils les ont confinés à cette scène et à son espace clos. Il était réservé à la France, en ces jours de dégradation et de régénération (...) de transformer les débats en tragédies.⁷⁴⁴

Enfin, toujours pour Bentham, la « théorie de l'état de nature »,

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 123.

⁷⁴² *Ibid.*, p. 34.

⁷⁴³ *Ancient Law, op. cit.*, p. 90.

⁷⁴⁴ J. Bentham, *L'Absurdité, op. cit.*, p. 123-124.

(...) a puissamment contribué à provoquer les déceptions les plus dégoûtantes dont la Révolution française fut féconde. Elle a donné naissance, ou du moins une vive impulsion, aux vices des habitudes intellectuelles pratiquement universelles à l'époque : le mépris du droit positif, l'impatience face à l'expérience, et la préférence pour les raisonnements *a priori* à toute autre forme de raisonnement.⁷⁴⁵

6.1.4. Le droit des contrats sans la loi du souverain

Les nombreux points communs, voire les filiations attestées que l'on peut trouver entre la pensée de Maine et celle de Bentham, ne doivent toutefois pas nous permettre de négliger d'importantes différences. La plus importante peut-être concerne l'histoire des contrats et la façon dont leur développement se serait construit sur le développement d'une capacité des individus à se faire confiance, mais sans qu'une autorité souveraine n'y ait joué un rôle crucial. L'une des meilleures façons de comprendre la position de Maine à ce sujet reste sa position lors du débat concernant l'*Indian Contract Act* de 1872. Rappelons les éléments principaux du problème qui a conduit à sa promulgation. Bien avant que Maine ne soit envoyé en Inde, la Compagnie des Indes avait établi des tribunaux dont la tâche était principalement de régler les conflits entre les Britanniques expatriés en Inde et les locaux. L'un des premiers buts de ce système était donc de régler les conflits dans le contexte des relations commerciales, les activités britanniques en Inde étant essentiellement commerçantes. Il devint impossible de prendre le seul droit anglais comme référence et nécessaire de prendre en compte les coutumes locales. Toutefois, malgré quelques tentatives faites par des érudits britanniques⁷⁴⁶, il n'existait pas de droit contractuel ou de droits du commerce unifié, qui se serait référé à des principes coutumiers locaux. Dans la mesure où la plupart des coutumes locales avaient pour fonction de régler les différends des intimes à l'intérieur de leur communauté d'appartenance, trancher, au moyen de telles coutumes, des conflits émergents non seulement entre individus de communauté différentes, mais entre sujets britanniques et indiens natifs, était une tâche impossible. Les investisseurs étrangers en Inde avaient donc fréquemment recours à de nombreux intermédiaires pour interagir avec les producteurs, ne pouvant se fier à un cadre commercial commun. Toutefois, les conflits entre les investisseurs et les producteurs, notamment d'indigo, ne cessaient de se multiplier. Le diagnostic des administrateurs britanniques était simple : il s'agissait d'un problème de *confiance* entre les parties, alimenté par l'absence d'un droit unifié et d'un système juridique équipé pour l'appliquer. Les contrats étaient notamment l'objet de tous les contentieux. Les conventions

⁷⁴⁵ *Ancient Law, op. cit.*, p. 91-92.

⁷⁴⁶ Le travail de William Jones, linguiste, juriste et officier colonial, a beaucoup inspiré Maine à ce sujet. Voir William Jones, *Works of William Jones in Six Volumes*, G. G. and J. Robinson, Londres, 1799.

tacites, fréquentes entre membres d'une même communauté qui pouvaient se faire confiance, ne pouvaient fonctionner entre des investisseurs étrangers et les locaux, sans l'utilisation d'intermédiaires coûteux. La situation conduit alors à l'*Indigo Mutiny* de 1859, ou Révolte des Cipayes, l'une des révoltes les plus violentes contre la domination britannique.

La révolte débute par le fait que les cultivateurs d'indigo refusent de livrer les quantités promises aux investisseurs européens, qui eux possédaient les usines permettant de le transformer. Depuis les années 1820, leur conflit se concentre principalement sur les contrats, les juges n'ayant eu que deux solutions pour régler ces affaires : soit s'écarter des règles établies pour exercer un jugement plus ou moins circonstanciel, soit utiliser le droit pénal, dont l'arsenal était bien davantage développé que le droit contractuel, afin de forcer les cultivateurs à respecter leurs engagements. Très fréquemment, cultivateurs et investisseurs entraient en conflit à cause du fait que, selon ces derniers, les cultivateurs exploitaient le caractère vague de leurs engagements « contractuels », très souvent non écrits. Avant d'avoir recours au tribunal, les investisseurs pouvaient donc faire pression, jusqu'à la menace physique, sur les cultivateurs, alimentant un cercle vicieux de défiance entre les deux parties. En l'absence d'un cadre commun et d'une tierce-partie, plus les investisseurs exerçaient de pressions directes ou indirectes et demandaient des termes contractuels plus contraignants, et plus la méfiance s'installait. Il était alors fréquent que les juges, par peur de soulèvements paysans, refusent de trancher en faveur des investisseurs, même lorsqu'ils étaient dans leur droit. Un comité est donc mis en place, notamment après la révolte, pour régler la question. Il aboutit à l'*Indian Contract Act* de 1872. Les recommandations du comité étaient simples et concordait en effet avec le diagnostic selon lequel le problème principal demeurait un problème de confiance. Pour le régler, il suffirait de renforcer le système de justice, notamment de le rendre plus rapide et efficace, d'imposer un enregistrement des contrats, dans des termes clairs et explicites, et d'encadrer ce processus par un droit des contrats commun, inspiré du droit local mais compatible avec les activités commerciales européennes. Ces recommandations sont restées lettre morte jusqu'à l'arrivée de Sumner Maine en 1862, qui y devient membre du *Legal Council*. Maine soutient l'idée, contre la peur de nouvelles révoltes, qu'un droit contractuel uniforme est nécessaire. Mêlant droit coutumier locaux et droits occidentaux, avec des procédures simples et efficaces, il pourrait éviter ces problèmes récurrents de confiance et aider au développement des activités commerciales et industrielles. Maine est entendu et, à quelques exceptions près, ses recommandations sont appliquées.

Notons que l'idée que la force du gouvernement soit nécessaire pour créer la confiance parmi les parties n'apparaît pas, ni chez les locaux, ni chez Maine. C'est ce qu'il nous faut comprendre pour saisir ce qui le distingue de Bentham et d'Austin à ce sujet, sur la question de

la souveraineté. Il nous faut toutefois revenir à sa critique de l'économie politique, qui y est intimement liée. En effet, Maine affirme depuis *Ancient Law*, publiée en 1861, donc avant son arrivée en Inde, qu'une partie au moins du sous-continent était peuplée de communautés de villages, un exemple contemporain de ce que Maine pense être la forme la plus élémentaire d'organisation sociale parmi les sociétés « indo-européennes ». Comme nous l'avons déjà vu, ces communautés auto-suffisantes, dont les individus étaient connectés par des liens réels ou fictionnels de sang, cultivaient la terre collectivement. Pour Maine, il faut penser l'émergence des marchés *entre* ces communautés « autonomes » que sont les communautés de village, chacune cultivant sa propre terre. Si la « guerre perpétuelle » est le premier état dans lequel ces communautés peuvent se trouver, il doit exister un point où elles « se retrouvent » dans des espaces neutres (« *neutral grounds* »).

C'est donc dans l'espace entre les communautés de village, par essence non-règlementé, où toute souveraineté est absente, que se développent les premiers échanges marchands véritables⁷⁴⁷. Aucun des ensembles de règles coutumières des communautés concernées n'a de légitimité supérieure dans ce cadre. Pour établir des relations commerciales, il est donc nécessaire de prendre en compte qu'aucune autorité n'est la source de règles spécifiques pour les échanges et que l'on ne bénéficie pas de garanties qui viendraient de la « force » de cette tierce-partie. Dans le cadre de pensée que Maine attribue à Bentham et Austin, il est donc difficile de concevoir comment des « contrats », ou bien leur version primitive, pourraient être respectés par des individus en l'absence d'un gouvernement qui remplirait cette tâche. Il semble clair que, pour Maine, les communautés doivent pouvoir compter sur leur bonne foi réciproque pour être capables d'échanger. Comment mettent-elles au point les règles dont elles ont besoin ? Maine ne précise rien à ce sujet, mais on peut supposer que le processus qu'il pense être à l'œuvre est similaire à celui de l'élaboration du *jus gentium*, un ensemble de règles communes, mises au point par comparaison entre les différentes coutumes des communautés concernées entourant Rome. Les règles qui permettent aux échanges marchands d'avoir lieu doivent donc être distinctes des règles des communautés spécifiques, mais en même temps compatibles avec elles.

⁷⁴⁷ *Village-Communities, op. cit.*, p. 192 :

You are well aware that the fundamental proposition of Political Economy is often put as the rule of buying in the cheapest market and selling in the dearest. But since the primitive period the character of markets has changed almost as that of society itself. In order to understand what a market originally was, you must try to picture to yourselves a territory occupied by village-communities, self-acting and as yet autonomous, each cultivating its arable land in the middle of its waste, and each, I fear I must add, at perpetual war with its neighbour. But at several points, points probably where the domains of two or three villages converged, there appear to have been spaces of what we should call neutral ground. These were the Markets.

Il doit s'agir d'un code commun, écrit ou non, qui permet aux communautés d'interagir de façon stable et juste, tout en fonctionnant, et c'est essentiel, sans une tierce-partie qui aurait pour fonction d'imposer des sanctions à ceux qui ne respecteraient pas les règles. D'intéressants parallèles pourraient être ici faits avec la *lex mercatoria* ou le droit international.

Quoiqu'il en soit, si l'on utilise la description que Maine fait du *jus gentium* dans ce but, alors il apparaît déjà que, bien qu'il partage avec Bentham sa critique du jusnaturalisme, il ne lui donne pas le même sens. L'élaboration du *jus gentium* est pour Maine un processus pragmatique qui peut avoir lieu à différentes époques et dans différents contextes. Si l'éclairage que Maine apporte sur son histoire remet en cause l'idée même d'un droit naturel, cela n'implique pas que les échanges marchands qui ont lieu, et notamment les relations contractuelles, aient besoin d'une autorité supérieure dotée de la capacité de sanctionner pour avoir lieu, bien au contraire. Le *jus gentium* est bien plutôt présenté par Maine comme un moyen d'éviter des conflits qu'aucune autorité supérieure ou tierce-partie n'aurait pu arrêter :

à élaborer quelque méthode pour mettre au point un système de droits et de devoirs pour ces étrangers qui auraient pu, dans le cas contraire, – et il s'agissait d'un danger d'une réelle importance dans le monde antique – décider de régler leurs différends l'arme au poing (...).⁷⁴⁸

Maine va donner le rôle de stabilisateur des relations marchandes à une autre entité : la *confiance*. Pour créer une telle confiance, un ensemble cohérent de règles garantissant des rapports réciproques et clairs entre les acteurs peut suffire pour que se développent des relations contractuelles. Les discussions autour de l'*Indian Contract Act* réapparaissent ici : point n'est besoin d'un souverain benthamien et surtout austinien, la clarté et la cohérence des règles prime sur la garantie apportée par des sanctions externes. De plus, l'absence d'une telle autorité ne signifie pas l'absence d'institutions régulatrices, mais le comprendre suppose de s'intéresser encore davantage au fond du propos de Maine.

Maine décrit le développement d'une telle disposition des individus à se faire confiance comme nécessaire pour que la portée des relations contractuelles s'étende progressivement à de nouveaux domaines. Maine parle alors en termes moraux, liant ce développement « moral » de la confiance à l'extension des échanges marchands et à leur arrachement des règles des communautés fermées. Ce mouvement n'est toutefois pas abstrait : il est connecté à l'histoire du

⁷⁴⁸ *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 43 :

The mere instinct of preservation would force the Romans to devise some method of adjusting the rights and duties of foreigners, who might otherwise – and this was a danger of real importance in the ancient world – have decided their controversies by armed strife.

droit contractuel, que Maine raconte principalement à travers l'histoire romaine du droit des contrats. Dans le chapitre d'*Ancient Law* dédié à l'histoire primitive des contrats (« *the early history of contract* »), Maine lie le développement des échanges marchands au fait que la « loi impérative » (« *Imperative Law* »), c'est-à-dire le pouvoir de la communauté sur l'individu et ses droits, décline et « laisse aux hommes la tâche d'établir leurs propres règles de conduite avec une liberté qui ne leur avait jamais été accordée avant une période récente »⁷⁴⁹. La portée de la « loi impérative » est ainsi réduite progressivement au « domaine du contrat » au cours d'un processus où le droit devient toujours plus une simple cadre garantissant une stabilité minimale à des relations contractuelles toujours changeantes⁷⁵⁰. Ce processus n'est possible que grâce au développement des « vertus » et aux « obligations morales » que sont « la bonne foi et la confiance »⁷⁵¹. Maine affirme, s'opposant apparemment à certains de ses contemporains, que de telles vertus sont plus fortes à son époque qu'elles ne l'ont jamais été. La raison de l'impression contraire tiendrait au fait que l'on peut être témoin de faits divers choquants, où des individus auraient profité de la confiance d'autres. Néanmoins, Maine considère que « le caractère même de ces agissements montre que, avant qu'ils ne soient devenus possibles, les obligations morales auxquelles ils désobéissent ont dû se développer en proportion »⁷⁵². Maine explique cette déclaration étrange par le fait que « c'est la confiance accordée et méritée par le plus grand nombre qui est un terrain fertile pour les mauvaises intentions de quelques-uns »⁷⁵³. En d'autres termes, les abus de confiance ne sont possibles que dans un environnement où l'immense majorité des individus fait confiance aux autres, et notamment aux étrangers. Pour l'illustrer,

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 35 : « left to men to settle rules of conduct for themselves with a liberty never allowed to them till recently ».

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 305-306 : « the law of the least advanced communities tends more and more to become a mere surface-stratum having under it an ever-changing assemblage of contractual relationships ».

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 306 :

(...) many of us have an almost instinctive reluctance to admitting that good faith and trust in our fellows are more widely diffused than of old, or that there is anything in contemporary manners which parallels the loyalty of the antique world. From time to time, these prepossessions are greatly strengthened by the spectacle of frauds, unheard of before the period at which they were observed, and astonishing from their complication as well as shocking from criminality. But the very character of these frauds shows clearly that, before they became possible, the moral obligations of which they are the breach must have been more than proportionately developed. It is the confidence reposed and deserved by the many which affords facilities for the bad faith of the few, so that, if colossal examples of dishonesty occur, there is no surer conclusion than that scrupulous honesty is displayed in the average of the transactions which, in the particular case, have supplied the delinquent with this opportunity.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 306 : « the very character of these frauds show clearly that, before they became possible, the moral obligations of which they have the breach must have been proportionately developed ».

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 306-307 : « it is the confidence reposed and deserved by the many which affords facilities for the bad faith of the few ».

Maine remarque que dans le droit criminel romain, le vol représentait la forme la plus ancienne d'acte malhonnête, alors que ses contemporains débattent de la nécessité d'imposer à l'encontre de ceux qui abuseraient de la confiance qu'on leur aurait accordé en les mettant dans la position de gérer un fonds (« *trust* ») spécifique. Le sujet du *trust*, comme nous l'avons déjà souligné et nous apprêtons à le faire davantage, est essentiel. Quoiqu'il en soit, les Romains n'étaient pas davantage moraux que les Anglais, au contraire, ce sont ces dernières qui montrent une disposition plus développée à faire *confiance* au sein de relations contractuelles et d'échanges marchands⁷⁵⁴. Ce changement est lié aux évolutions simultanées du droit de propriété et du droit des contrats. La propriété aurait évolué depuis une conception qui en faisait quelque chose de sacré jusqu'à l'idée qu'il est possible de transférer ses biens à une personne pour qu'elle les gère en notre nom mérite la protection du droit. Il est intéressant de voir que Maine discute, comme Bentham en son temps, de la question des *trusts*. Si l'on reprend les éléments principaux du cadre conceptuel proposé par Maine tel que précédemment expliqué, on se souviendra que c'est tout d'abord la communauté qui possède réellement les biens qui constituent le fonds de ressources nécessaires à sa survie, ce qui explique leur caractère « sacré » pour le groupe. Les membres individuels n'ont donc pas le droit d'en disposer librement.

C'est dans ce cadre qu'ont lieu les premiers échanges marchands, d'une communauté ainsi définie par sa gestion collective d'un ensemble de ressources à une autre. Le nombre de biens que les individus peuvent donc échanger librement avec d'autres individus, membres d'une autre communauté, est donc très restreint et les seuls échanges qui peuvent avoir lieu, à l'intérieur comme à l'extérieur d'une communauté, sont extrêmement contraints. Graduellement toutefois, à mesure que les communautés deviennent de plus en plus interconnectées et que leur survie dépend de moins en moins de leurs ressources locales, les individus sont autorisés à échanger davantage de biens. Les relations commerciales se développent donc, depuis l'échange de biens uniquement secondaires vers l'échange de plus en plus large et facilité de biens. Au début de ce processus, les relations de solidarité et les contraintes internes aux communautés fournissent un cadre stable aux individus pour pouvoir débiter des échanges restreints avec des membres d'une autre communauté, mais de façon marginale. L'augmentation progressive et l'extension du domaine des échanges à de plus en plus de biens repose alors sur le

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 307 :

(...) in the interval between their days and ours, morality has advanced from a very rude to a highly refined conception – from viewing the rights of property as exclusively sacred, to looking about the rights growing out of the mere unilateral reposal of confidence as entitled to the protection of the penal law.

développement de dispositions de type moral, qui viennent elles-mêmes renforcer ce processus, formant un cercle vertueux. Ce cercle vertueux n'est toutefois possible que parce que l'institution même des contrats évolue graduellement. Tout d'abord, les biens, considérés comme nécessaires à la communauté, ne sont échangés qu'au moyen de cérémonies particulièrement contraignantes. À mesure que les contraintes communautaires se relâchent, les biens peuvent être échangés de plus en plus librement. Maine décrit ce processus en détails, mais on peut le décrire brièvement comme l'émergence de formes de contrats qui ne reposent que sur l'échange de *promesses* entre les parties, se détachant ainsi d'un cadre cérémoniel contraignant qui permettait de mettre en scène la création d'une obligation⁷⁵⁵. Surtout, c'est la nature des échanges qui évolue progressivement. Tout d'abord, les échanges sont immédiats, et la relation contractuelle n'a donc lieu qu'à un instant précis. Ensuite, des biens peuvent être fournis en attente d'un paiement plus lointain. Plus tardivement encore, et c'est là que l'on atteint le point où une simple promesse des parties suffit, il peut y avoir contrat lorsqu'aucun bien n'est délivré et aucune somme payée. Les parties se *promettent* seulement de remplir leurs engagements, montrant par là un haut niveau de confiance, nécessaire à des relations commerciales complexes⁷⁵⁶. L'établissement des relations contractuelles est donc simplifié. Cette conclusion, ne suppose toutefois pas l'existence, comme Bentham le souhaitait, d'une forme de gouvernement.

Rappelons d'ailleurs l'intérêt que Maine porte à l'institution de la possession, inspiré par le travail de Savigny à ce sujet. Il s'agit là aussi pour lui de contester les conclusions des jusnaturalistes, qui pourraient voir dans l'institution de la possession la reconnaissance, par le droit positif, d'un droit de propriété naturel aux choses⁷⁵⁷. Selon Maine, la possession et la prescription sont seulement des mécanismes transitionnels qui permettent de donner une légitimité à des individus manquant de titres de propriété effectifs, dans un contexte où de tels droits existent déjà. C'est sur ce point que Maine conteste les conclusions jusnaturalistes, et ces réflexions s'inscrivent directement dans la contestation du contractualisme et de l'idée hobbesienne que la « discipline de la force », fournie par le Léviathan, est nécessaire pour stabiliser des relations sociales entre des individus qui ne seraient rien d'autre, sans cela, que des atomes

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 313 :

First one or two steps in the ceremonial are dispensed with ; then the others are simplified or permitted to be neglected on certain conditions ; lastly, a few specific contracts are separated from the rest and allowed to be entered into without form, the selected contracts being those on which the activity and energy of social intercourse depends.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 322.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 254.

isolés⁷⁵⁸. L'idéal-type des communautés de village propose un contre-point à l'idée, particulièrement exigeante conceptuellement, d'un passage de l'état de nature à l'état social et aussi d'un état où les individus pourraient soudainement se faire confiance dans leurs relations commerciales, et voir leurs contrats garantis, alors que l'autorité les garantissant ne saurait être efficace sans qu'une disposition des individus à se faire confiance ne soit d'abord développée. L'évolution depuis les communautés de village est progressive, et la confiance qui permet de construire des relations sociales et commerciales au-delà de l'horizon de la communauté est mise en place progressivement, à partir d'un fond institutionnel existant.

Qui plus est, la possession joue aussi un rôle essentiel dans les échanges marchands : il est nécessaire, lors des transactions les plus quotidiennes mais pas seulement, que les parties *supposent* que leurs titres de propriété sont légitimes, et que le passage des biens des « mains » d'une partie à l'autre suffit à acter d'un transfert de propriété. Il est donc possible, à ce titre, de reconnaître un droit de propriété en bonne et due forme à quelqu'un ayant acquis un bien en l'achetant à quelqu'un qui l'aurait lui-même volé. L'ensemble des relations commerciales tient sur la possibilité d'échanger avec un tel niveau de confiance envers des étrangers. Dans les mots de M. Xifaras, à l'opposé de ceux de Bentham, ce constat se résume ainsi :

(...) la *loi* n'est pas la garantie de la propriété en matière de meubles qui changent rapidement de mains, (...) cette garantie doit être cherchée dans la confiance qu'on a dans celui avec qui l'on traite : confiance du possesseur en celui par qui il a acquis le bien, confiance du propriétaire qui laisse ses biens en possession de quelqu'un qui pourrait les revendre en se faisant passer pour le propriétaire légitime.⁷⁵⁹

Aussi, dans des mots qui résonnent particulièrement au sein de cette étude sur Maine, M. Xifaras parle de « l'alliance (...) du droit coutumier et de la civilisation commerciale »⁷⁶⁰.

6.1.5. L'énigme du *trust*

Ces remarques nous conduisent à souligner plus précisément les éléments qui distinguent la pensée de Maine de celle de Bentham au sujet de la propriété. Les deux auteurs partagent pourtant de nombreuses idées, mais parfois seulement en surface. Bentham s'oppose, comme Maine le fait aussi, à l'idée de propriété droit souverain de l'individu sur les choses. Tous deux appuient leurs arguments sur une réfutation des thèses jusnaturalistes, comme nous avons pu le montrer. La reconstitution des thèses de Bentham nous permet toutefois de pointer tous les endroits où Maine, sans s'opposer radicalement à Bentham, semble prendre un autre

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 257.

⁷⁵⁹ M. Xifaras, *La Propriété*, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 170.

chemin⁷⁶¹. Leur appréhension divergente de la notion de *trust* est alors la pierre de touche de cette différence théorique.

Pourtant, c'est au nom du rejet de la conception de la propriété comme maîtrise souveraine que Bentham propose de réformer le droit de cession⁷⁶². Ce rejet est toutefois très différent de celui de Maine. Pour Bentham, nous l'avons dit, le droit est strictement l'enfant de la loi. En d'autres termes, en suivant Hobbes, Bentham s'exprime ainsi dans le pamphlet qu'il co-rédige avec John Lind : « d'où vient ce droit [de propriété] ? Des commandements édités par la loi. (...) Retirez la barrière que la loi a placé autour de cette chose, de ce bien, quel qu'il soit, que reste-t-il alors de votre droit et de votre propriété ? »⁷⁶³. C'est donc au nom de l'idée que le droit de propriété est rendu possible par l'existence du souverain, et qu'elle ne précède en rien l'établissement de son autorité, qui permet à Bentham de s'opposer à la définition que Blackstone propose de la propriété comme domaine souverain dans les *Commentaires*, notion qui est progressivement renforcée au XVIII^e siècle⁷⁶⁴. Le législateur peut donc remettre en cause ce que d'autres considèrent comme un droit naturel, dans la mesure où le droit de propriété lui-même est un artifice que l'on doit au Souverain et à sa capacité à sanctionner pour que d'autres le respectent.

Le propriétaire peut par conséquent voir une partie de ses droits limités, voire retirés, comme le droit de transmettre librement ses biens par voie d'héritage, que Bentham considère assurément, comme le fait aussi Mill, comme un appendice secondaire et inessentiel du droit de propriété, s'il est analysé du point de vue de l'utilité⁷⁶⁵. C'est au nom d'une telle théorie impérativiste du droit que la propriété apparaît comme un droit essentiellement modifiable par l'autorité souveraine⁷⁶⁶. La propriété est d'ailleurs tant un artifice maintenu par le souverain que Bentham n'exclut en rien qu'elle puisse être collective, car il suffirait pour cela d'un simple

⁷⁶¹ Nous suivons en cela presque point par point l'article d'Emmanuelle de Champs, « Propriété et statut personnel chez Jeremy Bentham » in *Le Libéralisme au miroir du droit, L'État, la personne, la propriété*, Blaise Bachofen (dir.), ENS éditions, Lyon, 2008.

⁷⁶² Mary Sokol, « Jeremy Bentham and the Real Property Commission of 1828 », *Utilitas*, 4 (2), p. 225-245.

⁷⁶³ Emmanuelle de Champs rappelle les mots de Hobbes « la détermination du *mien*, du *tien* et du *sien*, ou, pour le dire en un mot (...) la propriété (...) appartient au pouvoir souverain », « Propriété et statut personnel chez Jeremy Bentham », *op. cit.*, p. 120. Le passage de Hobbes provient de *Léviathan*, chap. XXIV, §6, F. Tricaud (trad.), Sirey, Paris, 1971 (1651), p. 262.

⁷⁶⁴ Voir W. Blackstone, *Commentaires*, II, I, t. 2. Voir, au sujet de la propriété comme maîtrise souveraine, Robert W. Gordon, « Paradoxical Property », in J. Brewer et S. Staves (dir.), *Early Modern Conceptions of Property*, Routledge, Londres, 1996, p. 95-110.

⁷⁶⁵ Voir J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, Bossange, Masson et Besson, Paris, 1802, p. 318-324 et *Supply Without Burden*, in J. Bowring (dir.), *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edimbourg, 1843, I, p. 361.

⁷⁶⁶ H. Hart considère par exemple que Bentham défend une telle théorie impérativiste du droit. Voir Herbert L. A. Hart, « Bentham's *Of Laws in General* » in *Essays on Bentham : Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 105-126.

commandement différent du souverain. Imaginant le terrain d'un certain Rusticus, Bentham suppose en effet une quantité d'arrangements différents où les droits de jouissance et d'usages dudit Rusticus sur son terrain seraient strictement limités. Il ajoute alors que,

Il se peut aussi que ni cette personne ni quiconque n'ait le droit d'en fait usage sans le consentement d'autrui, ou de deux autres individus, ou de n'importe quel nombre d'individus, comme par exemple dans le cas où le terrain appartient à une corporation dont les membres le possèdent en trust, mais n'en ont pas l'usage individuellement. Dans beaucoup des cas ci-dessus, toute modification du droit de propriété requiert une loi différente (...).⁷⁶⁷

Le *trust* refait ici une apparition subreptice, ce qui confirme l'importance de cet objet dans les réflexions de Bentham sur la propriété. Son intervention donne une autre teinte à ce qui pourrait autrement paraître comme une forme de relativisme concernant les manifestations individuelles ou collectivistes de la propriété. Nous reviendrons sur l'histoire des *trusts*, mais l'on peut ici noter qu'un *trust* peut, en tant que mandat accordé à plusieurs individus, définir leurs droits et leurs obligations vis-à-vis d'un bien ou d'un ensemble de biens qui leur sont confiés par leur propriétaire d'origine, à des fins spécifiques. Si le *trust* peut ainsi servir de transition dans la passation d'une propriété à un bénéficiaire, par l'intermédiaire de quelqu'un à qui la gestion en est confiée, le *trustee*, c'est une forme d'association juridique qui a aussi pu être utilisée jusqu'au XIX^e siècle comme substitut à la constitution d'une corporation partagée par plusieurs individus.

Le *trust* apparaît ici comme une forme comme une autre d'arrangement de propriété, rendu possible par l'autorité souveraine. Ces développements permettent à Bentham de résoudre les contradictions que le *trust* et plus largement la notion même de propriété provoquaient dans ses premières œuvres. En quoi le fait que le *trust* soit, comme tout objet de propriété, constitué par la loi, apparaît-il nécessaire à Bentham ? Pour ce dernier, le *trust* est l'un des éléments de la *common law* qui pointent vers une inadéquation de l'idée de propriété comme droit individuel et absolu sur les choses. Bien sûr, aucun individu n'est absolument libre de faire ce qu'il veut avec les objets qui sont sa propriété⁷⁶⁸, parce que la propriété est instituée par la loi, et qu'elle ne trouve son fondement que dans la « sécurité des espérances »⁷⁶⁹. Néanmoins,

⁷⁶⁷ J. Bentham, *Of Laws in General*, H. L. A. Hart éd., Athlone Press, Londres, 1970, p. 178. La traduction est celle d'Emmanuelle de Champs, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁶⁸ Voir Emmanuelle de Champs, *op. cit.*, p. 122, citant les Manuscrits Bentham, University College, xxxii, Feuillet 161 [1792].

⁷⁶⁹ J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [1789], J. H. Burns, H. L. A. Hart et F. Rosen (dir.), Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 192. Voir aussi Douglas G. Long, « Bentham on Property », in *Theories of Property : Aristotle to Present*, A. Parel et T. Flanagan (dir.), Wilfrid Laurier University Press, Waterloo (Ontario), 1979, p. 220-254 et p. 231.

le *trust* est aussi un objet perturbant du fait de la volonté de Bentham de ramener les catégories du droit et leurs fictions à des entités réelles⁷⁷⁰. Au-delà du seul *trust* toutefois, c'est la propriété en général qui est une fiction que Bentham peine à réduire à des entités réelles. Si le droit romain se fonde sur la *summa divisio* entre les personnes et les choses, que sont exactement ces dernières ?⁷⁷¹ Assurément, les catégories de la *common law*, et c'est encore plus visible avec le *trust*, cadrent difficilement avec cette division aussi claire que simplificatrice⁷⁷². Bentham tente toutefois de réduire la propriété à une forme d'entité réelle en s'efforçant, dans l'*Introduction*, de faire la liste des différentes offenses dont le droit de propriété entend protéger les individus. Les « *offences against trust* » constituent une catégorie à part et davantage problématique que les autres⁷⁷³. Bentham définit le *trust*, moyen essentiel de transfert et de gestion des biens dans le droit anglais, comme suit : « on parle de trust lorsqu'il existe un acte particulier qu'une personne est tenue d'exercer pour le profit d'une autre, en vertu d'un *pouvoir* ou d'un *droit* qui lui a été conféré »⁷⁷⁴. Le *trustee*, celui auquel on confie le *trust*, est alors considéré dans une certaine mesure comme le propriétaire du bien confié.

Les offenses que l'on peut ressentir et que le droit classe comme violation de la propriété des individus concernent tout d'abord des *objets*. Un individu est alors victime d'une infraction à son droit de propriété si les attentes qu'il pouvait avoir concernant un objet sont déçues. Cela renvoie à la définition de la propriété comme « sécurité des espérances », dont le non-respect entraîne une perte d'utilité. Qu'en est-il du *trust* ? Une violation de la relation établie par le *trust* semble avant tout concerner un service que l'on attendait d'une personne⁷⁷⁵. L'histoire du *trust* est cependant plus complexe que cela. En effet, avant que le *trust* appartienne au domaine de l'*equity*, sa violation ne pouvait entraîner que le versement de dommages au propriétaire originaire du *trust*. Cela a justement été le rôle de l'*equity* de permettre aux propriétaires à l'origine du *trust* de récupérer leurs biens par saisie. Là où la *common law* ne reconnaissait donc qu'un défaut de service de personne à personne, l'*equity* permet à celui qui établit un *trust* de faire valoir des droits sur le bien qui constituait le *trust*, à l'encontre du *trustee*⁷⁷⁶. Bentham se demande toutefois si l'on peut considérer un service comme un objet de propriété. Il lui semble plutôt que l'on crée là un « être idéal », rangé dans la catégorie au nom presque paradoxal des

⁷⁷⁰ Voir J. Bentham, *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, P. Schofield (dir.), J-P Cléro et C. Laval (trad.), Seuil, Paris, 1997.

⁷⁷¹ Pour les interrogations de Bentham à ce sujet, voir Emmanuelle de Champs, *op. cit.*, p. 129-130.

⁷⁷² Voir René David et Xavier Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, PUF, Paris, 1998, p. 100-115.

⁷⁷³ J. Bentham, *Introduction*, *op. cit.*, p. 187-191.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 205-207.

⁷⁷⁵ Voir J. Bentham, *Introduction*, *op. cit.*, p. 192.

⁷⁷⁶ John Morley, « The Common Law Corporation : The Power of the Trust in Anglo-American Business Theory », *Columbia Law Review*, 116, p. 2145-2198, p. 2153-2154.

objets « *incorporels* ». Parmi ces objets incorporels, on trouve alors des statuts, comme celui du *trustee*⁷⁷⁷, ou encore tout simplement la réputation, qui en viennent, par une forme d'abus de langage, à être désignés comme des objets de propriété⁷⁷⁸. Si la propriété implique un rapport de la personne à une chose, le *trust* n'implique pas ou plus un tel rapport direct : le propriétaire confie un bien à quelqu'un et espère tirer profit de la gestion qu'en fera ce *trustee*. Il n'entend plus jouir de ses biens en tant que leur propriétaire, mais en tant que celui qui en a délégué la gestion à un autre. En d'autres termes, qui ne sont pas ceux de Bentham mais les nôtres, le *trust* jette le trouble dans la distinction entre les choses et les personnes, et dans celle entre droits personnels et droits réels. Le *trust* a dans son histoire toujours eu une double nature : devant la *common law*, le *trustee* pouvait en effet être reconnu comme propriétaire du *trust* qui lui était confié, alors que l'*equity* considérait cette relation comme dépendante des obligations personnelles que le propriétaire d'origine imposait au *trustee*⁷⁷⁹. La tension entre droits réels et droits personnels y est donc particulièrement évidente.

Là où Maine se concentre sur cette dernière tension, Bentham va se focaliser sur la distinction entre chose et personne, et plus précisément sur le problème de la définition de la chose, pour résoudre les difficultés du *trust* dans *Of Laws in General*⁷⁸⁰. Les choses dont les personnes peuvent être propriétaires peuvent être des objets incorporels, à condition que ces derniers puissent être réduits soit à un ensemble d'objets corporels, soit à une partie d'un objet corporel. Si les personnes peuvent aussi être dans une certaine mesure des objets de notre propriété, c'est uniquement par les services que l'on attend d'elles, ces services concernant des objets réels, comme la délivrance d'un bien ou des produits d'un bien⁷⁸¹. L'idée d'un droit absolu de l'individu sur les choses n'est en rien nécessaire pour maintenir l'institution de la propriété dans ce cadre. La théorie impérativiste de Bentham lui permet en effet de maintenir que ce n'est que parce que le droit comme système fournit de telles garanties que le propriétaire les possède. L'idée que ce dernier possède un titre de propriété qui lui donnerait des droits absolus est donc une simple fiction, dans le mauvais sens du terme pour Bentham. Les droits qu'il possède proviennent du droit et de la volonté législative. Il est ainsi investi de ces droits par la loi, de la même façon que le *trustee* est investi de certains droits mais aussi d'obligations, par le seul produit d'une volonté, celle du propriétaire⁷⁸².

⁷⁷⁷ J. Bentham, *Introduction*, *op. cit.*, p. 208.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 211-212.

⁷⁷⁹ J. Morley, *op. cit.*, p. 2154.

⁷⁸⁰ Voir Emmanuelle de Champs, *op. cit.*, p. 135.

⁷⁸¹ J. Bentham, *Of Laws in General*, *op. cit.*, p. 201, p. 284-285.

⁷⁸² J. Bentham, *Introduction*, *op. cit.*, p. 216, 227.

Maine partage de nombreux points de départ de cette analyse, comme nous avons déjà pu le souligner. Nous avons toutefois déjà montré que son intérêt pour les *trusts* provient de ce que leur existence confirme selon lui la primauté de la conception patrimoniale de la propriété sur la conception de la propriété individuelle comme maîtrise souveraine. Si Maine partage les critiques que Bentham adresse aux défenses jusnaturalistes de cette idée, la solution de Bentham aux contradictions que ce dernier perçoit dans les *trusts* ne saurait être celle de Maine, du fait de son opposition à une telle conception du droit, comme nous continuerons de le montrer dans les pages qui suivent. Davantage d'éléments historiques sont toutefois nécessaires pour comprendre ce qui permet à Maine de considérer, *a minima*, que le *trust* est un défi à la conception de la propriété comme domaine souverain de l'individu. Comme le rappelle John Langbein, historien du droit de la *common law* et spécialiste de la question des *trusts*, la tradition juridique a fait du *trust* une partie intégrante du droit de la propriété⁷⁸³. Le *trust* est, selon la définition générale qu'il en propose, une forme de transfert de propriété par le *settlor*, à destination d'un intermédiaire, le *trustee*, afin que ce dernier agisse comme gestionnaire pour un bénéficiaire. Le *trustee* peut être alors considéré comme le nouveau propriétaire du bien en question. Pourtant, il s'agit là d'une analogie qui a ses limites, dans la mesure où la constitution du *trust* définit aussi les prérogatives mais aussi les responsabilités du *trustee* vis-à-vis du bénéficiaire⁷⁸⁴. Quoiqu'il en soit, le *donative trust*, plutôt que le *trust* à vocation commerciale, n'est pas une simple donation d'une partie à une autre, mais est bien une relation tripartite. Ainsi, John Langbein cite Bernard Rudden : « *the normal private trust is essentially a gift, projected on the plane of time and so subjected to a management regime* »⁷⁸⁵.

Pour Langbein, cela fait du *trust* une institution juridique presque impossible à discerner du contrat, mais ce n'est pas là notre propos. Il reconnaît toutefois que cette dimension contractuelle ne s'est accentuée qu'à partir de la fin du XIX^e siècle, dans la mesure où le *trust* avait originellement pour fonction essentielle de permettre le transfert de propriétés, souvent des terres familiales, du vivant du propriétaire à ses héritiers⁷⁸⁶. Les transformations que le *trust* subit au fur et à mesure de son histoire accentuent toutefois certaines des propriétés qui peuvent y intéresser Maine, et qui correspondent à la conception patrimoniale de la propriété telle que

⁷⁸³ John H. Langbein, « The Contractarian Basis of the Law of Trusts », *Faculty Scholarship Series, Yale Law School*, 105, p. 502. Voir aussi John H. Langbein et al., « History of the Common Law : The Development of Anglo-American Legal Institutions », Aspen Publishers, 2009, *Yale Law School, Public Law Working Paper No. 192, Illinois Public Law Research Paper No. 09-07*, p. 267-334 et John H. Langbein, « The Secret Life of the Trust : The Trust as an Instrument of Commerce », *Yale Law Journal*, 107, p. 165-189.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 628.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 632, citant Bernard Rudden, « Book Review », *Modern Law Review*, 44, p. 610.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 628-629.

M. Xifaras la décrit : le *trustee* se voit confier la gestion d'un fonds, qu'il doit à la fois préserver et potentiellement faire fructifier, mais cela avec pour but de servir des intérêts qui ne sont pas ou pas seulement les siens, mais ceux de bénéficiaires. La « flexibilité » élargie que le *trustee* obtient dans la gestion du *trust* lorsqu'il devient une institution commerciale proche de la corporation n'est pas en contradiction avec les idées exposées concernant le mode patrimonial de gestion des ressources par les communautés de village, bien au contraire⁷⁸⁷. Ces communautés ont en effet à la fois le devoir de préserver le fonds pour ses prochains bénéficiaires, et peuvent aussi le faire fructifier afin qu'il perdure, y faisant des investissements ou en transformant une partie. On ne saurait trouver de rupture véritable, du moins dans l'optique de Maine, qui utilise aussi bien l'exemple du *trust* que celui des corporations pour appuyer son idée d'une alternative à la propriété comme maîtrise souveraine.

Aussi, l'extension du *trust* à la sphère commerciale renforce le propos de Maine sur le lien entre la diffusion de la confiance interindividuelle (*trust*) et l'extension des relations commerciales, le tout sans qu'une autorité souveraine dotée de sanctions soit nécessaire. L'affirmation progressive de la nature contractuelle du *trust* va même dans le sens de l'évolution sociale que Maine décrit, du *statut* au *contrat*, et ne rentre pas en contradiction avec l'idée que la propriété est originellement un patrimoine et que l'accroissement des prérogatives de l'individu sur ses biens ne doit pas laisser conclure à l'existence d'un droit naturel de propriété souveraine sur les choses. Le *trust* constitue en effet un fonds, dans lequel un ensemble de biens sont rassemblés, ensemble sur lequel le gestionnaire, le *trustee*, n'a pas les droits d'un propriétaire absolu. Il y a dans la constitution d'un tel fonds un caractère artificiel, où ces biens sont désormais définis par leur valeur commune et pour une fin posée par le propriétaire, qui ne permet en effet pas au *trustee* d'être considéré comme un propriétaire, et qui rend la solution proposée par Bentham insuffisante.

En sauvant la catégorie juridique des choses, Bentham paraît insister sur le fait que le *trust* n'est pas une exception à la définition qui fait de la propriété une institution garantissant les droits des personnes sur les choses. Si ces droits ne sont pas pour Bentham absolus, ils restent une relation entre l'individu et la chose possédée, la propriété, et ce même s'ils trouvent leur fondement dans le cadre posé par la loi plutôt que dans un droit naturel. L'idée d'une primauté de la conception patrimoniale de la propriété, que l'on doit à Maine, vient contester la nature individuelle de ce droit de propriété, que Bentham conserve comme un rapport entre personne et chose. En restant dans ce paradigme, Bentham ne permet au souverain que de faire

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 638. Pour le *trust* comme institution commerciale longtemps choisie comme alternative à la corporation, voir John Morley, *op. cit.*

des modifications périphériques du droit de propriété, en distinguant ses accidents d'un cœur de droits essentiels. Si, pour Bentham, les droits du propriétaire peuvent être limités par le souverain parce que c'est lui qui les garantit, les limites que Maine trouve dans la propriété proviennent plutôt du fait que toute appropriation est, à l'origine, limitée par le fait que ce qui est approprié est un patrimoine qui n'appartient pas à son gestionnaire actuel, mais à un groupe social ou à une lignée. De fait, Langbein reconnaît que le *trust* se distingue à l'origine par les contraintes fortes qui encadrent l'action du *trustee*, ses prérogatives étant resté ensuite limitées par les termes du transfert⁷⁸⁸.

Le *trust* peut même être considéré comme remettant davantage en cause l'idée de propriété comme maîtrise souveraine de la personne sur des choses. Considérée comme un fonds patrimonial, la « chose » en vient à imposer sa finalité propre à ses gestionnaires et à ses bénéficiaires. Non seulement personne n'en est le propriétaire au sens de maître souverain, mais le fonds en vient à acquérir des intérêts propres, transcendants ceux des gestionnaires et des bénéficiaires, qui sont à l'origine des contraintes qui pèsent sur ces derniers. Johanna Jacques utilise ces caractéristiques, qu'elle retrouve dans le *trust*, pour affirmer qu'il remet en cause l'idée d'un droit réel de propriété, nécessaire associé au droit d'exclusion⁷⁸⁹. Le *trust* ne vient pas selon elle, comme d'autres instances de la propriété, consacrer les intérêts des personnes sur les choses et justifier le contrôle des premiers sur les secondes. Elle y perçoit au contraire un cas où les choses « contrôlent les personnes ». Ainsi, le *trustee*, comme gestionnaire, et les bénéficiaires eux-mêmes se retrouvent « au service de la propriété constituée comme *trust* »⁷⁹⁰. Pour reprendre la formule de Jonathan Garton, « placer des biens dans un *trust* pour qu'ils soient

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 640.

⁷⁸⁹ Voir Johanna Jacques, « Property and the Interests of Things : The Case of the Donative Trust », *Law and Critique*, 30, p. 201-220, 2019. Elle s'attaque notamment à Henry E. Smith, « Property as the law of things », *Harvard Law Review*, 125, p. 1691-1726, et propose page 203 une intéressante revue de littérature des différentes visions contemporaines de la propriété qui n'y perçoivent pas une relation directe entre personnes et choses. On consultera par exemple Adolf A. Berle and Gardiner C. Means, *The modern corporation and private property*, New Brunswick, NJ : Transaction Publishers, 1991, qui décrivent la façon dont la corporation sépare conceptuellement les notions de propriété et de contrôle, ou encore Paul Matthews, « The comparative importance of the rule in *Saunders v. Vautier* », *Law Quarterly Review*, 122, p. 266-294, 2006 p. 290, qui décrit les différentes limites qui frappent systématiquement les droits de propriété en *common law*. Des perspectives plus classiques sont bien sûr celles de W. N. Hohfeld, « Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning », *Yale Law Journal*, 26 (8), p. 710-770, 1917 et Antony M. Honoré, « Ownership » in *Oxford essays in jurisprudence*, A. G. West, Clarendon Press, Oxford, 1961, qui sont souvent prises comme références au sujet de la propriété comme « faisceau de droits » qui n'impliqueraient pas de relation spécifique entre choses et personnes. T.C. Grey, « The disintegration of property », in *Property : Nomos XXII*, James Roland Pennock et John W. Chapman. (dir.), New York University Press, New York, 1980, p. 73, va aussi dans le sens de Johanna Jacques.

⁷⁹⁰ Johanna Jacques, *op. cit.*, p. 202 : « (...) things which are subject to a trust arrangement, and therefore are private property, have a measure of independence, and [...] they furthermore control the persons supposed to be their owners [...] Both the trustee and the beneficiary stand in the service of the trust property. »

investis et gérés par des *trustees* réduit évidemment l'autonomie des bénéficiaires, par contraste avec la propriété absolue »⁷⁹¹.

Deux éléments importants sont à retenir : d'une part, le *trust* réalise l'intention du *settlor* de préserver sa propriété de toute fragmentation ou destruction par les bénéficiaires, pourtant destinés à être propriétaires et, d'autre part, le *trust* est précisément constitué de manière à s'opposer à l'utilisation des biens par les bénéficiaires d'une façon qui servirait la poursuite de leur seul intérêt⁷⁹². En définitive, la propriété placée sous *trust* se voit accordée la même autonomie que le droit de propriété comme maîtrise souveraine est censé donner au propriétaire⁷⁹³. Il est même possible d'affirmer que le *trust* pourrait être constitué dans l'intérêt de la chose elle-même, et non pas au nom d'intérêts humains supérieurs, qui ne seraient pas nécessairement ceux des bénéficiaires⁷⁹⁴. Pour Jonathan Garton, en effet, la distinction entre bénéficiaires des revenus et ceux du capital qui est souvent faite lors de la constitution du *trust* a précisément pour but de protéger le capital de la destruction⁷⁹⁵. On pourrait alors renvoyer à l'analyse de Pierre Lepaulle, pour qui le patrimoine peut exister par lui-même et n'être finalement la propriété de personne, étant au contraire constitué comme patrimoine pour être protégé des intérêts individuels⁷⁹⁶. Il est certain que cette tension, entre un patrimoine constitué pour protéger des intérêts *humains*, mais supérieurs à ceux d'individus spécifiques, et un patrimoine qui serait constitué pour être justement protégé de l'activité humaine, se retrouve à l'œuvre dans la constitution des communautés de village et des communs dont nous parlerons davantage ultérieurement. La protection des biens placés sous *trust* a d'ailleurs pour objet, comme de nombreuses règles des communs et des communautés de village, de limiter l'impact que les échanges marchands pourraient avoir sur eux⁷⁹⁷. On retrouve ici ce que nous nommions plus tôt la « fabrique de l'inaliénabilité ».

Tout en apportant davantage de clarifications sur le contexte dans lequel Maine situe son histoire de la propriété, ces réflexions sur la nature des *trusts*, précédées par celles sur

⁷⁹¹ Jonathan Garton, *Moffat's trusts law : Text and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 296 : « placing property into trust to be invested and managed by trustees obviously reduces the autonomy of beneficiaries as compared with absolute ownership ». Nous traduisons.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 204.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 205. À ce sujet, Johanna Jacques voit un renversement de James E. Penner, « Value, property and unjust enrichment : Trust of traceable proceeds », in R. Chambers, C. Mitchell et James E. Penner (dir.), *Philosophical foundations of the law of unjust enrichment*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

⁷⁹⁴ Voir Gregory S. Alexander, « Pluralism and property », *Fordham Law Review*, 80, p. 1017-1052, 2011 et Alexander et al., « A statement of progressive property », *Cornell Law Review*, 94 (4), p. 743-744.

⁷⁹⁵ Jonathan Garton, *op. cit.*, p. 296.

⁷⁹⁶ Pierre Lepaulle, « Trusts and the civil law », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 15 (1), p. 18-34.

⁷⁹⁷ Johanna Jacques, *op. cit.*, p. 216. Voir aussi P. Matthews, *op. cit.*, p. 277.

l'importance du droit des contrats dans l'évolution des relations commerciales, confirment que les thèmes de la propriété, de la souveraineté et du droit sont inextricablement liés dans son œuvre. Ainsi, bien que Maine partage de nombreuses positions de Bentham, il développe, sans nécessairement s'opposer directement à ce dernier, une réponse spécifique aux tensions que fait naître l'idée de propriété comme maîtrise souveraine. Le démantèlement de cet édifice philosophico-juridique paraît s'accompagner chez Maine d'une même décomposition d'éléments essentiels à la théorie du droit de Bentham et d'Austin, supposément héritée de Hobbes, comme les notions de droits ou de sanctions, voire même celle de souveraineté, au sein de laquelle le droit coutumier est marginalisé. D'une part, les relations commerciales se développent au-delà des communautés de village dans un cadre où c'est l'opération de clarification proposée par le droit qui est essentielle, plutôt que les sanctions d'un souverain qui, de fait, n'a pas de prise sur des relations essentiellement basées sur la confiance. C'est alors une forme de droit coutumier qui paraît être liée à l'extension des échanges marchands. D'autre part, des objets juridiques comme le *trust*, ainsi que de nombreuses autres institutions orbitant autour du droit de la propriété en *common law*, paraissent indiquer à Maine que non seulement la propriété n'est pas originellement un droit naturel individuel, mais qu'elle n'est ni nécessairement garantie par le souverain, ni constituée comme garantie du contrôle de l'individu sur les choses, notion que Bentham conserve bien qu'il lui enlève son caractère absolu.

6.1.6. Les ambiguïtés de Maine concernant le réformisme benthamien

Il faut enfin envisager le rapport complexe de Maine au réformisme benthamien. En effet, dans la perspective évolutionniste de Maine, les acquis de la longue histoire des institutions « indo-européennes » ne sauraient être remis en cause. Ainsi, la liberté contractuelle, la propriété individuelle et généralement l'individualisation des relations sociales sont en quelque sorte le *télos* de l'histoire. Sur la fin de sa vie, Maine se situera d'ailleurs du côté des réactionnaires, pensant défendre ces acquis face aux idéaux démocratiques, au réformisme et à l'élargissement du droit de vote à l'ensemble des citoyens anglais, tandis que Bentham fait partie des grands défenseurs de l'extension du suffrage. Ce qui effraie Maine n'est pas la démocratie en elle-même, et ses vues ne l'empêchent pas de défendre d'autres changements majeurs, concernant notamment la place des femmes dans la société. Dans *Popular Government*, son dernier livre, souvent considéré comme ouvertement anti-démocratique, Maine s'inquiète plus précisément de l'instabilité d'une démocratie qui pourrait choisir, au nom des désirs du plus grand nombre, de revenir en arrière sur l'individualisation de la propriété. Assurément, Maine ne partageait pas, surtout à ce moment de sa vie, les opinions de Mill sur le sujet. Sa position est

toutefois celle d'un conservateur relativement modéré, saluant le système américain de justice et sa Cour Suprême, pour avoir trouvé un moyen de garantir des droits fondamentaux comme la propriété contre les mouvements de l'opinion dans un cadre démocratique. La Constitution américaine est pour Maine, « le rempart de l'individualisme américain contre l'impudence démocratique et le fantasme socialiste »⁷⁹⁸. Pour Maine en effet,

Nul n'est libre d'attaquer la propriété individuelle et de dire en même temps qu'il est attaché à la civilisation. L'histoire des deux ne peut être séparée. La civilisation n'est rien d'autre qu'un nom pour l'ancien ordre du monde aryen, dissout, mais qui se reconstitue perpétuellement, sous l'effet d'une grande variété d'influences, parmi lesquelles la plus puissante a été celle qui a doucement, et dans certaines parties du monde de façon considérablement moins parfaite que dans d'autres, substitué la propriété individuelle à la propriété collective.⁷⁹⁹

À d'autres moments de son œuvre, bien plus tôt dans sa propre vie, Maine rend explicitement hommage au réformisme benthamien :

Le secret de l'immense influence de Bentham en Angleterre ces trente dernières années consiste en ce qu'il a placé un tel objectif sous les yeux du pays. Il nous a donné une règle de réforme claire. (...) Bentham a donné au bien commun la priorité sur tout autre objectif et ouvert ainsi un passage à un esprit de réforme qui ne pouvait jusque-là s'exprimer.⁸⁰⁰

Bentham n'est donc pas seulement, avec Austin, responsable d'une clarification salutaire des concepts et des catégories juridiques, comme le pense Maine, il est aussi à l'origine d'un « esprit de réforme », animé par une « règle de réforme claire », grâce à un objectif déterminé : la réalisation du « bien commun », expression derrière laquelle le principe d'utilité fait sentir sa présence. Ainsi, bien qu'il ait condamné les droits de l'homme pour leur potentiel destructeur

⁷⁹⁸ *Popular Government*, *op. cit.*, p. 242.

⁷⁹⁹ *Village-communities*, *op. cit.*, p. 230. Nous avons choisi de traduire « severed property », concept apparemment propre au droit anglais, par « propriété individuelle », car il désigne en effet la propriété individuelle par opposition à la propriété collective :

But one conclusion he may properly draw from the facts bearing on the subject before us. Nobody is at liberty to attack several property and to say at the same time that he values civilisation. The history of the two cannot be disentangle. Civilisation is nothing more than a name for the old order of the Aryan world, dissolved but perpetually re-constituting itself under a vast variety of solvent influences, of which infinitely the most powerful have been those which have, slowly, and in some parts of the world much less perfectly than others, substituted several property for collective ownership.

⁸⁰⁰ *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 69 :

The secret of Bentham's immense influence in England during the past thirty years is his success in placing such an object before the country. He gave us a clear rule of reform. (...) Bentham made the good of the community take precedence of every other object, and thus gave escape to a current which had long been trying to find its way outwards.

vis-à-vis du droit positif, Bentham ne manque pas lui-même d'être particulièrement critique envers son propre système juridique. En effet, au cœur de ses propos extrêmement violents à l'encontre des droits de l'homme apparaît la figure du « censeur rationnel des lois » :

Car telle est la différence, la grande et perpétuelle différence entre le bon sujet, le censeur rationnel des lois, et l'anarchiste ; entre le modéré et le violent. Le censeur rationnel, qui reconnaît l'existence de la loi qu'il désapprouve, propose de l'abroger. L'anarchiste, instaurant sa volonté et sa fantaisie en loi devant laquelle l'humanité entière est appelée à s'incliner au premier mot – l'anarchiste, piétinant la vérité et la décence, conteste la validité de la loi en question, conteste son existence à titre de loi, en appelant à toute l'humanité pour qu'elle se dresse en masse et s'oppose à son exécution.⁸⁰¹

Bentham oppose donc le « censeur rationnel des lois », le « bon sujet », à l'anarchiste adepte des droits de l'homme. Le censeur n'enlève pas leur légitimité aux lois dont il « reconnaît l'existence » mais peut en désapprouver le contenu, tandis que l'anarchiste, lui, s'en prend à la validité de la loi elle-même. On peut donc être une autre forme de réformateur, et la science du droit (« jurisprudence ») peut être divisée entre deux entreprises :

(...) au domaine du commentateur appartient de nous expliquer ce qu'est le droit selon lui ; à celui du censeur appartient de nous montrer ce qu'il estime que le droit devrait être.⁸⁰²

Le rôle du juriste peut donc être double, celui de comprendre et d'expliquer ce que le droit est, de comprendre la « jurisprudence » en tant que somme du juridique d'une part, et de proposer les réformes à mener d'autre part. Le juriste peut donc être à la fois « commentateur » du droit et « censeur », c'est-à-dire porteur de réformes⁸⁰³. Le principe d'utilité recommande en effet d'abolir les lois injustes, mais selon un raisonnement extrêmement prudent :

C'est dans la proportion où il est juste ou qu'il convient – c'est-à-dire : avantageux pour la société en question – que tel ou tel droit, qu'un droit qui a tel ou tel effet, doit être établi et maintenu ; que c'est dans la proportion même où il est *injuste* qu'il doit être abrogé ; mais que, comme il n'y a pas de *droit* qui ne doive être maintenu aussi longtemps qu'il est, dans l'ensemble, avantageux à la société qu'il le soit, ainsi il n'y a pas de droit qui ne doive être aboli, quand son abolition est avantageuse à la société. Quant à savoir s'il serait plus avantageux à la société que tel ou tel droit soit maintenu plutôt qu'aboli, il faut considérer le temps auquel la question du maintien ou de l'abolition se pose et les circonstances dans lesquelles on se propose de la maintenir ou de l'abolir.⁸⁰⁴

⁸⁰¹ J. Bentham, *L'absurdité*, op. cit., p. 26.

⁸⁰² J. Bentham, *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, J.H. Burnsand et H.L. A. Hart, Londres, 1977, p. 397, cité dans Schofield, op. cit., p. 59. Nous traduisons.

⁸⁰³ J. Bentham, *L'Absurdité*, op. cit., p. 31-32.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 34-35.

Or, nous pouvons aisément rapprocher ces propos de ceux de Maine, lorsqu'il évoque l'activité des juristes romains, notamment lors de la mise au point du *jus gentium* qui, selon Maine,

avait pour fonction d'être un correctif, et non d'être révolutionnaire ou de favoriser l'anarchie. Malheureusement, il s'agit du point précis sur lequel la conception moderne du Droit de Nature a souvent cessé de ressembler à la conception des anciens.⁸⁰⁵

Comment donc expliquer les divergences que Maine exprime ensuite à propos de Bentham ? Il serait possible d'adopter un point de vue large sur la perception générale de Bentham par les juristes du XIX^e siècle, incluant Maine. En effet, pour Schofield, que l'on parle de l'école analytique d'Austin ou des juristes comme Maine et ses successeurs, relativement critiques du paradigme austinien, il est nécessaire de prendre en compte le rejet du volontarisme benthamien dans cette partie du siècle. Pour Schofield, les juristes de cette époque, Austin comme Maine, ne retiennent que l'activité de commentaire proposée par Bentham, à travers la clarification des concepts juridiques, et mettent de côté celle de censure, notamment dans sa dimension de critique de la *common law*⁸⁰⁶. De nombreux faits ne permettent toutefois pas d'accepter cette idée aussi aisément. En effet, Maine a systématiquement défendu une réforme en profondeur de la *common law*, en remettant en cause ses fondements, depuis la formation des juristes jusqu'à revendiquer la codification partielle ou totale du droit anglais⁸⁰⁷. C'est d'ailleurs à cause de ses positions quelque peu radicales que Maine se retrouve isolé à la fin de sa vie. Ses positions sont conservatrices, en ce qui concerne l'Angleterre, sur des thématiques très précises.

On peut aussi souligner que le conservatisme de Maine est très contextuel, et qu'il s'inscrit à la fois dans ses propres expériences, notamment en Inde, et dans le cadre de sa propre œuvre. Maine ne saurait en effet soutenir des législations qui viseraient activement à remettre en cause la propriété individuelle. Au contraire, l'un des mouvements principaux de l'histoire juridique consiste selon lui, comme nous l'avons vu, dans la transformation progressive de la législation en une simple activité régulatrice, qui laisserait libres les individus de se lier par toutes les relations contractuelles qu'ils pourraient désirer. Le cas de Maine semble donc être assez typique de celui d'un libéral anglais du siècle victorien : si ses positions sont réformatrices voire radicales au début et vers à la moitié du siècle, elles deviennent conservatrices par la suite, quand les plus radicaux viennent contester les principes d'un libéralisme désormais établi.

⁸⁰⁵ *Ancient Law.*, *op. cit.*, p. 77 :

Its functions were in short remedial, not revolutionary or anarchical. And this, unfortunately, is the exact point at which the modern view of a Law of Nature has often ceased to resemble the ancient.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁸⁰⁷ Voir Raymond. C. J. Cocks, *Sir Henry Maine : a study in Victorian jurisprudence*, *op. cit.*

D'autres raisons, plus profondes, peuvent expliquer un certain conservatisme de Maine, et donc une attitude sceptique envers l'activité législative dans un cadre démocratique. Parmi les influences notables de la pensée de Maine, on trouve en effet Edmund Burke, qui se refuse, comme Bentham, à accorder crédit aux thèses jusnaturalistes et aux droits de l'homme, dans sa critique de la Révolution française⁸⁰⁸. L'attention de Burke à la complexité des corps sociaux le rend particulièrement critique envers toute perspective réformiste et volontariste, y compris similaire à celle de Bentham. Les références de Maine à Burke sont d'ailleurs régulières dans *Popular Government*, Maine n'hésitant pas à citer son œuvre longuement, dans le texte⁸⁰⁹. On peut comprendre que Maine soit sensible à la méthode préconisée par Burke, qui recommande une forme de réformisme conservateur, fondé sur le primat de « l'expérience »⁸¹⁰. Il s'agit en effet de prendre en compte les réalités socio-historiques des sociétés afin de déterminer la pertinence des réformes, et de valoriser les évolutions progressives plutôt que les ruptures. Pour Maine, la position de Burke, notamment sur la révolution, est vérifiée par de nombreux « faits historiques »⁸¹¹. Le vocabulaire de Maine dans *Popular Government* coïncide alors fortement avec celui de Burke :

Tout ceci est cependant complètement intelligible, si [l'on comprend que] la nature humaine a toujours une capacité limitée (...) à s'adapter à de nouvelles conditions. Le mieux qu'elle puisse faire est de choisir des morceaux de son expérience et de les appliquer avec hésitation à ces conditions nouvelles ; et ce procédé est toujours périlleux et souvent dangereux.⁸¹²

C'est dans ce même ouvrage que Maine va distinguer un premier Bentham d'un Bentham plus tardif, devenu « réformateur radical » après des années d'activité politique, militant alors contre les « défauts inhérents à la Constitution ». Pour Maine, « Bentham n'était pas un réformateur de constitutions, mais un réformateur du droit », mais cela ne vaut que « durant la première et la plus grande partie de sa longue vie ». Ce n'est que par « pur désespoir » qu'il aurait radicalisé sa critique au nom du principe d'utilité. Cette évolution théorique expliquerait qu'il ait fini par

⁸⁰⁸ Edmund Burke, *Réflexions sur la révolution de France*, George Liébert (dir.), Pierre Adler (trad.), Hachette, Paris, 1989, p. 74-75.

⁸⁰⁹ Voir *Popular Government*, *op. cit.*, p. 20, 73, 78, 176, 178, 185, 205.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 212.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 178.

⁸¹² *Ibid.*, p. 178 :

All this, however, is extremely intelligible, if human nature has always a very limited capacity (...) for adjusting itself to new conditions. The utmost it can do is to select parts of its experience and apply them tentatively to these conditions ; and this process is always awkward and often dangerous.

défendre des institutions proches de celles qu'il critiquait pour leurs tonalités jusnaturalistes, comme celles de Rousseau ou encore de Sieyès⁸¹³.

Burke n'est toutefois pas la seule influence qui baigne la pensée de Maine. Si l'on resitue son développement autour des questions coloniales et de l'Inde, il ne fait aucun doute que le climat conservateur, inspiré par la peur de provoquer des secousses trop importantes sur le tissu social indien, est inévitable pour l'ensemble des penseurs de l'époque et ce malgré leurs divergences, comme c'est aussi le cas avec Mill. Qui plus est, la position de Maine n'est pas si éloignée de celle de Bentham, si l'on refuse de se contenter du portrait, souvent fait de ce dernier, selon lequel il serait un réformateur autoritaire. Concernant la question précise, centrale dans la pensée de Maine, de la codification du droit notamment dans le contexte colonial, les positions de Bentham sont en effet très mesurées⁸¹⁴.

Les positions conservatrices de Maine, au-delà de la défense des institutions qui lui sont chères, tient à sa méfiance vis-à-vis d'une activité de législation et de réforme qui ne prendrait pas en compte l'inertie du corps social, s'appuyant sur une conception de la souveraineté qui ferait abstraction de la complexité du social. Encore une fois donc, les distinctions subtiles qui existent entre l'œuvre de Maine et celles de Bentham tiennent à la critique de ce modèle de souveraineté, qui vise *in fine* à mettre la lumière à la fois sur ce qui entoure le droit et sur ce qui le précède, comme la coutume. C'est donc vis-à-vis d'Austin et notamment de la théorie de la souveraineté qu'il incarne à travers *The Province of Jurisprudence Determined*, qu'il faut déterminer comment Maine se situe.

6.2. Maine et l'*analytical jurisprudence* d'Austin

6.2.1. Des objectifs différents plutôt que des objections

Se demander quels sont les rapports entre Austin et Maine revient peut-être à poser la même question que Michael Lobban : « y a-t-il eu 'une école anglaise du droit' au XIX^e siècle ? »⁸¹⁵. En effet, l'idée qu'il puisse y avoir un fossé entre Maine et Austin tient à la

⁸¹³ *Ibid.*, p. 169 :

It must be carefully borne in mind that during the earlier and greater part of his long life Bentham was not a reformer of Constitutions, but a reformer of Law. (...) He became a Radical Reformer (...) through sheer despair. (...) Superficially the ideal political system for which he argued in a series of pamphlets has not a little resemblance to that of Rousseau and Siéyès. (...) The real difference between his plans and those of the French theorist lay in their philosophical justification.

⁸¹⁴ Voir A. Dubbe, *op. cit.*

⁸¹⁵ Michael Lobban, « Was there a nineteenth century « english school of jurisprudence ? », *The Journal of Legal History*, 16 (1), p. 34-62.

distinction entre une école anglaise de la théorie du droit qui serait *analytique* d'une part, et une école davantage *historique*, menée par Savigny, dont Maine et ses successeurs seraient les représentants anglais. Il est indéniable que Maine rappelle à de nombreuses reprises le caractère historique de ses réflexions, et que c'est cette méthode qui lui permet de contredire certaines des thèses d'Austin notamment. Toutefois, si, comme Michael Lobban le pense, cette distinction entre école analytique anglaise et école historique allemande est particulièrement ténue, et qu'Austin lui-même entretient des liens forts avec l'école historique allemande, alors ce portrait n'a peut-être plus de valeur⁸¹⁶. Quels sont les traits potentiels de l'école « anglaise », analytique, de théorie du droit ? L'un de ses fondements est bien sûr sa théorie impérialiste de la souveraineté, point sur lequel Maine exprime le plus de désaccords. D'autres éléments sont présents : le positivisme, qui établit une distinction *a minima* entre droit et morale, et une forme d'utilitarisme. L'école historique de Savigny, pour sa part, défend plutôt l'idée qu'il existe un lien nécessaire entre droit et morale, faisant du sens partagé de la justice par les membres d'une communauté un véritable standard juridique et donc une source du droit⁸¹⁷. Pourtant, Austin lui-même, dans sa description de l'école historique, dont il était très familier, ne fait pas un constat aussi tranché :

Le véritable sens de ce terme [jurisprudence historique], tel que les allemands l'utilisent, est que les juristes ainsi désignés pensent qu'un ensemble de lois ne peut être extrait de quelques principes généraux *a priori*, mais qu'il doit être fondé sur l'expérience des sujets et des objets dont traite le droit (...) Ce que veut dire (...) l'école historique est simplement ceci, que (...) le droit doit être fondé sur l'expérience des sujets et des objets du droit, et qu'il doit être déterminé selon le critère de l'utilité générale, et non pas tiré de quelques postulats arbitraires et *a priori* appelés droit de nature. Un nom plus approprié (...) serait l'école *inductive* et *utilitariste*.⁸¹⁸

Selon Austin, l'école historique a un crédo simple : les lois ne doivent pas être extraites de « principes généraux *a priori* », comme le « droit de nature », mais plutôt se fonder sur

⁸¹⁶ En cela, M. Lobban s'oppose à Frédéric Harrisson, « The English School of Jurisprudence », *Fornightly Review*, 24, 1878, 475-492.

⁸¹⁷ Comme le note M. Lobban, *op. cit.*, p. 34, cette distinction est établie par Jason M. Lightwood, dans *The Nature of Positive Law*, Macmillan, Londres, 1883, p. 253-254.

⁸¹⁸ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Londres, John Murray, 1885, p. 115-116 :

The proper sense of that term [historical jurisprudence] as used by the Germans is, that the jurists thus designated think that a body of law cannot be spun out from a few general principles assumed *a priori*, but must be founded on experience of the subjects and objects with which law is conversant (...) The meaning of the (...) historical school is simply this, that (...) law should be founded on an experimental view of the subjects and objects of law, and should be determined by general utility, not drawn out from a few arbitrary assumptions *a priori* called the law of nature. A fitter name (...) would be the *inductive* and *utilitarian* school.

« l'expérience » des « sujets et des objets du droit » eux-mêmes. On notera alors que cette présentation de l'école historique est compatible avec la façon dont les « analytiques » rejettent le droit naturel, comme Maine lui-même, et avec les fondements utilitaristes légués par Bentham. C'est en cela que l'on peut dire, avec Wilfrid Rumble et Michael Lobban, qu'Austin s'inspire même fortement de l'école historique, avant les développements apportés par Savigny à la lumière de la question de la codification⁸¹⁹.

Pour Wilfrid Rumble, les approches de Maine et Austin doivent simplement être vues comme « des réponses différentes à des questions différentes »⁸²⁰. Austin le déclare lui-même : il s'intéresse aux « systèmes plus matures des communautés raffinées » qu'il distingue des « systèmes limités et peu raffinés des sociétés grossières »⁸²¹. Son étude des systèmes « matures » doit lui permettre de constituer la « science universelle du droit » ou science « générale » du droit, qui n'est finalement pas radicalement distincte de la « science du droit comparée », à vocation historique, que Maine veut instituer :

Les principes et les distinctions que suppose la simple existence du droit sont le sujet de science universelle du droit. Prise dans son sens littéral, sa portée est très réduite. Le droit parmi les barbares est si différent du droit parmi les hommes civilisés, le droit parmi les asiatiques du droit des européens, le droit mahométan du droit des communautés chrétiennes, que cette jurisprudence serait réduite à la définition de quelques termes principaux, à supposer qu'elle soit limitée à la matière *commune* à tous les systèmes. Mais parmi les systèmes de droit positif qui méritent un examen approfondi (c'est-à-dire, parmi les systèmes de droit positif, le droit des nations européennes civilisées), les distinctions et les principes *communs*, bien qu'ils prennent des formes diverses, sont suffisamment nombreux pour constituer le sujet d'une science.⁸²²

⁸¹⁹ Voir Wilfrid Rumble, « John Austin and His Nineteenth Century Critics : The Case of Sir Henry Sumner Maine », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 39, p. 119-149, p. 119. Aussi, selon M. Lobban in *op. cit.*, p. 44 :

In a number of key areas, therefore, Austin's approach was parallel to that of the German jurists he encountered in the 1820s. His premise that there existed universal abstract principles drawn from experience, which were common to all legal systems, but that the content of law varied in each location, seemed to parallel Germanic ideas on the existence of a natural law finding varying expression in positive laws.

⁸²⁰ W. Rumble, *op. cit.*, p. 148 : « they are different answers to different questions ».

⁸²¹ W. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 1072. Nous traduisons : « scanty and crude systems of rude societies, and the ampler and maturer systems of refined communities ».

⁸²² J. Austin, *Second Statement By the Council of the University of London Explanatory of the Plan of Instruction*, 1829-1833, cité dans W. Rumble, *op. cit.*, p. 138. Nous traduisons :

The principles and distinctions which the mere being of Law supposes, are the matter of Universal Jurisprudence. Taken in its *literal* import, it lies within a narrow compass. So different is Law amongst barbarians from Law amongst civilised men, Law among Asiatic from Law among Europeans, Law in Mahometan from Law in Christian communities, that Jurisprudence would be confined to the definitions of a few leading terms, supposing it confined to the matter which is *common* to all systems.

La science du droit, analytique et « universelle », étudie donc un ensemble limité de systèmes juridiques. Elle a pour objectif de dégager des principes « communs » de systèmes juridiques comparables et contemporains les uns des autres, afin de constituer un système cohérent. Il n'y a donc, en définitive, que peu d'universalité dans cette science du droit « universelle ». On pourrait donc en conclure que les propos de Maine au sujet d'Austin et de Bentham, et notamment des prétentions à l'universalité de leurs théories, sont particulièrement peu fidèles à la pensée de ces auteurs. Austin donne en effet une portée restreinte à sa démarche, dont le but n'est que d'extraire des principes généraux de l'étude du droit positif, ce qui explique qu'il puisse rapprocher sa méthode de celle de l'école historique, la qualifiant d'*inductive*, par opposition au jusnaturalisme. Le véritable opposant de l'école analytique ne serait donc pas l'école historique, mais peut-être davantage l'idéalisme, Austin ne manquant d'ailleurs pas de rappeler à ce propos la distinction classique entre l'empirisme anglais et l'idéalisme allemand, se moquant de cette « philosophie élevée que les Allemands triomphants opposent à la philosophie de Bacon et de Locke, à la philosophie *empirique* qui rampe le ventre à terre, qui daigne examiner minutieusement les faits et qui s'abaisse à l'observation et à l'induction »⁸²³. Presque à la fin de sa vie, Maine revient d'ailleurs sur ses propres écrits en ces termes :

Il y a de nombreuses années, j'ai tenté, dans un travail sur l'ancien droit, d'appliquer la méthode d'enquête dite « historique » au droit privé et aux institutions de l'humanité. Mais, au commencement de cette entreprise, j'ai trouvé la voie obstruée par un nombre de théories *a priori* qui, dans tous les esprits à l'exception de quelques-uns, satisfaisait leur curiosité quant au passé, et paralysait toute réflexion sur le futur. Ils tenaient l'hypothèse d'un droit et d'un état de nature, antérieurs à toute institution positive, pour le fondement de leur réflexion, ainsi qu'un système hypothétique de droits et de devoirs appropriés à cette condition naturelle.⁸²⁴

But in the positive systems of Law which are worthy of accurate examination (in positive systems, that is, of the civilized European Nations), *common* distinctions and principles, though they take very various forms, are sufficiently numerous to constitute the subject of a science. Accordingly, there are the subjects of the *Universal Jurisprudence* which [it] is the purpose of the Lectures to expound.

⁸²³ *Ibid.*, p. 324. Nous traduisons :

(...) high philosophy which the Germans oppose exultingly to the philosophy of Bacon and Locke : to the earthly grovelling, empirical philosophy, which deigns to scrutinise facts, or stoops to observation and induction.

⁸²⁴ *Popular Government, op. cit.*, 1876, p. 21 :

Many years ago I made the attempts, in a work on *Ancient Law*, to apply the so-called Historical Method of inquiry to the private laws and institutions of Mankind. But, at the outset of this undertaking, I found the path obstructed by a number of *a priori* theories which, in all minds but a few, satisfied curiosity as to the Past and paralysed as to the Future. They had for their basis the hypothesis of a Law and State of Nature

Le véritable « obstacle » que Maine aurait rencontré reste le jusnaturalisme, et non l'œuvre de Bentham et Austin. Maine rendait ainsi hommage à Austin comme ayant proposé « la seule tentative qui soit de construire un système de jurisprudence qui suit un procédé scientifique strict et de la fonder, non pas sur des postulats *a priori*, mais sur l'observation, la comparaison et l'analyse de différentes conceptions juridiques »⁸²⁵.

De la même façon que Maine partage l'opposition de Bentham et d'Austin au jusnaturalisme, il s'accorde avec eux, dans une certaine mesure, sur le crédo positiviste par excellence, la séparation du droit et de la morale, résumé par la fameuse formule d'Austin : « l'existence d'une loi est une chose, son mérite ou son démérite en est une autre »⁸²⁶. Comprendre le fonctionnement du droit ce n'est donc pas le juger au moyen de critères qui lui seraient extérieurs. Maine partage cette opinion : l'historien du droit doit, selon lui, faire abstraction du degré de justice ou d'injustice des institutions et se concentrer uniquement sur « l'existence et le développement [du droit], et non pas sur sa pertinence »⁸²⁷. Bentham, Maine et Austin articulent ainsi cette position positiviste avec la dualité, établie par Bentham, entre le simple commentateur du droit et le censeur, ce dernier se devant d'être d'une grande prudence. On retrouve d'ailleurs, dans le propos d'Austin, des échos à ceux de Bentham et de Maine, jusqu'au choix des termes (« anarchie ») :

Prouver au moyen de raisons pertinentes qu'une loi est néfaste est hautement utile, parce qu'un tel procédé peut mener à l'abrogation de ladite loi néfaste. Inciter le public à la résistance en avançant des arguments précis d'*utilité* peut être utile, car la résistance, fondée sur des perspectives positives claires et définies, est parfois profitable. Mais proclamer de façon générale que toutes les lois qui sont néfastes ou contraires à la volonté de Dieu sont nulles et non avenues et qu'elles ne sauraient être tolérées, revient à faire l'apologie de l'anarchie, une attitude hostile et dangereuse aussi bien pour un pouvoir sage et inoffensif que pour une insupportable et stupide tyrannie.⁸²⁸

Maine ne se distingue alors de ses prédécesseurs que par le caractère historique accru de ses réflexions. Il pense, comme eux, que droit, religion et moralité doivent être des domaines séparés, mais attire l'attention sur le fait que la distinction stricte entre ces différents champs de la

antecedent to all positive institutions, and a hypothetical system of Rights and Duties appropriate to the natural condition.

⁸²⁵ *Lectures on the History of Institutions, op. cit.*, p. 343 :

for the only existing attempt to construct a system of jurisprudence by strict scientific process and to found it, not on a priori assumption, but on the observation, comparison, and analysis of the various legal conceptions.

⁸²⁶ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined, op. cit.*, p. 176.

⁸²⁷ *Village-Communities, op. cit.*, p. 230.

⁸²⁸ *Ibid.*, p. 177.

normativité appartient à une étape tardive du développement humain. Évoquant ainsi les codes primitifs, Maine affirme qu'ils « mêlaient les prescriptions religieuses, civiles et simplement morales », et ce sans prendre en compte leurs différences essentielles. Cette différenciation est alors le produit des « stades ultérieurs » du développement des sociétés et le résultat de leur « progrès mental »⁸²⁹.

6.2.2. *Analytical Jurisprudence et Comparative Jurisprudence*

Si Maine adresse une critique à Austin, il s'agit donc peut-être davantage de la critique respectueuse de quelqu'un qui se situerait à l'intérieur même d'un paradigme, plutôt que celle d'un opposant théorique. La méthode d'Austin n'est en effet pas anhistorique par principe, mais plutôt du fait de son objet, les systèmes de droit positif contemporains de Maine et de lui-même. L'utilisation de l'histoire a donc une place limitée dans cette entreprise. Ainsi, la législation

doit être fondée sur des principes généraux tirés d'une observation précise de la nature humaine, et non pas sur les témoignages imprécis appelés « histoire » (...) [Cependant] la connaissance historique a son utilité dans certains cas (...) pour expliquer l'origine des lois, qui sont vénérées pour leur antiquité. Pour expliquer une grande partie du droit qui existe aujourd'hui ; et pour nous permettre de distinguer la raison des temps modernes du rebut de l'Antiquité.⁸³⁰

Quoiqu'il en soit, Austin paraît donner à l'histoire des institutions une fonction critique, comme le fait Maine. Elle permet de réaliser que « un millier (...) de notions que l'on a supposées universelles et prises pour l'essence du droit (...) sont en réalité (...) extrêmement spécifiques et purement historiques » et qu'on ne saurait le comprendre « par spéculation scientifique » mais plutôt « en lisant l'histoire »⁸³¹. Ainsi, Austin se refuse à prendre « pour l'essence du droit » des institutions qui sont essentiellement le produit d'un contexte « extrêmement » particulier, une démarche qui ne peut que rappeler celle de Maine. Il apparaît aussi clair, comme le pense Michael Lobban, que Maine n'invente pas le recours à l'histoire en Angleterre. Maine

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 16.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 1030. Nous traduisons :

must be bottomed in general principles drawn from an accurate observation of human nature, and not in the imperfect records called history, (...) there are cases in which historical knowledge has its uses (...) To explain the origin of laws, which are venerated for their antiquity. To explain much of the law, which now exists ; and to enable us to separate the reason of modern times from the dross of antiquity.

⁸³¹ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, op. cit.*, p. 850. Nous traduisons :

a thousand (...) notions which have been supposed to be universal and of the essence of law (...) are really (...) exceedingly specific and purely historical (...) not to be got at by scientific speculation, but by (...) reading (...) history.

aurait plutôt cristallisé les critiques adressées à Austin, les radicalisant par un langage parfois réducteur⁸³².

Le recours à l'histoire tel que l'envisage Austin est, on l'a vu, relativement marginal. C'est ce qui distingue ce qu'Austin veut constituer, la « science des concepts juridiques », de la « science du droit comparée », la « *comparative jurisprudence* » souhaitée par Maine. En effet, comme l'explique Lobban, Austin reprend l'idée, qu'il emprunte à l'école allemande, d'extraire du droit positif une forme rénovée de « droit naturel », incarnée dans des principes généraux qui auraient donc une base positive. Austin trouve ce projet chez Gustav Hugo, pionnier de l'école historique, qui fait écho à la constitution du *jus gentium* romain, dont nous avons déjà remarqué l'importance dans la réflexion de Maine. Hugo et ses disciples, à travers cette « *begriffjurisprudenz* », ou science des concepts juridiques, se font les héritiers de Kant, et notamment de l'idée qu'il existerait des concepts de l'entendement qui mettraient en forme l'expérience sensible. Leur but est d'appliquer cette démarche à différents systèmes de droits positifs pour en révéler les cadres sous-jacents. Or, cette méthode inspire particulièrement Austin, notamment dans sa jeunesse⁸³³, mais aussi Maine, car les auteurs en question font partie de sa formation⁸³⁴.

Où se situe donc la différence entre ces deux auteurs ? T. E. Holland remarque que la science des concepts juridiques d'Austin a davantage à voir avec « les différentes relations que nécessite l'existence des règles juridiques, qu'avec les règles elles-mêmes qui régulent ces relations »⁸³⁵. En somme, Austin s'intéresse plus spécifiquement aux conditions générales de possibilité de l'activité juridique comme type de normativité, qu'au contenu concret des règles, sujet qui intéresse bien davantage Maine. Si ce dernier veut mettre au point une science du droit comparée, c'est pour montrer les similitudes en termes de contenu et d'évolution d'un ensemble *a priori* distinct d'institutions et de sociétés. Voici un exemple de cette méthode :

La proposition selon laquelle une ère historique d'aristocratie a succédé
à une ère historique de rois héroïques peut être considérée comme vraie,

⁸³² M. Lobban, *op. cit.*, p. 49 et sq. Lobban remarque l'intérêt d'Austin pour Grote ou Gustav Hugo, que Maine comme Savigny comptent comme des références de la méthode historique. Austin n'aurait cependant été que peu en contact avec le travail de Savigny. De Hugo, Austin tiendrait son intérêt pour l'extraction de principes universels à partir du droit positif.

⁸³³ M. Lobban, *op. cit.*, p. 37.

⁸³⁴ Dans son étude sur l'influence de l'historien Niebuhr sur Maine, N. O'Brien note en effet que Maine finit ses études dans un climat très propice à l'étude approfondie de l'histoire du droit. Même s'il estime, probablement à raison, que Niebuhr est une influence majeure sur le travail de Maine, il note aussi qu'Hugo fait partie du même ensemble de références historiques. Voir N. O'Brien, *op. cit.*, p. 239.

⁸³⁵ T. E. Holland, *Jurisprudence*, 13ème édition, Londres, 1924, p. 6, cité dans M. Lobban, *op. cit.*, p. 45 : « it deals rather with the various relations which are required by legal rules than with the rules themselves which regulate those relations ».

si ce n'est pour toute l'humanité, du moins pour toutes les branches de la famille des nations indo-européennes.⁸³⁶

6.3. Vers une critique du paradigme « Hobbes-Bentham-Austin ».

6.3.1. La fidélité de Maine à Hobbes, Bentham et Austin

Comme nous l'avons donc vu, il y a de nombreux points communs entre Maine, Austin et Bentham. C'est d'autant moins étonnant que Maine ne manque pas, à de nombreuses reprises dans ces différents écrits, de rendre hommage à Austin et son mentor, Bentham :

Tant que cette remarquable analyse des conceptions juridiques proposée par Bentham et Austin n'est pas connue si largement que cela dans ce pays (...), il est peut-être prématuré de se plaindre de certaines erreurs, vers lesquelles elle a tendance à nous conduire, sur certains points de l'histoire du droit. Si, dans ce cas, j'emploie l'exemple des phénomènes juridiques indiens pour illustrer ces erreurs, je dois faire précéder mon propos de l'affirmation générale selon laquelle quiconque n'a pas maîtrisé les parties élémentaires de cette analyse ne peut espérer avoir d'idées claires sur le droit ou sur la jurisprudence.⁸³⁷

Pour Maine, « l'analyse des conceptions juridiques » que Bentham et Austin proposent est remarquable, elle est même un prérequis à toute étude du droit, pour celui qui souhaiterait avoir les « idées claires ». Maine lui-même ne va faire que montrer sur quels points ils ont pu faire « certaines erreurs » qui n'apparaissent que lorsque l'on s'intéresse à des points précis de « l'histoire du droit ». Aussi, Maine considère que *The Province of Jurisprudence Determined* n'est autre, à Oxford, que

l'un des meilleurs manuels dans cette université ; et, avec d'autres conférences (...) il doit toujours, et pour longtemps, rester le pilier des études menées dans ce Département.⁸³⁸

⁸³⁶ *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 11 :

(...) the proposition that a historical era of aristocracies succeeded a historical era of heroic kings may be considered as true, it not of all mankind, at all events of all branches of the Indo-European family of nations.

⁸³⁷ *Village-Communities*, *op. cit.*, 1889, p. 66-67 :

So long as that remarkable analysis of legal conceptions affected by Bentham and Austin is not very widely known in this country (...), it is perhaps premature to complain of certain errors, into which it is apt to lead us on points of historical jurisprudence. If, then, I employ the Indian legal phenomena to illustrate these errors, I must preface what I have to say with the broad assertion that nobody who has not mastered the elementary part of the analysis can hope to have clear ideas either of law or of jurisprudence.

⁸³⁸ *Lectures on the Early History of Institutions*, 1875, *op. cit.*, p. 345 :

De fait, il semble que la plupart des réflexions que Maine fait au sujet d'Austin et de Bentham se limitent à la remise en cause de la validité des conceptions qu'ils proposent pour les sociétés les moins « avancées ».

Wilfrid Rumble note alors que l'une des toutes premières contributions de Maine aux débats de son époque, « *The Conception of Sovereignty, and its Importance in International Law* », paraît valider les observations d'Austin et de Bentham. Il s'agit d'une présentation faite devant une assemblée de pairs, la *Juridical Society*, qui a pour thème le droit international. On pourrait être surpris de voir Maine aborder ce thème et, qui plus est, d'abonder dans le sens d'Austin à ce propos. Le but de Maine dans cet article n'est pas d'interroger la juridicité du droit international au regard des définitions qu'Austin propose du droit, d'autant plus que ses réflexions sur le droit international y sont peu favorables. La tâche de Maine est, encore une fois, historique : il entend montrer que l'idée même de droit international tel qu'elle se développe à l'époque moderne à partir de l'œuvre de Hugo Grotius ne doit sa popularité et son efficacité qu'au fait que l'idée même de souveraineté a progressivement évolué, des débuts du système féodal à sa fin, jusqu'à être intrinsèquement liée au territoire, après avoir longtemps été extraterritoriale⁸³⁹. En effet, Maine estime que le droit international tel qu'il est appliqué à partir des principes supposément « naturels » de Hugo n'est en fait valable que grâce à un consensus généralisé, mais récent, sur la nature de la souveraineté : le souverain est celui que l'on considère « non seulement avoir un titre *souverain* sur le territoire national, mais celui qui en est le propriétaire *absolu* »⁸⁴⁰. L'idée d'une souveraineté provenant du contrôle sur un territoire délimité vient donc constituer une troisième possibilité, aux côtés des deux idées principales que l'on retrouve après la chute du droit romain : l'idée de souveraineté tribale, à l'image de celle des peuples « barbares » d'une part, et l'idée de souveraineté universelle héritée des Romains.

(...) one of the higher-class books in this University ; and, taken together with other lectures (...) it must always, or for a long time to come, be the mainstay of the studies prosecuted in this Department.

⁸³⁹ Maine, « *The Conception of Sovereignty, and its Importance in International Law* », *Papers of the Juridical Society*, 1855, p. 39. Il y a selon Maine « une connexion intime entre la perfection spéculative du système de Grotius et cette conception de la souveraineté ». Nous traduisons : « (...) the intimate connection between the speculative perfection of the Grotian system, and that conception of territorial sovereignty ». Maine considère même que l'immense majorité de la théorie de Grotius aurait été invalide « si la souveraineté n'avait pas été associée à la propriété d'une portion délimitée de la terre » (p. 40). Nous traduisons : « (...) if sovereignty had not been associated with the proprietorship of a limited portion of the earth, had not, in other words, become *territorial* – three parts of the Grotian theory would have been incapable of application ».

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 33 : « (...) sovereigns inter se are deemed not merely paramount, but absolute proprietors of the national territory ».

Au-delà de ces considérations territoriales, toutefois, Maine perçoit le droit international comme une confirmation des éléments qu’Austin considère comme essentiels à l’idée même de la souveraineté, cette dernière définition n’étant donc pas remise en cause. Maine propose alors un commentaire détaillé des propositions austiniennes, qu’il vient préciser d’une façon qui nous intéressera dans un deuxième temps. Notons pour le moment que Maine considère que, « en dernière analyse, l’étude de toute loi positive finit inévitablement par mettre au jour un commandement d’une nature particulière, adressé par des supérieurs politiques, ou souverains, à des inférieurs politiques, ou sujets (...) »⁸⁴¹. La théorie de Hobbes, Bentham et Austin est donc « la seule présentation des éléments constitutifs de la souveraineté qui ne soit pas visiblement défectueuse dans l’une des parties de sa définition »⁸⁴². Ainsi, Maine salue l’acuité de Hobbes, Bentham et Austin concernant la définition de la souveraineté, les situant tous droits au sein d’une tradition cohérente. Alors que les penseurs allemands ou danois avaient manqué de donner à la souveraineté une définition claire, du fait de leur propre situation politique, ce sont les penseurs anglais, car citoyens d’un état à la fois isolé et consolidé, qui ont pu en proposer une conceptualisation adéquate. Hobbes aurait ouvert le chemin vers cette clarification conceptuelle dans le *Léviathan*, avant d’être suivi par Bentham et le *Fragment on Government*, qui aurait proposé une analyse conceptuelle du « souverain » et de la « souveraineté » avant qu’Austin ne vienne parachever son œuvre, proposant alors la seule « exposition des ingrédients de la souveraineté qui ne soit pas pleinement défailante à quelque endroit de sa définition »⁸⁴³.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 26. Nous traduisons.

⁸⁴² *Ibid.*, p. 29.

⁸⁴³ *Ibid.*, p. 29-30 :

The question may almost be pronounced to be one which – so far at least as regards the centuries preceding the present – could only be solved by an Englishman, the citizen of a state at once isolated and consolidated ; and accordingly our countryman Hobbes seems to have been the first inquirer who struck into the right track. The investigation, however, as he carries it on in many parts of the *Leviathan*, is too much embarrassed with the discussion of points which are foreign to the matter before us to be refereed to with profit. Jeremy Bentham followed Hobbes, and the “*Fragment on Government*,” in his earliest essay, contains the first available analysis of the terms sovereign and sovereignty. This analysis, in the course of Bentham’s long literary career, was pushed to a much profounder depth, and corrected in many important particulars ; but many corrections, improvements, and additions had to be effected in it, after his death, by his friend and disciple Mr. John Austin. In the sixth lecture of Mr. Austin’s “*Province of Jurisprudence Determined*,” we find sum of all the conclusions which have been arrived at on the subject by the school to which Bentham gave a name. Though it would be hazardous to pronounce it exhaustive, it is, so far as my own knowledge extends, the only exposition of the ingredients of sovereignty which is not plainly defective in some parts of the definition.

Ailleurs dans son œuvre, Maine se propose de ne faire que des aménagements à cette théorie, en montrant qu'elle n'est pas nécessairement valable dans tous les contextes et notamment à toutes les époques. Ainsi,

Si les juristes analytiques ont manqué de voir nombre de choses qui peuvent seulement être expliquées à l'aide de l'histoire, ils aperçurent une grande partie de ce qui, même de nos jours, n'est vu qu'imparfaitement par ceux qui (...) se laissent emporter par l'histoire. La souveraineté et le droit, regardés comme des faits, n'avaient pris que progressivement une forme qui correspondait aux conceptions que Hobbes, Bentham, et Austin formulèrent à leur propos. Mais la correspondance existait déjà vraiment à leur époque, et tendait constamment à être de plus en plus parfaite. Ils furent donc capables de formuler une terminologie juridique qui eut comme première vertu d'être rigoureusement cohérente avec elle-même, et pour autre vertu que, bien qu'elle n'exprimât pas l'intégralité des faits observables, les nuances apportées à son degré de précision n'étaient jamais si graves qu'elles puissent lui retirer sa valeur, et tendaient de plus à devenir de moins en moins importantes à mesure que le temps passait.⁸⁴⁴

Maine relativise explicitement le manque de perspectives historiques dans la pensée de Hobbes, Bentham et Austin, car, contrairement aux auteurs qui « se laissent aller à l'histoire », ils décrivent fidèlement les faits juridiques observables à leur époque. De fait, la souveraineté et le droit ont « progressivement » évolué pour prendre la forme que l'on retrouve dans leur théorie et cette « correspondance », déjà presque parfaitement accomplie du temps de Hobbes et ensuite de Bentham, tend « constamment » à devenir davantage « parfaite ». Maine fait le même constat dès *Ancient Law*, où la position de Maine se trouve résumée :

Bentham, dans son 'Fragment on Government' et Austin dans sa 'Province of Jurisprudence Determined', font de toute loi un *commandement* du législateur, une *obligation* imposée ainsi au citoyen, accompagnée de la menace d'une *sanction* (...) Les résultats de cette séparation d'éléments coïncident exactement avec les faits de la jurisprudence arrivée à maturité ; et, par une légère torsion de la langue, on peut les faire correspondre dans la forme à tout droit, de tous les types et à toutes les époques. On n'affirme cependant pas que la vision du droit de la

⁸⁴⁴ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 396-397 :

If the Analytical Jurists failed to see a great deal which can only be explained by the help of history, they saw a great deal which even in our day is imperfectly seen by those who (...) let themselves drift with history. Sovereignty and Law, regarded as facts, had only gradually assumed a shape in which they answered to the conception of them formed by Hobbes, Bentham, and Austin, but the correspondence really did exist by their time, and was tending constantly to become more perfect. They were thus able to frame a juridical terminology which had for one virtue that it was rigidly consistent with itself, and for another that, if it did not completely express facts, the qualifications of its accuracy were never serious enough to deprive it of value and tended moreover to become less and less important as time went on.

majeure partie de ces époques soit tout à fait conforme à cette analyse ; et il est curieux de voir que, plus on remonte loin dans l'histoire primitive de la pensée, plus on s'éloigne d'une conception du droit qui ressemblerait à la combinaison d'éléments établie par Bentham.⁸⁴⁵

Ce qui est à l'œuvre dans les différentes citations qui précèdent, c'est une opération visant à critiquer la théorie proprement austinienne de la souveraineté, en la situant toutefois dans l'héritage de Bentham et Hobbes, de telle façon que Maine rassemble ces trois auteurs pourtant très différents en un même paradigme dans lequel les variations ne seraient que de l'ordre du détail. Reprenons donc les éléments fondamentaux de cette théorie de la souveraineté, afin de voir clairement comment Maine établit une filiation entre Hobbes, Bentham et Austin.

6.3.2. Le « paradigme Hobbes-Bentham-Austin »

Selon John Austin, la loi est un *commandement*, émis par un supérieur politique, le souverain, à un inférieur politique, ce dernier étant *habitué* à obéir au premier. Cette obéissance est garantie par la peur d'une sanction infligée par le souverain, qui possède le monopole de l'usage légitime de la force, qui lui est accordé en devenant le « Léviathan » hobbesien. À ce propos, Maine remarque, dans ses *Lectures on the Early History of Institutions*, que tous les éléments que l'on retrouve chez Austin au sujet de la souveraineté sont dus à Hobbes. Ainsi, Austin et Bentham ne pouvait que préciser certains éléments, plutôt qu'ajouter de véritables nouveautés. L'apport de ces auteurs tient toutefois à la précision qu'ils apportent aux concepts de sanction ou de droit individuel, et à la façon dont ils en exposent les relations nécessaires, structurées autour de la notion de souveraineté. Avec cet arsenal conceptuel en mains, ils auraient pu appliquer la théorie de la souveraineté hobbesienne à des faits nouveaux, plus complexes, qui seraient apparus entre leur époque et celle de Hobbes⁸⁴⁶. Maine soutient donc l'idée, peut-être contestable, que

⁸⁴⁵ *Ancient Law, op. cit.*, p. 6-7 :

Bentham, in his 'Fragment on Government,' and Austin, in his 'Province of Jurisprudence Determined,' resolve every law into a *command* of the lawgiver, an *obligation* imposed thereby on the citizen, and a *sanction* (...) The results of this separation of ingredients tally exactly with the facts of mature jurisprudence ; and, by a little straining of language, they may be made to correspond in form with all law, of all kinds, at all epochs. It is not, however, asserted that the notion of law entertained by the generality is even now quite in conformity with this dissection ; and it is curious that, the farther we penetrate into the primitive history of thought, the farther we find ourselves from a conception of law which at all resembles a compound of the elements which Bentham determined.

⁸⁴⁶ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 354 :

(...) this whole view of Sovereignty is older than Austin's work. But, so far as my own knowledge extends, I do not think that any material portion of it is older than Hobbes. (...) the analysis of Government and Society and the determination of Sovereignty are so nearly completed that little could be added to them by Bentham and Austin. The originality of these later writers, and more particularly of Austin, resides

Bentham et Austin n'auraient fait que poursuivre le travail de Hobbes en développant le paradigme qu'il aurait mis au point par sa définition de la souveraineté. Maine décrit ainsi les travaux de Hobbes, Bentham et Austin comme partageant suffisamment de caractéristiques pour être critiqués d'un bloc par sa remise en cause de la notion hobbesienne de souveraineté⁸⁴⁷. Le projet de Maine est alors simple : tandis qu'il accepte la définition de la souveraineté et du droit proposée par ce soi-disant paradigme pour les états occidentaux modernes, il soutient que cette même définition ne convient pas aux sociétés les plus anciennes ou les plus éloignées et qu'il s'agit, même dans le cas de l'époque moderne, d'une généralisation abusive.

Afin de défendre cette hypothèse, il confronte les notions essentielles extraites de l'œuvre d'Austin, qu'il distingue à peine de celles de Hobbes, avec les données des sciences humaines et sociales dont il est familier : l'histoire, l'anthropologie, la linguistique etc. Maine entend prouver que la théorie de Hobbes est hautement contextuelle, et que les différences que l'on peut déceler entre cette théorie et celle de Bentham et Austin sont seulement dues à de nouvelles évolutions politiques et sociales. En effet, Maine considère principalement que la conception que Hobbes, Bentham et Austin proposent de la souveraineté et du droit est corrélée à la centralisation progressive des États occidentaux, et à l'hégémonie grandissante de l'activité législative par rapport à d'autres formes de production des normes juridiques⁸⁴⁸. Cela les aurait

in their much fuller examination of the conceptions dependent on the notion of Sovereignty – positive law, positive duty, sanction and right – in setting forth the relations of these conceptions to others superficially resembling them, in combating objections to the theory by which the entire group of notions are connected together, and in applying this theory certain complex states of fact which had arisen since Hobbes wrote.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 345. Pour Maine, une large part des idées développées par Austin peuvent être attribuée à ses « échanges intellectuels constants » (« the perpetual commerce of thought ») avec ses « précurseurs » (« precursors »), Bentham et Hobbes.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 395-398 :

the phenomena which [Hobbes] had to observe were governments rapidly centralizing themselves, local privileges and jurisdictions in extreme decay, the old historical bodies, such as the French Parliaments, tending for the time to become furnaces of anarchy, the only hope of order discoverable in kingly order (...) The old multiform local activity of feudal or quasi-feudal society was everywhere enfeebled or destroyed (...) By the time Bentham wrote, and while he was writing, the conditions which suggest the Analytical System of Jurisprudence presented themselves still more distinctly. A Sovereign who was a democracy commenced, and a Sovereign who was a despot completed, the Codification of the laws of France. There had never before in the modern world been so striking an exemplification of the proposition that, what the Sovereign permits, he commands (...)

À l'époque des « juristes analytiques », cette correspondance « tendait à devenir toujours plus parfaite », sous l'action de la législation des états modernes. Par conséquent :

I [Maine] do not know a single law-reform effected since Bentham's day which cannot be traced to his influence ; but a still more startling proof of the clearing of the brain produced by this system, even in an earlier age, may be found in Hobbes. In his 'Dialogue of the Common laws,' he argues for a fusion of law and equity, a registration of

conduits, selon Maine, à ignorer les formes alternatives de régulation sociale (comme le droit coutumier et les institutions de la *common law* britannique) et à considérer toute alternative à la souveraineté « moderne » comme similaire à l'anarchie. Or, cette alternative entre la souveraineté du « Léviathan » et l'anarchie ou le « désordre universel » est pour Maine constitutive de la pensée de Hobbes, et conduit à un refus de considérer les différents niveaux de sociabilité qui précèdent logiquement et chronologiquement l'État pour Maine, comme ceux de la famille ou des communautés de village⁸⁴⁹. Si l'on prête attention à ces différents niveaux de sociabilité, on peut en effet affirmer que si anarchie il y a avant l'existence du Léviathan ou de l'État, c'est entre les tribus ou les communautés de village, et non pas en leur sein, et encore moins entre des individus isolés. L'ontologie sociale individualiste de Hobbes semble alors pour Maine contestable de ce point de vue, puisqu'il n'y a pas lieu de considérer que l'anarchie à laquelle le Léviathan met fin oppose des individus à d'autres individus sans attaches dans la « guerre de chacun contre chacun ». Cette erreur, Maine l'attribue principalement au contexte politique des guerres de religion et à leur effet sur la pensée de Hobbes, bien qu'il reconnaisse simultanément le caractère anhistorique de l'hypothèse contractualiste de Hobbes.

Maine retient cependant un élément important de cette hypothèse : la tentative de penser l'origine du gouvernement et de la souveraineté, ce qui le distingue de Bentham et d'Austin qui auraient quant à eux rendu complètement anhistorique leur propre réflexion sur la souveraineté, en grande partie par rejet de l'hypothèse contractualiste :

Une autre différence considérable est la suivante : Hobbes, on le sait, s'est interrogé sur l'origine du gouvernement et de la souveraineté. (...)

[Il est de notre] devoir d'enquêter sur la souveraineté, du moins, si ce n'est sur la façon dont elle est apparue, sur les étapes qu'elle a connues. (...) Ce n'est que de cette façon que nous pouvons nous assurer du degré de correspondance de l'analyse austinienne avec la réalité⁸⁵⁰.

titles to land, and a systematic penal code – three measures which we are on the eve of seeing carried out at this very moment.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 356-357 :

It is true that nothing can be more worthless in itself than Hobbes's conjectural account of the origin of society. (...) The universal disorder of the race in its infancy may be true of the contests of tribe with tribe and of family with family; but it is not true of the relations of individual man with individual man, whom we, on the contrary, first discern living together under a regimen which (...) we must call one of ultra-legality. And, in addition, the theory is open to precisely the same objection as the counter-hypothesis of Locke, that it antedates the modern juridical conception of Contract.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 356-357 :

Another considerable difference is this. Hobbes, it is well known, speculated on the origin of Government and Sovereignty (...)

Ainsi, bien que Maine, tout comme Bentham et Austin, rejette l'hypothèse d'un contrat social originaire, il le fait pour une raison qui tient davantage à son refus de considérer l'ontologie sociale individualiste comme applicable à l'ensemble des périodes et des formes de régulation sociale. Néanmoins, Maine place son propre projet à la suite de celui de Hobbes : il est nécessaire, si ce n'est de décrire comment émerge la souveraineté, du moins de comprendre par quels « stades » elle a pu passer. C'est n'est que de cette façon que l'on peut, en donnant à l'ambition hobbesienne un nouveau souffle inspiré des sciences humaines et sociales, voir « dans quelle mesure les résultats de l'analyse d'Austin correspondent aux faits ».

L'un des points focaux de l'enquête de Maine est alors la façon dont Austin, et par extension, Hobbes, rendent compte du droit coutumier et des éléments de la *common law* britannique qui échappent à l'emprise de la législation, comme la branche judiciaire. Le droit coutumier intéresse Maine par la façon dont il prouve que des alternatives au droit et à la souveraineté « modernes » ont pu exister et existent encore, et constituent des formes alternatives de régulation sociale. Or, le fait que le droit coutumier ne s'appuie pas sur les mêmes types de sanction que le droit moderne est crucial pour Maine, car il n'est pas appliqué par la *force* qui constitue l'essence du pouvoir de l'État pour Maine. Dans les communautés suivant les règles de la coutume, les activités législatrices et judiciaires et les sanctions qui les accompagnent sont seulement de vagues concepts et les règles qu'elles émettent et appliquent semblent, pour utiliser un vocabulaire contemporain, *self-enforcing*, ou auto-exécutoires. Ainsi, tous les éléments qui sont essentiels au droit tel qu'il est décrit par Hobbes, Bentham et Austin apparaissent absents du droit coutumier. Inversement, l'étude du droit coutumier, principalement grâce à l'Inde et à quelques exemples, peut révéler selon Maine que, même dans les sociétés occidentales modernes, la régulation sociale ne saurait se résumer aux commandements du souverain et aux verdicts des juges, et à l'opposition austinienne entre moralité positive et droit positif.

Nous pouvons donc déployer désormais la critique que Maine adresse à Hobbes, Bentham et Austin, partant de « l'expérience » que représente l'Inde et comment elle remet en cause l'applicabilité des catégories modernes de la souveraineté et du droit à de large ensembles de situations. Maine mène cette discussion en gardant systématiquement à l'esprit la *common law* elle-même. Il cherche en effet à montrer comment la *common law* britannique de ses contemporains, bien qu'elle s'en soit éloignée, porte encore en elle les traces d'une nature du droit qui

[One has the] duty of enquiring, if not how Sovereignty arose, at all events through what stages it has passed (...) It is only thus that we can assure ourselves in what degree the results of the Austinian analysis tally with facts.

ne se réduit pas à l'activité de législation. Cela nous permettra d'en venir à la façon dont ces interrogations s'illustrent et naissent à la fois d'une considération spécifique pour la question indienne. Nous verrons en effet comment les interrogations sur le droit coutumier des communautés de village, mais aussi sur les effets de la codification du droit par les britanniques dans le sous-continent indien, viennent à la fois exemplifier et renforcer les critiques que Maine adresse à Hobbes, Bentham et Austin. Ces réflexions permettent à Maine de développer une réflexion critique sur la place de la sanction et de la force dans le droit et font émerger dans son œuvre, surtout tardive, une description des mécanismes spécifiques des systèmes coutumiers.

Septième chapitre

Le droit coutumier et le « Souverain » -
contra Hobbes, Bentham et Austin

7.1. L'exemple indien contre Austin et Bentham

7.1.1. La colonisation de l'Inde, la nature du droit et de la coutume

La critique que Maine propose du paradigme « Hobbes-Bentham-Austin » trouve son origine dans l'étude d'un ensemble de sources secondaires, principalement concernant l'histoire du droit romain et le droit indien, dès son premier livre, *Ancient Law*. À ces premières études s'ajoutent l'histoire des communautés de villages germaniques ainsi que celle de l'ancien droit irlandais dans ces livres plus tardifs comme *Village-Communities*, *Lectures on the Early History of Institutions* et la *Dissertation on Early Law and Custom*. D'autres ont pu remarquer que Maine semble, dans ses écrits les plus anciens, accepter presque sans réserve le même paradigme qu'il critiquera ensuite⁸⁵¹. Même dans *Ancient Law*, les remarques à ce sujet sont rares et peu développées. Néanmoins, le livre suivant, *Village-Communities*, marque une rupture plus claire avec ce paradigme, et le livre commence même par une remise en cause de la conception benthamienne et austinienne de la souveraineté, au moyen des systèmes coutumiers tels que Maine les trouve en Inde. C'est à ces passages que Mill fait référence lorsqu'il affirme son désaccord avec Maine, sans toutefois en préciser les raisons. Quoiqu'il en soit, c'est l'idée selon laquelle le principe d'utilité doit guider l'activité législative, que Bentham et Austin ajoutent au système de Hobbes selon Maine, qui est le point de départ de cette discussion :

Il est impossible de faire des observations concernant la connexion entre la législation et la théorie analytique du droit sans avoir à l'esprit les prolongements que Bentham et Austin ont donné aux spéculations de Hobbes. Leur contribution a consisté à les associer à la doctrine ou à la théorie de l'utilité – celle considérant le plus grand bien du plus grand nombre comme le fondement du droit et de la morale (...).⁸⁵²

Le but de la critique proposée par Maine est de nuancer l'idée utilitariste, défendue par « certains grands auteurs » comme Bentham et Austin, selon laquelle « c'est le sens du moment opportun et de la convenance » qui doit être « la seule source des modifications du droit et de l'usage ». La critique de Maine va toutefois adopter un angle très spécifique : elle remet en cause son applicabilité en Inde, à cause de deux idées qui lui seraient fondamentales, l'individualisme et l'égalitarisme. Cela explique qu'il amorce sa critique au moyen d'une anecdote,

⁸⁵¹ See Wilfrid E. Rumble, *Doing Austin Justice*, Continuum, New York et Londres, 2005, chap. 7.

⁸⁵² *Lectures on the Early History of Institutions*, *op. cit.*, p. 398 :

It is however impossible to observe on the connection between legislation and the analytical theory of law without having the mind carried to the famous addition which Bentham and Austin engrafted on the speculations of Hobbes. The addition consisted in coupling them with the doctrine or theory of utility – of the greatest happiness of the greatest number considered as the basis of law and morals. (...)

selon laquelle un brahmane auquel on aurait présenté la théorie utilitariste aurait réagi en remarquant qu'il est évident que les hommes ne sont pas « de fait », « égaux ». Cette illustration permet à Maine de limiter l'applicabilité de la doctrine utilitariste aux sociétés européennes modernes, qui sont soumises à l'autorité d'un « Souverain ». Dans ce cadre, la règle utilitariste est la meilleure voire la seule qui soit adaptée à l'œuvre de « législation » de l'autorité souverain. Toutefois, si l'on considère que les sociétés indiennes sont structurées d'une façon radicalement différente des sociétés européennes, alors l'utilitarisme, pour lequel une loi doit être évaluée en fonction de l'utilité agrégée de tous, chacun comptant strictement pour un, n'est pas valide pour le gouvernement du sous-continent indien⁸⁵³.

Dès les toutes premières pages de *Village-Communities*, Maine affirme qu'à certains stades de leur histoire, les sociétés sont peu enclines à changer leurs usages. Elles peuvent néanmoins « reconnaître certaines influences contraignantes comme des raisons suffisantes de se soumettre à de nouvelles règles ». C'est une double position qui apparaît ici dans l'argument de Maine, puisque ce dernier admet que la croyance que « la Coutume est sacrée et perpétuelle » peut cohabiter au sein d'une société avec le postulat, attribué à Austin et à ceux qui le précèdent, selon lequel « la Coutume est tout ce que le souverain ordonne ». Maine donne ici un avertissement : la comparaison avec des sociétés lointaines ou anciennes ne doit pas nous conduire à la conclusion que l'idée moderne de souveraineté est entièrement invalide dans ces contextes. Inversement, « davantage d'attention aux phénomènes coutumiers observés » est requise, pour réaliser que le rôle attribué à la législation du Souverain ne doit pas être exagéré⁸⁵⁴.

⁸⁵³ *Ibid.*, p. 398-400 :

To myself the most interesting thing about the theory of Utility is that it presupposes the theory of Equality. The greatest number is the greatest number of men taken as units ; 'one shall only count for one,' said Bentham emphatically and over and over again. In fact, the most conclusive objection to the doctrine would consist in denying this equality; and I have myself heard an Indian Brahmin dispute it on the ground that, according to the clear teaching of his religion, a Brahmin was entitled to twenty times as much happiness as anybody else. (...) – how did it suggest itself to Bentham's mind ? He saw plainly – nobody more clearly – that men are not as a fact equal ; the proposition that men are by nature equal he expressly denounced as an anarchical sophism. (...) I venture to think that this doctrine is nothing more than a working rule of legislation, and that in this form it was originally conceived by Bentham. Assume a numerous and tolerably homogeneous community – assume a Sovereign whose commands take a legislative shape – assume great energy, actual or potential, in this legislature – the only possible, the only conceivable, principle which can guide legislation on a great scale is the greatest happiness of the greatest number.

⁸⁵⁴ *Village-Communities, op. cit.*, p. 8-9 :

The sense of expediency or convenience is not assuredly, as some great writers have contended, the only source of modification in law and usage ; but still it undoubtedly is a cause of change, and an effective and powerful cause... And however mankind at certain stages of development may dislike to have their usages changed, they always

C'est donc une réflexion particulièrement complexe et, il faut l'avouer, rarement tout à fait claire, que Maine débute ici. La question est la suivante : comment la coutume peut-elle être respectée du fait de son existence ininterrompue dans le temps en tant que pratique, et qu'elle trouve aussi un fondement dans le pouvoir du souverain ? Nous avons déjà évoqué le fait que des fictions telle que « l'antiquité » puissent rendre l'invention de règles possible sans heurter la peur du changement de telles sociétés. Il s'agit ici toutefois d'un problème d'un autre niveau. Avant de le comprendre, il nous faut reconstruire l'argument de Maine, qui résume dans l'extrait suivant ce qu'il perçoit comme un paradigme commun entre Bentham, Austin et Hobbes avant ces deux derniers, qu'ils désignent tous comme les « juristes analytiques ». Utilisant un vocabulaire clairement tiré de l'œuvre d'Austin, Maine décrit la loi comme un commandement d'un type particulier, imposé encore une fois par un supérieur à un inférieur politique, le second ayant pour « habitude » d'obéir au premier. Par conséquent, la loi

impose aux sujets une obligation ou un *devoir* et menace de les *sanc-tionner* [*a penalty (or sanction)*] dans le cas où ils désobéiraient. La capacité [*power*] qu'ont certains membres en particulier de la communauté d'en appeler à l'application d'une sanction à l'encontre d'une négligence ou de la violation d'un devoir [*duty*] est appelée un Droit [*Right*]⁸⁵⁵.

De cette définition, Maine tire la conséquence suivante : il est « impossible d'appliquer ces termes (...) au droit coutumier sous lequel les communautés de village de l'Inde vivent depuis des siècles »⁸⁵⁶, et ce pour les raisons suivantes, que nous avons déjà évoquées. Bien que des autorités respectées soient consultées au sujet de la coutume, on ne dit jamais qu'elles « légifèrent » ou « qu'elles rendent un verdict », puisque leur décision est considérée comme une simple déclaration de ce qu'est la coutume, simplement parce que l'on part du principe qu'elle est une pratique éprouvée par le temps. C'est la raison pour laquelle il est difficile, du moins

probably recognize certain constraining influences as sufficient reasons for submitting to new rules. There is no country, probably, in which Custom is so stable as it is in India; yet there, competing with the assumption that Custom is sacred and perpetual, is the very general admission that whatever the sovereign commands is Custom. The greatest caution must therefore be observed in all speculations on the inferences derivable from parallel usages. True, however, as this is, there is much to encourage further attention to the observed phenomena of custom and further observation of customs not yet examined.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 67 :

(...) imposes on those subjects an obligation or duty and threatens a penalty (or sanction) in the event of disobedience. The power vested in particular members of the community of drawing down the sanction on neglects or breaches of the duty is called a Right.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 67.

d'un point de vue purement sémantique, de dire que les autorités coutumières *ordonnent* quoi que ce soit à qui que ce soit, de la façon dans le souverain austinien ou hobbesien pourrait le faire⁸⁵⁷.

Qui plus est, on ne peut pas considérer que les individus possèdent des droits ou des devoirs dans de telles sociétés, du moins pas tels que le droit moderne l'implique. En effet, les victimes contre lesquelles on a commis une faute ne sauraient prétendre qu'elles possèdent des droits que le souverain doit faire respecter et imposer sa volonté aux individus qui auraient les obligations correspondantes à ces droits : une faute est davantage considérée comme perturbant l'équilibre fragile de la communauté. Les décisions des autorités coutumières se concentrent donc sur l'impératif de restaurer la cohésion de cette « petite société » et l'équilibre entre les familles et les clans. L'association entre une faute et une sanction, fondée sur l'idée de responsabilité individuelle, serait alors absente de cette perspective. Une analyse de la place de la sanction dans de telles communautés s'ensuit naturellement : tandis que le souverain est supposé sanctionner les individus pour leur manque de respect du droit, un tel mécanisme semble relativement absent du droit coutumier tel que le conçoit Maine. Les cas de désobéissance sont selon lui rares, ce qui suppose des mécanismes supplémentaires qui les évitent. Lorsqu'ils ont lieu, ils sont accueillis par la « désapprobation universelle », sans autre forme apparente de sanction. Cependant, Maine considère lui-même que la dernière partie de cette description n'est pas correcte, puisque cela impliquerait que le droit coutumier indien ne serait pas distinct de ce qu'Austin appelle la « morale positive », une idée que Maine rejette immédiatement.

7.1.2. Le droit coutumier et la « légalisation » de la coutume en Inde

C'est pourquoi l'Inde sous domination britannique est un cas d'étude parfait pour Maine, notamment parce que différents systèmes de régulation sociale y cohabitent. On peut en

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 68 :

The council of village elders does not command anything, it merely declares what has always been. Nor does it generally declare that which it believes some higher power to have commanded; those most entitled to speak on the subject deny that the natives of India necessarily require divine or political authority as the basis; their antiquity is by itself assumed to be a sufficient reason for obeying them. Nor, in the sense of the analytical jurists, is there right or duty in an Indian village-community; a person aggrieved complains not of an individual wrong but of the disturbance of the order of the entire little society. More than all, customary law is not enforced by a sanction. In the almost inconceivable case of disobedience to the award of the village council, the sole punishment, or the sole certain punishment, would appear to be universal disapprobation. And hence, under the system of Bentham and Austin, the customary law of India would have to be called morality – an inversion of language which scarcely requires to be formally protested against.

effet considérer, comme nous l'avons déjà remarqué, que le fonctionnement des structures sociales est d'autant plus évident que différentes structures se retrouvent en conflit, ou que l'une d'entre elle est sur le déclin. Dans le cas de l'Inde, le droit coutumier traditionnel coexiste, mais entre aussi en conflit, avec les débuts de l'établissement d'un système juridique centralisé. Maine reconnaît donc qu'il y a bien en Inde des traces d'autorité souveraine telle qu'elle peut être décrite par Hobbes, Bentham et Austin : l'administration britannique a tendance à jouer le ce rôle, tandis qu'on ne saurait manquer de remarquer que certains membres ou familles ont davantage d'autorité que d'autres à l'intérieur des communautés de village. Or, ces asymétries de pouvoir posent les fondements nécessaires à l'établissement d'une autorité souveraine. Conséquence de tout cela, les coutumes se trouvent en Inde bien éloignées de leur état d'origine : les différentes écoles brahmaniques de juristes ont depuis des siècles réalisé une codification des coutumes indiennes, et les autorités britanniques se reposent sur leur jugement et leurs textes de référence pour fournir une base au verdict des juges dans les cours de justice établies par l'administration coloniale avant même la prise de pouvoir de la Couronne en remplacement du mandat de la Compagnie des Indes. Les coutumes locales des communautés de village se retrouvent donc en compétition avec un système qui ressemble de plus en plus à celui des états d'Europe occidentale, dans un contexte où l'administration a cru donner la force du droit aux coutumes indiennes, alors qu'elle légitimait en réalité un droit coutumier codifié par les brahmanes, en décalage avec la diversité des coutumes locales⁸⁵⁸.

C'est cette situation qui permet à Maine de souligner ce qui rend les systèmes politico-juridiques modernes si différents des formes de régulation sociale qui le précèdent. En faisant cela, Maine défend le point de vue d'Austin tout autant qu'il en montre les limites. En effet, Maine note que la seule modification notable opérée en Inde par les Britanniques, alors désireux d'éviter tout changement brutal du système, a été d'introduire des cours de justice dont le but aurait seulement été de faire respecter le droit coutumier, avec les limites évoquées ci-dessus. Maine évoque en ces termes cette coutume telle qu'elle est trouvée auprès des brahmanes, ou même lorsqu'elle est élaborée grâce à l'expertise d'autorités coutumières locales :

J'ai parlé, dans une leçon précédente, de la rigidité que l'influence du droit et des juristes anglais de la plus haute cour d'appel ont pu donner à la coutume du pays. Les changements que je m'appête à décrire ont résulté de la simple mise en place de cours de justice, dans les juridictions les plus locales. Bien qu'elles aient produit une révolution, c'est une révolution qui, dans un premier temps, a donné une rigidité

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 69-70.

conservatrice aux usages locaux. La nature des coutumes a changé immédiatement.⁸⁵⁹

Maine réduit l'influence des Britanniques sur la « nature des coutumes » à un seul fait : l'introduction de cours de justice, de l'échelle la plus locale, aux cours d'appel les plus hautes. Il perçoit ici un changement de « nature » des règles coutumières : pour lui, ce qui n'étaient que les coutumes, les *usages*, de communautés particulières, devient le *droit coutumier*, c'est-à-dire une branche du droit pleinement intégrée au système juridique. Voici comment il décrit ce processus :

[Les coutumes] sont généralement collectées à partir du témoignage des anciens du village, mais une fois ces aînés sont appelés à témoigner, ils perdent nécessairement leur position d'antan. Ils ne constituent plus un conseil mi-juridique, mi-législatif. Désormais, ce qu'ils ont déclaré comme étant la coutume peut être trouvé dans les décisions de la cour de justice, ou dans les documents officiels que ces cours acceptent comme preuves, comme le Registre des Droits. (...) L'usage, une fois consigné avec l'appui de preuves, devient immédiatement un droit écrit et établi. Il n'est plus obéi en tant qu'usage (...). Il est obéi en tant que jugement rendu par une cour britannique, et il est ainsi réellement devenu un commandement du souverain.⁸⁶⁰

En se contentant simplement de faire respecter ce qu'ils considèrent comme étant les coutumes des peuples indiens, les tribunaux importent avec eux l'ensemble des caractéristiques des systèmes de justice occidentaux, créant inconsciemment une « révolution », bien qu'il s'agisse d'une révolution conservatrice. Les autorités locales traditionnelles, même si elles ont été consultées originellement, ne déclarent plus ce qu'est la coutume, puisque c'est le tribunal qui grave dans le marbre ce qu'est, et surtout ce que *sera*, la coutume, en donnant à ses décrets une légitimité sur de larges territoires, ne prenant pas en compte les variations locales, parfois

⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 71-72 :

In a former Lecture I spoke of the stiffness given to native custom through the influence of English law and English lawyers on the highest courts of appeal. The changes which I am about to describe arose from the mere establishment of local courts of lowest jurisdiction ; and while they have effected a revolution, it is a revolution which in the first instance was conservative of the rigidity of native usage.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 72 :

The customs at once altered their character. They are generally collected from the testimony of the village elders ; but when these elders are once called upon to give their evidence, they necessarily lose their old position. They are no longer a half-judicial, half-legislative council. That which they have affirmed to be the custom is henceforward to be sought from the decisions of the Courts of Justice, or from official documents which those courts receive as evidence [such as] the Record of Rights (...) Usage, once recorded upon evidence given, immediately becomes written and fixed law. Nor is it any longer obeyed as usage (...) It is henceforth obeyed as the law administered by a British Court, and has thus really become a command of the sovereign.

importantes, que les coutumes peuvent connaître. C'est au cours de ce processus d'établissement de la coutume, par « preuves », que l'usage « devient immédiatement un droit écrit », perdant ainsi à la fois sa flexibilité et son caractère extrêmement localisé. Enfin, la réflexion de Maine est encore plus profonde, car elle souligne que l'introduction de ce système de cours entraîne avec elle l'ensemble de la théorie de la souveraineté, propre à Austin comme nous l'avons vu, qui la sous-tend :

Il s'ensuit que les sanctions vagues du droit coutumier disparaissent. Les cours locales ont bien évidemment le pouvoir d'ordonner et de veiller à l'application de ses décisions et nous trouvons là d'un coup d'un seul l'application d'une sanction suivant la désobéissance à un commandement. Avec le commandement et la sanction suivent les conceptions de droits et de devoirs juridiques [*legal rights and duty*].⁸⁶¹

Le décalage s'accroît donc entre le droit coutumier d'une part, et les pratiques qui sont considérées comme étant coutumières d'autre part. La précision du droit écrit vient aussi remplacer le caractère parfois flou de la coutume, puisque les cours de justice britanniques utilisent et établissent un « Registre des droits » qui, particulièrement au sujet de la propriété, établit des droits et des devoirs clairs, individualisant ces derniers, modifiant l'objet même de la coutume lors de son passage dans le droit coutumier⁸⁶². Maine en conclut que les usages ne sont alors plus observés « en tant que tels ». Par cette phrase étrange, Maine entend probablement souligner le fait que les coutumes sont intrinsèquement connectées aux pratiques des communautés dont elles règlent l'existence, et il introduit ainsi une distinction, qu'il ne fait d'ailleurs que

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 72 :

The next thing is that the vague sanctions of customary law disappear. The local courts have of course power to order and guide the execution of their decrees, and thus we have at once the sanction of penalty following disobedience of the command. And, with the command and with the sanction, come the conceptions of legal rights and duty.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 73 :

If I had to state what for the moment is the greatest change which has come over the people of India and the change which has added most seriously to the difficulty of governing them, I should say it was the growth on all sides of the sense of individual legal right; of a right not vested in the total group but in the particular member of it aggrieved, who has become conscious that he may call in the arm of the State to force his neighbours to obey the ascertained rule. The spread of this sense of individual right would be an unqualified advantage if it drew with it a corresponding improvement in moral judgment. There would be little evil in the British Government giving to native custom a constraining force which it never had in purely native society, if popular opinion could be brought to approve of the gradual amelioration of that custom. Unfortunately for us, we have created the sense of legal right before we have created a proportionate power of distinguishing good from evil in the law upon which the legal right depends.

rarement, entre ce que les coutumes sont en elles-mêmes, et ce qu'elles deviennent lorsqu'elles sont incluses dans le droit coutumier par un processus de « légalisation ».

Du fait de leur nature « ascendante » (en anglais, *bottom-up*) et du rôle qu'elles sont censées jouer, les coutumes sont directement connectées aux pratiques réelles des communautés concernées. Inversement, les lois que rassemble « le droit » (indistinctement *law* en anglais) sont davantage caractérisées par leur nature « descendante » (ou *top-down*) et sont produites par des institutions extérieures aux communautés qu'elles concernent, notamment dans le cas d'institutions étatiques. De cette façon, un système juridique développé produit des règles dont le caractère normatif et contrefactuel est plus prononcé, ou du moins davantage conscient, ce que le modèle austinien prend comme acquis. Cela permet de mieux comprendre la façon dont, comme le remarque Maine, les autorités coutumières responsables de régler les conflits sont vues et se voient comme déclarant simplement ce qu'est la coutume, ne laissant que peu de place aux activités législatrices et judiciaires en tant que telles⁸⁶³. Tout ceci ne signifie pas que les règles coutumières ne sont pas capables d'évoluer, mais seulement qu'elles n'évoluent pas d'une façon consciente et réflexive comme est censée le faire la législation, comprise comme étant le produit d'une volonté.

7.1.3. Codifier la coutume et ses sanctions « vagues »

Il faut alors noter que codifier ou « légaliser » les règles coutumières sans précaution peut avoir des conséquences inattendues. La codification de la coutume peut avoir pour effet de « stéréotyper » la coutume selon les propres mots de Maine, par simple « contagion » au contact des institutions du système britannique et de sa structure⁸⁶⁴. Cette réflexion de Maine

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 116 et 126 : « (...) if I may trust the statements of several eminent Indian authorities, it is always the fact or the fiction that this council merely declares customary law ».

There is abundant proof that legislative and judicial power are not distinguished in primitive thought ; nor, again, in legislation associated with innovation. In our day the legislator is always supposed to innovate ; the judge never. But of old the legislator no more necessarily innovated than the judge ; he only, for the most part, declared pre-existing law or custom.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 74-75 :

(...) the spirit introduced from above into the administration of the law by English lawyers was also one which tended to stereotype custom. (...) This is the influence of English law ; not, I mean, of the spirit which animates English lawyers and which is eminently conservative, but the contagion, so to speak, of the English system of law, - the effect which the body of rules constituting it produces by contact with native usage. Primitive customary law has a double peculiarity ; it is extremely scanty in some departments, it is extremely prodigal of rules in others ; but the departments in which rules are plentiful are exactly those which lose their importance as the movements of society become quicker and more various. The body of persons to whose memory the customs are committed has probably always been a quasi-legislative as

permet donc de dégager une image de la codification juridique qui diffère de ce qu'il considère lui-même comme une codification bien menée. On pourrait en effet opposer une codification qui pétrifierait les coutumes dans un état donné, à une forme de codification qui doterait simultanément l'ensemble de règles ainsi constitué de règles « secondaires » selon la terminologie de Hart⁸⁶⁵. Maine distingue en effet la codification du droit romain d'autres formes de codifications et notamment de celle qui a lieu en Inde. S'il n'a bien sûr par recours à l'arsenal conceptuel mobilisé par Hart, on peut toutefois supposer que l'insistance de Maine sur l'adaptabilité des règles face au changement social suppose quelque chose de similaire. Dans les premiers chapitres d'*Ancient Law*, Maine insiste en effet sur l'opportunité du moment de la codification, et sur le groupe social qui se voit confier la gestion du droit : une « caste » de juristes, malgré tous les formalismes qu'elle peut employer, est alors bien plus à même d'harmoniser le droit et le changement social qu'une caste de prêtres, comme cela a pu être le cas avec les brahmanes en Inde⁸⁶⁶. Dans *Village-Communities*, Maine reprend cet argument en affirmant que la pure et simple mise par écrit de certaines coutumes, sans acte de « codification » approprié, est vouée à poser problème, car ces règles coutumières « ne fournissent pas suffisamment de principes ou de règles explicites pour régler les conflits qu'occasionne la croissance d'activité et les nombreux besoins dus à la paix et à l'abondance que produit la gouvernance britannique »⁸⁶⁷.

Quoiqu'il en soit, le processus que Maine décrit pour l'Inde n'est pas fondamentalement différent de celui décrit par Austin, qui fait de la coutume une source potentielle du droit, mais qui ne fait pas du « droit coutumier » un domaine intrinsèquement différent du droit⁸⁶⁸. Une fois la coutume absorbée, le droit coutumier qui en résulte n'a rien qui le distingue du reste du

well as a quasi-judicial body, and has always added to the stock of usage by tacitly inventing new rules to apply to cases which are really new.

⁸⁶⁵ Voir H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*

⁸⁶⁶ Voir *Ancient Law*, *op. cit.*, chap. 1 et 2.

⁸⁶⁷ *Village-Communities*, *op. cit.*, p. 75 :

When, however, the customary law has once been reduced to writing and recorded by the process which I have described, it does not supply express rules or principles in nearly sufficient number to settle the disputes occasioned by the increased activity of life and the multiple wants which result from the peace and plenty due to British rule.

⁸⁶⁸ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, p. 102 :

At its origin, a custom is a rule of conduct which the governed observe spontaneously, or not in pursuance of a law set by a political superior. The custom is transmuted into positive law, when it is adopted as such by the courts of justice, and when the judicial decisions fashioned upon it are enforced by the power of the state. But before it is adopted by the courts, and clothed with the legal sanction, it is merely a rule of positive morality : a rule generally observed by the citizens or subjects; but deriving the only force, which it can be said to possess, from the general disapprobation falling on those who transgress it.

droit, si ce n'est son origine. Le raisonnement de Maine permet cependant de souligner deux choses : si la coutume est conçue indépendamment de sa relation au droit, elle peut être comprise comme une forme autonome de régulation sociale, et non pas seulement l'une de ses sources potentielles. Cette idée permet alors à Maine de souligner les limites de la caractérisation par Austin de la coutume comme « moralité positive », et son échec à décrire ses mécanismes propres. Or, Maine souligne dans l'extrait plus haut que l'un des effets du passage de la coutume vers le droit est que « les sanctions vagues du droit coutumier disparaissent ». Cela signifie que les mécanismes de sanction de la coutume se voient remplacés par des sanctions qui sont par contraste claires, de deux façons que Maine ne précise pas d'emblée, mais que l'on peut déduire : dans le droit, les sanctions visent autant que possible les personnes responsables d'une action condamnable. Inversement, les sanctions coutumières ne sont pas vagues de la façon dont Austin le suppose dans *The Province of Jurisprudence Determined*, puisqu'elles ne reposent pas seulement sur la désapprobation d'un ensemble indéterminé d'individus⁸⁶⁹. Ce que Maine veut dire n'est cependant pas tout à fait clair, puisqu'il semble lui-même être d'accord pour dire qu'une telle désapprobation est un élément important des sanctions spécifiques à la coutume. On peut toutefois être sûr que Maine ne croit pas que les sanctions de la coutume soient simplement vagues dans l'esprit des membres de la communauté, puisqu'il dit lui-même que les règles coutumières sont extrêmement précises, si l'on s'en tient au domaine privilégié de la coutume tel que nous l'avons défini plus haut : la gestion en commun des ressources, qui passe par des règles très précises sur l'usage de la terre⁸⁷⁰. Ainsi, au sein de l'idéal-type que constitue le « *Mark* », la forme de communauté de village telle qu'on pouvait la trouver parmi les peuples germaniques, des règles très précises encadrent les relations des *paterfamilias* entre eux, bien que ceux-ci soient très libres au sein de leur propre domaine⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 87 :

(...) closely analogous to human laws of this second class, are a set of objects frequently but improperly termed laws, being rules set and enforced by mere opinion, that is, by the opinions or sentiments held or felt by an indeterminate body of men in regard to human conduct.

⁸⁷⁰ *Village-Communities, op. cit.*, p. 80-81 :

Ancient systems of law are in one sense scanty. The number of subjects with which they deal is small, and, from the modern jurist's point of view, there are great gaps in them. But the number of minute rules which they accumulate between narrow limits is very surprising.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 78-79 :

The community inhabited the village, held the common mark in mixed ownership, and cultivated the arable mark in lots appropriated to the several families. (...). But, while he stood under no relations controllable by others to the members of his family, he stood in a number of very intricate relations to the other heads of families. The

Si les sanctions du droit coutumier sont « vagues », cela peut être pour deux raisons principales, qui se situent aux deux pôles de l'acte de sanctionner : du côté de celui qui sanctionne et du côté de celui qui est sanctionné. Pour ce qui est de celui qui est sanctionné, rappelons l'ontologie sociale de Maine, selon lequel l'individu est une production tardive. L'unité de base des sociétés primitives est la famille, notamment élargie. Ainsi, les systèmes coutumiers ont tendance à se fonder sur la responsabilité collective davantage que sur la responsabilité individuelle. Les individus en tant que tels n'ont pas réellement de droits, du moins pas de droits égaux à ceux des autres individus : leurs droits et leurs devoirs dépendent en fait de leur statut, qui dépend donc de leur place au sein d'une famille. Ce que l'Inde permet à Maine d'apercevoir, c'est que les règles de la coutume et leurs sanctions sont vagues au sens où elles ne s'appliquent pas aux individus directement comme le font celles du droit, mais qu'elles s'appliquent plutôt aux relations entre les familles. Les actes individuels, et surtout les fautes qu'ils constituent, ne sont par conséquent pas systématiquement liés à des sanctions individuelles. Encore une fois, ce qui compte dans les systèmes coutumiers, c'est de veiller à la sauvegarde de l'harmonie de la communauté : les autorités coutumières vont donc mettre en application des décisions qui vont promouvoir l'équilibre entre les deux parties d'un conflit, afin d'éviter davantage de perturbation du corps social : « lorsqu'un ensemble de jugements *Brehon* était promulgué par un chef irlandais devant une assemblée tribale, il est probable que l'utilité générale était l'objet recherché plutôt qu'une nouvelle sanction »⁸⁷².

Le caractère « vague » des sanctions provient aussi de l'autre côté de l'acte d'imposer une sanction. Maine adhère pleinement à l'idée austinienne selon laquelle la souveraineté, dans

sphere of usage or customary law was not the family, but the connection of one family with another and with the aggregate community.

Confining ourselves to proprietary relations, we find that his rights or (what is the same thing) the rights of his family over the Common Mark are controlled or modified by the rights of every other family. It is a strict ownership in common, both in theory and in practice. When cattle grazed on the common pasture, or when the householder felled wood in the common forest, an elected or hereditary officer watched to see that the common domain was equitably enjoyed. (...) The rules regulating the modes of cultivating the various lots seem to have been extremely careful and complicated, and thus we may say without much rashness that the earliest law of landed property arose at the same time when the first traces of individual property began to show themselves, and took the form of usages intended to produce strict uniformity of cultivation in all the lots of ground for the first time appropriated.

⁸⁷² *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 27. Nous traduisons « *convenience* » par « utilité générale », ce qui n'est pas courant mais qui correspond selon nous au contexte évoqué davantage que « *convenance* » ou « *efficacité* » :

Thus, when a body of Brehon judgments was promulgated by an Irish Chief to a tribal assembly, it is probable that convenience was the object sought rather than a new sanction.

sa version moderne, implique qu'un corps *déterminé* d'individus décide des lois et de l'application des sanctions. Si cette idée, que Maine attribue à Hobbes, Bentham et Austin, correspond aux sociétés modernes, c'est uniquement du fait d'un long processus de centralisation de l'autorité, où un corps concentre en lui-même la capacité de faire des lois et de sanctionner. Si la *common law* a cependant eu une histoire avant cette centralisation quasiment totalement, incarnée par l'inflation du rôle de la législation, et si les ordres coutumiers ont aussi un fonctionnement propre, c'est parce que l'activité de produire le droit ne se réduit à la promulgation des lois et à leur mise en application. Il faut donc clairement distinguer le fait que les règles de la « moralité positive » puissent trouver leur efficace dans la pression diffuse imposée à un individu fautif par ses pairs, du fait que, dans les sociétés coutumières, la capacité à sanctionner est diffuse voire absente, et que produire le droit n'y implique même pas nécessairement, comme nous le verrons, la capacité de sanctionner.

7.1.4. L'importance des sanctions

Il nous faut donc nous intéresser à la façon dont Maine met la *sanction* au cœur de son analyse. Dans la reconstruction qu'il propose du paradigme « Hobbes-Bentham-Austin », la sanction est la clef de voûte du droit moderne, et la pierre de touche qui permet au juriste d'identifier les spécificités de la coutume. L'exemple indien est essentiel : rappelons-le, la seule chose notable que les Britanniques importent de leur système n'est rien d'autre que la sanction juridique à travers le jugement des cours de justice, même lorsqu'elles n'ont pour intention que de faire respecter les coutumes locales, à tort ou à raison à ce sujet⁸⁷³. Malgré ses propres réserves, Maine adhère à tel point à la définition austinienne du droit qu'il lui accorde un pouvoir performatif : l'importation, même purement « verbale » d'un seul des éléments fondamentaux du vocabulaire juridique et politique moderne, que l'on retrouve articulés conceptuellement chez Austin, implique l'importation d'un système entier de justice et de ses principes et institutions. Maine affirme en effet que la plus grande qualité (mais aussi, un de ses plus défauts) de la théorie d'Austin est son extrême cohérence. Les notions de droit, devoir, obligation, sanction etc. sont considérées par lui comme co-constitutives. Introduire l'une d'entre elles en Inde, ici la sanction, signifie introduire toutes les autres :

⁸⁷³ *Village-Communities, op. cit.*, p. 73 :

You will see then that the English government of India consciously introduced into India only one of the conceptions discriminated by the juridical analysis of a law. This was the sanction or penalty ; in establishing Courts of Justice they of course contemplated the compulsory execution of decrees.

Désormais, toutes ces conceptions de la Loi, des Droits, des Devoirs et des Sanctions découlent de la conception première de la Souveraineté, comme les maillons inférieurs d'une chaîne dépendent du maillon supérieur. Toutefois, pour les besoins du système d'Austin, la Souveraineté n'a pas d'autre attribut que la force. Par conséquent, la 'loi', les 'obligations' et les 'droits' sont exclusivement compris comme des produits de la force contraignante. La 'sanction' devient ainsi le premier et le plus important membre d'une série de notions, série à laquelle elle donne ses couleurs.⁸⁷⁴

Toutes les notions liées au droit moderne ne sont rien d'autre pour Maine que les maillons d'une même chaîne, découlant toutes logiquement de la définition de la souveraineté qu'Austin hérite de Hobbes. À ce propos, Maine note qu'Austin choisit de définir la souveraineté très tardivement dans son œuvre principale, *The Province of Jurisprudence Determined*, en en faisant le sujet de sa dernière « lecture », l'ouvrage commençant par une définition de la loi et du droit. Il s'agirait là d'une inversion regrettable par rapport au paradigme légué par Hobbes, puisque Maine estime que la définition même du droit que propose Austin n'est qu'une conséquence logique de la définition de la souveraineté que propose Hobbes⁸⁷⁵. L'organisation du propos d'Austin efface l'abstraction originale qui est au fondement de cette définition de la souveraineté : tous les autres moyens de régulation sociale autres que la force détenue par le souverain sont écartés de ce que Maine considère comme similaire au produit d'une modélisation en sciences physiques.

Afin de rendre cela plus clair, Maine souligne les différentes suppositions sur lesquelles Austin appuie sa définition de la souveraineté. Cet ensemble de postulats peut être résumé à l'idée que, pour que la souveraineté existe, une minorité doit concentrer suffisamment de force et de pouvoir pour pouvoir faire usage d'une « force irrésistible » sur le reste de la communauté à laquelle elle appartient, afin d'être en mesure de faire appliquer ses volontés. Or, ce présupposé se trouve pour Maine être incompatible avec certains faits historiques. Les contraintes sur le pouvoir du souverain sont ignorées et les modes alternatifs de régulation sociale comme la coutume sont considérés, au mieux, comme dépendant du droit. C'est la raison pour laquelle les sanctions sont essentielles : puisque la souveraineté et toutes les notions incluses dans le concept de droit sont seulement des « produits de la force coercitive », alors la possibilité de sanctionner apparaît comme l'essence même du pouvoir souverain. Néanmoins, Maine propose de faire une distinction cruciale : le fait qu'il existe, dans toute communauté, un individu ou groupe d'individus capables d'imposer leur volonté aux autres par la force n'est pas la même

⁸⁷⁴ *Lectures on the Early History of Institutions*, op. cit., p. 362-363.

⁸⁷⁵ Selon Maine, Austin aurait « abandonné l'arrangement de Hobbes », commençant par la définition du droit au lieu de celle de la souveraineté. Voir *ibid.*, p. 346.

chose que d'affirmer que dans toute communauté, un individu ou un groupe d'individus concentrent tout pouvoir d'user de la force à l'encontre des membres de leur communauté. En d'autres termes, le *fait* que certains individus puissent nécessairement s'imposer par la force, par exemple par des alliances de circonstances, n'implique pas qu'il existe systématiquement une entité, un individu ou plusieurs, qui se voit confié légitimement le pouvoir de faire un tel usage de la force pour sanctionner les individus⁸⁷⁶.

Cela explique comment la simple introduction de sanctions soutenues par le « pouvoir souverain » en Inde a conduit à l'importation de l'ensemble des composants du droit moderne : la concentration de la faculté de sanctionner dans les mains d'une entité distincte est l'essence même de la conception moderne de la souveraineté. Or, c'est précisément sur cette « importation » sur laquelle Maine s'appuie pour mettre en lumière le fait que, malgré sa cohérence et sa pertinence dans le cas des sociétés occidentales, la conception de la souveraineté que Hobbes et Austin partagent n'est pas applicable partout et encore moins à n'importe quelle époque de l'histoire. Elle semble même davantage incompatible avec la façon dont on peut décrire le fonctionnement de la coutume :

Tous les pays qui n'ont pas codifié leur droit, comme c'est notamment le cas de la *common law* anglaise, ont souvent prétendu que le droit coutumier avait une origine indépendante du Souverain, et ont proposé pour l'expliquer des théories sur le sujet qu'Austin balaye d'un revers de la main, sous prétexte qu'elles seraient mystérieuses et inintelligibles. La façon dont Hobbes et lui-même incluent de tels ensemble de règles comme la *common law* dans leur système consiste à insister sur une maxime d'une importance vitale – 'Tout ce que le Souverain permet, il le commande'.⁸⁷⁷

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 357-358 :

To begin with, these assertions must be disentangled from one another. The first of them is that, in every independent community of men, there resides the power of acting with irresistible force on the several members of that community (...) If all the members of the community had equal physical strength and were unarmed, the power would be a mere result from the superiority of numbers; but, as a matter of fact, various causes, of which much the most important have been the superior physical strength and the superior armament of portions of the community have conferred on numerical minorities the power of applying irresistible pressure to the individuals who make up the community as a whole. The next assertion is that, in every independent political community, that is in every independent community neither in a state of nature on the one hand nor in a state of anarchy in the other, the power of using or directing the irresistible force stored-up in the society resides in some person or combination of persons who belong to the society themselves.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 363 :

The customary law of all countries which have not included their law in Codes, and especially the English Common Law, have often had an origin claimed for them independently of the Sovereign, and theories have been propounded on the subject which Austin scouts as mysterious and unintelligible. The way in which Hobbes and

L'idée selon laquelle « Tout ce que le Souverain permet, il le commande », est attribuée à tort par Maine à Hobbes et Austin. Ni l'un ni l'autre n'utilisent ces mots, du moins pas dans cet ordre précis, et l'idée peut être considérée comme réductrice de leur pensée. Elle a cependant un sens très précis, et désigne l'idée, que l'on retrouve en effet chez Austin, selon laquelle le juge n'est qu'un simple délégué du souverain, puisque les jugements du premier n'ont de force que parce que le second accepte leur application, alors que son pouvoir souverain ne connaît pas de limites et qu'il pourrait renverser un tel jugement à tout moment⁸⁷⁸. Il s'agit évidemment d'une attaque directe contre l'idée que le juge puisse avoir effectivement le pouvoir de créer du droit, mais cet argument a avant tout pour but de prévenir une objection au modèle extrêmement réduit de souveraineté que proposent Austin et Hobbes.

Maine détaille ensuite cette idée et sa critique dans l'extrait suivant :

[Selon Hobbes et Austin,] les coutumes, jusqu'à ce qu'elles soient appliquées par les cours de justice, restent de la « moralité positive », sanctionnée par l'opinion, mais, dès que les cours de justice leur donnent une forme juridique, elles deviennent des commandements du souverain, transmis par l'intermédiaire des juges qui sont ses délégués ou ses députés. Quoiqu'en dise Austin, la meilleure réponse à cette théorie serait d'admettre qu'elle est fondée sur un simple artifice langagier, et qu'elle part du principe que les cours de justice agissent d'une façon et selon des motivations dont elles sont tout à fait inconscientes. Mais, lorsque l'on saisit clairement que, dans ce système, il n'y a aucune association avec le souverain qui ne soit pas placée sous un rapport de force ou de pouvoir, l'idée que ce que les souverains permettent, ils le commandent, devient plus facilement compréhensible. Ils commandent parce que, étant théoriquement dotés d'une force incontrôlable, ils pourraient innover sans limite, à aucun moment. La *common law* est faite de leurs commandements parce qu'ils peuvent l'abroger, l'altérer ou la rétablir à l'envi. Cette théorie est parfaitement défendable en tant que

he bring such bodies of rules as the Common law under their system is by insisting on a maxim which is of vital importance to it – 'Whatever the Sovereign permits, he commands.'

⁸⁷⁸ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, p. 102 :

I think it will appear, on a moment's reflection, that each of these opinions is groundless : that customary law is imperative, in the proper signification of the term; and that all judge-made law is the creature of the sovereign or state.

At its origin, a custom is a rule of conduct which the governed observe spontaneously, or not in pursuance of a law set by a political superior. The custom is transmuted into positive law, when it is adopted as such by the courts of justice, and when the judicial decisions fashioned upon it are enforced by the power of the state. But before it is adopted by the courts, and clothed with the legal sanction, it is merely a rule of positive morality : a rule generally observed by the citizens or subjects; but deriving the only force, which it can be said to possess, from the general disapprobation falling on those who transgress it.

théorie, mais sa valeur pratique et son degré de proximité avec la vérité varient grandement selon les époques et les pays.⁸⁷⁹

La critique de Maine revient à dire que l'argument ici critiqué est juste, tant que l'on considère la « force régulé » comme la seule source du droit, opinion à laquelle Maine n'adhère pas. L'idée, qualifiée ici par Maine « d'artifice de langage », selon laquelle le juge n'est qu'un délégué du souverain, est une conséquence logique de cette définition du droit, mais elle ne saurait faire justice au pouvoir que le juge possède encore et surtout au pouvoir qu'il a pu posséder à des époques où la souveraineté prenait des formes différentes de celles du Léviathan hobbesien. C'est cette même théorie, que Maine considère comme abstraite, qui conduit Austin à n'accorder à la coutume aucun autre statut que celui de « moralité positive », limitant son pouvoir contraignant à l'opinion générale et à ses sanctions diffuses et essentiellement symboliques. Or, cela n'est possible qu'au moyen d'une réduction abstraite des éléments de la souveraineté à la seule concentration de la force. C'est parce que la définition même de la souveraineté inclut un pouvoir illimité, et parce que toute forme de régulation sociale est réduite à la possibilité d'appliquer des sanctions définies au moyen de la force, que la *common law* tout entière peut être considérée comme dérivant sa légitimité du souverain, seul dépositaire de cette force. La conclusion, éminemment contredite par l'expérience, serait que le souverain peut faire ce qu'il souhaite avec la *common law* et en abroger les règles à n'importe quel moment. Or,

Des communautés politiques ont existé, et à la vérité, on ne manquerait pas d'en trouver d'autres si l'on cherchait avec application dans le monde, dans lesquelles le Souverain, bien que possédant un pouvoir irrésistible, n'oserait rêver d'innovation et où il croit que les personnes ou les groupes par lesquels des lois sont émises et appliquées, font aussi nécessairement partie que lui de la structure même de la société. (...) Le droit est ici regardé comme une simple force régulée, simplement parce que la force et le seul élément auquel on a permis d'intégrer la

⁸⁷⁹ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 364 :

[According to Hobbes and Austin] until customs are enforced by Courts of Justice, they are merely 'positive morality,' rules enforced by opinion, but, as soon as Courts of Justice enforce them, they become commands of the Sovereign, conveyed through the Judges who are his delegates or deputies. It is a better answer to this theory than Austin would perhaps have admitted that it is founded on a mere artifice of speech, and that it assumes Courts of Justice to act in a way and from motives of which they are quite unconscious. But, when it is clearly comprehended that, in this system, there are no associations with the Sovereign but force or power, the position that what Sovereigns permit they command becomes more intelligible. They command because, being by the assumption possessed of uncontrollable force, they could innovate without limit at any moment. The Common law consists of their commands because they can repeal or alter or re-state it at pleasure. The theory is perfectly defensible as a theory, but its practical value and the degree in which it approximates to truth differ greatly in different ages and countries.

notion première [la souveraineté] de laquelle toutes les autres dépendent.⁸⁸⁰

Cet ensemble de suppositions, d'abstractions et de déduction logiques a pour conséquence qu'Austin manque la nature de la coutume, mais aussi celle du droit.

En effet, l'insistance sur la collusion entre sanction et force régulée pour définir le droit semble laisser un seul mécanisme de coercition à la coutume : la désapprobation générale de l'opinion. Maine fait cependant la faveur à Austin de considérer qu'il s'agit là d'une conclusion réductrice qu'il ne soutient pas lui-même, mais que ses successeurs auraient pu défendre après lui. Aussi, les conclusions erronées que l'on pourrait tirer de certains propos d'Austin touchent aussi le droit en général. À ce propos, Maine paraît accuser Austin plus directement, puisque, s'il avait poussé son analyse jusqu'au bout, il aurait pu remarquer les « large ensemble de règles » qui contraignent à la fois le souverain et ses sujets sans qu'aucune sanction consistant en un usage de la force ne soit impliqué. Ces règles ont tous les aspects des règles de droit, mais ne sont pas émises par un souverain et ne sont pas soutenues par des sanctions. De l'aveu d'Austin lui-même, il existerait des limites qui contraignent les souverains dans les « commandements » qu'ils peuvent « énoncer ». Ces règles, « bien qu'elles ne soient pas des lois », sont « extrêmement contraignantes » pour le pouvoir. Il est par exemple ici possible de penser aux contraintes constitutionnelles qui limitent le pouvoir souverain, ou encore ce que l'on appelle les « coutumes constitutionnelles »⁸⁸¹. Il faut donc explorer quelles sont exactement ces limites du pouvoir souverain.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 364-366 :

There have been independent political communities, and indeed there would still prove to be some of them if the world were thoroughly searched, in which the Sovereign, though possessed of irresistible power, never dreams of innovation, and believes the persons or groups, by whom laws are declared and applied, to be as much part of the necessary constitution of society as he is himself. (...) Law is here regarded as regulated force, simply because force is the one element which has been allowed to enter into the primary notion upon which all the others depend.

⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 366-367 :

The position at which many readers have stumbled – I do not affect to do more than state it in popular language – is that the sanction of moral rules, as such, is the disapprobation which one's fellow-men manifest at their violation. It is sometimes construed to mean that the only motive for obeying moral rules is the fear of such disapprobation. Such a construction of Austin's language is an entire misconception of his meaning ; but, if the order of discussion which I advocate had followed, I do not think it could ever possibly occur to any mind. Let us suppose Austin to have completed his analysis of Sovereignty and of the conceptions immediately dependent on it, law, legal right, and legal obligation. He would then have to examine that great mass of rules, which men in fact obey, which have some of the characteristics of laws, but which are not (as such) imposed by Sovereigns on subjects, and which are not (as such) enforced by the sanction supplied by Sovereign power. It would be, of course, incumbent on

7.1.5. Les limites du pouvoir souverain

Austin semble l'admettre : il existe des règles qui limitent le pouvoir du souverain, et les constitutions peuvent être respectées, mais il refuse clairement de voir dans cela autre chose que la bonne volonté, voire la bonne intelligence du souverain, qui pourrait sans problème s'affranchir de ces contraintes, qui autrement remettraient en cause sa vision absolue de la souveraineté. Pour lui, une constitution n'est donc rien de plus qu'une autre forme de « moralité positive », comme la coutume⁸⁸². Si ce constat n'est pas aisément réfutable, l'histoire de l'Angleterre elle-même permet toutefois de le nuancer. Sans qu'il n'existe de constitution écrite, et sans souverain au-dessus du Léviathan pour le contraindre à respecter les volontés du Parlement, un consensus s'est progressivement construit et a permis d'imposer des limites claires au pouvoir du monarque. La Glorieuse Révolution de 1688 est entièrement due au fait que James II ait décidé de franchir la ligne rouge tracée par les parlementaires face aux actions de ses prédécesseurs. Or, les parlementaires ont pu imposer ces règles au souverain sans avoir pour autant la force du droit comme soutien. Les principes centenaires de la *common law* ont même pu leur être opposés. Or, c'est toute l'histoire de la *common law* qui s'est construite de cette façon, mettant en place des règles et des habitudes contraignantes socialement qui ne doivent leur existence qu'à un consensus général. C'est pour cette raison que Maine donne tant d'importance à l'histoire et à toutes les « opinions, sentiments, croyances, superstitions, préjugés et idées » qui font partie de ce consensus. L'illimitation de la souveraineté est donc aussi juste en théorie qu'elle semble fausse en pratique.

Par conséquent, conclure à l'illimitation de la souveraineté est une erreur fondamentale, qui montre l'extrême réduction conceptuelle à laquelle Austin est conduit :

La conception austinienne de la souveraineté (...) est le résultat d'une abstraction. Elle est obtenue en mettant de côté l'ensemble des caractéristiques et des attributs du gouvernement et de la société à l'exception d'un seul, et en connectant toutes les formes de supériorité politique par

the philosophical jurist to examine these rules, because Sovereigns being by his hypothesis human superiors are, as human beings, subject to them. Austin has, in fact, examined them from this point of view in some of his most interesting pages (...) he fully admits that Sovereigns are restrained from issuing some commands and determined to issue others by rules which, though they are not laws, are of extreme cogency.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 367-368 :

That great body of rules which is embodied in constitutional maxims keeps it from doing some things ; that great body of rules which in ordinary usage are called moral keeps it from doing others. What common characteristics has this aggregate of rules which operate on men and on Sovereigns, like other men ? Austin, as you know, names it 'positive morality,' and says that its sanction is opinion, or the disapproval of the bulk of the community following its violation.

le dénominateur commun de la force. Les éléments négligés dans le processus sont toujours importants, parfois même d'une extrême importance, parce qu'ils englobent l'ensemble des influences qui s'exercent sur l'agir humain, à l'exception de la force appliquée ou appréhendée directement ; mais l'opération de les mettre de côté pour les besoins de la classification est, il est à peine nécessaire de le dire, tout à fait légitime philosophiquement, et n'est que l'application d'une méthode couramment utilisée en science.⁸⁸³

Comme à son habitude à propos d'Austin, Maine respecte le caractère scientifique de cette « méthode couramment utilisée », qui consiste à se concentrer sur un phénomène particulier, à l'exclusion d'autres phénomènes périphériques, pour l'étudier dans son fonctionnement propre et autonome. Ainsi, la réunion de l'ensemble des « formes de supériorité politique » sous une même catégorie parce qu'elles sont toutes des manifestations d'une forme de « force » est entièrement légitime. Cependant, Maine note que « les éléments négligés » au cours de ce processus d'abstraction sont importants, tellement importants qu'il s'agit de « l'ensemble des influences qui s'exercent sur l'agir humain ». Il s'intéresse alors à la question des limites de l'exercice du pouvoir souverain, auquel Austin accorde une force illimitée :

Pour le dire autrement, ce que nous rejetons dans le processus d'abstraction par lequel on atteint cette conception de la souveraineté, c'est l'ensemble de l'histoire de chaque communauté. Avant tout, c'est l'histoire, soit l'intégralité des antécédents historiques de chaque société, par laquelle a été déterminée où, dans quelle personne et quel groupe, le pouvoir d'utiliser la force sociale résiderait. La théorie de la souveraineté néglige la façon dont ce résultat s'est produit. (...) Ensuite, c'est son histoire, la masse tout entière de ses antécédents historiques, qui détermine dans chaque communauté comment le souverain devra exercer ou s'abstenir d'exercer son irrésistible pouvoir de coercition. Tout ce qui constitue cet ensemble – l'énorme agrégat entier d'opinions, de sentiments, de croyances, de superstitions, de préjugés et d'idées en tout genre, innées ou acquises, certaines produites par les institutions et d'autre par la constitution de la nature humaine – est rejeté par les juristes analytiques. Et c'est ainsi que, si l'on tient seulement compte des restrictions que leur définition de la Souveraineté implique, la Reine et le Parlement de notre pays peuvent donner l'ordre d'exécuter tous les

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 359 :

The Austinian view of Sovereignty (...) is the result of Abstraction. It is arrived at by throwing aside all the characteristics and attributes of Government and Society except one, and by connecting all forms of political superiority together through their common possession of force. The elements neglected in the process are always important, sometimes of extreme importance, for they consist of all the influences controlling human action except force directly applied or directly apprehended ; but the operation of throwing them aside for purposes of classification is, I need hardly say, perfectly legitimate philosophically, and is only the application of a method in ordinary scientific use.

enfants de faible constitution ou d'établir un système de *lettres de cachet*.⁸⁸⁴

Selon Maine, la définition de la souveraineté proposée par Austin implique nécessairement l' limitation de la force du souverain. Or, malgré ce pouvoir, il semble impossible pour le Parlement de faire mettre à mort tous les enfants faibles ou d'instituer un système de « *lettres de cachet* ». Il existe donc des limites à l'action du souverain, et ces limites sont précisément à trouver dans ce que le processus d'abstraction a écarté lors de la constitution de la théorie d'Austin. Ce qu'Austin écarte n'est autre que « l'ensemble de l'histoire de chaque communauté », qui permet d'expliquer la constitution de la souveraineté, et sa façon de se manifester dans une société particulière, et notamment ses limites. La partie de l'histoire de chaque communauté que l'abstraction austinienne cache est précisément celle qui permet de comprendre comment a été déterminé dans quelles mains « le pouvoir d'utiliser la force sociale résiderait ». Le caractère anhistorique de la théorie austinienne a donc pour conséquence de dissimuler le fait que la concentration de la force dans les mains d'un individu ou d'un ensemble d'individus au sein d'une société est un phénomène progressif, qui n'apparaît complet qu'à l'époque moderne. Ne pas le comprendre empêche de percevoir que, bien que les sanctions du droit coutumier soient « vagues », elles ne correspondent pas à celles de la simple « moralité positive ».

Les réflexions de Maine sur la force vont alors se rapprocher la critique de l'école analytique de celle de l'économie politique. N'oublions pas les réflexions de Mill sur la coutume, qui en fait une équilibre précaire acquis par les plus faibles, mais maintenu par un consensus généralisé, qui limite le pouvoir des plus puissants. L'économie politique est aussi, pour Maine, victime du même processus d'abstraction radicale que le droit tel que le comprend Austin. Le pouvoir régulateur de la coutume est oublié par l'économie politique, de la même façon qu'il est absent de la théorie d'Austin :

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 360 :

To put the same thing in another way, that which we reject in the process of abstraction by which the conception Sovereignty is reached is the entire history of each community. First of all, it is the history, the whole historical antecedents, of each society by which it has been determined where, in what person or group, the power of using the social force is to reside. The theory of Sovereignty neglects the mode in which the result has been arrived at (...) Next, it is its history, the entire mass of its historical antecedents, which in each community determines how the Sovereign shall exercise or forbear from exercising his irresistible coercive power. All that constitutes this – the whole enormous aggregate of opinions, sentiments, beliefs, superstitions, and prejudices, of ideas of all kinds, hereditary and acquired, some produced by institutions and some by the constitution of human nature – is rejected by the Analytical Jurists. And thus is that, so far as the restrictions contained in their definition of Sovereignty are concerned, the Queen and Parliament of our country might direct all weakly children to be put to death or establish a system of *lettres de cachet*.

Tout comme il est possible d'oublier l'existence de la friction dans la nature, et d'ignorer la réalité d'autres mobiles dans la société à l'exception du désir de s'enrichir, de même l'élève d'Austin pourrait être tenté d'oublier qu'il y a plus dans la véritable souveraineté que la force, et plus dans les lois qui sont les commandements d'un souverain que ce que l'on peut trouver en elle en les considérant seulement comme une forme de force régulée.⁸⁸⁵

Cependant, il y a « plus dans la véritable souveraineté que la force », et donc plus dans le caractère contraignant et normatif des lois qu'une simple force juridiquement encadrée. L'analogie de la friction est récurrente chez Maine, qui parle ailleurs, dans *Village-Communities*, de ce « grand ensemble de coutumes et d'idées héritées » que les juristes analytiques « laissent de côté » comme une forme négligeable de « friction »⁸⁸⁶. Il y a donc pour Maine une « force » de la coutume, que l'on pourrait, en continuant l'analogie physique, assimiler à une forme de force « d'inertie » plus qu'à une force « active », qui ne correspond pas au type de force privilégié par les juristes. Les autres formes de droit doivent donc faire l'objet d'une véritable étude, et c'est en suivant cette idée que l'on peut éventuellement comprendre la nature du lien que Maine établit entre sa méthode et celle d'Austin :

Supposons qu'Austin ait terminé son analyse de la souveraineté et des concepts qui en dépendent immédiatement, la loi, le droit juridique, et l'obligation juridique. Il devrait alors examiner cette grande masse de règles, auxquelles les hommes obéissent de fait, et qui partagent certaines des caractéristiques des lois, mais qui ne sont pas (en tant que telles) imposées par un souverain à ses sujets, et qui ne sont pas (en tant que telles) sanctionnées par le pouvoir du souverain. Il incombe bien sûr au juriste philosophe [Austin] d'examiner ces règles parce que, les souverains étant selon son hypothèse des supérieurs *humains*, ils y sont soumis. En réalité, Austin les a examinées de son propre point de vue dans certains de ses passages les plus intéressants. Tout en insistant sur le fait que la souveraineté est par nature dénuée de limites juridiques, il admet pleinement que les souverains sont contraints lorsqu'ils publient certains commandements, et déterminés à en publier certains par des règles qui, bien qu'elles ne soient pas des lois, sont extrêmement puissantes. (...) Quelles sont les caractéristiques communes de cet agrégat de règles qui agissent sur les hommes et sur les souverains, comme les autres hommes ? Austin, comme vous le savez, parle à leur propos de « moralité positive », et dit que c'est l'opinion qui les sanctionne, ou la

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 360 :

Just as it is possible to forget the existence of friction in nature and the reality of other motives in society except the desire to grow rich, so the pupil of Austin may be tempted to forget that there is more in actual sovereignty than force, and more in laws which are the commands of sovereigns than can be got out of them by merely considering them as regulated force.

⁸⁸⁶ *Village-Communities, op. cit.*, p. 233.

désapprobation de la majeure partie de la communauté en cas de violation d'une de ces règles.⁸⁸⁷

L'étude que propose Maine se situe donc à la suite de l'étude d'Austin, une fois que celui-ci a « terminé son analyse de la souveraineté ». Il n'y a, encore une fois, rien d'incompatible entre la méthode de Maine et celle d'Austin. Cependant, une étude complète du domaine juridique requiert alors, une fois cette première étude terminée, une investigation approfondie de cette « grande masse de règles » qui « partagent » certaines « caractéristiques » des lois telles que les conçoit Austin, mais qui n'en sont pas. Cet impératif « scientifique » est posé par Maine pour une raison simple : ces règles, bien qu'elles échappent à la théorie benthamo-austinienne, régulent « de fait » les rapports humains. Elles rentrent donc nécessairement dans le champ des études juridiques, et il semble que Maine perçoive sa méthode comme un point d'accès privilégié à cette immense zone d'ombre ignorée par la théorie impérativiste des juristes analytiques. On peut deviner comment cette recherche doit parvenir à comprendre le fonctionnement propre au droit coutumier, afin d'éviter à tout prix la solution austinienne, c'est-à-dire de considérer ce droit comme une forme de « moralité positive ». Selon la reprise proposée par Maine, Austin définit le droit coutumier et cette « grande masse de règle » comme une forme de « moralité » positive parce qu'il estime que cet « agrégat de règles » a pour « caractéristiques communes » principalement le fait de n'être pas suivi d'une sanction du souverain mais d'avoir pour seule sanction « l'opinion » et la « désapprobation » de la communauté, un fait que Maine reconnaît, pour le contester ensuite :

La règle qui empêche la couronne et le parlement de déclarer le meurtre légal, et la règle qui les empêche d'autoriser la reine à gouverner sans ministres, sont liées par la sanction qui suit toute violation, c'est-à-dire le blâme de la majorité des Anglais (...) Mais, bien que la peur de l'opinion soit une raison d'obéir à ces deux règles, cela n'implique pas du tout que la seule raison d'obéir à ces deux règles soit la crainte de l'opinion. La plupart des gens accorderaient que cette crainte est la raison principale, si ce n'est la seule, d'obéir aux règles constitutionnelles ; mais cet aveu n'implique pas rien de nécessaire à propos du mode de sanction complet des règles morales. À la vérité, le système d'Austin est compatible avec *n'importe quelle* théorie éthique.⁸⁸⁸

⁸⁸⁷ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 366-368. Voir pages citées plus haut.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 368 :

The rule which keeps the Crown and Parliament from declaring murder legal, and the rule which keeps them from allowing the Queen to govern without Ministers, are connected together through the penalty attendant on a breach of them, which is the strong disapprobation of a majority of Englishmen (...) But, though fear of opinion be a motive for obedience to both rules, it does not at all follow that the sole motive for obedience to both rules is fear of opinion. This fear would be allowed by most people to be the chief, if not the exclusive, motive for obedience to constitutional rules ; but

Austin est conscient, comme Maine, qu'il y a des limites à l'exercice de la souveraineté. Il semble en effet impossible que la reine déclare le meurtre légal et s'affranchisse des « règles constitutionnelles », comme le fait de gouverner avec des ministres. Cependant, la seule sanction qui semble menacer cette forme de « violation » se résume au « blâme de la majorité des anglais », et la motivation correspondante au respect des règles par les personnes concernées ne serait autre que la « crainte de l'opinion ». Ce constat, Maine ne le réfute pas, mais il note combien son pouvoir explicatif est faible. Dire que la « crainte » du « blâme » est la motivation principale de l'obéissance au droit coutumier et à toutes les règles tacites qui ne sont pas issues de la législation du souverain est une chose, expliquer véritablement le « mode de sanction complet des règles morales » en est une autre. Dévoiler que la « crainte » est un mobile de respect des règles ne dit rien quant à la nature de ces « règles morales » et l'étude de la « moralité positive » d'Austin et de toutes les formes de droit coutumier ne saurait se limiter à la simple affirmation que leur « mode de sanction » passe par la crainte. Comme les réflexions de Maine sur les « tribunaux domestiques » des communautés de village, sur les « fictions », sur « l'équité » et sur les particularités constitutives du droit coutumier ont pu le laisser comprendre, remplacer la sanction effective du souverain par la sanction de l'opinion, c'est faire l'impasse sur la nature particulière et le caractère juridique de cette « masse de règles » qui échappent au modèle austinien. C'est bien la raison pour laquelle le souverain austinien ne connaît *théoriquement* pas de limites à son pouvoir, limites qu'Austin n'accorde qu'en *pratique*, par concession : le système austinien est en définitive « compatible avec *n'importe quelle* théorie éthique », puisqu'il se développe sans le fond des mœurs, des coutumes et de l'histoire. C'est une abstraction valable pour toutes les époques, et au sein de laquelle le souverain a tous les pouvoirs, même celui de nier l'histoire de toute la communauté dont il la charge.

7.2. Le souverain, l'ordre et le droit

7.2.1. L'exemple de Runjeet Singh

Pour mettre en lumière l'incapacité de la théorie de la souveraineté d'Austin à décrire des sociétés autres que les sociétés modernes, Maine va recourir à l'exemple de Runjeet Singh, souverain du Pendjab, l'une des provinces annexées tardivement par les britanniques, qui devrait incarner le souverain austinien par excellent. Pourtant, Runjeet Sing ne prononce pas de

such an admission involves no necessary assertion whatever as to the complete sanction of moral rules. The truth is that Austin's system is consistent with *any* ethical theory (...)

« commandements généraux » et ses ordres sont des commandes strictement particulières, qui n'ont pas le statut de loi selon la définition d'Austin⁸⁸⁹. En effet, si l'on présente la théorie d'Austin comme suit, Runjeet Singh et le Pendjab semblent bien être un contre-exemple :

Dans l'esprit du Juriste [Austin], une loi doit ordonner une classe d'actes ou d'omissions, ou un nombre d'actes et d'omissions établis généralement ; une loi qui ordonne un seul acte n'étant pas une véritable loi, mais étant distinguée comme un commandement « occasionnel » ou « particulier ». La loi ainsi définie et limitée est l'objet de la jurisprudence telle que la conçoivent les juristes analytiques.⁸⁹⁰

Selon la définition austinienne de la législation, sont des lois les décrets qui n'ordonnent pas seulement un acte « occasionnel » ou « particulier », mais concernent « une classe d'actes », définis « généralement » et non sur le mode de la particularité. Une loi ne saurait donc être une commande *particulière*, et doit prononcer un standard de comportement qui concerne un type d'acte et peut donc potentiellement concerner un grand nombre d'individus, sur une longue période. Maine est particulièrement clair à ce sujet lorsqu'il commente l'œuvre d'Austin dans son article sur le droit international : imaginons qu'une armée prenne le contrôle total d'un pays étranger par la force. Elle aurait alors tout pouvoir d'imposer ses volontés aux habitants et de se faire obéir d'eux sans contestation. Toutefois, elle ne ferait dans un premier temps qu'émettre des ordres « dispersés », au lieu de produire des lois « générales ». Elle pourrait faire de telles lois, une fois qu'elle se constituerait en un « corps déterminé » (« *definite body* ») capable de le faire⁸⁹¹. C'est d'ailleurs en développant cet exemple que Maine rappelle que pour qu'un individu ou un ensemble d'individus soient souverains, il est nécessaire que la majeure partie (« *bulk* ») d'une société soit habituée à lui obéir, mais non pas l'intégralité de la société (« *the whole of society* »), car dans ce dernier cas, « la souveraineté serait impossible »⁸⁹².

Ainsi, le pouvoir au sens d'une simple force exercée, même sur l'intégralité d'une société, ne fait pas le souverain. Inversement, la souveraineté est établie même lorsque certains individus désobéissent ponctuellement. L'essentiel est que l'immense majorité de la population soit habituée à obéir à l'autorité qu'elle reconnaît comme souveraine, autorité qui est déterminée précisément, et dont les commandements, ou lois, concernent de larges classes de

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 368.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 373-375 :

From the point of view of the Jurist, law (...) must prescribe a class of acts or omissions, or a number of acts and omissions determined generally ; the law which prescribes a single act not being a true law, but being distinguished as an 'occasional' or 'particular command. Law, thus defined and limited, is the subject-matter of Jurisprudence as conceived by the Analytical Jurists.

⁸⁹¹ Maine, « The Conception of Sovereignty, and Its Importance in International Law », *op. cit.*, p. 31.

⁸⁹² *Ibid.*, p. 32.

comportements, et ne sont pas uniquement des ordres ponctuels. Cette obéissance « *habituelle* », Maine s'efforce de nouveau de la définir par un exemple : de nombreux individus obéissent aux commandements de l'Église catholique en Europe, et règlent sur ses « con-signes » de « points de comportement individuel ». Maine considère toutefois que cette obéissance, « comparée avec le nombre de fois où [la population] se soumet elle-même aux lois du pays où elle habite », demeure seulement « *occasionnelle* » et non « *habituelle* ». Il doit donc y avoir un caractère englobant dans l'obéissance au souverain : elle doit concerner un *grand nombre* d'actes *quotidiens* réalisés pour les individus, au lieu de ne concerner que des actions spécifiques, dans des domaines spécifiques de l'agir⁸⁹³.

L'autorité de Runjeet Singh se rapproche donc plus de ces contre-exemples que de celle d'un souverain. Il n'émettrait que des ordres particuliers, ce qui signifie, si l'on en croit l'opinion de Maine à ce sujet, que ses « ordres » ne concernent probablement qu'un trop petit nombre d'actions de ces sujets pour être des lois, et que leur contenu est aussi, selon Maine, trop spécifique et ne s'adresse pas à une large catégorie d'actions. Runjeet Singh n'est donc pas le souverain au sens de producteur de la loi et du droit. La loi, elle, est plutôt produite dans les communautés de village :

À première vue, il ne pourrait y avoir de plus parfaite incarnation de la souveraineté telle que la conçoit Austin que Runjeet Singh. C'était un despote absolu (...). Il aurait pu ordonner n'importe quoi (...). Et pourtant je doute qu'il ait jamais, ne serait-ce qu'une fois, prononcé un commandement qu'Austin appellerait une loi (...) Il n'a jamais légiféré. Les règles qui régulaient la vie de ses sujets étaient dérivées de leurs usages immémoriaux, et ses règles étaient administrées par les tribunaux domestiques, au sein des familles ou des communautés de village.⁸⁹⁴

La production du droit demeure la prérogative de « tribunaux domestiques », qui appliquent le droit coutumier et ses « usages immémoriaux ». Le pouvoir que possède Runjeet Singh ne fait pas de lui un souverain. De ce point de vue, il est comme l'armée occupant un territoire étranger, capable de garantir l'obéissance, mais dont le contrôle sur le comportement des individus n'ex-cède pas l'étendue de la force simple. Dans la mesure où c'est au sein des communautés de

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 32.

⁸⁹⁴ Maine, *Village Communities*, *op. cit.*, p. 380-381 :

At first sight, there could be no more perfect embodiment than Runjeet Singh of Sovereignty, as conceived by Austin. He was absolutely despotic (...) He could have commanded anything (...) Yet I doubt whether once in all his life he issued a command which Austin would call a law (...) He never made a law. The rules which regulated the life of his subjects were derived from their immemorial usages, and these rules were administered by domestic tribunals, in families or village-communities.

village que les individus reçoivent l'immense majorité des commandements concernant leur comportement quotidien, Runjeet Singh est aussi comme l'Église Catholique en Europe : sa capacité à influencer ponctuellement les comportements individuels est largement concurrencée par d'autres instances normatives qui, elles, ont tous les attributs de la souveraineté.

Quelle est la valeur historique du point de vue de Maine sur le sujet ? Les historiens de ne s'accordent pas tout à fait au sujet du degré de centralisation de l'autorité politique dans l'Inde précoloniale⁸⁹⁵. Les voyageurs qui traversent l'Inde du temps des Moghols ont l'impression que la cour impériale concentre tous les pouvoirs économiques et politiques. Cela signifierait que les droits de propriété seraient sous le contrôle et la garantie de l'État et de ses agents. Comme l'indique Tinthankar Roy, cette vision est cependant remise en cause et paraît plus favorable au portrait que Maine fait d'une Inde sans « souverain » à l'occidentale, où les pouvoirs locaux et notamment les communautés de village auraient été dotés, du moins jusqu'à l'arrivée des britanniques, d'une grande autonomie normative. Les communautés des différentes régions de l'Inde connaissent des degrés divers d'autonomie, mais la balance penche en faveur d'une décentralisation généralisée du pouvoir⁸⁹⁶. Ainsi, l'idée selon laquelle les communautés de village auraient connu une grande autonomie, développée dans tout le XIX^e de Maine à Karl Marx, serait au moins partiellement correcte. Bernard Cohn voit dans ces communautés de village des « petits royaumes » (« *little kingdoms* ») et les décrit comme « l'unité juridique élémentaire » de l'Inde du nord au XVIII^e et XIX^e siècle⁸⁹⁷.

Il faudrait toutefois plutôt concevoir la structure du pouvoir en Inde pré-coloniale comme une relation de « symbiose » entre le pouvoir central et différents niveaux et formes de pouvoirs locaux, qui incluent aussi bien les communautés de village que des castes de marchands⁸⁹⁸. Le processus législatif est décentralisé et tout ce qui concerne la propriété et le droit des contrats demeure la prérogative de ces différents groupes sociaux, auxquels était confié un large degré d'autonomie sur la base de la communauté, familiale, religieuse ou de profession, plutôt que du territoire⁸⁹⁹. T. Roy recommande alors d'utiliser le modèle de la guilde endogame

⁸⁹⁵ T. Roy, « Law and Change in India », *op. cit.*, p. 117 sq. Voir aussi, Athar Ali, M., « The Mughal Polity - A Critique of Revisionist Approaches », *Modern Asian Studies*, 27 (4), p. 699-710 et Muzaffar Alam et Sanjay Subrahmanyam (dir.), *The Mughal State, 1526-1750*, Oxford University Press, Delhi, 1998.

⁸⁹⁶ Kathleen Gough, « Dravidian Kinship and Modes of Production », *Contributions to Indian Sociology*, 13 (2), p. 264-292.

⁸⁹⁷ B. S., Cohn, « Some Notes on Law and Change in North India », *Economic Development and Cultural Change*, 8 (1), p. 79-93, p. 80 et B. S. Cohn, « The Initial British Impact on India : A Case Study of the Benares Region », *Journal of Asian Studies*, 19 (4), p. 418-431.

⁸⁹⁸ T. Roy, « Law and Change in India », *op. cit.*, p. 118.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 119.

(« *endogamous guild* ») pour décrire ces différentes unités autonomes⁹⁰⁰. Ces communautés familiales, dont les membres exercent presque tous le même métier, ont toute l'autonomie nécessaire pour gérer elles-mêmes les affaires de propriété, de successions, et les contrats, dans un mélange de droit des personnes et le droit commercial et foncier qui n'est que très peu éloigné du portrait du cadre de pensée de Maine. La description que fait T. Roy de la situation de l'Inde précoloniale et sous domination britannique paraît à la fois confirmer l'idée de Maine d'une autonomie normative des communautés et celle d'une indistinction des fonctions législatives et juridiques à leur niveau⁹⁰¹. Roy parle ainsi d'une « importante convergence de l'exécutif et du judiciaire »⁹⁰². Aussi, avant la mise en place progressive d'un système juridique par les Anglais, l'Inde précoloniale semblait disposer d'un système concentrique de cours, allant du niveau le plus local au niveau de l'empereur, le principe généralement accepté étant qu'il fallait choisir sa cour en fonction de l'importance et de l'échelle adéquate, sans pour autant que les cours ne soient intégrées à une hiérarchie stricte⁹⁰³. C'est dans ce système que s'inséraient les *panchayat*, assemblées locales concernant autant les villages que certaines activités commerciales, dont le but, au nom de la continuité de la profession et de la cohésion de la communauté, était de trouver des solutions à l'amiables aux conflits⁹⁰⁴.

Ainsi, les historiens s'accordent pour dire que, au moins au nord de l'Inde, l'état Moghoul n'avait rien d'un état législateur⁹⁰⁵. Le plus souvent, l'autorité se perçoit elle-même comme ayant pour rôle de faire appliquer le droit propre à chaque communauté qui compose son territoire, incluant le droit canon ou le droit des personnes musulman, la *common law* locale et le droit islamique concernant les délits, les crimes et les dommages, les régulations et enfin les coutumes locales, qui appartiennent à des communautés spécifiques⁹⁰⁶. Un tel univers juridique

⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 120.

⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 121 :

The community-bound legal regime had three signal characteristics. First, in the sphere of canon law, the state did not make laws but upheld them. In other words, justice was an executive duty. (...) Second, in civil matters falling outside canon law, communities both made laws and administered them. In other words, outside the sphere of canon law, the concept of legal procedures was weak, informal, decentralized, and differentiated. And third, whether statute law or community law, the institution did not rely heavily on written statutes, cases, written court procedures, records, lawyers (...).

⁹⁰² *Ibid.*, p. 121.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 122.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 123. Voir aussi B. S. Cohn, « From Indian Status to British Contract » *Journal of Economic History*, 21 (4), p. 613-628.

⁹⁰⁵ Voir Athar Ali, *op. cit.*

⁹⁰⁶ Voir M. B. Ahmad, *op. cit.* ainsi que B. S. Jain, *Administration of Justice in Seventeenth Century India*, Metropolitan Book, Delhi, 1970 et Jadunath Sarkar, *Mughal Administration*, Patna University, Patna, 1920.

a en réalité peu recours à l'écrit et à une jurisprudence consolidée pour rendre ses décisions⁹⁰⁷. Cela peut paraître normal si l'on considère en effet que la cohésion de la communauté, comme le dit d'ailleurs Maine, était l'objectif principal de la plupart des cours de ce système, les plus locales en priorité. Comme le dit T. Roy, dans des termes très proches de ceux de Maine : « des lois *spécifiques* n'étaient pas nécessaires » car « des lois trop spécifiques auraient empêché de négocier et de trouver des compromis »⁹⁰⁸. Ce point peut d'ailleurs éclairer la question des sanctions peu spécifiques de la coutume, qui sont une conséquence de sa fonction première : assurer la continuité du groupe et de ses activités.

7.2.2. Retour vers la *common law*

Maine envisage deux moyens de faire coïncider le système d'Austin avec la situation au Pendjab. Il procède par expérience de pensée, proposant des hypothèses pour voir si le modèle austinien peut expliquer certains phénomènes sociaux. Maine aborde alors un point très connu de la théorie d'Austin : pour d'expliquer le rôle du juge par rapport à celui du souverain, et pour nier que le premier serait un producteur de droit à part entière, Austin affirme que, bien que le souverain ne prononce pas lui-même les décisions au tribunal, elles sont légitimées par son autorisation tacite⁹⁰⁹. Maine applique donc ce modèle, qu'il résume par la maxime « ce que le souverain permet, il le commande », à Runjeet Singh, supposant qu'il délègue tacitement son autorité aux « tribunaux domestiques » qui appliquent le droit coutumier⁹¹⁰. Dans la mesure où Maine estime déjà que cette explication austiniennne ne vaut pas dans le cas de la *common law*, il y a fort à parier qu'il l'estime encore moins pertinente pour le cas de l'Inde :

La *common law* a largement perdu du terrain par rapport à la législation parlementaire [*Act of Parliament*], et il est possible qu'elle en soit venue à devoir l'intégralité de sa force contraignante aux lois déclarées par le parlement [*statute*]. Mais mon exemple oriental montre que la difficulté pressentie par les anciens juristes au sujet de la *common law* ait pu mériter plus de respect qu'elle n'en a obtenu de la part de Hobbes et de ses successeurs. Runjeet Singh n'a jamais changé ni n'aurait jamais rêvé de pouvoir changer les règles civiles sous lesquelles vivent ses sujets.⁹¹¹

⁹⁰⁷ Voir Muhammad B. Ahmad, *The Administration of Justice in Medieval India*, Aligarh Historical Research Institut, Aligarh, 1941, et Muhammad Akbar, *The Administration of Justice by the Mughals*, Muhammad Ashraf, Lahore, 1948.

⁹⁰⁸ T. Roy, « Legal Change in India », *op. cit.*, p. 124 : « Therefore, specific laws were not necessary. Laws that were too specific might even be a hindrance to negotiation and compromise. »

⁹⁰⁹ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, p. 216-217.

⁹¹⁰ *Lectures on the Early History of Institutions*, *op. cit.*, p. 381.

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 381-382 :

(...) the Common Law has been largely encroached upon by Act of Parliament, and, in our day, it is possible that it may come to owe the whole of its binding force to statute. But my Oriental example shows that the difficulty felt by the old lawyers about

Dans une certaine mesure, la théorie d'Austin rend correctement compte de la nature de la « législation » moderne, comme Maine l'a souvent répété, dont l'essentiel se concentre dans l'activité parlementaire, dont le produit est les *statutes*. La *statutory law*, décrétée par le parlement, est ainsi devenue le mode essentiel de production dans le système juridique britannique et la *common law*, loi « produite » par l'application par les juges de principes préexistant à des cas nouveaux, a « perdu du terrain », voyant peut-être, mais Maine reste prudent, « l'intégralité de sa force contraignante » résider dans la figure du souverain. « L'exemple oriental » permet ainsi de remettre ce développement historique en perspective, et de souligner que « Hobbes et ses successeurs » ont fait preuve d'un certain mépris envers les spécificités de *common law*, en donnant trop d'importance à d'autres éléments. Runjeet Singh n'a pas de contrôle sur les « règles civiles » qui structurent les communautés du Pendjab.

Pourquoi les « tribunaux domestiques » ne seraient-ils pas eux-mêmes les souverains ? Austin reconnaît en effet que la souveraineté peut se trouver dans un groupe de personnes et n'est pas nécessairement le fait d'un seul individu. Néanmoins, les tribunaux en question ne font, ou du moins c'est ce qu'ils prétendent, qu'appliquer des principes tirés « d'usages immémoriaux », ce qui distingue leur activité de celle de la législation moderne, qui implique la promulgation explicite d'une loi, produit de la volonté d'un individu ou d'un groupe d'individus déterminé. C'est pourquoi l'activité de légiférer, y compris dans la *common law* britannique dont Maine est contemporain, ne représente pas l'ensemble de la production juridique. La *common law* a encore recours à ces outils que sont les « fictions » ou « l'équité » en parallèle de l'activité législative, pour appliquer des principes déjà déterminés à des cas nouveaux. Or, c'est un trait que tous les systèmes de droit coutumier semblent partager, dans une certaine mesure, avec la *common law*, ce qui est d'autant plus visible en Inde où ce système est moins avancé :

Désormais, il serait impossible, sans violenter avec la plus grande force la langue, d'appliquer ces termes, *commandement, souverain, obligation, sanction, droit*, au droit coutumier sous lequel les communautés de village indiennes ont vécu depuis des siècles, pratiquement sans connaître d'autre forme de droit civilement contraignant (...).

Le conseil des anciens du village n'émet aucun commandement, il ne fait que déclarer ce qui a toujours été (...). [Le] droit coutumier n'est pas appliqué au moyen d'une sanction. Dans le cas presque inconcevable où un acte individuel de désobéissance serait porté à la connaissance du conseil de village, le seul châtement, du moins le seul châtement certain, serait la désapprobation de tous. D'où la conclusion selon

the Common Law may have once deserved more respect than it obtained from Hobbes and his successors. Runjeet Singh never did or could have dreamed of changing the civil rules under which his subjects lived.

laquelle, dans le système de Bentham et Austin, le droit coutumier de l'Inde devrait être appelé « morale » - un retournement de la langue qui requiert à peine une protestation formelle⁹¹².

Le constat final de Maine est radical. « Sans violenter (...) la langue », les catégories austiniennes sont inapplicables au cas indien, mais aussi à tout droit coutumier, y compris à la *common law* britannique. Le conseil de village déclare « ce qui a toujours été », se référant ainsi à une coutume déjà établie comme justification de sa décision. Bien sûr, il y a dans cet acte une part non négligeable de fiction, Maine le reconnaît et souligne lui-même que l'instrument que sont les fictions permet justement de gérer la nouveauté dans des sociétés où la gestion du changement social ne peut pas encore se faire de manière explicite. Il faut donc comprendre ce que Maine décrit ici par opposition à l'activité moderne de la législation qui, elle, permet de modifier le droit explicitement, voire à imposer de nouvelles régulations *ex nihilo*, c'est-à-dire sans se référer à des pratiques ou des principes préexistants pour se justifier.

En quoi ces réflexions sont-elles valides pour la *common law* ? En effet, les réflexions de Maine ne proposent pas seulement, comme nous l'avons déjà vu, une critique de l'applicabilité de la conception benthamo-austinienne de la souveraineté aux communautés indiennes. Elle remet aussi en cause son application sans nuance au système juridique contemporain de Maine. Ainsi, la législation, désormais une source prépondérante du droit, doit être considérée comme un produit tardif de l'histoire juridique.

(...) un disciple de Bentham serait tenté de confondre Fictions, Équité et Législation en les rangeant sous le même nom général de législation. Comme il le dirait, ils impliquent tous le fait de *légiférer* ; ils se distinguent seulement par les mécanismes par lesquels le droit est produit (...) mais cela ne constitue pas une raison pour nous priver d'un terme aussi pratique que celui de Législation dans ce sens particulier.⁹¹³

⁹¹² *Village-Communities, op. cit.*, p. 67-68 :

Now, without the most violent forcing of language, it is impossible to apply these terms, *command, sovereign, obligation, sanction, right*, to the customary law under which the Indian village-communities have lived for centuries, practically knowing no other law civilly obligatory (...) The council of village does not command anything, it merely declared what has always been (...) Customary law is not enforced by a sanction. In the almost inconceivable case of disobedience to the award of the village council, the sole punishment, or the sole certain punishment, would appear to be universal disapprobation. And hence, under the system of Bentham and Austin, the customary law of India would have to be called morality – an inversion of language which scarcely requires to be formally protested against.

⁹¹³ *Ancient Law, op. cit.*, p. 27 :

(...) a student of Bentham would be apt to confound Fictions, Equity, and Statute law under the single head of legislation. They all, he would say, involve law-making; they differ only in respect of the machinery by which the new law is produced (...) but it

Sous le mot de « législation », le « discipline de Bentham » confond trois procédés différents qui se sont succédés dans le temps et désignent trois façons différentes de « légiférer » : les fictions, l'équité, et la législation, au sens réduit que lui donne Maine⁹¹⁴. La législation est ainsi « le dernier des agents correcteurs du système juridique », apparu en effet tardivement, au moins pour le droit anglais. Cette simple définition a de larges implications : même l'activité de législation, pourtant censée manifester la liberté absolue même du souverain d'imposer sa volonté au peuple, ne saurait faire autre chose que « corriger » le système juridique. Elle le fait de manière consciente et explicite, mais ne saurait le faire en mettant de côté l'ensemble du système déjà établi. En somme, on retrouve toujours chez Maine l'idée que le droit est un système qui est en décalage constant avec le changement social. Fictions, Équité et Législation sont uniquement des moyens différents de rattraper ce retard tout en maintenant l'équilibre du système.

Les premiers agents, notamment les fictions, permettent d'articuler cette nécessité avec une frilosité naturelle envers le changement. L'équité ou *equity* qui émerge en Angleterre vers le XV^e siècle, est une activité, menée par d'abord par une juridiction parallèle sous l'impulsion du roi, qui a pour but de rectifier les problèmes liés à l'application stricte des principes de la *common law*⁹¹⁵. La *common law*, loi commune du royaume constituée entre le XI^e et le XV^e siècle en remplacement progressif des droits coutumiers locaux par l'action des cours royales, s'était finalement repliée sur un formalisme rigide et un manque de flexibilité qui lui valait une très mauvaise réputation auprès des justiciables. Avec l'*equity*, il ne s'agit donc pas de créer des règles de droit, mais bien d'agir, au nom de principes différents, inspirés de la morale ou la religion, ou tout simplement une forme de sens diffus de la justice, afin de réparer certaines injustices ou d'adapter le droit déjà établi à des situations absolument inédites.

Le portrait que Maine fait de l'équité n'est toutefois pas seulement inspiré du cas britannique : il est aussi pensé en rapport avec le travail du Préteur dans l'histoire du droit romain, travail de rectification des limites du droit établi. On notera aussi l'élément qui distingue la législation et l'équité : son caractère *externe*, alors que l'équité est une instance qui opère à l'intérieur d'un système, comme simple correctif. Si le souverain austlinien est donc celui qui légifère, tout modèle qui étendrait ses caractéristiques à l'ensemble de l'activité juridique se tromperait. Une partie de l'activité juridique, à l'époque de Maine mais encore plus avant la

furnishes no reason why we should deprive ourselves of so convenient a term as Legislation in the special sense.

⁹¹⁴ Les définitions des trois agents du changement social peuvent se trouver dans *Ancient Law*, chap. II.

⁹¹⁵ Les *trusts* ont originairement fait partie de la juridiction de l'*equity*.

centralisation de la souveraineté, produit le droit à l'intérieur du système lui-même, à partir de principes et de décisions préexistants. Maine résume ainsi sa position :

La législation, c'est-à-dire les décrets d'un pouvoir exécutif, qu'elle prenne la forme d'un prince autocrate ou d'une assemblée parlementaire, est l'organe supposé de la société entière, et se trouve être le dernier des agents correcteurs du système juridique. Elle se distingue des Fictions Juridiques tout comme l'Équité s'en distingue elle-même, et elle est aussi distinguée de l'Équité en ce qu'elle tire son autorité d'un corps ou d'une personne extérieurs. Son pouvoir coercitif est indépendant des principes de l'Équité.⁹¹⁶

La législation telle que Maine la dépeint paraît en effet correspondre en tout point à la description du souverain et de son activité par Austin et Bentham. C'est un « corps » défini, extérieur au système juridique, qui légifère de façon autonome, au moyen de « décrets », sans référence nécessaire aux principes de l'équité, et dont le pouvoir « coercitif » n'apparaît pas de prime abord limité. Ce « fait capital du mécanisme des états modernes » n'est toutefois pas représentatif des époques précédentes de l'évolution du droit, comme nous l'avons déjà évoqué⁹¹⁷.

C'est en cela que Hobbes, Bentham et Austin auraient, toujours selon les mots de Maine, manqué de « respect » à la *common law* et à son histoire⁹¹⁸. Selon Wilfrid Rumble, Maine partage avec Austin de nombreuses réflexions secondaires, comme le rôle accordé aux fictions, utilisées pour dissimuler un changement dans la lettre ou l'interprétation des règles⁹¹⁹. Toutefois, chez Maine, les fictions ont une fonction spécifique : elles montrent comment la *common law*, à distinguer ici de la législation, a pu et est encore une source authentique de droit, selon des modalités distinctes de celles de la législation, sans qu'elle soit, comme Austin au pu le dire du droit coutumier, réductible à une forme de « moralité » positive. Ainsi,

Nous ne devons donc pas accepter d'être nous-mêmes affectés par le ridicule dont Bentham couvre les fictions juridiques partout où il les rencontre. Les vilipender uniquement pour leur caractère frauduleux, c'est trahir l'ignorance que l'on a de leur rôle particulier dans le développement historique du droit.⁹²⁰

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 26 :

Legislation, the enactments of a legislature which, whether it take the form of an autocratic prince or of a parliamentary assembly, is the assumed organ of the entire society, is the last of the ameliorating instrumentalities. It differs from Legal Fictions just as Equity differs from them, and it is also distinguished from Equity, as deriving its authority from an external body or person. Its obligatory force is independent of its principles.

⁹¹⁷ *Lectures on the Early History of Institutions*, *op. cit.*, p. 398 : « capital fact in the mechanism of modern States ».

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 381-382.

⁹¹⁹ W. Rumble, *op. cit.*, p. 125. Il cite ainsi J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 609, 610, et renvoie au second chapitre d'*Ancient Law*.

⁹²⁰ *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 24 :

De même, si l'on peut faire une lecture nuancée d'Austin sur ces questions, il est certain que nombre de ses propos tendent à faire de la production des lois par le législateur le modèle même de tout forme de droit :

Je détermine l'essence ou la nature de ce qui est commun à toutes les lois qui sont des lois à proprement parler. En d'autres termes, je détermine l'essence ou la nature de la loi impérative, de la véritable loi.⁹²¹

Si telle est la démarche d'Austin, il n'est pas étonnant que le droit coutumier ne soit droit que par analogie, voire par délégation de pouvoir du souverain, et que le fonctionnement général du système juridique soit placé sous la houlette du souverain. D'une certaine façon, si l'on fait abstraction du produit de l'époque moderne et contemporaine qu'est la législation, quoique cela ne soit pas évident, on perçoit selon Maine que tous les instruments qui permettent au droit d'évoluer concilient une nature humaine foncièrement conservatrice avec les nécessités du changement social, accéléré par l'individualisation des rapports sociaux. Rappelons que la « fiction juridique » est une « affirmation qui dissimule, ou prétend dissimuler, l'altération subie par une règle de droit »⁹²², ce qui lui permet de « surmonter la rigidité du droit »⁹²³. Or, c'est le même mécanisme que l'on retrouve, selon Maine, au cœur de la *common law* britannique, même moderne :

En Angleterre, nous sommes habitués à voir le droit être étendu, modifié et amélioré par toute une machinerie qui, en théorie, n'a pas la compétence pour modifier une ligne ou un *iota* de la jurisprudence existante. Le procédé par lequel cette législation virtuelle est établie est aussi imperceptible que méconnu (...). Lorsqu'un ensemble de faits est présenté à une cour anglaise pour qu'elle donne son verdict, l'intégralité du cours de la discussion entre le juge et les avocats repose sur le postulat qu'aucun problème n'est ou ne pourrait être soulevé en faisant appel à d'autres principes que ceux qui sont admis depuis longtemps (...). On tient pour absolument acquis qu'il existe quelque part une règle de droit connue qui s'applique aux faits du conflit porté à présent en justice (...). Cependant, au moment où le jugement a été rendu et retranscrit, nous glissons inconsciemment ou sans l'avouer vers un nouveau

We must, therefore, not suffer ourselves to be affected by the ridicule which Bentham pours on legal fictions wherever he meets them. To revile them as merely fraudulent is to betray ignorance of their peculiar office in the historical development of law.

⁹²¹ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 80 :

I determine the essence or nature which is common to all laws that are laws properly so called : In other words, I determine the essence or nature of a law imperative and proper.

⁹²² *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 25-26.

⁹²³ *Ibid.*, p. 26-27 : « overcoming the rigidity of law ».

langage et un nouveau fil de pensée. Nous admettons désormais que la nouvelle décision a *bel et bien* modifié le droit.⁹²⁴

Maine développe ainsi le paradoxe du fonctionnement de la *common law*, qui serait en mesure de se développer et de trancher des questions juridiques nouvelles sans pour autant aller à l'encontre de sa tradition juridique et sans jamais ajouter de matériel juridique à la jurisprudence.

7.2.3. La force, l'ordre et le droit

Les réflexions de Maine sur l'Inde le conduisent à s'exprimer davantage que sur le droit anglais. Elles sont l'occasion de développements sur la place de la *force* et de l'*ordre* dans le droit en général, c'est-à-dire dans toute manifestation de la juridicité, du droit coutumier au droit moderne. C'est dans l'un de ses ouvrages les plus tardifs que Maine s'exprime ainsi à ce sujet :

La grande difficulté des juristes analytiques modernes, Bentham et Austin, a été de faire sortir de sa cachette la force qui donne sa sanction au droit. Ils devaient montrer qu'elle n'avait pas disparu et qu'elle ne pouvait disparaître, mais qu'elle était juste dissimulée parce qu'elle s'était transformée en habitude d'obéissance au droit. Même à présent, leur affirmation selon laquelle elle est présente partout là où les Cours rendent justice a pour beaucoup l'apparence d'un paradoxe ; apparence qu'elle perd (...) lorsque l'histoire vient en aide à leur analyse.⁹²⁵

Par cet hommage, que l'on peut sans risque étendre à Hobbes, Maine salue la valeur des analyses d'Austin et de Bentham, et notamment de la façon dont ils ont souligné que la *force* est un composant essentiel du droit, y compris et peut-être surtout dans les sociétés modernes, et

⁹²⁴ *Ibid.*, p. 31 :

We in England are well accustomed to the extension, modification, and improvement of law by a machinery which, in theory, is incapable of altering one jot or one line of existing jurisprudence. The process by which this virtual legislation is effected is not so much insensible as unacknowledged (...). When a group of facts come before an English Court for adjudication, the whole course of the discussion between the judge and the advocates assumes that no question is, or can be, raised which will call for the application of any principles but old ones (...). It is taken absolutely for granted that there is somewhere a rule of known law which will cover the facts of the dispute now litigated (...). Yet the moment the judgement has been rendered and reported, we slide unconsciously or unavowedly into a new language and a new train of thought. We now admit that the new decision *has* modified the law.

⁹²⁵ *Dissertations on Early Law and Custom, op. cit.*, p. 388-389 :

The great difficulty of the modern Analytical Jurists, Bentham and Austin has been to recover from its hiding-place the force which gives its sanction to law. They had to show that it had not disappeared and could not disappear ; but that it was only latent because it had been transformed into law-abiding habit. Even now their assertion, that it is everywhere present where there are Courts of Justice administering law, has to many the idea of a paradox – which it loses (...) when their analysis is aided by history.

ce probablement par opposition aux jusnaturalistes comme Rousseau qui dissocie force et droit⁹²⁶. Comme ont pu le montrer nos réflexions précédentes, c'est parce que le souverain a, à l'époque moderne, progressivement concentré en lui la légitimité de l'usage de la force, que « l'analyse » des penseurs analytiques du droit concernant le juge est devenue une réalité : ce dernier, parce que toute légitimité provient de l'autorité dans laquelle la force et la capacité à sanctionner est concentrée, n'est qu'un délégué du pouvoir. « L'habitude d'obéissance au droit », alors généralisée, aurait fait oublier combien la force est un attribut essentiel du droit en général, et sa concentration dans les mains d'un souverain une propriété essentielle du droit moderne. Pensons encore une fois à l'armée d'invasion citée par Maine en exemple : le simple usage de la force ne fait pas d'elle un souverain, elle le devient par la concentration de cet usage dans un corps déterminé, capable d'adresser ses « lois » ou commandements généraux à l'ensemble de ses sujets, désormais habitués à obéir à cette autorité désignée.

Cette alternative, entre une pure force permettant d'imposer la contrainte et la concentration de la force dans les mains d'un souverain légitime n'est pas cependant représentative de l'ensemble des manifestations de la juridicité. Au contraire, se dégage du propos parfois confus de Maine l'idée que, si la force et l'ordre sont intrinsèquement liées à la juridicité, elles prennent toutefois des formes différentes en fonction des étapes de l'évolution juridique. Dans sa « *lecture XIII* », Maine aborde la question des rapports entre force, ordre et loi. Selon lui, les analytiques ont donné la priorité à la force dans le droit, tandis que d'autres ont pu donner la priorité à la notion d'ordre. Maine ne tranche pas clairement à ce propos, ce qui suggère que sa propre définition du droit contient nécessairement un arrangement particulier de ces deux entités. Il pose la question suivante :

La force qui contraint à l'obéissance à une loi a-t-elle toujours été d'une telle nature qu'elle peut être identifiée à la force de coercition du souverain, et les lois ont-elles toujours été caractérisées par cette seule généralité qui, on le dit, les connecte aux lois de la physique et aux formules générales qui décrivent les faits naturels ?⁹²⁷

Dans les sociétés modernes, comme Hobbes et Austin ont pu le relever, le droit est caractérisé par l'utilisation de la *force* dans un but de *coercition* tandis que *l'ordre* se manifeste dans le droit à travers la généralité des lois, qui sont, selon la définition même qu'Austin leur donne,

⁹²⁶ Voir J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social*, I, 3.

⁹²⁷ *Lectures on the Early History of Institutions*, *op. cit.*, p. 375 :

Has the force which compels obedience to a law always been of such a nature that it can reasonably be identified with the coercive force of the Sovereign, and have laws always been characterized by that generality which, it is said, alone connects them with physical laws or general formulas describing the facts of nature ?

émises à destination d'une catégorie déterminée de personnes, afin de réguler une catégorie déterminée d'actes⁹²⁸. Or, il est évident que pour Maine, la « force qui contraint à l'obéissance à un loi » n'a pas toujours été équivalente à la « force de la coercition du souverain ». Il faut donc chercher ailleurs, dans un équilibre différent entre la force et l'ordre, la nature de systèmes juridiques plus anciens.

Selon Maine, la « force » existe aussi dans les sociétés coutumières, mais elle ne pourrait être « appelée avec le même nom » que la force qui caractérise le souverain moderne, « que par une pure et simple torsion du langage ». Le droit coutumier n'est pas « obéi » de la même façon que le droit « promulgué » par un souverain moderne. Les sanctions que l'on encourt dans les communautés de village, par exemple, sont bien diffuses comme le pense Austin dans une certaine mesure. Néanmoins, le propos central de Maine, et nous verrons comment il se précise dans d'autres parties de son œuvre, est de dire que le degré de « contrainte réelle » pour obtenir la conformité des individus à l'usage établi est en réalité faible⁹²⁹. Cela ne signifie pas qu'aucune forme de coercition n'est nécessaire, mais plutôt que la véritable contrainte, celle qui serait exercée par une autorité dotée de la capacité de sanctionner, dotée donc d'un certain monopole de l'usage de la force, n'est pas nécessaire pour forcer les membres d'une communauté à obéir aux pratiques obligatoires.

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 371, 374-375 :

The word 'law' has come down to us in close association with two notions, the notion of order and the notion of force.

The laws with which the student of Jurisprudence is concerned in our own day are undoubtedly either the actual commands of Sovereigns, understood as the portion of the community endowed with irresistible coercive force, or else they are practices of mankind brought under the formula 'a law is a command,' by help of the formula, 'whatever the Sovereign permits, is his command.' From the point of view of the Jurist, law is only associated with order through the necessary condition of every true law that it must describe a class of acts or omissions, or a number of acts and omissions determined generally; the law which prescribes a single act not being a true law (...) Law, thus defined and limited, is the subject-matter of Jurisprudence as conceived by the Analytical Jurists.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 392 :

[It] can only be called the same by a mere straining of language. Customary law – a subject on which all of Austin's remarks seem to me comparatively unfruitful – is not obeyed, as enacted law is obeyed.

When it obtains over small areas and in small natural groups, the penal sanctions on which it depends are partly opinion, partly superstition, but to a far greater extent an instinct almost as blind and unconscious as that which produces some of the movements of our bodies. The actual constraint which is required to secure conformity with usage is inconceivably small.

La raison principale de cette différence tient peut-être au fait que les lois promulguées par le souverain et les lois coutumières portent sur des objets différents. C'est ainsi que l'on peut interpréter les remarques relativement cryptiques de Maine au sujet de l'ordre et du droit. Dans sa version moderne, la loi est bien un commandement général, qui s'impose à un ensemble d'actes plutôt qu'à des actions particulières. Maine décrit comment cette idée de loi paraît s'inspirer du type de lois qui décrivent les phénomènes naturels. La loi générale telle que décrite par Austin est assimilable aux lois naturelles dictées par le « souverain » de l'univers, Dieu. Si la façon d'envisager l'ordre dans les sociétés coutumières est différente, cela ne signifie toutefois pas qu'on n'y trouve pas de grandes régularités. Au contraire,

alors que la conception de la Force associée aux lois s'est modifiée, la même chose est arrivée à la conception de l'Ordre. Dans les groupes sociaux élémentaires formés par les hommes de la race aryenne, rien ne saurait être plus monotone que la routine des coutumes d'un village. Néanmoins, à l'intérieur des foyers dont la réunion compose la communauté de village, le despotisme de l'usage est remplacé par le despotisme de l'autorité paternelle.⁹³⁰

En effet, les règles de la coutume ont avant tout pour objectif d'assurer l'uniformité des comportements des individus au sein de la communauté, mais dans un domaine extrêmement précis. Nous avons souligné combien les réflexions de Maine sont marquées par le biais interprétatif qu'introduit la question de la gestion des ressources et donc de la propriété dans ses réflexions sur la coutume. On trouve donc d'une part le droit moderne, qui contient des lois déterminant les droits et les devoirs généraux des individus, rangés selon de larges classes d'actes interdits ou autorisés, et d'autre part la coutume, qui encadre strictement l'activité productive des individus, mais qui laisse la vie domestique libre d'intervention.

Le thème de la propriété et de la gestion des ressources est ainsi central dans cette opposition, bien qu'il reste ici à l'arrière-plan. En effet, dans une société « libérale » et élargie, où la division du travail est profonde et où un certain équilibre semble s'être imposé pour répondre aux besoins individuels et collectifs, l'impératif collectiviste de la culture en commun des terres n'a pas de pertinence comme il le peut en avoir dans une communauté de taille réduite, où toute forme de propriété individuelle peut être vue comme une menace immédiate pour la sécurité du groupe. Dans une société libérale, la propriété individuelle est donc la règle, alors qu'elle est

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 393 :

(...) as the conception of Force associated with laws has altered, so also, I think has the conception of Order. In the elementary social groups formed by men of the Aryan race, nothing can be more monotonous than the routine of village custom. Nevertheless, in the interior of the households which together make up the village-community, the despotism of usage is replaced by the despotism of paternal authority.

l'exception dans les sociétés encadrées par la coutume. Dans la première, l'intervention du souverain peut être considérée comme nécessaire à la garantie des droits individuels comme la propriété, tandis que dans la seconde, une telle autorité n'est pas nécessaire : la proximité des individus et leur implication mutuelle dans le bien-être de la communauté, difficilement séparable de leur propre bien-être suffit à donner de la *force* à un cadre normatif, sans pour autant avoir besoin d'un souverain qui en soit le dépositaire. Dans ce second cas, il reste cependant nécessaire de comprendre quels mécanismes permettent aux individus de se contraindre mutuellement tout en s'imposant des contraintes à eux-mêmes de façon crédible.

7.3. Les sanctions « alternatives » de la coutume

7.3.1. L'ancien droit irlandais et la coutume

L'importante distinction entre les différents types de force qui sous-tendent la coutume et le droit nécessite davantage d'explications. Nous avons déjà tenté d'expliquer ce que Maine veut dire lorsqu'il parle de l'obéissance à la coutume comme provenant d'un instinct. Afin toutefois de le comprendre davantage, il faut noter que les deux « lectures » des *Lectures on the Early History of Institutions*, d'où provient l'essentiel des critiques que Maine fait à l'encontre de la pensée de Hobbes, Bentham et Austin viennent clôturer une série de chapitres qui sont censés amener à cette critique finale. Malgré son air « autonome », elle ne doit donc pas être détachée de toutes les réflexions qui la précèdent, et qui peuvent éclairer les formules énigmatiques de Maine. Comme ce dernier l'annonce lui-même, les premiers chapitres des *Lectures* fournissent les matériaux nécessaires pour éclairer des réflexions relativement abstraites sur la souveraineté, le droit, la force et l'ordre⁹³¹. Il est donc nécessaire de faire dialoguer entre eux ces passages.

Un premier élément de clarification peut être trouvé dans la discussion que Maine mène avec la pensée d'Austin. Austin affirme clairement que l'un des traits distinctifs principaux entre le « droit proprement dit » et les formes de moralité positive, incluant la coutume, est que puisque ces dernières sont seulement obéies par peur de la désapprobation générale des pairs, la source de cette sanction est indéterminée. Au contraire, le corps souverain, qu'il soit composé d'un seul membre ou de plusieurs, est bien déterminé, ce qui a pour conséquence qu'il possède une autorité clairement identifiée. Cela expliquerait en partie pourquoi les sanctions de la moralité positive et celles de la coutume peuvent être aussi diffuses, tandis que les sanctions proprement juridiques sont clairement identifiées, plus seulement du point de vue du contenu (nous

⁹³¹ *Ibid.*, p. 346.

avons déjà vu en quoi cela pouvait différer d'avec la coutume) mais du point de vue de la source. L'existence d'un tel corps souverain déterminé est essentielle à la notion même de souveraineté et donc à la garantie de l'ordre social. Cela expliquerait selon Maine la tendance d'Austin à assimiler, à la suite de Hobbes, toute autre forme d'organisation où la « possession du pouvoir physique » ne serait pas concentrée dans des mains déterminées à l'anarchie :

Le contrôle de la force physique, l'une des caractéristiques de la Souveraineté, s'est trouvé (...) distribué dans les mains d'un nombre indéterminé de personnes, qui n'étaient pas liées les unes aux autres de façon à manifester une volonté commune, ce qui les plaçait dans un état de fait qu'Austin qualifierait d'anarchie, bien qu'on n'y reconnaîtrait peut-être pas les symptômes habituels d'un intermède révolutionnaire.⁹³²

Maine, sans développer ce point pourtant important, sous-entend dans ce qui précède qu'une distinction conceptuelle serait nécessaire entre l'anarchie comprise d'une part comme chaos, celui d'un « intervalle révolutionnaire » ou bien d'une guerre de religion, contexte déterminant dans la pensée de Hobbes, et l'anarchie comprise comme absence de pouvoir centralisé, qui ne saurait cependant être réduite à l'état de nature tel que Hobbes le décrit.

Pour soutenir cette distinction, il est nécessaire de comprendre comment des sanctions peuvent être « diffuses » dans un cadre sans souveraineté centralisée qui serait garante de la régulation sociale, sans avoir pour conséquence l'anarchie comme chaos. Le propos de Maine ci-dessus pose en effet une question essentielle : si le « contrôle de la force physique » n'est pas concentré dans les mains d'une personne ou d'un corps identifié qui agirait comme une seule entité, et qu'il est au contraire « distribué dans les mains d'un nombre indéterminé de personnes », comment éviter le chaos, ou « l'état de nature » hobbesien ? Maine refuse toutefois d'accepter cette comparaison avec l'anarchie : il s'agit de ce qu'Austin, et non lui-même, « qualifierait d'anarchie », et Maine précise qu'on ne trouve pas là les « symptômes habituels » d'un « intermède révolutionnaire ». Il faudra donc résoudre ce problème, et défendre l'hypothèse que le fait que différents individus puissent agir légitimement les uns contre les autres au sein de telles communautés, faisant usage de la force physique qui est plus tard concentrée dans les seules mains du souverain, et que cela ne conduise pas au chaos. Il s'agit là du problème central

⁹³² *Ibid.*, p. 351-352 :

The possession of physical power, which is one characteristic of Sovereignty, has (...) been for a time in the hands of number of persons not determinate, not so connected together as to be capable of exercising volition, but such a state of things Austin would call anarchy, though it might not have all the usually recognized symptoms of a revolutionary interval.

des mécanismes coutumiers, compris comme ce qui rend la régulation sociale possible, sans concentration de l'usage légitime de la force dans les mains d'un individu ou d'un corps.

Les développements des prochains chapitres, et notamment des travaux de Ostrom, devraient nous permettre de poser ce problème dans des termes nouveaux, et d'y apporter des réponses. Maine fournit toutefois quelques réponses lui-même. Rappelons pour commencer que Maine considère qu'il existe des autorités qui *déclarent* ce qu'est la coutume, bien qu'elles ne soient pas armées de la force nécessaire pour appliquer des sanctions à l'encontre des individus. On peut aussi noter que bien que Maine ait raison de remarquer une confusion potentielle entre les activités législatives et judiciaires, le simple fait d'avoir une autorité chargée de « déclarer » la coutume est déjà un pas important vers l'institutionnalisation de la coutume, et vers sa transformation en un système de droit « coutumier ». L'élément de sanction et la maturité institutionnelle manquent à de tels mécanismes, mais il s'agirait, dans la perspective évolutionniste de Maine, d'un pas important dans l'histoire de l'émergence de la souveraineté. C'est pour cela que Maine parle « d'embryon » de la souveraineté moderne⁹³³. Peut-on toutefois se contenter d'une remarque qui considère le fonctionnement de ces communautés au regard de ce qu'il pourra devenir, dans un futur lointain ? Cela ne paraît pas suffisant, et il faut réfléchir à ce qui rend ces communautés stables socialement, dans le cadre qui leur est propre, sans considérer l'apparition de la souveraineté comme une finalité. La notion d'embryon et la métaphore qu'elle implique ne nous contraignent pas à considérer les systèmes coutumiers comme une version incomplète de la souveraineté telle qu'elle émergera ultérieurement. Il s'agit plutôt de concevoir, au contraire, que la possibilité même de la régulation sociale *émerge*, au sens fort d'un

⁹³³ *Ibid.*, p. 388-390 :

(...) the organ which in the elementary group corresponds to what we call the legislature, is everywhere discernible. It is the Village Council, sometimes owning a responsibility to the entire body of villagers, sometimes disclaiming it, sometimes overshadowed by the authority of a hereditary chief, but never altogether obscured. From this embryo have sprung all the most famous legislatures of the world (...), and our own Parliament, the type and parent of all the 'collegiate sovereignties' (as Austin would call them) of the modern world (...). Yet, if we examine the undeveloped form of this organ of State, its legislative faculty is its least distinct and least energetic faculty. In point of fact, as I have observed elsewhere, the various shades of the power lodged with the Village Council, under the empire of the ideas proper to it, are not distinguished from one another, nor does the mind see a clear difference between making a law, declaring a law, and punishing an offender against a law. If the powers of this body must be described by modern names, that which lies most in the background is legislative power, that which is most distinctly conceived is judicial power. The laws obeyed are regarded as having always existed, and usages really new are confounded with the really old.

(...) There is much reason to believe that the Roman Empire was the source of the influences which have led, immediately or ultimately, to the formation of highly-centralized, actively-legislating, States.

phénomène émergent, au sein des communautés de village et des rapports interindividuels qui y ont lieu. Ce qui permet la régulation sociale et ultérieurement l'apparition de la souveraineté et de l'État moderne débute déjà dans un cadre où il n'existe aucun Léviathan. Tous les éléments nécessaires à la régulation sociale se trouvent à cette étape, de la même façon que l'ensemble des organes d'un corps est constitué à partir de son embryon. La *Brehon Law*, l'ancien droit irlandais, va fournir à Maine un appui pour arriver à de telles conclusions.

Maine se détourne en effet de l'Inde pour revenir vers l'Europe et notamment vers l'ancien droit irlandais, la *Brehon Law*, qui fait une irruption dans la pensée de Maine dès les *Lectures*, car d'anciens recueils de ce droit viennent d'être redécouverts lorsqu'il les rédige. L'Irlande fait son entrée dans la pensée de Maine au même moment que dans celle de Mill :

(...) la juridiction de toute cour de justice irlandaise était *volontaire*, pour utiliser le terme technique [*voluntary jurisdiction*]. Le droit procédural, dans cette perspective, fut conçu avec assez de clarté par les juristes *Brehon*. En pratique, toutefois, l'obéissance à leurs règles dépendait de l'aide de l'opinion publique et du respect populaire pour leur caste de professionnels. Le but de ce droit procédural était de forcer les parties opposées à se soumettre à ce qui est plutôt un arbitrage qu'une action au sens propre, réalisé par un *Brehon* choisi par elles-mêmes.⁹³⁴

Maine décrit ici un système où le droit procédural (« *law of distress* ») occupe de plus larges volumes que les règles du droit coutumiers en elles-mêmes. Les autres sections du « droit » contenant la liste des droits, devoirs et des sanctions liées est à cette époque secondaire, et inversement pour les systèmes juridiques modernes⁹³⁵. Maine explique cela par le fait que les juristes *Brehon* n'avaient pas derrière eux le soutien d'une autorité centralisée pour soutenir leurs jugements et appliquer leurs sanctions par la force. Il était donc pour eux nécessaire de s'assurer que les conflits ne se gangrèment pas et ne finissent pas dans des cycles perpétuels de

⁹³⁴ *Ibid.*, p. 286-287. Nous soulignons :

(...) such jurisdiction as any Irish Courts possessed was, to use the technical phrase, voluntary. The Law of Distress, in this view, was clearly enough conceived by the Brehon lawyers, but it depended for the practical obedience which it obtained on the aid of public opinion and of popular respect for a professional caste. Its object was to force disputants to submit to what was rather an arbitration than an action, before a Brehon selected by themselves (...).

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 251 :

It would not be untrue to assert that, in one stage of human affairs, rights and duties are rather the adjective of procedure than procedure a mere appendage to rights and duties. There have been times when the real difficulty lay, not in conceiving that a man was entitled to, but in obtaining it ; so that the method, violent or legal, by which an end was obtained was of more consequence than the nature of the end itself. As a fact, it is only in the most recent times or in the most highly developed legal systems that remedies have lost importance in comparison with rights and have ceased to affect them deeply and variously.

vengeance, sans pour autant recourir à la « force régulée » qui est l'outil principal des souverains modernes⁹³⁶. Le foisonnement de règles procédurales s'explique donc par la nécessité de mettre en scène la soumission volontaires des deux parties au jugement d'un *Brehon* qui agit alors davantage comme un médiateur que comme un juge. Cette mise en scène est essentielle puisque le « juge » n'a, de fait, aucun pouvoir de contrainte. Son rôle est précisément de mettre en place les conditions du dialogue entre les parties, et d'œuvrer à ce qu'il y ait juste compensation des torts subis, sans que les droits et les devoirs de chacun soient aussi établis que dans les systèmes de justice modernes, d'où la pauvreté des chapitres de l'ancien droit irlandais à ce sujet. Tout cela implique alors de nombreux rituels et procédures pour marquer la fin des hostilités entre les parties, et le passage d'un conflit ouvert à un conflit régulé par la présence d'un tiers. Maine le perçoit à la façon dont la justice primitive met toujours en scène la violence, pour signifier justement le fait que la véritable violence est désormais canalisée.

Or, les juristes de la *Brehon Law* n'ont pu occuper leur position que grâce à deux choses : le soutien de « l'opinion publique », d'une part, et le respect témoigné à leur caste juridique d'autre part. Cet exemple permet d'illustrer la centralité de l'approbation ou de la désapprobation des pairs dans le fonctionnement du droit coutumier, tout en soulignant comment cela ne permet pas de réduire ce dernier à la morale. L'opinion publique prend ici la forme d'un consensus généralisé qui pousse les individus à obéir au verdict des juristes, même lorsqu'il n'est accompagné de la force d'aucune police, et à accepter le verdict. Ce même consensus est à l'origine de l'autorité que possèdent les juristes de la *Brehon Law*, simplement parce qu'ils occupent une fonction sociale que tous considèrent comme essentielle pour l'harmonie de la communauté. Maine souligne alors le fait qu'aux stades plus tardifs de l'évolution des sociétés, on a tendance à oublier le respect que peut inspirer à des sociétés « primitives » ce travail de formalisation et de généralisation à partir des pratiques effectives d'une communauté accompli par les juristes et comment ce respect peut conduire des communautés à obéir

⁹³⁶ *Ibid.*, p. 301-302 :

It seems to me that a reasonable explanation may be given of the origin of these practices which now seem to strange. Let us not forget that all forms of Distress, the seizure of wife, child, or cattle, even when wholly unregulated by law, were improvements on older custom. The primitive proceeding was undoubtedly the unceremonious, unannounced, attack of the tribe or the man stung by injury on the tribe or the man who had inflicted it. Any expedient by which sudden plunder or slaughter was adjourned or prevented was an advantage even to barbarous society. Thus, it was a gain to mankind as a whole when its priests and leaders began to encourage the seizure of property or family, not for the purpose of permanent appropriation, but with a view to what we should not hesitate to call extortion. Similarly, it was a step forward when men learned to pause before attacking instead of attacking at once.

« spontanément » à leur jugement, c'est-à-dire sans contraintes extérieures⁹³⁷. Ces communautés trouvent là, toujours selon Maine, une façon de sortir du chaos non-réflexif qui caractérise leur existence⁹³⁸.

7.3.2. Vers une théorie du droit coutumier

Ces caractéristiques ne sont cependant pas suffisantes pour expliquer la façon dont les parties directement impliquées dans un conflit peuvent s'auto-contraindre à accepter une décision de justice, notamment lorsque ladite justice n'a pas les moyens, c'est-à-dire la force, de mettre en application ses décisions. C'est pourquoi Maine s'engage dans une description de l'ancien droit irlandais dans les premiers paragraphes des *Lectures on the Early History of Institutions*, et notamment de différents mécanismes de régulation sociale, après la déclaration généralisatrice suivante :

Deux solutions alternatives ont été adoptées par le droit naissant. L'une d'entre elles consistait à tolérer la saisie dans une certaine mesure. Cette pratique était tolérée pourvu qu'elle serve à garantir la soumission de l'accusé à la juridiction des cours de justice, mais elle était considérée, dans d'autres cas, comme une rupture délibérée de la paix sociale.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 50-52 :

So far as the Brehon law declared actual ancient and indigenous practices, it shared in the obstinate vitality of all customs when observed by a society distributed into corporate natural groups. But, besides this, it had another source of influence over men's minds, in the bold and never-flagging self-assertion of the class which expounded it. A portion of the authority enjoyed by the Indian Brahminical jurisprudence is undoubtedly to be explained in the same way. The Brehon could not, like the Brahmin, make any such portentous assertion (...)

It is more than likely that the believing multitude ended by accepting these pretensions. From what we know of that stage of thought we can hardly set limits to the amount of authority spontaneously conceded to the utterances of a sole literary class. It must have struck many that the influence of the corresponding class in our own modern society far exceed anything which could have been asserted of it from the mere consideration of our social mechanism.

(...) The class which, to use a modern neologism, 'formulates' the ideas dimly conceived by the multitude – which saves it mental trouble by collecting through generalization, which is an essentially labour-saving process, the scattered fragments of its knowledge and experience – has not always consisted of philosophers, historians, and novelists, but had earlier representatives in poets, priests, and lawyers. (...) No authority of our day is possibly comparable with that of the men who, in an utterly uncritical age, simply said of a legal rule, 'So it has been laid down by the learned,' or used the still more impressive formula, 'It is thus written.'

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 249-250 :

You will see hereafter how much reason there is for thinking that the progress of most societies towards a complete administration of justice was slow and gradual, and that the Commonwealth at first interfered through its various organs rather to keep order and see fair play in quarrels than took them, as it now does always and everywhere, into its own hands.

L'autre était d'incorporer la saisie dans une procédure régulière. (...) A un état encore plus avancé de la condition des idées juridiques, les tribunaux saisissent eux-mêmes les terres ou les biens des individus, les utilisant librement pour forcer les accusés à se soumettre à la procédure judiciaire. Finalement, les cours de justice ont uniquement recours à de telles contraintes avant le jugement à de rares occasions, étant enfin sûres de l'efficacité de la procédure et du pouvoir qu'elle tient du *commonwealth* souverain.⁹³⁹

Dans le droit « naissant », une première possibilité s'offre à l'autorité garante du droit coutumier : tolérer la pratique de la « saisie », ou « *distrain* » et se contenter de l'encadrer. Il s'agit d'une pratique qui consiste à saisir les biens ou la propriété d'une personne pour forcer cette dernière à remplir ses obligations, comme par exemple le paiement d'une dette. Une personne qui se sent lésée peut donc confisquer quelque chose de valeur, comme des vaches par exemple, afin de forcer l'autre personne à se soumettre à un jugement si elle souhaite récupérer sa propriété.

Dans un premier temps, il n'est possible que de réguler cette pratique en la tolérant uniquement dans de tels cas, mais en considérant toute autre forme de saisie de la propriété de quelqu'un d'autre comme une « atteinte délibérée à l'ordre public », ce qui constitue un équilibre acceptable pour tous les membres de la communauté. Le seul travail de « l'autorité » juridique est donc de tolérer *certain*s usages de la force. Toutefois, à un stade ultérieur de développement de la justice, il est possible d'institutionnaliser cette pratique, et de la transformer en une procédure qui assure que les deux parties acceptent de venir devant le tribunal et se soumettent à son jugement. À mesure que le temps avance et que l'institutionnalisation progresse, les tribunaux ont les moyens de forcer les parties à venir devant le tribunal, jusqu'à ce que la pratique même devienne moins nécessaire, à mesure que les décisions de la Cour sont davantage soutenues par la force du souverain⁹⁴⁰.

⁹³⁹ *Ibid.*, p. 278 :

Two alternative expedients were adopted by nascent law. One of these consisted in tolerating *distrain* up to a certain point ; it was connived at so far as it served to compel the submission of defendants to the jurisdiction of Courts, but in all other cases it was treated as willful breach of peace.

The other was the incorporation of *distrain* with a regular procedure. (...) In a still more advanced condition of legal ideas, the tribunals take the seizure of land or goods into their own hands, using it freely to coerce defendants into submission. Finally, Courts of Justice resort to coercion before judgment only the rarest occasions, sure as they at last are of the effectiveness of their process, and of the power which they hold in deposit from the Sovereign Commonwealth.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 275-276 :

Here the private redress of wrong, taken into the legal procedure, served to compel the appearance of the defendant and his submission to jurisdiction at a time when

Maine trouve un exemple de cette pratique dans l'action de « *Replevin* », l'on peut traduire par « action en Réplévin » en français, « action en restitution » ou encore « action en restitution provisoire ». Il s'agit d'une action en justice qui vise à ce qu'une personne recouvre des biens pris par une personne, et qui se déroule de la façon suivante : la partie qui s'estime lésée peut saisir légalement une partie des biens de la partie adverse, en attendant que celle-ci accepte de se rendre devant un tribunal. Si la partie accusée veut récupérer ses biens ou sa propriété, elle a besoin de se soumettre au jugement d'une cour. À des stades ultérieurs du développement judiciaire, un *sheriff* devient responsable de restaurer la propriété confisquée, et il ne s'agit pas de compter sur la bonne volonté des deux parties. C'est pour cette raison que Maine qualifie ce mécanisme de stabilisation « extrajudiciaire » : la justice fonctionne seulement lorsqu'elle rend des verdicts, mais toute la procédure de mise en application est extérieure à l'activité de la justice, du moins dans un premier temps, puisque les juges ne peuvent avoir recours à la « force » du droit car ils n'ont, comme on peut le dire dans le langage contemporain de la théorie des jeux, aucun mécanisme de menace crédible (*credible threat*) pour le faire.

Néanmoins, la théorie des jeux nous enseigne elle-même que le fait qu'un système soit assez bon pour que des individus bienveillants s'y soumettent volontairement n'est pas suffisant. Il faut que chacun des individus ait séparément des raisons de se contraindre à accepter le système, et qu'il s'agisse alors d'une décision rationnelle, au sens restreint de la maximisation de son « utilité » personnelle. Qu'est-ce qui rend donc un mécanisme tel que l'action en Réplevin efficace ? C'est le fait qu'il repose sur l'auto-contrainte et sur l'intérêt de l'individu concerné à se soumettre à la procédure. Il remplit ce rôle malgré l'absence d'une autorité extérieure suffisamment puissante pour contraindre directement les individus à lui obéir, notamment grâce à la menace de sanctions liées aux décisions de justice. La « défense », dont la propriété a été

judicial authority was yet in its infancy, and when Courts of Justice could not as yet completely and regularly command the aid of sovereign power. Gradually, as the public force, the arm of the State, was more and more placed at the disposal of tribunals, they were able more and more to dispense with extrajudicial assistance. In the state of Teutonic law represented by the Frankish Code, we find a specific class of cases tried throughout judicially (in our modern sense of the word) from the initial stage to the judgment; but the judgment is not by its own force operative. If the defendant has expressly promised to obey it, the Count or royal deputy, on being property summoned, will execute it; but if no such promise has been made, the plaintiff has no remedy except an application to the King in person. No long time, however, after the Franks have been settled within the Empire, we find that another step has been taken towards the administration of justice on modern principles, and now the royal deputy will execute the judgment even though there has been no promise to submit to it. At this point Distress is wholly taken out of the hands of private litigants and extrajudicial seizure becomes judicial seizure. The change is obviously a result of the growing vigor of Courts, greatly due in our own country to the development of royal justice at the expense of popular justice (...)

confisquée, a tout intérêt à se soumettre à la procédure si elle souhaite recouvrer sa propriété. Si elle ne le souhaite pas, personne ne l'y forcera, mais dans ce cas l'autre partie aura recouvré ce qu'elle estime avoir perdu et il n'y a pas vraiment de « gain » à échapper à la justice. Inversement, l'accusation se trouve elle-même soumise à une procédure précise et contraignante, ce qui a pour effet de rendre le fait d'y recourir coûteux : il lui faut donc considérer avec prudence cette alternative, ce qui limite les abus⁹⁴¹. C'est pourquoi Maine utilise cet exemple pour répondre à Blackstone, qui considérait l'action en Réplévin comme un processus dangereux, puisque le système pouvait s'effondrer à tout moment, et donc menacer de laisser place à une forme d'anarchie. En effet, avoir recours à la saisie pour déclencher une procédure judiciaire est une « épée à double tranchant », qui pouvait tout autant permettre « d'abattre l'adversaire » que de se « blesser soi-même », du fait des « pénalités » encourues en cas de procédure abusive⁹⁴².

Enfin, une forme spécifique de sanction « indirecte » doit être considérée : le bannissement. En effet, selon la description que Maine propose des communautés de village et d'autres sociétés similaires, appartenir à un village, à une famille ou à une catégorie ou une autre de personne est crucial, puisque les droits et devoirs de chaque individu dépendent de leur statut à l'intérieur de la communauté en question. Perdre ce statut signifie perdre tous les bénéfices de

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 267-268 :

The action of Replevin is in fact an excellent illustration of the difference between ancient and modern judicial principles. According to ideas now confirmed in us, the person who sets a Court of Justice in motion is the person who complains of a wrong. In the case supposed, this is not the man distrained upon but the man who distrains. He it is who has suffered an injury for which he made reprisals on his adversary's property. Yet it is his adversary who has to start the legal procedure and to constitute himself plaintiff in the Action of Replevin. The reason why a modern Court of Justice would insist on taking the whole dispute into its own hands, and dealing with it in its own way from the very beginning, is that, having always the full command of the public force, it is sure of being able to compel the submission of the defendant to its jurisdiction and of coercing him in the end till he does justice, however long the coercion may be delayed. But at the era to which the procedure in distress originally belonged, the Court had no such assurance of power ; and hence the person assumed to have a grievance is allowed to proceed according to the primitive method, which has the advantage of giving the other side the strongest inducements to call in the judicial authority of the State and submit to its decision.

⁹⁴² *Ibid.*, p. 273-274 :

The power of seizing a man's property extrajudicially in satisfaction of your demand was, as Professor Sohm justly remarks, a sort of two-edged sword. You might bring your adversary to the ground by it, but you were extremely likely to injure yourself. For, unless the complainant who sought to distrain went through all the acts and words required by the law with the most rigorous accuracy, he in his turn (...) incurred a variety of penalties (...) The difficulty of putting the procedure into operation thus at once made disputants cautious in resorting to it, and seemed to men in general to compensate for its inherent inequity.

l'appartenance à une communauté, et être ainsi laissé sans aucun soutien. Ce qu'Austin appelle la « désapprobation généralisée » et qui lui permet d'associer la coutume et la morale au sein de la catégorie de la « moralité positive » a des conséquences bien spécifiques dans le cas de la première. Une telle désapprobation devient fortement contraignante pour un individu : sa vie peut même être directement mise en danger, ce qui est similaire à une « sanction » sans pour autant que la force de cette contraignante provienne de la puissance concentrée dans les mains d'un souverain. Maine note d'ailleurs que cette structure permet de compenser « l'absence de sanction » caractéristique d'un tel système⁹⁴³.

Maine ajoute alors à cette réflexion une comparaison entre une pratique irlandaise et celle du *dharna*, tradition indienne qui permet à des individus qui s'estiment lésés de jeûner sur le seuil de la maison de celui qu'ils accusent d'en être responsable, et ce jusqu'à que l'accusé se soumette à une procédure judiciaire. Dans le cas irlandais, elle aurait précédé, notamment pour les individus de rang inférieur, la pratique de la « saisie » des biens⁹⁴⁴. La peur de sanctions terrestres ne serait pas alors un motif d'obéissance dans le cas du *dharna* et de son équivalent irlandais. C'est la peur de sanctions « surnaturelles » qui semblerait primer, mais Maine estime

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 38-39 :

Now, the want of a sanction is occasionally one of the greatest difficulties in understanding the Brehon law. Suppose a man disobeyed the rule or resisted its application, what would happen ? (...) The one subject of the Brehons was to force disputants to refer their quarrels to a Brehon, or to some person in authority advised by a Brehon, and thus a vast deal of the law tends to run into the Law of Distress, which declares the various methods by which a man can be compelled through seizure of his property to consent to an arbitration. But then one cannot help perpetually feeling that the compulsion is weak as compared with the stringency of the process of modern Courts of Justice ; and besides that, why should not the man attempted to be distrained upon constantly resist with success ? Doubtless the law provides penalties for resistance ; but where is the ultimate sanction ? Caesar supplies an answer, which must, I think, contain a portion of the truth. He says that if a Celt of Gaul refused to abide by a Druid judgment he was excommunicated : which was esteemed the heaviest of penalties.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 39-40 :

Another example which I can give you of the want or weakness of the sanction in the Brehon law is a very remarkable one (...). If you have a legal claim against a man of a certain rank and you are desirous of compelling him to discharge it, the Senchus Mor tells you to 'fast upon him.' 'Notice,' it says 'precedes distress in the case of the inferior grades, except it be by persons of distinction or upon persons of distinction ; fasting preceded distress in their case' ('Ancient Laws of Ireland,' vol. i. p. 113). The institution is unquestionably identical with one widely diffused throughout the East, which is called by the Hindoos 'sitting dharna.' It consists in sitting at your debtor's door and starving yourself till he pays. From the English point of view the practice has always been considered barbarous and immoral, and the Indian Penal Code expressly forbids it. It suggests, however, the question – what would follow if the creditor simply allowed the debtor to starve ? Undoubtedly the Hindoo supposes that some supernatural penalty would follow (...).

que cela ne s'applique pas au cas irlandais, et qu'elle est à peine valable dans le cas indien⁹⁴⁵. De fait, la simple peur du jugement social, une menace pour l'honneur de l'individu mais surtout pour l'honneur de sa famille, est intégrée comme mécanisme social capable de contraindre les individus à se soumettre à la justice même si cette dernière n'a pas la « force » de les y contraindre.

7.4. Conclusions générales de la troisième partie

Cette partie nous a permis de replacer l'œuvre de Maine dans son contexte intellectuel, reconstituant le dialogue qu'elle met en place avec ses contemporains. Notamment, nous avons constaté que Maine et Mill, dans leurs discussions avec Laveleye, ont pu former une sorte de groupe de penseurs, dont l'intérêt commun pour des thèmes comme la propriété, la coutume et l'organisation sociale des communautés de village a conduit à remettre en cause une certaine conception de la propriété et du droit. C'est notamment l'idée de propriété individuelle exclusive, conçue comme le domaine souverain de l'individu sur les choses, qui fait l'objet de leur critique commune. Toutefois, les communautés de village n'apparaissent pas, comme elles ont pu le faire chez certains de leurs contemporains, comme des exemples de collectivisme à reproduire dans les sociétés de la fin du XIX^e siècle. Ces trois auteurs, malgré leurs divergences politiques certaines, paraissent partager le constat que, loin d'ignorer l'appropriation privée, ces communautés offrent plutôt une réserve d'exemples de structures de propriété variées, où l'appropriation privative est toujours limitée par certaines contraintes d'une part, et où les individus possèdent des droits en propre aux communs d'autre part. En somme, la dichotomie entre propriété individuelle et propriété collective n'a pas cours dans ces communautés où l'individuel et le collectif sont intrinsèquement liés.

Bien sûr, ces trois auteurs parviennent à ces conclusions d'un point de vue qui leur est toujours propre. Maine propose un cadre historiciste et évolutionniste, où la propriété est originellement un « faisceau de droits », c'est-à-dire un ensemble de droits et d'obligations, transféré à des individus qui ne sont pas de propriétaires, mais bien plutôt des gestionnaires. Le collectif façonne donc les rapports de propriété de façon à la fois diachronique et synchronique : tous les

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 50 :

I have been at some pains to explain what sort of authority the Irish Brehon law did *not*, in my opinion, possess. The 'law of nature' had lost all supernatural sanction, except so far as it coincided with the 'law of the letter.' It had not yet acquired, or had very imperfectly acquired, that binding power which law obtains when the State exerts the public force through Courts of Justice to compel obedience to it. Has it, then, any authority at all ; and if so, what sort of authority ?

droits individuels sont limités par les autres droits individuels et ceux du collectif à une époque particulière, tandis que l'utilisation par une génération des ressources de la communauté de village est conditionnée à leur préservation pour les générations futures.

La perspective de Mill est davantage normative, en ce qu'il s'efforce de fonder le principe de la propriété, de manière aussi descriptive que prescriptive, en ce qu'il recommande explicitement la mise en place de réformes à son époque. Il s'attaque avant tout au cœur de l'idée de propriété comme domaine exclusif et souverain de l'individu sur les choses. Dans les *Principles* et leur cadre utilitariste, l'échelle du rapport entre l'individu et les choses n'est pas pertinente pour évaluer la légitimité de la propriété, principe qui pour Mill n'a de justification qu'au niveau de la société dans son ensemble. En effet, la propriété, pour être juste, doit permettre un équilibre des intérêts individuels concurrents. L'exclusivité de la propriété individuelle est nécessairement contraire à ce principe, en ce qu'elle semble toujours négliger les effets externes négatifs que l'appropriation individuelle peut avoir sur d'autres intérêts individuels. Ce n'est pas le collectif en tant qu'entité distincte qui peut remettre en cause les droits des individus à la propriété des choses, mais plutôt les autres individus eux-mêmes. Mill se refuse alors à faire de la propriété comme domaine souverain de l'individu sur les choses un socle commun à toute forme d'appropriation à partir duquel on établirait des exceptions pour prendre en compte d'autres intérêts dans un second temps. Mill inverse ce schéma où le propriétaire absolu ne rencontre les autres individus qu'à la marge : la charge de la preuve revient systématiquement à celui qui veut établir son contrôle sur les choses. Plutôt que l'individu souverain, ce sont donc les choses appropriables qui occupent le centre du système de Mill, puisqu'il faut considérer comment organiser les potentiels intérêts individuels concurrents *autour* de chaque type de bien.

Un détour rapide par l'œuvre principale de Laveleye, *De la propriété*, nous a permis avant tout de confirmer que les communautés de village du XIX^e siècle ne sont que peu voire pas du tout différentes des « communs » étudiés par Elinor Ostrom et ses disciples dans la seconde moitié du XX^e siècle. Là aussi, une distinction stricte entre propriété individuelle et propriété collective apparaît comme n'ayant pas de sens, et les analyses de Laveleye montrent avec précision comment ces communautés sont constituées à partir d'un équilibre extrêmement complexe entre intérêts individuels et collectifs. L'intérêt de Laveleye pour le caractère potentiellement perturbateur de l'introduction de la propriété privée dans ces communs et, plus généralement, de l'intervention d'administrations extérieures, surtout coloniales, est un prélude aux réflexions menées sur la décentralisation par Elinor Ostrom. Aussi, Laveleye souligne déjà comment ces communautés sont parvenues, en l'absence d'autorité externe dotée de la faculté

de sanctionner, à résoudre ce que l'on appellera plus tard des problèmes de coopération et d'action collective. En d'autres termes, Laveleye, probablement du fait de ses affinités socialistes, est très intéressé par la capacité de ces communautés à s'auto-gérer, et souligne comment l'intervention d'une administration centrale peut être déstabilisatrice.

Ces communautés sont donc décrites comme étant à même de mettre en place leurs propres règles, ce que Maine comme Mill soulignent aussi, s'intéressant alors à l'autonomie de la coutume comme forme de régulation sociale. Cet intérêt partagé pour la coutume ne peut être pleinement compris, surtout pour Maine, que comme construisant une alternative à un certain paradigme « hobbesien », défendu par Austin et Bentham. Ce sont surtout ces deux auteurs qui apparaissent dans le propos de Maine et de ses contemporains. Quelles sont les conclusions du dialogue entre Maine et les « juristes analytiques » ? Elles ne concernent pas seulement la nature du droit coutumier, mais celle du droit en général. Le dialogue que Maine entretient avec les « analytiques » a pour conséquence de déconstruire l'association entre la propriété individuelle souveraine, une certaine conception de la souveraineté, intimement liée à la notion de sanction juridique, et plus généralement une certaine idée du fonctionnement du droit. En effet, l'Inde et l'Irlande ne fournissent pas seulement à Maine des exemples anciens de droit coutumier, mais soulignent le caractère récent de la figure du « souverain » comme autorité centralisant la capacité à concevoir des règles et à faire appliquer les sanctions.

Si le droit comme activité sociale n'émerge pas avec le souverain, c'est donc que certaines formes antérieures du droit, centrées sur la figure du juge, comme c'est le cas pour la *common law*, ne sauraient être renvoyées à la périphérie du juridique. En tant que producteur du droit, le juge a pour tâche, à l'image des *Brehon* irlandais, de proposer une mise en forme du monde, un cadre commun dans lequel les actions individuelles peuvent s'inscrire et s'articuler les unes aux autres. L'histoire la plus ancienne de la *common law* est d'ailleurs celle : des juges itinérants, envoyés par le roi pour proposer une solution aux conflits locaux, et produire par là-même une unification progressive des multiples coutumes du royaume. On comprend donc l'intérêt de Maine pour une certaine vision de la codification, non pas comme entreprise conservatrice de préservation des coutumes, ou comme imposition d'un droit rationnel contre ces mêmes coutumes, mais plutôt comme un effort de systématisation et de clarification, laissant ces mêmes coutumes à même d'évoluer avec leur temps.

Les réflexions parfois confuses de Maine sur l'ordre et la force peuvent se comprendre à l'aune de cette conclusion sur le droit. Si l'histoire du droit est l'histoire d'une concentration progressive de la force dans les mains d'une autorité désignée, cela signifie à l'inverse que les communautés humaines ont été à même de se réguler sans un tel monopole de la violence

légitime. Qui plus est, Maine souligne combien l'ordre est essentiel à tous les moments de l'histoire du droit, y compris à l'époque moderne, puisque les lois prennent la forme des lois de la nature, par le degré d'ordre et de généralité qu'elles impliquent pour les comportements individuels sur de larges territoires. Aux époques précédentes, et notamment les plus reculées, c'est une autre forme d'ordre qui est essentiel : celui qui permet d'organiser la gestion commune des ressources au sein de la communauté. Là, il existe autant d'ordres particuliers que de communautés et de territoires, et la force reste diffuse, certes davantage présente dans les mains de certains individus, mais essentiellement diffusés parmi l'ensemble des membres de la communauté. Si la coutume possède une force propre, c'est alors malgré la diffusion de la capacité des individus à sanctionner leurs pairs, ce qui ne revient pas à lui donner les mêmes points d'appuis que la morale.

La sanction se retrouve mise au second plan dans le propos de Maine, et ce de plusieurs façons. Les sociétés modernes ne sont pas seulement construites autour de la capacité du souverain à sanctionner, c'est-à-dire à faire usage de la force, comme le montre les comparaisons que Maine fait entre le souverain Runjeet Singh, une armée d'occupation et l'Église catholique. Ni la simple force, ni le fait que des règles soient suivies ne suffisent à faire d'une autorité le « souverain ». Il lui faut pour cela être une autorité désignée, institutionnalisée, qui dispose d'un pouvoir englobant et respecté sur un grand nombre d'aspects de la vie des membres d'une sociétés, et qui sanctionnera éventuellement ceux qui n'obéiront pas à ses nombreuses règles. Aussi, comme le montrent les réflexions de Maine sur la relation entre la confiance, les contrats et le développement des relations commerciales, mais aussi dans une certaine mesure sur les communautés de village, il est essentiel que la sanction soit secondaire, et que la coopération soit possible sans qu'il soit nécessaire d'y avoir recours. Dans les communautés de village, l'harmonie doit primer avant tout, et l'on a besoin de cultiver une disposition à coopérer dans un contexte où les individus ne peuvent pas tout à fait être forcés de le faire.

Cette analyse est aussi valable dans le contexte des échanges marchands, puisqu'il y faut coopérer sans assurance qu'un « souverain » soit là pour sanctionner ceux qui ne se montreraient pas dignes de confiance. C'est d'ailleurs dans tous ces contextes, du plus local au plus général, celui du droit international, que le droit coutumier trouve sa fonction : permettre la coopération, l'action collective et la régulation sociale là où personne ne peut jouer le rôle du souverain. À ces différents niveaux, le droit coutumier joue *a minima* le rôle d'un instrument de coordination, dans les termes de la théorie des jeux, grâce au cadre de référence commun qu'il fournit. Il n'est toutefois pas toujours à même de permettre la coopération lorsque celle-ci implique davantage qu'une simple coordination et exigerait des sacrifices individuels, au moins

sur le court-terme. Il nous semble que le droit coutumier des communautés de village et des communs parvient justement à relever ce double défi de régulation sociale, ce que la dernière partie de ce travail permettra de montrer davantage, en élaborant à partir des intuitions déjà relevées. Pour le montrer, nous prendrons le temps d'explorer comment l'on peut penser une théorie du droit coutumier et la coopération dans « l'ombre du Léviathan ».

Si le « Léviathan » va nous occuper davantage dans la partie qui vient, il est toutefois clair que Hobbes est presque absent de nos réflexions en tant qu'auteur. Nous ne faisons en cela que suivre le corpus de notre étude, où il n'est présent qu'indirectement, et où ses thèses sont rarement discutées pour elles-mêmes. On peut voir la *figure* de Hobbes, plutôt que Hobbes lui-même, comme une référence partagée, un centre gravité pour les deux ensembles théoriques qui se développent au XIX^e siècle autour des communautés de village et au XX^e siècle autour des communs. Hobbes fait d'ailleurs presque davantage porter son ombre au XX^e siècle, où tous les protagonistes du débat sur les communs s'en font un allié ou un adversaire. Néanmoins, l'œuvre de Hobbes n'est que rarement mobilisée pour elle-même, à quelques exceptions. C'est surtout le Léviathan, figure du souverain, qui est au centre des débats, une figure que contemporains comme défenseurs des communs ne peuvent s'empêcher d'évoquer.

C'est cet ensemble de points de convergence, la propriété, les communautés de village et la coutume, tous pensés en réaction à une même figure presque fantasmée, qui justifie que l'on effectue le saut temporel qui permettra le passage à la dernière partie de ce travail. Pour la notion de propriété comme « faisceau de droits », idée structurante de notre étude, ce saut est aussi étrange que nécessaire. En effet, c'est dans la période entre Maine et Ostrom, depuis la toute fin du XIX^e siècle, que la notion de propriété comme « faisceau de droits » s'est popularisée jusqu'à parfois devenir la première façon de définir le droit de propriété, notamment dans le paysage intellectuel anglo-saxon. Il est toutefois significatif que cette popularisation de la notion ait aussi été accompagnée d'un oubli de ses origines voire du sens même qu'elle possède chez quelqu'un comme Maine. Au mieux, lorsqu'elle n'est pas seulement une manière strictement descriptive de faire la liste des droits qui composeraient le « faisceau », l'idée de propriété comme « faisceau de droits » est synonyme d'une remise en cause de la propriété comme maîtrise souveraine de l'individu sur la chose, mais le plus souvent au nom de l'intervention de l'État sur ce que l'on considère comme son « domaine éminent ».

Or, nous pensons que cette idée se trouve réactivée par les études sur les communs, dans le sens qu'elle possédait originellement, précisément parce que ce sont les mêmes objets qui intéressent les « ostromiens » et le trio Maine-Mill-Laveleye : les communautés de village et leur capacité à mettre au point des règles efficaces, de nature coutumière, pour gérer les

problèmes soulevés par l'exploitation de ressources sur un territoire. Toutefois, nous ne lirons pas la littérature sur les communs comme une simple confirmation, mais bien comme le prolongement d'une réflexion, qui apporte son lot de précisions et d'innovations conceptuelles.

QUATRIÈME PARTIE

PERSPECTIVES CONTEMPORAINES

Huitième chapitre

L'appel du Léviathan et la « tragédie des communs »

8.1. Remarques introductives : les communs contre l'opposition propriété collective vs. propriété individuelle

8.1.1. De l'Inde coloniale aux « *commons* » : une communauté de problèmes

La réflexion sur les communs permet de repenser la distinction entre propriété individuelle et propriété collective, et notamment d'abolir toute séparation imperméable entre les deux concepts. Car si la littérature sur les communs met en valeur la faisabilité et l'efficacité, pour un groupe d'individus, de mettre en place l'exploitation en commun d'une ressource, elle ne se construit pas sur une opposition stricte entre propriété individuelle et propriété collective. Ainsi, il est attesté que les communs mobilisent des droits individuels à la propriété des choses autant qu'ils cohabitent avec eux, les membres d'une communauté pouvant simultanément exploiter en commun certaines ressources et en laisser d'autres faire l'objet de titres de propriété individuels, sans compter que la gestion collective d'une ressource en particulier est compatible avec son appropriation par des individus.

La façon dont les communs brouillent la distinction entre propriété individuelle et collective est cependant encore plus profonde que cela. Les communs ont en effet pour conséquence de relativiser le concept même de propriété individuelle et privée dans son acception la plus absolue, c'est-à-dire comme une forme de liberté radicale d'user comme on le souhaite de « ses » biens, et comme une immunité totale contre toute action des autres les biens en question. Les communs ne sont pas incidemment liés à la notion de propriété comme « faisceau de droits » : ils la révèlent autant qu'ils la supposent. Par conséquent, les communs produisent une redéfinition conceptuelle de la propriété individuelle, et font apparaître d'une part qu'elle une *fonction* sociale, et qu'elle est donc toujours et d'abord un arrangement *collectif*, quel que soit le degré d'indépendance accordé au propriétaire individuel et, d'autre part, qu'elle est un arrangement complexe de droits distincts, le « faisceau de droits ». Le même effet de brouillage conceptuel opère sur l'idée de propriété collective : aucun élément ne permet de rapprocher les communs, malgré leur diversité, d'une forme de collectivisme, autoritaire ou non, centralisé ou non.

Or, les deux périodes de notre étude, le XIX^e siècle britannique face à la colonisation de l'Inde et la deuxième moitié du XX^e siècle qui s'intéresse aux communs, voient toutes les deux émerger une remise en cause de l'opposition caricaturale entre des extrêmes comme la propriété individuelle et la propriété collective, au moyen d'outils conceptuels et de sources empiriques similaires, avec au premier plan celui de propriété comme faisceau de droits et les systèmes

coutumiers. Cette remise en cause s'accompagne dans les deux cas d'une redéfinition conceptuelle dont l'objet principal est un concept absolutisé de la propriété individuelle.

Lors de la deuxième moitié du XX^e siècle, le collectivisme socialiste, centralisé et autoritaire, inspiré par le modèle de l'Union Soviétique, sert de repoussoir pour faire de la propriété individuelle une solution plus désirable que les communs. On ne saurait en effet expliquer autrement le fait que, pour Garrett Hardin, auteur de *La Tragédie des communs*, la propriété individuelle n'ait pour pendant que des communs nécessairement non-gérés, et le « socialisme », qui prend la forme d'un collectivisme égalitariste centralisé⁹⁴⁶. Nous verrons comment la littérature sur les communs permet de dépasser cette alternative, et qu'elle le fait en mettant en valeur la complexité intrinsèque de la notion de propriété, s'appuyant pour cela sur l'idée de propriété comme faisceau de droits et sur les mécanismes spécifiques des systèmes coutumiers.

Pour ce qui est du XIX^e siècle, Paolo Grossi a pu souligner comment Henry Sumner Maine a su se saisir des données affluant à son époque au sujet des formes anciennes et contemporaines de propriété collective afin d'initier un débat qui, entre les années 1860 et 1890, a eu pour objet de souligner les « nuances » qui existaient entre les deux extrêmes qu'étaient les « socialistes » et les « individualistes »⁹⁴⁷. La propriété collective n'étant que le pendant abstrait de la propriété privée, institution triomphante à l'époque, c'est avant tout sur cette dernière que ce mouvement d'observations empiriques et de reconceptualisation a eu un effet⁹⁴⁸. La

⁹⁴⁶ G. Hardin, *La Tragédie des communs*, *op. cit.*

⁹⁴⁷ P. Grossi, *An Alternative to Private Property*, *op. cit.*, p. 10-12. Voir aussi, p. 15-16, où Grossi n'hésite pas à dire que ce débat « commença avec Maine » :

The debate then began with Maine. It began with him not because the English jurist was chronologically the first in the nineteenth century to speak of the historical problem of forms of property and particularly of collective forms of appropriation, but because he was the first to approach this problem with a new consciousness (...), with an ability to insert the problem into a dialectical relationship between the consolidated heritage of ideas and a renewed vision of those same ideas in light of new acquisitions in methodology and content.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 23-24 :

Collective property, therefore, is not a specific notion but an expression whose generic and basic significance is proper to a fairly broad, rather heterogeneous group of persons. Since it was originally just the historical and logical *oppositum* of ownership by a single proprietor, it is defined by a complex of alternative characteristics that emerged from that origin : the priority of the group and subordination of individuals and their ends to the group ; the priority of objective ends, of the economic nature, destination, and use of things, over subjective ends ; the priority within the group of subjective situations of duty over those of power or right typical of the traditional *iura in re*.

In opposition to 'property as belonging to,' in which the message of a culture of Romanistic stamp was embodied, stood 'Property as function.' This alternative view of property arose as a deliberate challenge to a notion of *dominium* that had become overly absolute (...)

focalisation sur les relations entre l'individu et la chose cèdent alors leur place progressivement à l'idée que la propriété, y compris individuelle, est un arrangement social, donc *collectif*. Chez Maine plus particulièrement, comme nous l'avons déjà montré, cette conclusion est liée à un ensemble de réflexions historiques qui montrent la prédominance du collectif et l'absence de droits individuels dans les systèmes de propriété primitifs. Le collectif apparaît donc dans sa pensée comme responsable de la gestion des ressources, gestion qui est selon lui l'objet premier des règles coutumières.

Le lien entre l'époque de Maine et la littérature sur les communs est d'autant plus pertinent que parmi les ressources empiriques utilisées par le premier, on trouve notamment les nombreuses réflexions sur les enclosures qui mirent fin à de nombreux communs en Grande-Bretagne⁹⁴⁹. Les autres ressources mobilisées par Maine témoignent de l'existence passée et de la persistance de multiples modèles où les droits individuels ne sont pas nécessairement niés mais dont la portée est limitée par l'impératif d'organiser collectivement l'exploitation des ressources. Si le mot de « communs » n'est alors pas nécessairement utilisé, bien que Maine soit inspiré par les réflexions parlementaires sur la clôture des communs, ou enclosures, l'expérience britannique au XIX^e siècle, par sa voix, conduit à une remise en cause de l'opposition entre propriété collective et propriété individuelle et à l'adoption d'un point de vue à la fois fonctionnaliste et utilitariste sur la propriété comme institution sociale.

En effet, les difficultés rencontrées par les Britanniques en Inde ne peuvent qu'accentuer leur sensibilité à l'épaisseur du social, à la façon dont les institutions l'informent, qui rend l'exercice réformateur périlleux tant la relation entre changement normatif et changement social est complexe. Les problèmes qui en découlent dans ce contexte colonial sont similaires aux problèmes rencontrés par les communs et les systèmes coutumiers dans un contexte post-colonial : faut-il uniformiser et codifier la coutume ? Le « pluralisme juridique » est-il à même de faire cohabiter coutume et droit, ou ces formes de régulation sociale sont-elles intrinsèquement incompatibles ? Quelles institutions peuvent être « transplantées » hors des sociétés occidentales et à quelles conditions ? La propriété privée est-elle nécessairement la clef du développement économique et social, ou bien les marchés sont-ils nécessairement destructeurs pour les systèmes coutumiers ?

⁹⁴⁹ *Ibid.*, p. 19, note 31. Voir Jonathan David Chambers and Gordon Edmund Mingay, *The Agricultural Revolution (1750-1880)*, B. T. Basford, Londres, 1966, p. 77 sq.

8.1.2. Les communs, un problème de philosophie morale

Notre réflexion aura aussi pour but de montrer que, si ces questions s'articulent autour de deux outils principaux, c'est-à-dire l'idée de propriété comme faisceau de droit et celle de mécanismes de régulation sociale typique des systèmes coutumiers, elles reposent sur la question primordiale de l'articulation entre morale et droit. En effet, il nous semble nécessaire, pour que des groupes sociaux puissent mettre en place des systèmes de gestion collective des ressources où les droits individuels sont articulés en fonction des impératifs collectifs, que soient possibles des formes de régulation sociales autres que celle fournie par l'obéissance à des impératifs moraux ou à une autorité extérieure. Cela suppose qu'il existe un entre-deux entre une certaine compréhension de la distinction entre morale et droit. Dans le cadre contre lequel notre réflexion s'inscrit, la première tend à n'être que la relation d'un individu à des impératifs qui s'imposent à lui dans l'accomplissement d'une action. Toutefois, si l'on prend en compte la possibilité que les individus ne soient pas toujours parfaits moralement, en toute occasion, il semble nécessaire dans ce cas de prendre en compte un mécanisme de contrainte : la pression des pairs. Le droit, de son côté, serait un ensemble de commandements qui proviendraient d'une autorité extérieure aux conflits, imposant aux membres d'un groupe le respect de règles par la menace de sanctions. Nous tâcherons de montrer que le droit coutumier dépasse le cadre de cette opposition caricaturale. Il ne s'agira cependant pas uniquement d'introduire un nouvel élément entre ces deux extrêmes, mais plutôt de montrer les limites de cette distinction, en soulignant que les communs posent un problème de régulation sociale au sens large, mobilisant à la fois les catégories de la morale et du droit.

En quoi est-ce lié à l'opposition entre propriété individuelle et collective ? L'histoire la plus lointaine de ce débat, remontant à la « discussion » entre Platon et Aristote, est marquée par la question de la place de la morale et du droit. Comme le remarque Jeremy Waldron, si Aristote défend la supériorité de la propriété individuelle sur la propriété collective d'un point de vue utilitariste, il ajoute cependant qu'il est nécessaire que les citoyens soient vertueux pour que la société soit harmonieuse, et que n'apparaissent pas des degrés d'inégalités dommageable à l'équilibre social. Waldron accuse alors Aristote de séparer la façon dont les échanges sont organisés des formes de solidarité sociale à l'intérieur d'une communauté politique, comme si l'une n'influçait pas nécessairement l'autre⁹⁵⁰. Selon nous, c'est précisément cette distinction entre la morale individuelle d'une part et les arrangements politico-législatifs d'autre part, que les communs permettent d'interroger car, afin que les communs fonctionnent, il est nécessaire

⁹⁵⁰ J. Waldron, *The Right to Private Property*, op. cit., p. 7.

que le comportement moral individuel soit lié à la façon dont les rapports de propriété sont structurés.

Les communs tels que décrits par Ostrom doivent en effet leur existence à la possibilité, pour les individus, de faire preuve de solidarité dans le cadre de la gestion collective des ressources, solidarité qui signifie non seulement entraide, mais capacité à ne pas nuire aux autres incidemment, en cherchant à maximiser ses propres gains. Les mécanismes mis en place au sein des communs, notamment ceux qui sont typiques des systèmes de droit coutumier, doivent en effet permettre de contrecarrer les potentiels comportements individualistes des membres d'une communauté afin d'assurer leur coopération en ce but. La solution à ce problème, selon la littérature sur les communs, ne réside ni dans la moralisation d'individus seuls face à leurs obligations, ni dans l'existence d'une contrainte extérieure. Les individus doivent pouvoir se contraindre mutuellement à respecter les règles nécessaires à la gestion collective des ressources. Pour cela, il est nécessaire que certaines institutions cultivent une forme de vertu sociale qui limite la tendance des individus à maximiser leur profit individuel, sans recours à des sanctions imposées par une autorité extérieure. Comme nous tâcherons de le montrer par la suite, c'est en l'absence d'une telle possibilité que Hardin conclut à la nécessité de la propriété privée garantie par le « Léviathan ». En effet, la moralisation de l'ensemble des membres d'une communauté étant pour lui un but inatteignable, le recours aux sanctions d'une autorité extérieure semble nécessaire.

Les acteurs contemporains de ce débat, comme Hardin lui-même, sont tout à fait conscients du fait que leurs propos s'inscrivent dans une longue histoire. Hardin n'hésite par exemple pas à invoquer « le grand principe politique énoncé par Aristote » : « ce qui est commun au plus grand nombre est ce dont on prend le moins soin »⁹⁵¹. Aussi, la lecture que propose Jeremy Waldron de l'histoire de ce problème nous permet d'insister sur sa dimension morale. La solution aristotélicienne, telle qu'elle est présentée par Waldron, repose sur une division entre le domaine individuel de l'éthique et celui, collectif, de la politique⁹⁵². Cette division est cependant alimentée par une tension, puisque ces deux niveaux se voient confier la tâche commune de permettre le bonheur de l'individu. En effet, si Aristote recommande que les individus fassent preuve de vertu et de solidarité pour compenser les défauts potentiels de la propriété *individuelle*, c'est au législateur et à ses lois que revient le devoir de cultiver cette vertu chez

⁹⁵¹ Garrett Hardin, « Political requirements for preserving our common heritage », in Howard P. Brokaw (dir.), *Wildlife and America*, Council on Environment Quality, Washington D. C., 1978, p. 310-317, p. 310. Nous traduisons.

⁹⁵² J. Lescure, « La conception de la propriété chez Aristote », *Revue d'histoire des doctrines économiques et sociales*, Vol. 1 (1908), Armand Colin, p. 282-300, <http://www.jstor.org/stable/23905759>. Voir p. 283.

les membres de sa communauté⁹⁵³. Avant d'en venir aux enjeux soulevés par cette tension, rappelons qu'Aristote fournit un argument classique en faveur de la propriété individuelle, d'ailleurs utilisé par Garrett Hardin lui-même : si, et l'on serait tenté d'ajouter, et seulement si, elle est opposée à la propriété collective, la propriété individuelle est plus efficace, car elle garantit plus de productivité de la part des individus. Il s'agit alors d'une justification utilitariste de la propriété privée, et Hardin se sert d'Aristote comme modèle de l'argument utilitariste. L'idée ainsi défendue par Aristote serait que la propriété collective favorise l'apparition de comportements de « passager clandestin » : la propriété collective appartenant à « tous », elle n'appartiendrait en réalité à personne. Or, il est de la nature des individus de se préférer aux autres, et la possession de choses qu'ils peuvent désigner comme la leur leur procure un certain bonheur. Alors que la propriété privée responsabiliserait les individus, la propriété collective les pousserait à négliger les conséquences de leurs actions, notamment pour les autres. Ainsi, la seule voie pour responsabiliser les individus serait de faire que les conséquences de leurs actions les atteignent personnellement. Par conséquent, comme la bonne constitution politique doit favoriser le maximum de bonheur parmi les citoyens, la propriété individuelle est préférable à la propriété collective⁹⁵⁴. C'est pour cette raison que, dans l'indistinction de la propriété collective, les individus seront moins productifs : ils prennent davantage soin de ce qui *leur* appartient, en ce que leur propriété leur apporte davantage de satisfaction. Aristote choisit donc l'institution de la propriété privée plutôt que la propriété collective, parce qu'elle lui paraît ajustée à la nature humaine. Une certaine nature humaine, qui détermine les limites de la moralité de l'individu, est alors présupposée et considérée comme immuable.

Toutefois, la question de la justice sociale se pose aussi, en dehors de la simple efficacité. Dans ce cadre, la propriété collective est aussi inférieure, parce que ceux qui travaillent moins pourront profiter de ceux qui travaillent davantage que les autres, l'indivision rendant alors impossible d'assigner à chacun une juste part des biens produits selon son mérite. Néanmoins, la propriété privée n'est pas supérieure de façon évidente à la propriété collective sur ce plan, car un problème d'inégalités se pose. La solution, notamment dans la cité idéale, serait que le législateur mette au point des lois qui encouragent les individus à mépriser l'accumulation des richesses et à faire preuve de solidarité envers les autres⁹⁵⁵. Nous verrons comment Hardin envisage aussi une telle possibilité, avant de la rejeter pour cause d'idéalisme. Aristote envisage une autre solution, dans le cas d'une cité moins idéale : le législateur doit favoriser

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 283.

⁹⁵⁴ Aristote, *Politique*, B, II, 6, 1263a, J. Lescure, *op. cit.*, p. 285-286.

⁹⁵⁵ Aristote, *Politique*, D, IX, 6, 1330a et J. Lescure, *op. cit.*, p. 292 : « individualisme moral ou moralisé ».

une répartition aussi large que possible des richesses, afin de favoriser l'apparition d'une large classe moyenne, évitant ainsi des inégalités criantes entre une masse de non-propriétaires et une élite possédante⁹⁵⁶. Quelle que soit la solution, Aristote n'envisage que des interventions *a posteriori* du législateur, prenant comme acquise une certaine constitution morale minimale des individus d'une part, et considérant que, même si de bonnes lois peuvent faire des citoyens plus vertueux, le domaine de l'éthique individuelle et celui de l'organisation des institutions demeurent séparés. Dans la cité idéale, les bonnes lois font ainsi de bons citoyens qui vont compenser ensuite, par eux-mêmes, les conséquences potentiellement négatives de la propriété privée. Leur choix reste individuel, bien qu'informé par d'autres éléments de législation. Dans le cas moins idéal, c'est aussi par une intervention *a posteriori* sur la façon dont les ressources sont distribuées au sein de la cité que le législateur apporte un correctif.

Quels éléments sont apportés par le modèle platonicien, avec lequel Aristote discute ? Le raisonnement de Platon ne semble pas autant s'encombrer, comme celui d'Aristote, d'une conception de la nature humaine que l'on a souvent pu rapprocher de celle de l'*homo economicus* dans sa version la plus simplifiée et fixiste. Au contraire, Platon considère que le législateur, ayant à l'esprit la meilleure forme de cité possible, pourra mettre en place les institutions adaptées, qui auront de leur côté pour conséquence de produire les individus nécessaires au bon équilibre de la communauté. La réflexion de Platon est un enchaînement d'arguments qui semble ainsi imparable : si ce qui maintient la communauté unie est un bien, et que ce qui unit la communauté, c'est avant tout le fait que les individus aient en commun leurs plaisirs et leurs déplaisirs, alors le fait que tous les membres d'une communauté partagent les mêmes plaisirs et déplaisirs est un bien. Or, si la propriété privée implique l'appropriation individuelle et que l'appropriation individuelle conduit à l'individualisation des biens et des plaisirs, qui diffèrent alors d'un homme à l'autre, alors l'individualisation des plaisirs et des déplaisirs, c'est-à-dire la propriété individuelle, n'est pas un bien pour la cité. Par conséquent, l'appropriation individuelle, et la forme qu'elle prend dans l'institution de la propriété privée, est un mal pour la cité⁹⁵⁷. Le collectivisme ne semble alors envisageable que parce qu'il existe une boucle de rétroaction entre les institutions, particulièrement celles de la propriété, et la structure des préférences individuelles. Au lieu de favoriser le développement d'une attitude de solidarité vertueuse qui viendrait compenser, à l'échelle individuelle, un problème collectif, considérant comme irréductibles certaines préférences individuelles, Platon part ainsi du principe que l'individu lui-même peut être modifié par son environnement institutionnel. Cette solution, si elle

⁹⁵⁶ Aristote, *Politique*, Z, IX, 3, 1295b.

⁹⁵⁷ Platon, *La République*, 462 b-e.

est envisageable, implique néanmoins un fort degré de contrainte sur les individus de la part d'une autorité centrale au pouvoir fort.

8.1.3. La perspective de Mill

Le collectivisme suppose en effet, pour fonctionner, un grand degré d'interventionnisme, notamment en matière d'éducation. Il est intéressant de remarquer que c'est en développant ce point que Mill reprend la discussion initiée par Platon et Aristote. Dans ses *Principles*, Mill distingue avec prudence collectivisme et propriété privée. La démarche de Mill est la suivante : les deux régimes possibles doivent être comparés de façon équitable. On ne saurait comparer les régimes de propriété individuelle aux régimes collectivistes en choisissant une version idéalisée des premiers, et une version davantage réaliste des seconds. Considérant alors les deux systèmes comme viables, et comme ayant tous deux leurs défauts propres, Mill s'intéresse à leurs conditions de possibilité. Afin de penser la possibilité du collectivisme, Mill répond à une objection classique, qui n'est autre que celle d'Aristote : peut-on considérer que ce qui est possédé en commun peut être négligé par l'individu, qui accepterait plus difficilement de contribuer à l'entretien d'un bien collectif qu'à celui d'un bien qu'il posséderait en propre ? Mill considère que l'institution du salariat contredit par l'exemple cette objection : si les individus sont prêts à accepter que leurs efforts profitent essentiellement à autrui, pourquoi ne seraient-ils pas prêts à le faire dans un cadre coopératif, pour la communauté ? Ainsi, l'idée que, dans un système de propriété collective, « chaque individu serait incessamment occupé à échapper à sa juste part de travail » rentre directement en contradiction avec le fait que les individus peuvent travailler pour d'autres individus afin que ces derniers réalisent un profit. Les salariés ne possèdent donc ni les moyens de production nécessaires à leur travail, ni les fruits de ce travail. Pourtant, le système capitaliste est extrêmement productif⁹⁵⁸. Si l'on comprend que le salarié est contraint, pour trouver les moyens de sa propre subsistance, de travailler pour le propriétaire d'une manufacture, cela n'implique pas que l'argument d'Aristote soit invalide : dans le système capitaliste, le salarié est motivé par le fait qu'il doit assurer sa survie et celle de sa famille, et contraint de vendre sa force de travail parce qu'il n'est pas lui-même propriétaire. C'est donc un intérêt pour lui seul qui le pousse à travailler, même pour l'autre. Mill doit fournir des arguments qui rendent le collectivisme possible, c'est-à-dire qui rendent possible que des individus ne profitent pas du travail des autres, mais contribuent de la façon aussi équitable que possible à la production d'un bien commun qui ne serait possédé en propre par personne.

⁹⁵⁸ J. S. Mill, *Principles, op. cit.*, p. 185.

La clef d'un système de propriété collective tient pour Mill dans le fait que les individus identifient leur intérêt particulier avec l'intérêt général. Usant d'un argument somme tout similaire à celui de Platon, Mill affirme que « l'association communiste » où la propriété serait collective, est justement un terrain extrêmement propice pour développer une telle identification entre intérêt individuel et collectif. Il semblerait dans ce cas que la nature de la propriété influence directement la force du sens de la communauté qu'ont les individus et inversement, leur sens de l'intérêt personnel en ce qu'il se distingue de celui du collectif. Un tel système de propriété collective, où les individus verraient dans l'intérêt de la collectivité leur propre intérêt, ne pourrait qu'être efficace et productif, puisque les efforts individuels, « isolés » dans un système de propriété individuelle, seraient alors tous coordonnés et concentrés vers un même objectif. Un élément est donc essentiel à produire cette configuration : l'éducation⁹⁵⁹. Même si l'immense majorité des membres d'une société se comporte raisonnablement et avec respect, il est tout à fait probable que certains profitent des biens produits et entretenus en commun par les autres membres de la communauté, sans contribuer à ces efforts dans une juste mesure. C'est pourquoi il importe de se demander comment et pourquoi certains individus ont suffisamment le sens de la collectivité pour ne pas tomber dans ce travers, et la réponse reste simple pour Mill : ce sont les normes de la morale qui conduisent les individus à respecter la propriété collective, et ces normes sont transmises par l'éducation. Est-il alors si important que certains individus ne fournissent pas autant d'efforts que d'autres, là où le collectif est renforcé par cette union d'intérêts qui autrement pourraient être divergents, voire contradictoires ? Cela n'empêche pas qu'il soit nécessaire de penser la façon dont un tel système serait contraignant pour les individus. Puisqu'il faut s'appuyer sur les mœurs, Mill souligne la puissance de l'opinion des autres sur le comportement individuel : c'est par peur du jugement de leurs pairs, d'autant plus fort dans un système où l'intérêt collectif prime, que les individus se sentiront contraints de contribuer raisonnablement à l'effort commun. Mill n'a donc pas recours à une autre anthropologie que celle qui permet habituellement de défendre la propriété privée. De plus, avoir recours à la morale ne signifie pas pour lui que le collectivisme repose sur l'obéissance individuelle à des principes moraux, et donc sur la seule bonne volonté des individus : au contraire, ces principes moraux sont, d'une part, inculqués, ce qui implique une forme de contrainte et, d'autre part, imposés par la pression des pairs. C'est un aspect qui, comme nous le verrons, manque dans la pensée de Garrett Hardin à propos des communs.

⁹⁵⁹ J. S. Mill, *Principles*, II, chap. 1, §2.

Mill souligne ainsi implicitement le caractère central de la coercition pour toute forme de propriété : si la propriété privée, comme on l'a vu, suppose que les individus trouvent dans l'État une autorité contraignante, car elle serait capable de sanctionner des actes pour que les droits qu'elle garantit soient respectés, qu'en est-il des systèmes de propriété collective ? Il pourrait paraître *a priori* nécessaire de recourir à un expédient similaire : une autorité centrale forte, dotée de la capacité de sanctionner. Néanmoins, Mill choisit de souligner le rôle que joue la contrainte par les pairs et l'éducation, ce qui permet d'envisager que les individus puissent contribuer à l'effort collectif. C'est notamment la possibilité pour les pairs de se contraindre mutuellement à l'obéissance de certaines règles qui est nécessaire au fonctionnement des communs. Il importe cependant de montrer que les mécanismes typiques des communs, s'ils fonctionnent de la même façon que la morale, c'est-à-dire par la contrainte exercée par les pairs, ont davantage à voir avec les spécificités du droit coutumier. Le lien avec la façon dont les individus ont incorporé les règles nécessaires au travail collectif doit toutefois être noté. Si les communs ne reposent pas sur la contrainte exercée par une autorité interne, deux éléments sont toutefois nécessaires à leur fonctionnement : d'une part, la possibilité que les membres d'une même communauté s'entre-contraignent et, d'autre part, l'existence de *dispositions*, chez les individus, favorables à une coopération efficace, efficacité qui n'est dans ce cas pas garantie par la motivation que les individus auraient à entretenir leurs biens propres, comme avec l'institution de la propriété privée. Le lien qui est créé par Platon et par Mill, et qui semble ignoré chez Aristote, entre la morale individuelle et la structure des échanges est essentiel au fonctionnement des communs.

8.1.4. Les communs comme problème d'externalité(s)

Quelle est le problème spécifique qui doit être résolu dans ce cas ? Lorsqu'Aristote déplore le fait que les individus risquent de profiter du travail de leurs congénères, il souligne un problème qui est celui des externalités, selon un vocabulaire économique bien sûr anachronique. Dans des termes économiques, un bien est dit *public* (*public good*) dans la mesure où il est difficile d'en exclure ceux qui souhaiteraient en profiter. Ceux qui produisent le bien en question courent donc un risque : ils pourraient contribuer, par leurs efforts et leurs ressources, à la production d'un bien que d'autres pourraient utiliser en contribuant moins voire pas du tout. En d'autres termes, ceux qui contribuent à la production d'un *public good* produisent des externalités positives, dont d'autres pourraient profiter. Il leur est difficile, voire impossible, de contrôler l'utilisation que d'autres font de ce bien. Il semble à ce stade que le seul moyen réside dans la retenue dont pourraient témoigner les non-contributeurs en question, qui choisiraient de

ne pas faire preuve d'opportunisme. De façon encore plus optimiste, on pourrait considérer que ces individus contribueraient malgré tout à la production de ce bien, bien que cela paraisse *a priori* irrationnel. Doit-on alors uniquement faire appel à leur sens moral et à leur responsabilité individuelle, au point d'exiger d'eux qu'ils se sacrifient en faisant le pari que d'autres le feront ?

Le problème est similaire dans d'autres cas où des externalités sont en jeu. La situation décrite par Garrett Hardin dans *La Tragédie des communs* est différente mais reste un problème d'externalités : ceux qui surexploitent une ressource le font en ce qu'ils ne supportent qu'une part minimale du coût occasionné par les prélèvements qu'ils opèrent dans la ressource partagée, prélèvements qui leur apportent cependant un bénéfice direct, qu'ils gardent pour eux-mêmes. Hardin a raison de souligner, comme nous le verrons, que c'est ce problème qui peut frapper les communs. La « tragédie » est la conséquence directe de l'individualisme méthodologique, caractéristique que Hardin emprunte directement à la rationalité économique. Tout comme Aristote, Hardin considère l'individualisme, comprise comme tendance des individus à se distinguer les uns des autres, et à avoir leurs propres intérêts, comme une contrainte irréductible que les systèmes de propriété doivent prendre en compte. Si Mill, suivant les traces de Platon, considère à juste titre que la propriété peut avoir une influence directe sur les intérêts individuels, et que le collectivisme est possible s'il favorise la convergence de ces intérêts individuels, le problème des communs est cependant légèrement différent : les individus y gardent une autonomie indéniable, matérialisée par des droits individuels plus ou moins étendus, selon la part de liberté qui leur est accordée compte tenu des impératifs de la gestion collective des ressources.

Les communs sont ainsi animés d'une tension essentielle entre l'individu et le collectif que l'on ne retrouve pas dans un régime qui serait purement collectiviste, où dans un régime de communauté totale des biens, sans aucune distinction. Les communs défient de cette façon, comme nous l'avons déjà évoqué, toute opposition stricte entre propriété privée et propriété collective. Ils ne sont ainsi pas une instanciation de la propriété collective, mais bien une forme de gestion collective des ressources, qui met en place un ensemble de droits adaptés, en fonction des différents besoins du groupe. L'idée que la propriété est un « faisceau de droit » est ainsi nécessaire : les droits individuels, qui existent toujours dans les communs, sont alors conditionnés aux impératifs collectifs. Si les communs impliquent que l'intérêt collectif encadre les intérêts individuels, leur existence ne suppose cependant pas que ces intérêts soient supprimés. Bien au contraire, accepter ces intérêts comme irréductibles est à la base des problèmes de coordination, de coopération et, plus précisément, d'externalités, que les communs doivent résoudre pour éviter la « tragédie ». Or, comme nous avons déjà pu le remarquer antérieurement,

Maine fait de ce même *dilemme social* la raison d'être des règles de droits coutumier⁹⁶⁰, qui n'ont pour d'autre but que de faire en sorte que la tendance naturelle des individus à l'appropriation soit compatible avec la gestion collective des ressources par la communauté. Les règles et les mécanismes coutumiers trouvent dans cet objectif une explication à la fois de leur nature et de leur contenu : ils doivent être tels que cette tension entre l'individu et le collectif puisse se résoudre, et ce sans recours à une autorité extérieure, d'une part, et elles concernent d'autre part en priorité la gestion des ressources, ce qui explique, selon Maine, la profusion et la précision de telles règles parmi les corpus coutumiers. Nous tâcherons donc dans ce qui suit de montrer que les communs fonctionnent, en tant que régime de propriété distinct à la fois de la propriété privée et d'un collectivisme centralisé et potentiellement égalitariste, parce qu'ils développent chez les individus une capacité à prendre en compte les externalités de leurs actions, et ce sans la contrainte et les sanctions d'une autorité extérieure, en se focalisant naturellement sur la question de la gestion des ressources.

8.2. La « tragédie des communs » comme problème de régulation sociale

8.2.1. Remarques introductives. L'alternative entre les communs et le « Léviathan »

Les auteurs qui, comme Hardin, considèrent que les communs mènent à une « tragédie » ont en commun de faire fréquemment référence à Hobbes et au Léviathan : ce dernier apparaît comme une solution face à la surexploitation des ressources, il est le seul à même de contraindre les individus à mettre un frein à la maximisation de leur intérêt personnel qui, sans autorité, contraintes et sanctions externes, ne peut que conduire à un désastre collectif, la « tragédie des communs ». Comme nous le verrons ultérieurement, Ostrom va tâcher de montrer, grâce aux outils de la théorie des jeux et à ceux de l'institutionnalisme économique, que le caractère apparemment nécessaire du recours au Léviathan est une double erreur : d'une part, les défenseurs du Léviathan surestiment sa capacité à régler le problème de la surexploitation des ressources et, d'autre part, ils éliminent immédiatement la possibilité de contraintes internes exercées les uns sur les autres par les individus partageant les communs.

Comme nous tâcherons de le montrer dans ce qui suit, les institutions spécifiques du droit coutumier sont caractéristiques des communs tels qu'ils sont décrits dans la littérature qui les concerne. Ces institutions fournissent une réponse efficace au problème de la « tragédie des

⁹⁶⁰ Voir par exemple Cristina Bicchiera, *The Grammar of Society, op. cit.* : les dilemmes sociaux, pour être dépassés, nécessitent des règles qui poussent les individus à des sacrifices personnels en vue de contribuer à un bien collectif.

communs », car elles permettent plus généralement de coordonner la gestion en commun de ressources sans l'intervention d'une autorité extérieure. Néanmoins, si le droit coutumier est régulièrement présent dans les réflexions qui défendent la viabilité des communs, il n'est pas nécessairement mis en avant comme nous souhaitons le faire. Ainsi, nous souhaitons proposer une relecture du propos de Hardin en ce sens : il apparaît en effet que non seulement sa pensée politique, mais aussi sa philosophie *morale*, excluent la possibilité que des individus puissent se contraindre mutuellement à respecter des obligations qu'ils se seraient imposés les uns aux autres. Si le Léviathan apparaît comme la seule solution à la « tragédie des communs », c'est parce que le raisonnement de Hardin s'appuie sur le présupposé selon lequel seules les contraintes et notamment les sanctions mises en place par une autorité extérieure peuvent pousser les êtres humains à obéir à des règles, à respecter leurs obligations, et à ne pas nuire à autrui.

Cette conception morale et politique de l'obligation nous semble expliquer une grande partie des conclusions de Hardin sur la tragédie des communs. Nous pensons toutefois que son raisonnement est pertinent si l'on prend en compte que son propos dépasse le cadre limité de la gestion locale des communs. D'autres éléments seront soulignés dans l'analyse ci-dessous comme la simplicité réductrice de certains de ses postulats ou sa réflexion sur l'articulation entre égoïsme et coopération. Aussi, nous soulignerons au cours de cette réflexion certains aspects de la pensée de Hardin concernant la propriété.

Les critiques, formulées notamment par Maine, à l'encontre du « paradigme hobbesien » développé par Austin résonnent dans cette discussion, d'autant plus qu'Ostrom elle-même revient régulièrement sur le recours à la figure du Léviathan. Il ne nous appartiendra pas de trancher sur la façon dont ces références représentent fidèlement la pensée de Hobbes. Nous nous intéresserons davantage à la fonction que joue la référence à Hobbes, constante parmi tous les acteurs du débat du XX^e siècle sur les communs, et à la façon dont, comme dans le cas de Henry Sumner Maine, le droit coutumier, notamment en ce qu'il est lié à la gestion des ressources, apparaît comme à la fois une critique et une alternative à la conception de la régulation sociale attribuée à Hobbes.

8.2.2. Hardin et le débat sur la propriété privée

Avant de débiter une analyse plus approfondie de la pensée de Hardin, il semble nécessaire de replacer son propos dans son contexte, débarrassé des interprétations qui ont été faites de son travail. On mesure en effet son succès au fait que son propos ait pu être utilisé pour défendre des thèses parfois opposées. On pensera notamment à la façon dont il est devenu à la fois l'argument favori à la fois des défenseurs d'une conception libertarienne de la propriété

exclusive et de ceux d'une limitation drastique des droits de propriété individuels pour des raisons écologiques. De telles contradictions ne peuvent être que le signe de la richesse du propos de leur auteur, ouvert aux interprétations sélectives les plus divergentes. Or, une lecture plus distanciée de sa pensée s'impose d'autant plus que *La Tragédie des communs* a été traduite pour la première fois en français en 2018, et que cette édition contient un texte supplémentaire, rarement cité, les « Extensions de 'la tragédie des communs' »⁹⁶¹, dont le propos est d'autant plus intéressant que Hardin le tient exactement trente après « La Tragédie des communs », c'est-à-dire après tous les débats et le développement d'une immense littérature sur les communs en réaction à son travail.

Une lecture trop rapide voire superficielle du texte de Hardin pourrait aisément conduire à l'idée que la propriété privée est une institution nécessaire pour permettre d'éviter la surexploitation des ressources, quel que soit le contexte. Le propos d'Hardin viendrait alors simplement s'ajouter à celui de Harold Demsetz, qui défend l'institution de la propriété pour permettre une gestion efficace des ressources et plus généralement d'une tradition économique qui voit dans l'appropriation individuelle exclusive la clef du développement économique⁹⁶². L'utilisation de l'exemple simpliste et contestable d'une « prairie ouverte à tous » est censé être le paradigme de la « tragédie des communs » car il illustre une dynamique simple, tragique parce qu'inévitable : les éleveurs qui partagent cette prairie ont toujours intérêt individuellement à y faire paître davantage de bêtes, car le profit engendré leur revient exclusivement, alors que les effets négatifs de la surconsommation d'herbe se feront sentir sur l'ensemble des exploitants. Cette logique, dans le cadre d'une population en augmentation constante, est nécessairement redoutable⁹⁶³.

Hardin pose cependant ce problème dans des termes très spécifiques, qui sont ceux de la démographie : la propriété privée fait partie pour lui des « arrangements sociaux » qui permettent à la fois le développement économique et la préservation des ressources face à l'augmentation de la population. Les communs ne sont pas un problème en soi, même si des travaux ultérieurs comme ceux de Ostrom viendront montrer par la suite que Hardin est réducteur à leur propos. Tout comme l'affirme d'ailleurs clairement Demsetz dans un de ses articles les plus célèbres, si la propriété individuelle exclusive convient pour éviter certaines situations, elle est

⁹⁶¹ Voir Garrett Hardin, « The Tragedy of the Commons », *op. cit.*, et « Extension of 'The Tragedy of the Commons' », *Science*, 1^{er} mai 1998, vol. 280. Pour la version française, voir G. Hardin, *La Tragédie des communs*, *op. cit.*, l'extension étant incluse dans cette traduction.

⁹⁶² Harold Demsetz, « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review*, 57 (2), p. 347-359. Voir aussi R. Coase, « The Nature of the Firm », *Economica*, 16 (4), p. 386-405 ou encore, plus récemment, H. De Soto, *Le Mystère du capital*, *op. cit.*

⁹⁶³ G. Hardin, *La Tragédie des communs*, *op. cit.*, p. 27-28.

inutile dans les situations où l'exploitation libre des ressources ne pose pas problème⁹⁶⁴. La propriété individuelle exclusive est une technique sociale utile pour résoudre certains problèmes, et n'est rien de plus que cela. Hardin réactive ainsi un problème spécifiquement malthusien : dans un monde de ressources finies où la stabilité sociale conduit désormais à une augmentation exponentielle du nombre d'êtres humains, il est impossible de laisser les individus libres d'exploiter certaines ressources communes, qui s'épuisent désormais.

Paradoxalement, la propriété privée semble devenir, à rebours d'une tradition développée par les contractualistes, un moyen de limiter la liberté des individus plutôt que de la faire advenir⁹⁶⁵. Dans « l'Extension » à *La Tragédie des communs* que contient cette nouvelle édition, Hardin affirme en effet que « l'individualisme nous est cher parce qu'il produit la liberté, mais ce don est conditionnel : plus la population dépasse les capacités de l'environnement, plus il faut abandonner de libertés »⁹⁶⁶. Les propos de Hardin détonnent donc clairement dans le contexte de la philosophie politique moderne et contemporaine, où l'impératif de la sauvegarde des libertés individuelles semble régner en maître⁹⁶⁷. Se pourrait-il qu'Hardin affirme, suivant un paradigme contractualiste, que les limitations apportées à une forme de liberté virtuelle permettent de lui donner davantage de réalité, grâce à l'obtention de droits ? Le passage suivant permet aussi de disqualifier cette possibilité :

Chaque nouvelle enclosure du pré commun implique d'empiéter sur la liberté personnelle de quelqu'un. Les empiètements du passé lointain sont acceptés parce qu'aucun contemporain ne se plaint de la perte. C'est aux nouveaux empiètements proposés que nous nous opposons vigoureusement ; les cris de 'droits' et de 'liberté' emplissent l'air. Mais que signifie 'liberté' ? Quand les hommes acceptaient mutuellement d'adopter les lois contre le vol, l'humanité devenait plus libre, et non moins. Les individus prisonniers de la logique des biens communs ne sont libres que de causer la ruine universelle ; dès qu'ils perçoivent la nécessité de la coercition mutuelle, ils deviennent libres de poursuivre d'autres objectifs. C'est Hegel qui disait, je crois, 'La liberté consiste à reconnaître la nécessité'.⁹⁶⁸

⁹⁶⁴ Voir H. Demsetz, *op. cit.*

⁹⁶⁵ G. Hardin, *La Tragédie des communs*, *op. cit.* Hardin parle de « réexaminer nos libertés individuelles » (p. 26).

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 59.

⁹⁶⁷ Nous nous faisons ici l'écho du constat de Stéphane Haber, dans Stéphane Haber, « Hegel : la liberté individuelle Principes de la philosophie du droit, § 4-29 », *Philosophique* [En ligne], 15 | 2012, mis en ligne le 15 février 2012, consulté le 01 septembre 2018. <http://journals.openedition.org/philosophique/541> Voir notamment le §2 : « que la liberté (même en un sens plus large que celui qui se réfère aux choix et aux préférences individuelles données) constitue même le principe de la justice, dont on déduira la nature de l'ordre social désirable, que les propriétés de la société désirable dérivent du principe de liberté, de la reconnaissance de la liberté, voilà qui paraît, en revanche, bien plus difficile à admettre. »

⁹⁶⁸ G. Hardin, *La Tragédie des communs*, *op. cit.*, p. 53.

On ne trouve donc pas chez Hardin l'idée d'une liberté abstraite qui deviendrait concrète par le truchement de garanties fondamentales comme la propriété, conférées par une forme de contrat social. Il n'y a pas là une simple transmutation où l'État n'aurait pour d'autre but que de satisfaire les intérêts individuels des co-contractants en donnant des fondements « solides » à une liberté préexistante. Pourquoi ? Parce que les règles sociales ont pour but, dans le cadre de la théorie des jeux, de contrecarrer la logique du comportement individuel. En effet, la maximisation individuelle contredisant la maximisation collective, il est nécessaire de limiter tout simplement la première. Les individus acceptent donc des contraintes qui limitent effectivement leur liberté, et l'institution de la propriété privée en fait partie. Elle n'est pas une garantie que chacun obtient grâce au contrat social, mais plutôt quelque chose que le collectif accorde à l'individu sous conditions, avec pour objectif la gestion des ressources, et donc sous réserve de modifications ultérieures. La référence à Hegel, même si elle ne renvoie pas à une citation existante, donne une clef de lecture importante de ce texte. Elle permet de comprendre que la liberté consiste pour Hardin dans la façon dont les individus s'investissent dans des institutions qui n'ont pas pour objectif de leur offrir des garanties quant à leurs désirs préconstitués, mais plutôt d'élargir pour eux le champ des possibles. C'est là ce qu'entend Hardin par le fait qu'ils deviennent « libres de poursuivre d'autres objectifs »⁹⁶⁹.

Toute utilisation libertarienne de la notion de tragédie des communs semble alors se fourvoyer, puisque Hardin souligne même à plusieurs reprises la nécessité de limiter le droit des individus à enfanter, niant ainsi la notion de propriété de soi si chère aux libertariens⁹⁷⁰, tout en appelant à remettre en cause l'idée même de droits de l'homme⁹⁷¹. La propriété de soi comme des choses extérieures n'est rien d'autre pour lui qu'une institution sociale. En tant que telle, elle répond à un problème social : elle est une règle mise en place pour réguler les comportements individuels dans la perspective de préserver le bien-être collectif.

Cette mise en valeur de la dimension contraignante de la propriété privée sur les libertés individuelles est renforcée par l'autre type de problème qui intéresse Hardin : celui de la pollution. La structure du problème de la pollution est similaire à celui de la surexploitation : le coût pour chaque individu de polluer des ressources communes est plus faible que celui de purifier ses déchets avant de s'en débarrasser. Là aussi, les individus ne prennent pas en compte les externalités négatives que leur activité crée. Ces similitudes ont permis d'affirmer que le problème de la surexploitation et celui de la pollution étaient en réalité symétriques dans le propos

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 53.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 25-26.

⁹⁷¹ Il faut, selon Hardin, « nier la validité de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme », *ibid.*, p. 40.

de Hardin. Ce parallèle renforce l'idée que la propriété privée est une *contrainte* nécessaire pour résoudre un problème collectif plutôt qu'une garantie pour la liberté individuelle. En effet, Hardin met sur le même plan la propriété privée et les mesures coercitives pour éviter la pollution, qui se « ressemble[nt] par la forme »⁹⁷², en ce qu'elles ne sont rien d'autre que des « arrangements sociaux »⁹⁷³. Quelle est cette « forme » qui se retrouve autant dans une simple clôture ou dans un dispositif fiscal incitatif, selon les exemples de Hardin lui-même⁹⁷⁴ ? Elle ne se définit plus que par un impératif social déterminé, autrement dit par sa *fonction* dans le contexte du collectif humain : limiter la surexploitation ou la destruction des ressources. La propriété privée individuelle et exclusive n'est par conséquent qu'un moyen de réaliser cette fonction parmi d'autres, et n'apparaît en rien comme une fin en soi, découlant d'une certaine nature humaine.

Il nous semble aussi nécessaire de souligner qu'Hardin fait du problème de la pollution une conséquence des droits de propriété privée, ces mêmes droits qui, eux, permettent pour lui comme pour Demsetz d'éviter la surexploitation des ressources. La symétrie que l'on a pu déceler entre les problèmes de la surexploitation et de la pollution ne doit donc pas cacher que Hardin affirme que c'est « notre concept de propriété privée [qui] favorise la pollution »⁹⁷⁵. La propriété privée n'est donc pas la solution au problème de la pollution, et elle n'est pas non plus seulement une solution différente à un problème différent : il faut au contraire intervenir dans le domaine de la propriété individuelle et donc lui nier tout caractère exclusif, pour mettre en place des mesures coercitives ou une fiscalité qui incitent à ne pas polluer. Ainsi, en tant que simple technique sociale, la propriété privée peut être limitée par d'autres « arrangements sociaux » lorsque le contexte le requiert.

8.2.3. La richesse des « limites » du raisonnement de Hardin

Avec le recul, on sait que l'article d'Hardin a rendu pressante, du fait de ses propres limites, la nécessité de réévaluer les alternatives à la propriété privée, et d'opérer des distinctions conceptuelles importantes. Le reproche le plus classique fait à Hardin est de n'avoir pas su distinguer les « communs », désormais un objet d'étude classique grâce aux travaux d'Ostrom et de ses successeurs, des ressources laissées en libre accès, sans contrainte aucune. La littérature sur les communs a au contraire su montrer la complexité des règles que les communautés imposent à leurs membres pour la gestion et l'exploitation des ressources. Il est donc nécessaire de distinguer les ressources en *open access*, des ressources gérées collectivement par

⁹⁷² *Ibid.*, p. 33.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 53.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 33-34.

une communauté, les *commons*, et des ressources faisant l'objet de titres de propriété individuels. On soulignera toutefois que Hardin évoque aussi une autre forme de propriété : la propriété publique, celle qui appartient à l'État. Or, la question du libre accès est tout aussi vive en ce qui concerne les propriétés publiques. C'est le cas pour les parcs, que Hardin évoque en prenant l'exemple de Yosemite, pour lesquels il recommande la fin du libre accès ou accès sans contrepartie, problème qui ne trouve pas nécessairement de solution dans une privatisation, puisque Hardin laisse ouvert le champ des réponses⁹⁷⁶.

Qui plus est, les reproches à l'encontre de Hardin sont tout aussi fondés que limités, dans la mesure où ils ne contredisent pas réellement son propos : les systèmes locaux de gestion communautaires des ressources peinent à résister aux évolutions technologiques ou à la marchandisation des terres due à la mondialisation, le tout dans un contexte de pression démographique. Le fragile équilibre permis par la gouvernance des communs est systématiquement remis en cause par la même logique que souligne Hardin. Le terme de communs, s'il est peut-être trop générique, permet de penser le problème général des *public goods*, ces biens auxquels il est *a priori* difficile d'empêcher l'accès à des resquilleurs (*free riders*), et plus généralement toute situation où une réglementation fait défaut. Or, comme nous l'avons vu, la pensée de Hardin est contextuelle et diachronique : le besoin de réglementation peut surgir tardivement, et un bien autrefois exploité sans limites peut désormais requérir la mise au point de règles. Elle n'entre ainsi pas directement en contradiction avec la pensée d'une Ostrom, dont le travail peut être davantage vu comme complémentaire de celui de Hardin, d'autant plus que les communs tels qu'ils sont définis par Ostrom ne sont pas exactement la cible de Hardin, comme nous le montrerons ultérieurement⁹⁷⁷.

D'ailleurs, comme on peut le trouver dans l'extension proposés par Hardin lui-même, le concept de « communs » tel qu'il l'utilise désigne, selon ses propres termes, uniquement « un sous-ensemble de biens communs – ceux où prévalent le 'servez-vous' et le « sentez-vous libre' »⁹⁷⁸. Sous cette lumière nouvelle, le concept de tragédie des communs prend presque la forme d'une offensive ouverte contre tous les raisonnements philosophiques, politiques ou idéologiques qui associent toute limite à l'exploitation ou à la dégradation de certaines ressources à un empiètement sur les libertés individuelles fondamentales, avec au premier rang la propriété. C'est l'idée même que la propriété individuelle puisse être un absolu qui est le

⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 31-32.

⁹⁷⁷ Voir E. Ostrom et C. Hess, « Private and common property rights », *op. cit.*

⁹⁷⁸ G. Hardin, *La Tragédie des communs*, *op. cit.*, p. 60.

véritable adversaire de Hardin. Ce propos se rapproche ainsi des très récents travaux du groupe de Laura Underkuffler⁹⁷⁹.

8.2.4. Un plaidoyer pour les normes sociales

En attirant notre attention sur l'importance du contexte, Hardin est conduit à affirmer que le problème de la tragédie des communs est en réalité un problème de philosophie morale. En effet, il révèle que « la moralité d'un acte dépend de l'état du système au moment où il est accompli »⁹⁸⁰. Toutefois, le propos parfois étrange de Hardin conduit d'une certaine façon à la conclusion que la moralisation des individus est insuffisante⁹⁸¹. Même si certains individus acceptent de se comporter d'une manière qui contredit leurs intérêts égoïstes, la logique de la tragédie des communs continue de s'appliquer : ceux qui se contraignent seront toujours les victimes de ceux qui ne se contraignent pas, car le caractère désintéressé de leur sacrifice n'oblige en rien ces derniers. On ne retrouve pas chez Hardin la sensibilité de Mill, Maine et même d'Austin à la façon dont la pression des pairs peut être contraignante. Le « situationnisme » moral que Hardin adopte ouvertement l'amène finalement à en appeler à quitter le domaine des impératifs moraux pour celui des règles, des sanctions, et des incitations ou des coercitions.

Hardin établit ainsi la supériorité des normes sociales sur les impératifs moraux pour trouver des solutions aux problèmes qu'il soulève, et qui restent d'actualité. Dans les termes de la philosophie des normes qui s'appuie sur la théorie des jeux, on dira que les règles qui définissent la propriété permettent de résoudre un dilemme social, une situation où les individus ont systématiquement intérêt à être « égoïstes » pendant que les autres font preuves d'auto-contrainte, et qui ne peut être réglé, selon Cristina Bicchieri, que par la mise au point de règles sociales liées à des sanctions⁹⁸². Irrémédiablement, Hardin est conduit à considérer que seules des techniques sociales nouvelles, comme la mise au point de normes au sens large, accompagnées de sanctions, permettent de répondre à des problèmes émergents. Hardin regarde donc d'un œil sceptique les appels à la responsabilisation des individus.

Cela implique-t-il que l'État impose de force de telles règles et de telles sanctions ? Dans *La Tragédie des Communs* et son extension, le propos de Hardin n'est pas aussi clair que dans ses autres articles. Il semble défendre une position contractualiste lorsqu'il plaide pour une

⁹⁷⁹ Voir Gregory Alexander, et al., « A Statement of Progressive Property », *Cornell Law Review*, 94, p. 743, 2009.

⁹⁸⁰ G. Hardin, *La Tragédie des communs*, op. cit., p. 35. Hardin fait référence à J. Fletcher, *Situation Ethics*, Philadelphie, Westminster, 1966. Nous soulignons.

⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 42-43.

⁹⁸² C. Bicchieri, *The Grammar of Society*, op. cit.

« coercition mutuelle par consentement mutuel », qui apparaît comme une alternative à la simple responsabilisation morale des agents⁹⁸³. On peut y voir la volonté de Hardin de substituer un processus ouvert de responsabilisation collective, où responsabilité rime avec obligations affublées de sanctions, aux appels, inefficaces, à l’auto-responsabilisation. Encore une fois, il n’existe aucune liberté fondamentale ou imprescriptible pour Hardin, donc aucune propriété « naturelle » sur les choses, mais uniquement un espace défini par des règles qui peuvent évoluer selon le contexte, qui doivent toutefois être décidées collectivement pour être légitimes. Cette conclusion paraît découler naturellement de l’exemple élémentaire de la tragédie des communs : aucun des éleveurs de vaches ne s’auto-responsabilisera, mais les éleveurs peuvent se plier à des obligations mutuellement consenties, qu’une autorité *interne* ou *externe* à leur communauté pourra les contraindre à respecter. Néanmoins, l’expression de « coercition mutuelle » ne doit pas nous tromper : comme nous le montrerons par la suite, Hardin fait clairement le choix d’une autorité externe, dont les contraintes sont directes ou indirectes, comme la fiscalité, mais prennent clairement la forme de celle d’un État⁹⁸⁴. Il n’y a rien de mutuel au sens d’autonome dans les contraintes que les éleveurs en question pourraient s’imposer les uns aux autres, puisque le résultat de leur « consentement mutuel » est bien plutôt de confier à un « Léviathan » la tâche d’empêcher la « tragédie des communs ». Hardin fait alors le choix, conscient ou non, de ne pas considérer la possibilité que des individus puissent se doter d’institutions qui leurs permettent de se contraindre mutuellement mais sans autorité extérieure, institutions typiques du droit coutumier.

8.2.5. Le « système des communs » et ses autres

Une lecture des autres articles de Hardin, ainsi que de certaines de ses influences les plus saillantes, semble nécessaire pour comprendre exactement son propos. L’article « Political requirements for preserving our common heritage » est particulièrement utile à ce sujet, notamment parce que les différents arguments qui conduisent Hardin à conclure à l’inévitabilité de la « tragédie des communs » y sont exposés avec presque davantage de clarté que dans *La Tragédie des communs*⁹⁸⁵. Hardin y propose une analyse comparée des différents systèmes – propriété privée, socialisme, communs, altruisme – qui lui apparaissent comme étant les seules formes possibles de gestion des ressources (voir reproduction de la fig. 1, p. 311 de « Political Requirements », ci-dessous). Cette lecture nous permettra de défendre les deux hypothèses suivantes,

⁹⁸³ G. Hardin, *La Tragédie des communs*, *op. cit.*, p. 46.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 47.

⁹⁸⁵ G. Hardin, « Political requirements for preserving our common heritage », *op. cit.*

afin d'expliquer l'absence, dans la pensée de Hardin, de mécanismes d'auto-régulation interne aux communs : premièrement, le problème n'est pas tant celui de l'anthropologie choisie par Hardin, qui n'est pas une anthropologie en soi pessimiste qui rejeterait la possibilité de la coopération sous prétexte que les êtres humains seraient fondamentalement « égoïstes », que celui d'une conception réductrice de l'obligation ; deuxième, nous montrerons aussi que l'incapacité de Hardin à considérer la possibilité d'auto-régulation interne aux communs doit se comprendre en prenant le même recul que lui, car son propos se situe à un niveau international, dans une économie mondialisée, où les communs échappent à toute forme de régulation ou bien sont les victimes d'une trop grande confiance dans les règles de la propriété privée sur les marchés. Sans chercher à « réhabiliter » Hardin, nous souhaitons ainsi montrer que cette dernière idée permet de relativiser les problèmes soulevés par la première hypothèse mentionnée ci-dessus, ce qui nous permet de souligner quels sont les apports pertinents de la pensée de Hardin.

La présentation de Hardin, qui est conscient de son caractère abstrait, est la suivante : dans un système de propriété privée, l'individu contrôle lui-même l'exploitation de l'environnement et les gains de cette exploitation demeurent les siens. Dans le cas du « socialisme », qui devrait plutôt être qualifié de collectivisme égalitariste, l'exploitation des ressources est réalisée par le groupe et les gains sont distribués par les coordonnateurs à l'ensemble du groupe de manière égale. Dans le cas des communs, c'est le groupe qui met en place l'exploitation, dont l'individu peut profiter de façon individuelle, en prélevant pour lui des ressources. Par exemple, lorsqu'il s'agit de la chasse au gibier, chaque individu serait autorisé à « prélever tout ce qu'il veut, pour son propre usage, dans le fonds commun (« *common pool* ») », et n'a aucune obligation à partager quoi que ce soit avec les autres. Hardin appelle cela le « système des communs », ou plutôt le système des communs « non-gérés », qu'il oppose au « socialisme », dans lequel une autorité est chargée de la gestion du fonds⁹⁸⁶. Nous reproduisons le tableau que propose alors Hardin ci-dessous.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 311 :

(...) the area is maintained as common property (and so are the deer), but now each individual is allowed to take for his use, whatever he wants from the common pool. He does not divide his takings with others. This is the 'system of the commons' (Hardin, 1938). More exactly, it is the system of the unmanaged commons, in contradistinction to socialism (Case II), in which a manager is appointed for the common property.

Utilization of the environment (by)		Proceeds (to)		Name of the game
Individual	Group	Individual	Group	
X		X		Private enter- prise
	X		X	Socialism
	X	X		System of the commons
X			X	Altruism

Dans ces trois systèmes, l'individu est alors assuré d'un gain propre minimal. C'est probablement la raison pour laquelle Hardin considère que ces systèmes peuvent tous fonctionner. Tout dépend en effet du contexte (« *It depends* »), c'est-à-dire principalement du rapport entre la capacité qu'un environnement donné a de nourrir une population donnée, la « *carrying capacity* »⁹⁸⁷. Hardin n'hésite ainsi pas à affirmer que, tant que les êtres humains sont peu nombreux et la ressource abondante, le système des communs est nécessairement le meilleur⁹⁸⁸. Toutefois, si jamais la population venait à augmenter, ce même système aurait nécessairement des conséquences catastrophiques, et devient nécessairement le pire, comme nous l'expliquons ci-après.

Pour ce qui est de l'altruisme, la définition que Hardin en propose est à la fois extrêmement réduite et radicale. Elle concerne l'attitude de l'individu, non pas vers d'autres individus en particulier, mais vers le groupe : est altruiste celui qui donne l'intégralité du fruit de ses efforts au groupe, sans que ne soit garanti le moindre « gain » pour lui⁹⁸⁹. Hardin ne semble donc concevoir l'altruisme que comme une forme d'abnégation totale pour l'individu, qui n'a en effet que peu de sens, raison pour laquelle il l'écarte explicitement de ses réflexions par la suite. Par contraste, la définition de l'égoïsme, terme employé tel quel par Hardin, est donc à

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 311-312 :

Which of the three remaining systems is best ? It depends. It depends on many things, the most important of which is the state of the ecological system being utilized. Every ecological system has a specific carrying capacity. (...) The carrying capacity of the area is the number of human beings it can support, living on deer, year after year without degradation of the productive capacity of the area.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 312.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 311 : « the individual harvests the deer but then gives the proceeds to the group. Ideally, the individual receives no personal gain for his efforts ; in its pure form this system is called altruism. There is little, if any, pure altruism in the world. »

relativiser : serait égoïste tout individu qui souhaiterait obtenir la garantie qu'une partie au moins de ses efforts mèneront à un gain pour lui-même. Comme nous le verrons par la suite, Hardin considère que les individus sont égoïstes en ce sens restreint, mais qu'ils sont aussi portés à la coopération en tant que membre d'une espèce « d'animaux sociaux ». Ces individus sont alors capables d'une forme d'altruisme limité.

8.2.6. La « Tragédie des communs » comme dilemme du prisonnier

C'est une forme d'égoïsme minimal, jointe à une forme limitée d'altruisme, qui conduit les communs au désastre pour Hardin. Comme déjà illustré dans *La Tragédie des communs*, même en cas de raréfaction d'une ressource face à une surpopulation, le fait que chaque unité d'une ressource qu'un individu extrait d'un commun lui reviennent entièrement, alors qu'il ne fait que partager avec tous les autres les coûts de son action (*externalities*), conduit chacun à participer à la surexploitation. C'est alors que Hardin avance une réinterprétation du célèbre propos d'Aristote sur la propriété collective : les biens en communs ne provoquent pas l'apathie et le manque de volonté de faire des efforts, comme Aristote le pensait. Au contraire, ils conduisent les individus à augmenter activement la largeur de la portion qu'ils extraient d'une ressource, car, si d'autres exploitent ces ressources, l'individu n'a aucune raison de se restreindre et d'être le seul à se pénaliser⁹⁹⁰. En somme, les individus sont condamnés à se lancer dans ce que l'on appelle une *pumping race*, ou une course à celui qui prélèvera davantage d'une ressource avant les autres⁹⁹¹.

C'est en utilisant la même logique que Hardin rejette toute autre possibilité. En effet, si l'on postule que les individus concernés sont rationnels et suffisamment informés, il ne fait aucun doute qu'ils auront conscience des conséquences à long de terme de ces « actions égoïstes ». Ne devraient-ils pas choisir « d'exercer de la retenue » et « abandonner l'égoïsme » ? Ils pourraient en effet s'imposer cette obligation à *eux-mêmes*, parce qu'ils seraient « *moved by the word 'must'* », selon l'expression de Hardin, qui a vocation à souligner

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 314 :

When Aristotle said, 'That which is common to the greatest number has the least care bestowed on it,' he was only halfway to the truth. In fact, under the system of the commons, decisionmakers may bestow a great deal of 'care' on their harvesting operations, always looking for more efficient ways to increase the harvest. To call them irresponsible would be to understate the case, for irresponsibility implies a responsibility of zero. In a crowded, unmanaged commons the decision-maker members actually enjoys a negative responsibility (...) One might almost say the tragedy is their duty. In a crowded world the only escape from tragedy is through the repudiation of the system of the commons.

⁹⁹¹ E. Ostrom, *Governing the commons*, *op. cit.*, p. 110.

le caractère entièrement autonome de cette contrainte. Hardin, dans « Political Requirements » comme dans *La Tragédie des communs*, considère cette possibilité comme tout à fait envisageable. Dans *La Tragédie des communs*, elle prend la forme plus générale de la moralisation des consciences face à l'urgence écologique, que Hardin ne rejette pas, mais qu'il considère comme nécessairement insuffisante, puisqu'elle pénaliserait le développement de ceux qui feraient le choix de la retenue, et donnerait l'avantage à ceux qui, eux, continueraient la surexploitation. À long terme, il s'agit d'une stratégie qui ne peut fonctionner que si l'ensemble des acteurs fait preuve de « bonne volonté » (« *good will* »), prérequis peu réaliste pour Hardin⁹⁹². En effet, ce dernier affirme que « l'on ne pourrait nous accuser d'être trop pessimiste si nous persistions à supposer qu'une personne, au moins, ignorerait cet appel à la prise de conscience ». Ainsi, « un seul individu décidant de ne pas coopérer suffirait à provoquer l'effondrement d'un système dépendant de l'auto-contrainte ». Celui qui choisirait de ne pas limiter l'exploitation d'une ressource pour lui-même gagnerait rapidement un avantage certain sur les autres, qui à leur tour comprendraient qu'il est de leur intérêt de ne pas se restreindre⁹⁹³.

La « tragédie des communs » est ainsi directement comparée à un dilemme du prisonnier, et Hardin n'hésite pas, avec d'autres, à faire un lien direct avec cette situation inextricable, en proposant de modéliser la « tragédie » comme un tel dilemme⁹⁹⁴. Toutefois, cela implique que le résultat ne provient pas des mauvaises intentions des participants et n'est donc pas le produit d'une anthropologie « pessimiste », selon le terme que Hardin utilise lui-même. Au contraire, les individus pourraient s'imposer à eux-mêmes des contraintes, sacrifiant une partie leur gain. Si cela ne correspond pas à la définition extrême que Hardin donne de l'altruisme, comme indiqué ci-dessus, on peut au moins y voir un comportement *moral*. Pourtant, cela apparaît cependant comme irréaliste parce qu'*irrationnel*, selon les postulats de la théorie des jeux. Cette stratégie ferait en effet d'eux des victimes de la première personne qui, elle, donnerait la priorité à la maximisation de ses gains. Considérant que personne ne souhaite, malgré

⁹⁹² *Ibid.*, p. 314.

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 314 :

At this point the man of good will may enter an objection. Since the harvesters are, by hypothesis, rational and in full possession of the facts, and since they can foresee the ruinous long-term consequences of their egoistic actions, will they not, therefore, perceive that they must abandon egoism and exercise restraint in their harvesting ? (...) Suppose that most of the harvesters in the commons, moved by the word 'must,' begin to exercise the desired restraint. We surely cannot be accused of being overly pessimistic if we insist on supposing that there will be *at least one* person who will ignore the appeal to conscience. A single noncooperator is enough to bring about the downfall of a system that depends on voluntary restraint.

⁹⁹⁴ Voir Robyn M. Dawes, « The Commons Dilemma Game : a *N*-Person Mixed-Motive Game with a Dominating Strategy for Defection », *ORI Research Bulletin*, 13, p. 1-12.

toutes ses bonnes intentions, être la victime de la stratégie de maximisation des autres, on peut alors en conclure qu'avant même de voir les autres participants adopter une telle stratégie, il serait logique de faire de même, ce qui rendrait une intervention extérieure nécessaire. Nous reviendrons ultérieurement sur le fait que cette conclusion provient de la mise à l'écart de plusieurs facteurs pourtant évidents, notamment la possibilité pour les acteurs de communiquer directement les uns avec les autres et de s'engager mutuellement à coopérer. Si la « tragédie des communs » est en effet modélisée ainsi, c'est-à-dire comme un dilemme du prisonnier où la communication demeure impossible, il est certain que le respect des règles permettant la coopération ne peut venir que de la contrainte d'une autorité extérieure, et non pas émerger directement des rapports interindividuels.

Postuler que les individus *pourraient* être bien intentionnés ne change donc rien, car même l'anthropologie la plus raisonnablement optimiste conduirait au même résultat. C'est dans ce cadre que le Léviathan de Hobbes apparaît comme la seule solution raisonnable :

Que doit-on faire ? Une seule chose suffit : nous devons renoncer au système des communs. Le groupe peut soit s'entendre pour diviser le fonds commun en propriétés privées (Cas 1), ou bien désigner un gestionnaire pour la propriété commune (Cas 2). C'est ce que le philosophe du XVII^e siècle Thomas Hobbes écrit dans son livre le *Léviathan*, qui est le nom de la force par laquelle la communauté des hommes doit être gouvernée, précisément parce que les consciences individuelles ne suffisent pas (Ophuls, 1973). Rêver obstinément de la liberté est suicidaire, dans un état où la conscience individuelle est la seule force contraignante. Mais à la vérité, quand nous avons affaire à de véritables êtres humains plutôt qu'à des parangons de vertu, si la ruine doit être évitée dans un monde surpeuplé, les individus doivent répondre à une force contraignante en dehors de leur propre psyché, un 'Léviathan', pour utiliser le terme hobbesien⁹⁹⁵.

En d'autres termes, pour Hardin, il n'y a que deux solutions à la « tragédie » qui vient : soit l'altruisme le plus complet, uniforme chez tous, qui permet d'éviter le problème, soit le Léviathan. Il pourrait y avoir coopération spontanée si tous les individus étaient absolument altruistes,

⁹⁹⁵ G. Hardin, « Political Requirements », *op. cit.*, p. 314 :

What is it to be done ? Only one thing will suffice : We must renounce the system of the commons. The group can agree either to divide up the commons into private property (Case I), or to appoint a manager for the common property (Case II). (...) This is what the 17th century philosopher Thomas Hobbes wrote about in his book *Leviathan*, which was his name for the force by which a community of men must be governed precisely because individual consciences are not enough (Ophuls, 1973). The persistent dream of freedom is the suicidal dream of a state in which individual conscience is the only coercive force. But in truth, when we are dealing with real human beings rather than parangons, if ruin is to be avoided in a crowded world, people must be responsible to a coercive force outside their individual psyches, a 'Leviathan,' to use Hobbes' term.

ce qui requiert qu'aucun individu n'ait de comportement de passager clandestin (*free-rider*), voire que personne ne se comporte *jamais* de façon égoïste ou plutôt, pour vraiment rendre le sens que Hardin donne à ce mot, suivant certains des présupposés de la théorie des jeux, comme un individu dont la priorité serait de maximiser ses gains, sans prendre en compte des externalités négatives de son comportement sur les autres. Cet individu est avant tout concerné par sa propre survie et par ses gains dans le présent, mais il n'a pas nécessairement l'intention de nuire aux autres. Le fait de mener une activité ayant ainsi des effets externes négatifs sur les autres n'implique en aucun cas de mauvaises intentions, et est même tout à fait compatible avec le fait que l'on ne soit pas réellement conscient de tels dommages. L'individu n'est donc pas mal intentionné, et il pourrait consentir à sacrifier une partie de ses gains pour permettre le renouvellement d'une ressource sur le temps long car il est capable de s'obliger, mais il ne saurait le faire si un tel sacrifice n'est pas réciproque, d'où la nécessité d'une intervention extérieure, à la manière du Léviathan de Hobbes. Cette solution n'a d'ailleurs pas que le bénéfice d'externaliser la mise en place de la contrainte : elle peut être une solution pour une prise de conscience directe par les individus des effets externes de leurs actions. La loi ou la réglementation pourrait alors avoir comme vocation, par la sanction qu'elle colporte, de forcer la prise de conscience effective de la possibilité d'une « tragédie des communs ».

Il aurait pourtant été possible d'imaginer des déviations temporaires ou ponctuelles, mais de tels comportements ne peuvent être absorbés par le système que s'il existe des règles et les institutions nécessaires pour les faire respecter. Les communs tels qu'ils sont décrits par Ostrom ont justement pu mettre en place de telles institutions, pour éviter cette logique du « tout ou rien », qui permet de gérer les comportements individualistes sans remettre en cause l'intégrité du système. C'est impossible dans le système de Hardin, où le moindre comportement déviant, qui ne serait d'ailleurs pas nécessairement la marque d'un égoïste, conduirait les autres à se comporter de la même façon, et provoquerait donc la chute du système. C'est tout à fait ce qu'il affirme lorsqu'il envisage les effets de la moralisation, et le résultat qu'il annonce semble en effet crédible si l'on considère qu'il n'y a pas de pression possible des individus sur les autres à l'intérieur d'un système de communs. Dans ce cas, la solution semble bien être le Léviathan, puisque la seule forme de coercition qui fonctionnerait viendrait de l'extérieur, elle apparaît comme la seule alternative à l'auto-contrainte, au-contrainte qui est insuffisante car Hardin l'envisage sur le registre moral de l'obligation que l'on s'imposerait à soi-même, et non pas par exemple sur des obligations que des individus pourraient se contraindre mutuellement à respecter sans intervention extérieure.

La radicalité de l'alternative entre la moralisation et le Léviathan semble alors découler directement d'une distinction stricte entre morale et droit, où la première est constituée d'impératifs moraux que les individus s'adressent à eux-mêmes en toute autonomie, et où le second provient d'une autorité extérieure dont le seul pouvoir tient dans la capacité de sanctionner. Dans ce cadre, sans intermédiaire, il apparaît alors logique que toute déviation soit un danger pour l'ensemble du système en l'absence du Léviathan. L'appel à la responsabilité morale des individus, sans le secours d'une force extérieure, ne peut fonctionner que s'il est sans exception. De même, seule la menace d'une sanction extérieure, portant directement sur l'individu, peut garantir l'obéissance à la règle imposée par le Léviathan. Aucun mécanisme intermédiaire n'est envisageable, où les individus pourraient s'obliger mutuellement, que ce soit moralement ou par des dispositifs institutionnels similaires à ceux du droit coutumier. C'est d'autant plus surprenant qu'il est courant, comme nous avons pu le voir, de souligner le rôle essentiel que jouent la pression des pairs et les mécanismes d'ostracisation pour faciliter le respect d'impératifs moraux. Quoiqu'il en soit, si la pression des pairs n'est pas un mécanisme que Hardin envisage pour la morale, il est compréhensible qu'il ne l'envisage pas comme mécanisme de régulation sociale en général. De même, c'est toute possibilité de coordination et de coopération interindividuelle qui semble impossible dans ce modèle. Si les individus peuvent en effet avoir une tendance à la coopération pour Hardin, ce dernier n'envisage toutefois pas qu'elle se réalise sans l'intervention d'une autorité extérieure.

8.2.7. Une conception tronquée des obligations et de la responsabilité

D'où provient cette conception *a priori* réductrice de l'obligation morale ? Comme nous avons déjà commencé à l'indiquer, cela ne tient pas nécessairement au rejet de toute tendance à la coopération. Au contraire, Hardin précise que si tout animal est d'abord concerné par sa propre survie, il est aussi, de manière compatible avec ce but premier, porté à coopérer avec les membres de son espèce. Si l'individu est toujours « égoïste » en ce qui concerne sa survie, tout « animal social » est aussi porté vers la coopération avec les siens. Dans le cas de notre espèce, des « arrangements sociaux » (« *social arrangements* ») permettent une telle coopération, qui est aussi essentielle pour la survie individuelle. Pourtant ces « arrangements » créent nécessairement, pour Hardin, une tension entre le bien individuel et le bien collectif⁹⁹⁶. Si chaque

⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 311 :

Every animal, if it is to survive, must be egoistic but every social animal must also be oriented towards others of his own kind. The success of the human species is highly dependent on social arrangements that increase the probability of survival of the

individu est d'abord intéressé par sa propre survie et son propre bien-être avant celui du groupe, tout groupe constitué est nécessairement construit sur un équilibre précaire entre ce que le groupe produit et la portion que l'individu reçoit « directement ». Chaque individu peut désirer obtenir davantage que les autres, et l'on se rapproche en cela de l'anthropologie hobbesienne. Quand il partage avec d'autres des communs, l'individu est toujours tenté de s'approprier davantage que les autres s'il est lui-même en charge de la collecte des biens qui lui reviennent, à l'opposé du « socialisme », tel que le décrit Hardin, où tous les biens récoltés par le groupe sont partagés également entre ses membres.

La « tragédie des communs » est contextuelle en tant que cette situation demeure tenable tant que la population qui exploite une ressource reste sous un certain seuil. Le problème de la tragédie n'émerge que parce qu'il y a un changement dans les conditions pour lesquelles les règles préexistantes étaient adaptées. La réflexion de Hardin pose donc des questions valides à ce propos, surtout lorsque le changement n'est pas seulement démographique mais économique : l'intégration des « communs » à un marché est un changement structurel majeur, qui peut déstabiliser des règles collectives pourtant fonctionnelles. Hardin le note d'ailleurs à la fin de « Political Requirements » : l'argent d'une grande compagnie qui arrive de l'extérieur par le marché mondialisé vient perturber la balance des coûts et bénéfices qui permettait jusque-là l'exploitation raisonnable des communs⁹⁹⁷. Sans même faire appel à cet exemple d'exploitation dans un cadre mondialisé, dans lequel l'asymétrie entre les acteurs est écrasante, l'émergence d'un marché comme option externe peut avoir un effet profondément déstabilisateur sur les communs. Il peut en effet conduire les individus à vouloir maximiser rapidement leurs gains en récoltant l'intégralité d'une ressource. Si ces réflexions sont pertinentes dans certains contextes, l'erreur de Hardin, relevée par la suite par Ostrom, est de minorer l'importance des règles préexistant à ce changement. Hardin les résume en effet à la seule règle du « servez-vous », librement et sans contraintes extérieures, ce qui revient pour Hardin à une absence pure et simple de contrainte. Il ne semble donc y avoir aucun intermédiaire entre le fait d'agir avec « bonne volonté », librement, sans contrainte, et le fait d'agir sous la contrainte d'un Léviathan. Hardin semble donc bien être tributaire d'une séparation radicale entre la morale et le droit, la première étant définie comme le fait d'agir de façon autonome selon des principes que l'on reconnaît comme louables, mais de façon désintéressée, et le second comme un système où une autorité

individuals while at the same time they create conflict between the individual good directly received and the group good in which individuals share.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 315.

souveraine garantit la coopération interindividuelle et le respect des règles qu'elle imposerait par la menace de la sanction.

Néanmoins, la pensée de Hardin est d'autant plus problématique que cette distinction apparemment étanche entre droit et morale, une fois ramenée à la psychologie individuelle, semble s'évanouir. En effet, Hardin ne paraît pas envisager l'obligation autrement que comme un commandement que l'individu s'impose à lui-même, mais qui prend la forme d'un *commandement extérieur* (« *must* ») qui est soit complètement internalisé, soit intégré dans la menace de sanction qui pourrait utiliser une autorité extérieure. Dans ce cadre, le commandement moral que l'individu s'impose à lui-même ne fait qu'un avec la contrainte que l'on impose de l'extérieur à l'individu. En effet, pour Hardin, les obligations que l'on se donne à soi-même ne sont telles que parce que l'on imagine que quelqu'un pourrait nous contraindre à les respecter :

Faire appel à la conscience est rarement efficace, à moins que cela n'implique la menace d'un pouvoir coercitif. Soyons francs : dans l'ensemble, ce que l'on appelle conscience n'est rien d'autre que la vague impression que quelqu'un a le pouvoir de nous imposer des règles de comportement.⁹⁹⁸

Nous pouvons remarquer que c'est une conception qui n'est pas nécessairement incompatible avec le fait que d'autres que le Léviathan soient responsables de l'*enforcement*. Il n'est pas justifié que Hardin en tire la conclusion que seule une contrainte *externe* peut être efficace sur les individus. En effet, les individus pourraient être contraints par leurs pairs à respecter leurs engagements, comme c'est le cas dans le cadre des communs, sans intervention d'une autorité extérieure comme le Léviathan. Quoiqu'il en soit, cela nous permet de reconsidérer les raisons pour lesquelles Hardin déclare la moralisation individuelle insuffisante : non seulement celle-ci est rendue inutile par le simple fait que certains puissent ne pas s'obliger eux-mêmes, mais elle est aussi fondée sur un pouvoir contraignant, dont le modèle est ici celui, juridico-politique, du souverain. Ainsi, selon l'exemple de Hardin, la solution à l'extermination des baleines par les pêcheurs japonais ne peut pas être d'en appeler à la morale. C'est parce qu'on ne peut pas intervenir juridiquement sur le territoire et les eaux du Japon qu'elles vont disparaître, malgré nos tentatives de culpabilisation⁹⁹⁹. Il n'y a pas de réelle responsabilisation possible sans pouvoir de contrainte. Dans la pensée de Hardin, la tension paraît donc de nouveau claire entre

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 311 :

Calling upon conscience is seldom effective, unless there is the implied threat of coercive power. Let us be frank : What we call conscience is, for the most part, little more than the sneaking feeling that someone has the power to enforce standards of behavior.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 311.

l'idée que les individus peuvent agir moralement, et sacrifier leur intérêt, mais que cela demeure insuffisant d'une part, et l'idée que les individus ne peuvent se sentir obligés que parce qu'une autorité extérieure est censée pouvoir sanctionner leur manque de respect pour une règle. Toutefois, l'exemple des baleines montre aussi, comme nous tâcherons de le souligner par la suite, que le propos de Hardin n'est pas seulement décalé par rapport à la littérature sur les communs en ce qu'il s'intéresse aux biens en *open-access* (ouvert à tous sans restriction) et non aux communs institutionnalisés, mais parce qu'il considère comme de potentielles victimes de la « tragédie » toutes les ressources qui, dans une économie mondialisée où seules sont souveraines les nations, ne reçoivent aucune protection.

Avant d'en venir à de telles réflexions, tâchons de comprendre davantage les contradictions apparentes de la pensée de Hardin. Nous avons vu précédemment que Hardin considère qu'il est possible qu'un grand nombre d'individus s'auto-contraignent afin de préserver un bien commun de la surexploitation. Cela, selon les mots de Hardin lui-même, ils le font avec « bonne volonté », et sans contrainte, ce qui paraît indiquer que les individus peuvent choisir librement de limiter leurs gains propres sans y être contraints. Hardin semble alors pris dans les confusions de son système. Il paraît en effet bien peu réaliste que des individus choisissent l'auto-contrainte sans attendre au moins une forme de *réciprocité*, et que cette réciprocité soit garantie par un mécanisme quelconque. En d'autres termes, de tels individus font le pari de la *coopération*, coopération qui émergerait d'une relation directe d'individus à individus, capables de s'engager l'un envers l'autre à respecter leurs engagements réciproques. Cela, Hardin le prend en compte lorsqu'il considère que les humains, en tant « d'anim[aux] soci[aux] »¹⁰⁰⁰, sont conduits à mettre au point des arrangements sociaux pour permettre la survie du groupe. L'idée de Hardin selon laquelle un grand nombre d'individus pourraient accepter de coopérer prend son sens dans ce cadre. La raison pour laquelle le Léviathan deviendrait nécessaire est que, dans le cas où une ressource se ferait rare, il serait nécessaire de mettre en place des règles pour limiter la consommation individuelle de ressources, car la moindre déviation menacerait l'intégralité de l'équilibre. Ces règles, Hardin ne les trouve que dans les commandements accompagnés de sanctions qu'un Léviathan aurait l'autorité et les moyens de faire appliquer. Cela, Hardin le justifie par l'incapacité des individus à accepter une contrainte, même morale, sans qu'il n'y ait la peur d'une sanction provenant d'une personne déterminée, mais il pose comme condition que cette sanction provienne d'une autorité externe et non pas des membres du groupe avec lequel l'individu s'était engagé à coopérer.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 311.

Revenons aux mots de Hardin : la « conscience » est cette « impression vague que quelqu'un a le pouvoir de nous imposer des règles de comportement »¹⁰⁰¹. Cette définition du sentiment d'obligation semble découler d'un modèle juridico-politique, celui du souverain capable d'interdire des comportements ou d'en rendre certains obligatoires sous peine de sanctions déterminées. Il paraît donc absolument logique qu'une telle définition de l'obligation nous conduise à faire appel au Léviathan pour qu'elle soit respectée, puisque le Léviathan était déjà présupposé dans la possibilité même d'une telle obligation. Ainsi, dans la pensée de Hardin, le modèle juridico-politique est hégémonique : aucune autonomie n'y est laissée pour la morale, d'une part, et pour toute forme de régulation sociale qui recourrait à des mécanismes différents de ceux de la morale et du droit d'autre part. Toute obligation ne serait alors nécessairement qu'un *commandement*, adressé par une autorité capable de le faire respecter par la sanction. Cela explique que les appels à la moralisation pour la préservation de l'environnement puissent être si peu efficaces : sans être adossés sur des sanctions potentielles, ils sont vains.

Or, même si l'on écarte la possibilité que certaines obligations s'imposent comme des « devoirs » absolus et que l'on accepte que l'obligation morale soit avant tout sociale, cela n'implique pas qu'une personne et des sanctions déterminées soient nécessaires pour qu'un individu ressente la pression des pairs (*peer pressure*) qui suffit ordinairement à faire respecter les principes moraux. La pression par les pairs est un mécanisme diffus, qui ne requiert pas nécessairement de sanction particulière, et encore moins que le pouvoir de sanctionner soit contenu dans les mains d'une autorité distincte, extérieure au groupe. De même, il n'apparaît en rien nécessaire que, si des règles définies existent et que des sanctions sont déterminées en cas de non-respect de ces règles, le pouvoir de sanctionner doive être concentré dans les mains d'une autorité spécifique, et cela n'implique pas non plus que cette autorité soit forcément extérieure. Comme notre lecture de la littérature sur les communs permettra de le montrer, il est possible, au sein d'un groupe défini, que des individus mettent au point des mécanismes internes de régulation sociale qui ne reposent pas sur l'extériorisation de l'autorité et de la faculté de sanctionner.

L'absence de tels mécanismes est criante dans les exemples choisis par Hardin. Considérant qu'ils sont choisis pour illustrer son propos, il apparaît assez naturel qu'ils ne permettent que de confirmer la thèse qu'il défend. Toutefois, on peut aussi considérer que les types d'exemples considérés, liés au fait qu'il s'intéresse avant tout à la pollution et à la destruction des ressources présentes avant l'exploitation par l'homme ou la surexploitation, jouent un rôle

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 311 : « What we call conscience is, for the most part, little more than the sneaking feeling that someone has the power to enforce standards of behavior ».

actif dans la structuration même de la pensée de Hardin. Or, soit les ressources qui le préoccupent ne demandent pas d'entretien spécifique et sont à *disposition*, d'où l'expression qui caractérise les communs selon Hardin, « *help yourself* », ou bien Hardin efface du problème le fait que la coordination ne va pas seulement être nécessaire dans l'extraction des ressources mais souvent aussi dans leur entretien, ce qu'Ostrom appellerait « *provision* »¹⁰⁰². C'est plus visible dans des cas comme la gestion de l'eau, mais c'est en réalité probablement le cas pour tous les communs, y compris ceux dont parle Hardin. Comment pourrait-on par exemple imaginer que les membres de la communauté d'éleveurs de la *Tragédie des communs* n'ont jamais eu besoin de s'organiser, de mettre en place des règles, et ce avant même que la pression démographique rende ces règles obsolètes ? Les pâturages ne peuvent pas être occupés à n'importe quelle période, les ressources ne peuvent pas nécessairement être accumulées par les éleveurs seuls (ou alors, à grand coût), des infrastructures minimales sont probablement nécessaires, etc.

8.2.8. Responsabilisation et internalisation des externalités

Ces réflexions permettent quoiqu'il en soit de comprendre pourquoi Hardin ne voit de solutions à la « tragédie des communs » que dans l'institution de la propriété privée ou du socialisme. Ces deux systèmes permettent de résoudre le problème de responsabilité individuelle, problème qui émerge dès que la population est trop nombreuse pour exploiter les communs. Comme le montre le tableau ci-dessous, Hardin distingue propriété privée, socialisme et communs en fonction de leur capacité à produire ce qu'il appelle une responsabilité « intrinsèque » (« *intrinsic* »). Selon la définition de la responsabilité qu'il utilise, empruntée de façon libre à Charles Frankel, comme nous tâcherons de l'expliquer ultérieurement, cette responsabilité est « intrinsèque » parce que la personne affectée par les actions de l'individu n'est autre que lui-même. Pour ce qui est de la propriété privée, les actions de l'individu ont des conséquences sur un « système », c'est-à-dire la ressource, qui n'est autre que sa propriété. Épuiser cette ressource, contrairement au cas des communs, a donc un impact négatif direct sur sa propre personne, ce qui le rend « responsable » de façon directe, autonome, sans contraintes extérieures. L'institution de la propriété privée a ainsi un avantage sur le socialisme qui, lui, ne produit pas de responsabilité « intrinsèque ». Rappelons que le socialisme est un collectivisme centralisateur et égalitariste pour Hardin : une autorité centrale organise l'exploitation des ressources par le groupe et les répartit ensuite aux individus, qui ne prélèvent donc pas eux-mêmes les ressources qu'ils souhaitent comme dans le cas des communs. Un seul individu prend donc des

¹⁰⁰² E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 46.

décisions. Il n'est pas « responsable » au sens fort, parce que les ressources ne lui appartiennent pas. Il ne peut donc être rendu responsable qu'indirectement, mais la responsabilité des conséquences de ses actions envers les *autres* est alors considérée par Hardin comme « *contrived* », c'est-à-dire à la fois « forcée » et « artificielle »¹⁰⁰³. Elle ne provient que des potentielles menaces de sanctions (« *threatening him with punishment* ») de la part des membres du groupe, sanctions relativement vaines dans la mesure où le décisionnaire (« *decision-maker* ») a alors la possibilité de cacher des informations essentielles sur l'état du système, et tout l'intérêt de le faire¹⁰⁰⁴. On s'étonnera alors peut-être du fait que, dans le cas du socialisme, toute menace de sanctions soit vide de sens et ne permette pas de responsabiliser les individus. Cela semble confirmer le fait qu'il n'y a de responsabilisation individuelle possible pour Hardin que si la contrainte est extérieure ou bien si, comme nous venons de le voir, les dommages sont portés à l'individu lui-même, de façon directe, parce qu'ils affectent *sa* propriété. Nous reproduisons ci-dessous le tableau proposé par Hardin :

Utilization of the environment (by)		Proceeds (to)		Name of the game	Gain from stressing the system			
Individual	Group	Individual	Group		To group	To decision maker	Intrinsic responsibility	Temptation to sabotage information
X		X		Private enterprise	-	-	+	0
	X		X	Socialism	-	0	0	+
	X	X		Commons	-	+	-	0
X			X	Altruism	No info	No info	No info	No info

Fidèle à une certaine tradition concernant la propriété privée, Hardin considère ici qu'elle est le seul arrangement institutionnel permettant aux individus d'internaliser les externalités de leurs actions. Hardin ne perçoit donc aucun autre moyen pour les individus d'*intérioriser* moralement les conséquences négatives de leurs actions sur les autres que d'internaliser les externalités de leurs actions en un sens strictement économique, c'est-à-dire en prenant en compte, dans son activité et ses choix, le coût de son activité comme un coût pour lui-même et non plus pour les autres. Concernant la propriété d'une ressource déterminée, cela est rendu

¹⁰⁰³ *Ibid.*, p. 313.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 313.

possible par le fait que l'individu ne saurait surexploiter une ressource, un « système », sans mettre en cause sa capacité future à continuer à l'exploiter. C'est donc son propre profit à venir qu'il condamne. Il ne faut toutefois pas croire que toute idée de contrainte extérieure a disparu : l'institution de la propriété privée suppose elle aussi un Léviathan pour être respectée. Ce dernier se manifeste dans le fait que les autres individus doivent respecter les droits du propriétaire et que le propriétaire en question doit respecter la propriété des autres et notamment leur droit à ne pas voir leurs biens subir des dommages de sa part. Quoiqu'il en soit, il y a là une réduction d'un problème moral à ses termes économiques. C'est d'autant plus compréhensible que le thème même des externalités est économique dans son origine. Il nous faudra donc, selon une suggestion esquissée par Stéphane Chauvier, tâcher par la suite de comprendre comment une « *intérieurisation morale* » des effets externes d'une action est possible pour un individu autrement que l'institution de la propriété privée, individuelle et exclusive¹⁰⁰⁵. C'est un processus particulièrement à l'œuvre dans les communs tels qu'ils sont décrits par Ostrom, grâce aux institutions spécifiques qui les caractérisent.

Les communs et le socialisme se distinguent clairement de la propriété privée pour Hardin. Le socialisme, seul autre système viable selon Hardin, est un système où une autorité est responsable de la mise en place, par le groupe, de l'exploitation des ressources, et de leur répartition *a posteriori*. Les réflexions de Hardin à ce propos confirment combien sa conception de l'autorité est verticale. En utilisant la fameuse formule « *Quis custodiet ipsos custodes ?* »¹⁰⁰⁶, Hardin montre en effet que la seule forme d'organisation qu'il envisage comme alternative aux communs qui n'est pas la propriété privée est celle d'une autorité dont la responsabilité envers les membres de la communauté concernée serait extrêmement limitée. Toute forme de responsabilisation par obligation mutuelle et les mécanismes qui la permettraient demeurent un angle mort de sa pensée. Rappelons la distinction tranchée que Hardin fait entre les communs et le « socialisme » : les communs sont nécessairement « non-gérés »

¹⁰⁰⁵ Stéphane Chauvier, *Éthique sans visage. Le problème des effets externes*, Vrin, Paris, 2013, p. 56. Nous soulignons :

(...) la prise de conscience du caractère commun d'une chose facilite l'*intérieurisation morale* des effets résultant de l'utilisation de cette chose. Mais, si l'on fait, pour l'instant, abstraction de l'évaluation morale de la situation, il y a une évidente différence, du point de vue du statut des effets produits par l'utilisation d'une chose, entre les cas où une chose est comme parce qu'elle est la co-propriété positive de plusieurs et le cas où elle est commune au sens où elle n'est, positivement, à personne en particulier. (...) Quand j'utilise un bien de club, il est difficile de ne pas considérer que les membres du club font partie de l'espace interne de mon action, car c'est leur existence qui fait que le bien que j'utilise est un bien de club.

¹⁰⁰⁶ G. Hardin, « Political Requirements », *op. cit.*, p. 313. La citation est de Juvénal, *Satires*, VI.

(« *unmanaged* ») et toute forme de gestion les fait nécessairement passer du côté du collectivisme socialiste¹⁰⁰⁷. La seule gestion que Hardin envisage pour les communs n'est alors que celle d'une autorité centralisée qui n'est responsable devant personne alors que, comme nous le verrons, les communs tels qu'ils sont décrits par Ostrom impliquent des mécanismes de responsabilisation réciproque des différents acteurs du système. Pour qu'une telle responsabilisation soit possible sans autorité extérieure et/ou indépendante, il est nécessaire que tous les membres du collectif aient à leur tour à rendre des comptes aux autres. Il est donc possible dire, en détournant la formule consacrée, que le gardien y est toujours surveillé par d'autres gardiens, ce qui requiert une conception décentralisée de la gestion des ressources.

Quant aux communs, s'ils restent tels quels, Hardin affirme avec force que la responsabilité intrinsèque de celui qui prend des décisions est « négative ». En effet, il ne s'agit pas pour lui d'une absence de responsabilité intrinsèque, qui serait compatible avec la neutralité des actions de l'individu, mais bien d'une contribution active à la réalisation de la tragédie, donc une responsabilité « négative ». Or, cette responsabilité négative provient du fait que l'individu en question n'a non seulement pas à répondre des conséquences de ces actes pour les autres, mais qu'il profite aussi de sa contribution à la surexploitation et donc des conséquences négatives de ses actes pour les autres. Ainsi, non seulement la « tragédie des communs » découle du fait que les individus n'ont aucun intérêt à internaliser les extériorités de leurs actions, mais la situation incite même les individus à provoquer activement la surexploitation, comme nous l'avons déjà remarqué. D'un point de vue moral, cela conduit à affirmer que les individus ne sont plus simplement coupables de négligences quant aux effets externes de leurs actions, ce qui pourrait dans une certaine mesure les dédouaner de toute responsabilité individuelle : ils deviennent responsables des effets en question. En d'autres termes, en un sens moral et non plus économique, leur action cesse de créer des *externalités* négatives, et le fait de porter atteinte aux intérêts des autres appartient désormais à l'horizon « interne » de leur action.

8.3. Les références de Garrett Hardin

8.3.1. Charles Frankel et la responsabilité de « l'homme moderne »¹⁰⁰⁸

Nous tenterons de montrer, dans cette section de notre réflexion, que les références philosophiques utilisées par Garrett Hardin permettent de confirmer deux hypothèses principales : premièrement, que ses conclusions sur les communs et leur « tragédie » sont les conséquences

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 311.

¹⁰⁰⁸ Charles Frankel, *The Case for Modern Man*, chap. X, « The Revolution of Modernity », Harper, New York, 1956.

d'une ontologie sociale qui écarte l'existence des corps intermédiaires entre les individus et l'État, qui devient le Léviathan dans les travaux de Hardin, ce qui le conduit à négliger la possibilité pour des corps intermédiaires de gérer efficacement les communs en proposant un système de contraintes internes efficaces, typique des institutions coutumières, comme alternative au contrôle et aux sanctions externes de l'État. Cette hypothèse nous paraît expliquer davantage les conclusions de Hardin, et surtout la façon dont la littérature sur les communs se distingue de lui, que celle d'une anthropologie « pessimiste », qui ne laisserait aucune place à la coopération et à l'altruisme, éléments pourtant bien présents dans l'anthropologie de Hardin. Deuxièmement, nous tâcherons de montrer que les communs en tant que tels, étudiés par la suite par Elinor Ostrom, ne sont pas exactement l'objet principal de la réflexion de Hardin, mais jouent plutôt le rôle d'illustrations concrètes du problème de la dégradation généralisée de l'environnement, que Hardin dernier considère au niveau national et international davantage que local. Certaines des incohérences de son propos, notamment vis-à-vis des références externes qu'il utilise, ne semblent s'expliquer que si elles sont intégrées dans un cadre plus large que celui des communs. L'étude du rapport de Hardin à certaines de ses références philosophiques principales nous permettra de montrer que les communs tels qu'Elinor Ostrom a pu les étudier jouent en réalité un rôle secondaire dans la « tragédie des communs ».

Les textes les plus classiques de Hardin, comme la *Tragédie des communs* ou « Political Requirements », font rarement référence à des travaux externes. Néanmoins, des thématiques voire des œuvres philosophiques y sont ponctuellement mises en avant. On pensera notamment à la façon dont la figure d'Aristote, pour critiquer la propriété collective, et celle de Hobbes, pour soutenir que l'intervention du Léviathan est nécessaire, sont récurrentes dans son travail. Ces références ne sont cependant que rarement développées, et sont presque toujours utilisées à la manière de clichés argumentatifs, qui font peu de place à la complexité des œuvres évoquées. Inversement, Hardin fait référence avec précision à certains de ses contemporains. L'une des seules citations utilisées par Hardin doit alors attirer notre attention, bien qu'elle soit utilisée au détour d'une phrase. Il s'agit d'un renvoi à Charles Frankel, professeur de philosophie à l'Université de Columbia à l'époque où Hardin écrit « Political Requirements ». Cette référence est particulièrement importante puisqu'elle vient appuyer, dans « Political Requirements », les réflexions de Hardin sur la responsabilité.

Charles Frankel est un penseur libéral, dont le livre *The Case for Modern Man*, renommé ensuite *The Case for Modern Liberalism*, entend répondre aux objections faites au libéralisme politique et économique. L'ouvrage de Frankel reconnaît explicitement que le libéralisme, malgré ses apports considérables au bien-être collectif et individuel, montre des défauts importants

dans le cadre d'une société toujours plus complexe, où la technologie évolue sans cesse et perturbe constamment les équilibres sociaux. Frankel propose le diagnostic suivant : d'une part, les sociétés modernes ont vu se dissoudre tous les intermédiaires entre l'individu isolé et l'État et, d'autre part, la fragmentation des institutions a conduit à la spécialisation de leurs activités, chaque institution traitant ainsi d'un problème spécifique sans considérer les implications sociales plus larges de son activité. Frankel utilise d'ailleurs l'expression « décision *sociales* » à plusieurs reprises, afin d'insister sur ce fait, notamment pour les décisions concernant la technologie ou les infrastructures¹⁰⁰⁹.

Ces deux facteurs sont particulièrement responsables de la *dilution* de responsabilité qu'évoque Frankel (« *the organization of irresponsability* »¹⁰¹⁰), qui est selon lui le défi que doit relever le « programme » libéral pour répondre à ses contradicteurs. Le problème, selon Frankel, est « institutionnel »¹⁰¹¹ : tous les éléments des sociétés industrielles complexes étant profondément interconnectés, chaque décision, notamment lorsqu'elle émane de certaines administrations, a des conséquences très importantes et relativement imprévisibles sur l'ensemble du système. Toutefois, les individus prenant de telles décisions n'ont pas nécessairement conscience de la portée sociale de leurs choix et de leurs multiples conséquences. Dans un tel contexte, aucun individu en particulier ou aucune autorité identifiable n'apparaît particulièrement *responsable* des importants changements sociaux qui ont lieu. Simultanément, dans un contexte où les corps intermédiaires entre l'État et les individus ont disparu, ces derniers se sentent dépossédés de la faculté de choisir leurs conditions d'existence. Frankel souligne alors les conséquences de cette situation sur l'ensemble des membres des sociétés contemporaines, qui se retrouvent isolés face aux forces sociales, impersonnelles, qui les entourent, et qui ont nécessairement l'impression de perdre le contrôle de leur propre existence¹⁰¹².

En quoi cette réflexion pourrait-elle rejoindre le propos de Hardin ? Frankel pose le problème de la responsabilité dans le cadre des sociétés industrialisées complexes, dont le développement technologique est constant, et où la spécialisation des activités est poussée à l'extrême. De la même façon que les corps intermédiaires ont disparu, la « localité » n'est plus un point de référence, dans un monde en développement constant où le seul rapport qui existe est celui entre État et individu. Ce cadre de pensée est assurément pertinent pour Hardin,

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 198 : « the decision as to when, where, and how to introduce a technological change is a social decision, affecting an extraordinary variety of values. And yet these decisions are made in something very close to a social vacuum ».

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 203. Nous traduisons.

¹⁰¹¹ *Ibid.*, p. 199.

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 202 : « his access to centers of social power becomes increasingly difficult ; he comes to experience social authority as something remote and abstract ; he feels isolated and depersonalized ».

notamment pour rendre compte du problème écologique mondial. Tout d'abord, comme la citation qu'il choisit de Frankel le montre clairement, c'est la question de la responsabilité qui intéresse Hardin. Dans un tel monde, non seulement les individus ne sauraient mesurer exactement les conséquences de leurs actions, mais ils seraient aussi incités à ne pas les prendre en compte pour leur propre bénéfice, et ce aussi bien au niveau que d'un simple pêcheur pratiquant la surexploitation, d'une entreprise pétrolière, ou d'un ingénieur introduisant des technologies nouvelles performantes mais polluantes. Le problème de dilution de responsabilité que pose Frankel intéresse ainsi Hardin parce qu'il rejoint ses interrogations sur la dilution de responsabilité que produit le fait que les effets externes d'une action soient ignorés car trop distants de l'individu « responsable », ou trop coûteux pour les intégrer à ses choix. Pour Frankel, le problème est « institutionnel » dans la mesure où la disparition des solidarités « locales », liée à la spécialisation des activités, est principalement responsable de ce processus. La mobilité croissante des travailleurs a conduit à la diminution des « pressions communautaires » (« *community pressures* ») et à l'individualisation des relations humaines. Alors que les individus intégraient auparavant « un ou deux » groupes principaux aux responsabilités multiples et englobantes (« *one or two groups which took care of a wide variety of things* »), ils ne participent désormais que ponctuellement à des groupes n'ayant que des fonctions spécifiques, qui n'ont sur eux qu'une capacité limitée de contrainte¹⁰¹³. En somme, le propos de Frankel peut expliquer la dégradation de certains communs, si l'on prend en compte que les institutions locales préexistantes en charge de leur gestion ont pu être mises à mal par les processus décrits ci-dessus, et que les contraintes qu'elles peuvent exercer sur les individus se sont dissoutes. Les comportements de maximisation individuelle qui sont à l'origine de potentielles « tragédies des communs », notamment après l'introduction de technologies d'exploitation de masse, peuvent alors être tout à fait explicables dans ce cadre.

Comme nous le soulignerons ensuite, ce n'est toutefois pas le choix fait par Hardin, alors que la citation qu'il utilise se situe en plein cœur de cette réflexion. La phrase extraite du propos de Frankel par Hardin est la suivante : « Une décision n'est responsable que si l'homme ou le groupe qui la prend doit en répondre devant ceux qui sont directement ou indirectement affectés par elle »¹⁰¹⁴. Or, en prenant en compte l'essentiel du propos de Frankel, décrit ci-

¹⁰¹³ *Ibid.*, p. 200.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 203 :

The problem, then, is that of restoring responsibility to the decision-making process. Responsibility is the analogue in politics and society of objectivity in intellectual affairs. And like objectivity, it is the product of definite social arrangements. A decision

dessus, il apparaît logique que les choix individuels ne soient pas « responsables » à l'époque moderne, au sens exposé ci-dessus. La complexité des conséquences des actes individuels, le manque de corps intermédiaires desquels les individus feraient pleinement partie ainsi que l'absence de responsabilité des individus, des groupes privés ou des institutions vis-à-vis de ceux que leurs actions affectent, ont pour conséquence nécessaire « d'organiser l'irresponsabilité », selon l'expression de Frankel.

Frankel n'élabore que très peu les solutions à apporter à ce problème. Il s'agit principalement pour lui de faire en sorte que les individus à l'origine d'actions ayant de telles conséquences aient à répondre de ces actions devant ceux qui sont directement concernés. Cela implique, au niveau législatif, à la fois davantage de responsabilisation de l'action politique et davantage d'interventionnisme étatique dans des domaines sociaux considérées comme ne relevant pas du domaine de l'État. Davantage de contrôle sur l'introduction de technologies nouvelles pourrait en faire partie. Néanmoins, le propos de Frankel reste libéral en ce qu'il considère que la solution se trouve dans davantage de « compétition sociale » (« *social competition* »)¹⁰¹⁵, ce qui n'implique pas nécessairement la prise en charge systématique d'activités étatiques par des acteurs individuels ou privés : la société civile et l'État (« *the State and voluntary mass associations* »¹⁰¹⁶) doivent étendre la portée de leur action à des domaines nouveaux. Dans la société civile en question, on ne trouve pas nécessairement des entreprises privées, mais des « syndicats » ou des « associations philanthropes ». Cette compétition a pour but d'élargir l'horizon des possibilités pour les individus, dans un contexte où les choix sont ouvertement décidés en considérant leurs conséquences sociales¹⁰¹⁷. Dans ces conditions, Frankel, tout comme Hardin, ne défend pas l'idée que la propriété individuelle serait une solution naturelle à ces problèmes. Au contraire, elle fait partie pour Frankel des institutions aux conséquences sociales négligées, sur lesquelles il est nécessaire d'intervenir autrement qu'en défendant des droits formels, à des fins de « redistribution du pouvoir social »¹⁰¹⁸.

Hardin maintient le constat de départ de Frankel. C'est la raison pour laquelle la propriété privée lui apparaît comme une solution pour les communs parce qu'elle produit au moins

is responsible when the man or group that makes it has to answer for it to those who are directly or indirectly affected by it.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 203.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 204.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 204 : « the essential point is to introduce a competition of powers into the decision-making process that does not now exist ».

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 205 : « property, managerial authority, and inequalities in social class or status, given men dominion over other men which needs to be controlled, not only by formal legal safeguards, but by the deliberate redistribution of social power ».

en partie une responsabilisation « *intrinsèque* » dans un monde où la responsabilité est diluée, où il n'y a pas d'intermédiaire entre l'individu et l'État. Pourtant, le propos de Frankel semble entièrement compatible avec la constitution de corps intermédiaires qui permettraient aux individus de s'investir de façon responsable dans la prise de décisions qui les concerne. En effet, le reproche qu'il adresse au libéralisme est d'avoir oublié « l'importance des associations secondaires, entre l'individu et l'État, pour la liberté et le pouvoir des individus »¹⁰¹⁹. Hardin ne retient donc clairement pas cette possibilité pour les communs, alors que, dans un tel cadre, favoriser l'apparition d'une association d'individus qui aurait pour but de gérer de façon autonome des ressources semble être une réponse adéquate et compatible avec le propos de Frankel. Cette différence semble distinguer encore davantage Hardin de Frankel en ce qui concerne la *responsabilité* individuelle, alors que la référence à ce dernier a pour objet ce thème en particulier : en effet, les individus pourraient retrouver une forme de responsabilité s'ils participent à l'élaboration de groupes intermédiaires entre eux-mêmes et l'État, ils seraient en mesure de prendre conscience du caractère social de leur action, conscience dont le manque joue un rôle essentiel dans la tragédie des communs. Les individus en charge de la prise de décisions pourraient eux aussi devenir davantage responsables en ce que les conséquences étendues de leurs actions pourraient être prises en compte dans leur évaluation. À l'opposé de tout cela, Hardin considère que le processus de responsabilisation n'est envisageable que si les individus sont directement affectés par leur comportement et qu'ils en payent les conséquences.

Hardin retient donc la façon dont Frankel pose le problème, celui de la dilution de responsabilité dans le cadre d'une disparition des intermédiaires entre l'État et les individus. Néanmoins, il semble le transposer au niveau extrêmement local des communs, alors que la réflexion de Frankel en est relativement éloignée. Toutefois, lors de ce changement d'échelle, Hardin n'a pas recours à la solution qu'il pourrait trouver chez Frankel, c'est-à-dire le rétablissement d'échelons intermédiaires, alors qu'elle serait particulièrement pertinente pour les communs. La différence flagrante entre les conclusions de Frankel et celles de Hardin provient donc tout d'abord du fait que ce dernier ne prend pas en compte la possibilité d'un niveau d'organisation sociale intermédiaire entre l'individu et l'État. Le diagnostic originel de Frankel lui apparaît donc comme indépassable. Dans ce cas, il est logique que la coopération inter-individuelle soit impossible sans que l'État, le Léviathan, n'exerce des contraintes directes sur les individus afin de garantir le respect de leurs engagements.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 205 : « the importance for the freedom and power of individuals of secondary associations in between the individual and the State ».

Toutefois, si l'on peut en effet remarquer que le propos de Frankel est finalement peu cohérent avec les conclusions de Hardin, il demeure important de noter que ce parallèle confirme que ce qui intéresse Hardin n'est pas réellement les communs et leur échelle particulière, malgré le titre de son fameux opus : il se focalise avant tout sur le problème de la dégradation de l'environnement à une époque où les intermédiaires entre l'État et les individus ont grandement perdu en importance, ce qui est un fait indéniable avec lequel Frankel est en accord, et où la mondialisation de l'économie favorise les comportements prédateurs vis-à-vis des ressources naturelles. En effet, Hardin choisit de conclure « Political Requirements » par quelques remarques sur les limites de la propriété privée comme solution à la tragédie des communs. D'une part, des biais cognitifs peuvent tout à fait pousser l'individu propriétaire à surexploiter des ressources et conduire à leur extinction et, d'autre part, sans que des biais ne l'influencent, l'émergence d'un marché élargi pour ses ressources peut rendre extrêmement lucratif le fait de récolter l'intégralité d'une ressource, quitte à compromettre ses possibilités de renouvellement naturel. Cet argument est d'autant plus valable dans le cas de la mise en contact des communs avec un marché international : Hardin soutient en effet que, dans ce cas-là, la propriété privée n'empêche en rien la tragédie des communs, puisqu'une entreprise privée aurait tout intérêt à exploiter les ressources d'une communauté lointaine, alors que la communauté tire d'importants bénéfices financiers du processus.

Le procédé de Hardin apparaît ainsi plus clair, et plus cohérent : ses conclusions sur les communs proviennent de l'application d'un problème concernant l'éthique du « lointain » à celle du « prochain ». La question des *externalités* n'est en effet pertinente que dans un contexte élargi, là où les solidarités locales ont perdu en importance, car autrement les individus verraient leurs actions contraintes par leurs « voisins ». En d'autres termes, malgré une focalisation répétée sur des exemples concrets de « communs » (la chasse dans « Political Requirements », l'élevage de moutons dans *La Tragédie des communs*), le propos de Hardin ne concerne en réalité pas les communs en tant que tels, ce que confirme son affirmation tardive selon laquelle les communs gérés n'étaient pas les réels protagonistes de la « tragédie » qui porte pourtant leur nom. Les communs ne semblent être rien de plus que l'exemple de ces ressources naturelles disponibles à tous, que l'absence de règles comme l'institution de la propriété tout comme les abus de cette même institution vouent à disparaître, particulièrement dans des économies mondialisées. Ils ne correspondent pas tout à fait, dans la pensée de Hardin, à ces ressources que gèrent collectivement des communautés spécifiques qui en dépendent pour leur survie. Cela n'empêche pas toutefois de considérer que la pensée de Hardin manifeste un défaut de conceptualisation concernant les communs, défaut à l'origine des critiques à son égard. Les

illustrations choisies par Hardin n'ont alors pour seule fonction que de justifier l'appel au Léviathan et à son pouvoir de contrainte par la législation. Le recours à la figure du Léviathan comme solution nécessaire, conclusion qui détache son propos de celui de Frankel, s'explique grâce à une autre référence, celle à Ophuls, que Hardin paraît reprendre mot pour mot.

8.3.2. La référence à Ophuls : la nécessité du Léviathan

La référence que Garrett Hardin fait à William Ophuls est d'autant plus intéressante qu'il s'agit aussi de l'un des destinataires principaux de la critique d'Ostrom dans *Governing the commons*, critique dont nous verrons les détails ultérieurement. Notons pour le moment qu'Ostrom critique le recours d'Ophuls à la figure du Léviathan dans sa propre discussion contre la version « hobbesienne » de la tragédie des communs. Quant à Hardin, cette référence prend place au sein d'un dialogue direct avec William Ophuls. En effet, l'article auquel Hardin fait référence dans « Political Requirements » est publié dans le même ouvrage qu'une réédition de *La Tragédie des communs, Toward a Steady-State Economy*, Ophuls proposant une lecture de l'ouvrage de Hardin¹⁰²⁰. Hardin cite donc les arguments d'un article commentant son article le plus célèbre.

L'article d'Ophuls est plus intéressant que le seul argument selon lequel le Léviathan serait un recours nécessaire pour éviter la tragédie des communs. On trouve dans le propos d'Ophuls une tentative d'établir un parallèle entre la pensée de Hobbes et celle de Hardin. La figure de Hobbes s'impose ainsi comme une référence des deux côtés du débat concernant les communs, de la même façon qu'elle occupe une position centrale dans la réflexion sur le droit coutumier et les limites de la souveraineté chez Maine. Avant d'en venir aux détails de ce recours à la figure de Hobbes, notons que replacer Hardin dans le contexte de ce dialogue avec ses contemporains permet de confirmer que son but premier n'est pas de déclarer que la gestion locale des communs est impossible, comme on a pu le lui reprocher, mais plutôt que le Léviathan paraît être un recours nécessaire pour sauver les communs dans le cadre d'une société complexe et mondialisée, dont les ressources sont menacées par la surpopulation et la surexploitation. Comme nous avons d'ailleurs pu le voir, « Political requirements » tend à situer le problème des communs au sein d'une économie capitaliste, dans laquelle les solidarités locales semblent obsolètes. C'est dans cet horizon que réfléchit Hardin, et cela se trouve confirmé par

¹⁰²⁰ William Ophuls, « Leviathan or Oblivion », p. 228, in *Toward a Steady-State Economy*, Herman E. Daly (dir.), W. H. Freeman, San Francisco, 1973. Voir aussi : William Ophuls, *Ecology and the politics of scarcity ; prologue to a political theory of the steady state*, W. H. Freeman & Co., San Francisco, 1977 ; William Ophuls, A. Stephen Boyan, Jr, *Ecology and the Politics of Scarcity Revisited ; The Unraveling of the American Dream*, W. H. Freeman, New York, 1992 ; William Ophuls, *Plato's Revenge : Politics in the Age of Ecology*, MIT Press, Cambridge Massachusetts, 2011.

lecture de William Ophuls mais aussi de Herman Daly et Beryl Crowe, dont nous proposerons un aperçu. Cela signifie-t-il que le rejet de la « tragédie des communs » manque sa cible en montrant comment les communs sont en réalité soutenables ? En réalité, cela montre que les différences entre la pensée politique, juridique et morale de personnages comme Ostrom et Hardin est bien plus profonde qu'on ne pourrait le penser de prime abord, et que le droit coutumier joue un rôle important dans la compréhension de ces distinctions, qui se structurent aussi autour de la figure de Hobbes.

Ophuls construit un parallèle explicite entre la « tragédie des communs » et la pensée de Hobbes au sujet de l'état de nature et de la sortie de cet état grâce au Léviathan, état de nature qui occupe aussi une place essentielle dans la pensée d'Ostrom sur les institutions. Selon Ophuls, le problème de la tragédie des communs n'est rien d'autre que le problème principal qui préoccupe la philosophie politique depuis Platon, problème théorisé selon lui par Hobbes mieux que quiconque. William Ophuls ne fait pas référence au débat d'Aristote et Platon concernant le choix entre propriété individuelle et propriété collective, mais plutôt à la question de savoir comment les individus, si l'on considère qu'ils sont motivés principalement par leurs propres intérêts, peuvent en venir à s'associer et constituer une communauté politique :

(...) le tragique à l'œuvre dans la logique des communs libres a dominé les réflexions des hommes sur la société et la politique à travers les âges. En effet, ce ne serait pas exagérer que de dire que le problème central de tous les théoriciens de la politique, du moins dans la tradition occidentale, est précisément une généralisation de la tragédie des communs : comment protéger ou défendre les intérêts du collectif quand les hommes se comportent ou sont poussés à se comporter de façon égoïste, cupide et querelleuse.¹⁰²¹

L'affirmation d'Ophuls est forte : il ne s'agit pas de trouver des points communs entre la tragédie des communs et la question fondamentale posée par le contractualisme hobbesien, mais bien de dire que la « logique » même qui est à l'origine du problème spécifique décrit par Hardin dessine les contours du problème posé par la philosophie politique depuis des siècles. Ainsi, la tradition de la philosophie politique occidentale n'est rien d'autre qu'une « généralisation de la

¹⁰²¹ W. Ophuls, « Leviathan or Oblivion », *op. cit.*, p. 215-216 :

(...) the tragic quality of the logic of a free commons has dominated men's thinking about society and politics through the ages. Indeed, it is not too much to say that the central problem for all theorizers about politics, at least in the Western tradition, is precisely the tragedy of the commons writ large : how to protect or advance the interests of the whole when men behave or are impelled to behave in a selfish, greedy, and quarrelsome fashion.

tragédie des communs », ou plutôt de sa logique¹⁰²². La première explicitation qu'Ophuls propose de cette logique est quelque peu caricaturale, trait qu'il s'efforce ensuite de corriger. Le problème fondamental de la philosophie politique occidentale est toutefois présenté ainsi dans ce premier temps : comment promouvoir les intérêts du groupe quand les individus « se comportent, ou *sont poussés* à se comporter d'une façon égoïste, cupide et querelleuse »¹⁰²³ ? Nous mettons en valeur « *sont poussés* » car il ne s'agit pas de dire les hommes sont d'une nature égoïste, cupide et prompte au conflit. On dira plutôt, et c'est l'essence de la tragédie des communs, qu'en l'absence de garanties vis-à-vis des actions des autres, les individus se sentent obligés d'agir égoïstement et de s'accaparer des biens, qu'ils seront prêts à défendre :

Certains penseurs ont mis le type de problèmes que Hardin pose au centre de leur analyse, et le plus grand d'entre eux est le philosophe anglais Thomas Hobbes (...). Dans son ouvrage classique, le *Léviathan*, publié en 1651, Hobbes a donné à la tragédie des communs le traitement le plus profond qu'elle ait jamais reçu.¹⁰²⁴

Ophuls utilise les éléments spécifiques de l'anthropologie hobbesienne pour décrire le problème général de l'association politique dans ses liens avec la tragédie des communs¹⁰²⁵. Dans la mesure où les hommes désirent également et ont le même espoir d'obtenir le gain, la sécurité et une bonne réputation et que ces biens sont rares, ils sont conduits directement au conflit. C'est surtout le désir de ne pas seulement posséder ces biens dans le présent mais d'être sûr de les conserver dans le futur qui les pousse à vouloir acquérir un pouvoir sur les autres. Tout comme le diable, la tragédie des communs se loge dans ce détail, où la rareté effective d'un bien, dans le présent, n'est pas exactement ce qui nourrit la logique tragique. C'est bien plutôt la peur d'être dépossédé ou de ne pas posséder assez dans le futur, donc l'anticipation de la rareté, qui motive les individus à aller au conflit avec les autres, ou tout simplement à s'approprier un surplus inutile de ressources tout en s'armant pour le protéger. Le conflit direct armé n'a pas besoin d'être d'actualité pour que les individus se sentent perpétuellement menacés et investissent davantage de ressources que nécessaire dans l'accumulation et la défense de ressources

¹⁰²² Nous traduisons. L'expression « *extension* de la tragédie des communs » aurait aussi pu être valide, « writ large » étant une expression courante concernant en général la grandeur de quelque chose, comme d'une idée que l'on appliquerait à un ensemble plus large. Nous avons toutefois préféré « généralisation », qui nous semble être un terme plus lâche et moins lourd de conséquences.

¹⁰²³ Nous traduisons et soulignons.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, p. 216 :

Certain thinkers have made the kinds of issues Hardin raises the central feature of their analysis, and the greatest of these was the English philosopher Thomas Hobbes (...). In his classic work, *Leviathan*, which was published in 1651, Hobbes gave the tragedy of the commons the most profound treatment it has ever received (...).

¹⁰²⁵ *Ibid.*, note 3 p. 216. Ophuls précise qu'il s'appuie les chapitres 11, 13-15, 17-21, 24 et 29-31 du *Léviathan* de Hobbes.

qu'ils n'accumulent que dans l'éventualité qu'elles disparaissent. C'est strictement la même logique qui explique les actions des éleveurs de troupeaux de Hardin :

Les éleveurs de Hardin n'attaquent pas directement les troupeaux des autres éleveurs, mais en s'efforçant de réaliser leurs fins égoïstes, ils accomplissent le même résultat *indirectement* (...). Pour Hardin comme pour Hobbes, les hommes sont poussés, par l'appât du gain, à se conduire de façon autodestructrice, quand les ressources sont limitées. La liberté dans les communs et la liberté à l'état de nature les conduisent de la même façon à leur destruction mutuelle.¹⁰²⁶

Les éleveurs ne portent pas préjudice aux autres éleveurs en les attaquant directement, eux ou leur troupeau, mais bien « *indirectement* », en surexploitant le pré commun de peur que les autres ne le fassent avant eux et/ou par manque de conscience des externalités de leurs actions. Ophuls n'emploie pas une seule fois le terme d'externalité, mais c'est bien de cette façon qu'il tend à définir le problème commun à Hardin et Hobbes, et qui lui permet de rapprocher le problème de la liberté sans bornes dans les communs de la liberté à l'état de nature.

Si le problème des externalités est mis en avant, alors cet égoïsme doit davantage être compris comme une forme d'égoïsme involontaire. L'individu pris dans la tragédie des communs a une conception de sa propre responsabilité qui n'inclut pas les externalités de son action, et qui néglige même les effets à long terme de ce comportement sur son propre bien-être. Sans être égoïstes, les individus sont pris au piège d'un problème de coordination, car même la conscience des dommages causés par nos actions ne suffit pas à faire changer notre attitude. Un mécanisme externe semble être nécessaire pour nous pousser à nous comporter différemment, afin de *garantir* que les autres se comporteront de même. Le simple risque que l'on soit le seul à « mieux » se comporter est insuffisant, et ce problème n'en est un au sens fort que si l'on prend en compte la place centrale que la question des externalités y occupe. Là encore, Hobbes et Hardin semblent partager de nombreux présupposés, même si l'expression de ces présupposés par Hardin s'appuie, pour une partie de ses écrits, sur ce même article d'Ophuls. Ophuls rappelle en effet que, pour Hobbes, les passions et la raison poussent les hommes à la paix, de façon naturelle ou acquise, et donc à souhaiter sortir de l'état de nature. Une forme de coercition mutuelle paraît avantageuse à tout individu raisonnable, mais c'est la

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 217. Nous soulignons :

The essential similarity to Hardin's analysis is clear. Hardin's herdsmen do not directly attack the flocks of their fellows, but in striving to gratify their selfish ends they accomplish the same result indirectly (...) For both Hardin and Hobbes, men are driven by desire for gain in a situation of finite resources to behave in self-destructive ways. Freedom in a commons and freedom in a state of nature are alike in bringing mutual ruin.

mise en place de cette coercition qui fait problème, et ce d'un point de vue temporel : il faudrait que tous les individus renoncent « ensemble », autrement dit en même temps, à l'ensemble de leur droit « à faire et à posséder n'importe quoi »¹⁰²⁷. C'est ici que surgit cette conception de la morale et de son rapport à la contrainte que l'on retrouve chez Hardin : l'individu peut savoir, en son for intérieur, qu'il est mieux, pour lui comme pour les autres, de chercher à faire la paix. Voir le meilleur ne permet toutefois pas d'éviter le pire et, selon Ophuls, la conclusion de Hobbes ne peut être que de dire que « les bonnes intentions et l'obéissance volontaire manquent absolument de fiabilité »¹⁰²⁸. Au lieu toutefois de se contenter d'y voir la conclusion d'un problème de coordination, Ophuls paraît ajouter une dimension subjectiviste à ce problème moral, en insistant sur le fait que les lois de la raison invoquées par Hobbes ne sont « contraignantes que pour la conscience », point sur lequel Hardin semble s'appuyer pour développer la conception de la morale que nous avons analysée plus haut¹⁰²⁹. Ce qui pourrait en effet demeurer un problème de mécanismes adéquats pour la coordination prend chez Hardin la forme d'une morale réduite au champ d'une conscience individuelle isolée, qui ne sait devenir responsable que de ce qui lui cause des dommages directs.

Remarquons que Hardin rencontre le propos de Ophuls après avoir écrit *La Tragédie des communs*. Sa conception de l'agir moral précède donc partiellement la lecture de « *Leviathan or Oblivion* », et informe probablement l'interprétation qu'il en fait. Cette radicalisation n'est cependant pas du tout illogique et découle, au moins partiellement, de la présentation que Ophuls fait de Hobbes. En effet, s'il est insuffisant que les individus considèrent tous que coopérer serait dans leur intérêt commun, alors seuls deux instruments restent à notre disposition pour penser la possibilité de la coopération face à des problèmes d'externalités : la contrainte extérieure, matérialisée par la sanction d'une part, et des institutions, comme la propriété privée, qui s'appuient sur la considération de leurs intérêts propres par les individus eux-mêmes. Les sanctions du Léviathan fournissent donc les garanties nécessaires que la loi de nature, prisonnière de toutes les rationalités individuelles, ne possède pas en elle-même. Elles seraient donc la condition à la fois nécessaire et suffisante pour assurer la coopération. Le Léviathan, par la seule capacité à sanctionner, accomplit ce que les meilleures intentions du monde ainsi que la conviction intime qu'il est irrationnel d'entrer en conflit pour des ressources ne parviennent pas à produire. Toutefois, la présentation de Hardin diffère de celle de Ophuls sur l'interprétation exacte qu'elle donne du rôle des sanctions. La position de Hardin est marquée d'ambivalence à

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 217.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 218.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, p. 218. Nous soulignons.

ce sujet. Alors qu'Ophuls semble seulement faire de la sanction une garantie qui permettrait à la coopération de passer de la puissance à l'acte, Hardin hésite entre deux positions : d'un côté, il semble aussi partager l'idée hobbesienne que tous peuvent réaliser que la coopération est une attitude rationnelle sans pour autant passer à l'acte ; d'un autre côté, comme nous avons tâché de le souligner, il paraît affirmer que la voix même de notre conscience, celle qui nous enjoint à coopérer, n'est finalement rien d'autre qu'un produit de la menace des sanctions externes.

Cette ambivalence dessine une alternative dont les branches ont des conséquences distinctes. Selon le chemin que prend Hardin, les sanctions que proposent le Léviathan en viennent à créer les conditions même de la coopération, en produisant les dispositions morales à coopérer. Inversement, si les sanctions ne fournissent qu'une *garantie*, alors cela signifie que le terrain favorable à la coopération préexiste aux sanctions du Léviathan. Dans ce cadre, le problème de la coopération tel qu'il est présenté par Ophuls est un problème davantage institutionnel. Si tel est le cas, il demeure possible d'envisager d'autres manières de régler le problème de la coopération. Ophuls semble d'ailleurs le faire lui-même lorsqu'il remarque, comme le fait aussi Mancur Olson¹⁰³⁰, que les « groupes sociaux de très petite taille et aux liens étroits » sont l'exception. En leur sein, la coopération semble possible sans l'existence du Léviathan, ce qui n'infirme pas, toujours selon Ophuls, que la « logique des communs » qui en appelle au Léviathan ne fonctionne pas à des niveaux plus complexes. Malgré ce dernier constat, cela n'empêche pas Ophuls de proposer une étrange solution au problème des communs à l'échelle internationale : celui des cités-États, dont la dimension réduite permettrait réellement une prise en compte des problèmes d'externalités au niveau local, avec un encadrement international. Un Léviathan international encadrerait ainsi la coopération des cités-États sur des sujets précis, permettant d'allier de fortes contraintes hiérarchiques au niveau mondial et « diversité » et « décentralisation » au niveau local.

Cette conclusion s'appuie sur le constat suivant : la coopération semble impossible entre des états souverains, entre lesquels la logique des communs est à l'œuvre comme entre des individus. Notons qu'on refuse alors tout efficace au droit international, dont la nature « coutumière » est souvent soulignée. Un gouvernement mondial apparaît donc nécessaire, qui mettrait fin à la souveraineté de ces états incapables de coopérer malgré les meilleures intentions du monde, car seul un tel Léviathan pourrait imposer à tous les règles nécessaires à la préservation des ressources planétaires. Simultanément toutefois, la coopération interindividuelle ne semble possible pour Ophuls qu'au niveau de la cité-État, qui reproduirait ainsi les mécanismes

¹⁰³⁰ Mancur Olson, *The Logic of Collective Action : public goods and the theory of groups*, Harvard University Press, Cambridge Massachussets, 1965.

spécifiques de la « solution tribale » prônée par Beryl Crowe, référence apparemment commune à plusieurs auteurs proches de Hardin, auteur de « La tragédie des communs revisitée »¹⁰³¹. Ce modèle n'est pas nécessairement contradictoire dans ses résultats. En effet, Hardin est lui aussi principalement préoccupé par le sort des ressources dans une société complexe à l'économie mondialisée. Force est de constater que la coopération internationale fait à ce sujet très peu pour protéger les ressources naturelles des effets négatifs que leur exploitation par des firmes multinationales peut avoir. Des règles internationales à ce sujet, avec une dimension contraignante, pourraient être une solution. Néanmoins, soulignons la contradiction potentielle qui existe entre ces conclusions et certaines des étapes du raisonnement de Hardin : pour Hardin, la coopération est finalement produite par le Léviathan, par la force des contraintes, alors qu'Ophuls semble ici dessiner une autre voie, celle où la coopération est un problème ayant des *niveaux* différents. À certains niveaux, comme celui de la tribu ou de la cité-État, la coopération semble possible sans Léviathan et plus encore, les caractéristiques spécifiques des communautés de taille réduite semblent être les plus appropriées pour résoudre certains problèmes de coopération en particulier.

8.3.3. La coopération en-deçà et au-delà du Léviathan

Qu'est-ce qui distingue ces communautés ? Ce n'est pas leur taille, mais bien leur capacité à partager des valeurs communes. C'est en tout cas le propos d'Herman Daly, qui dirige le volume dans lequel l'article d'Ophuls est publié et celui de Hardin réédité¹⁰³². Herman Daly, s'inspirant aussi de l'article de Beryl Crowe, positionne lui aussi le débat sur un plan moral en affirmant à propos de Hardin qu'il tente, au moyen d'une solution « politique », de contourner le problème des communs. Daly souligne toutefois que, pour qu'un consensus politique émerge, encore faudrait-il que les intéressés partagent des valeurs communes. Il renvoie alors aux propos de Beryl Crowe, pour insister sur le fait que l'idée de Hardin de s'accorder mutuellement sur des contraintes communes ne saurait remplacer le prérequis d'une culture morale ou du moins d'un développement moral (« *moral growth* ») communs¹⁰³³. Hardin est en quelque sorte rattrapé par son propre constant : la morale est insuffisante pour éviter la tragédie des communs.

¹⁰³¹ Beryl Crowe, « The Tragedy of the Commons Revisited », *Science*, 28 Novembre 1969, 166, p. 1103-1108.

¹⁰³² Herman E. Daly, « The Steady-State Economy : Toward a Political Economy of Biophysical Equilibrium and Moral Growth », in Herman E. Daly, *op. cit.*, p. 148-174.

¹⁰³³ *Ibid.*, p. 170 :

[Hardin] rules out moral solutions as self-eliminating on a somewhat farfetched evolutionary analogy, and advocates a political solution : mutual coercion mutually agreed upon . This is fine, but where is the mutual agreement to come from if not from shared values, from a convincing morality ? Political scientist Beryl Crowe, in revisiting the tragedy of the commons, argues that the set of no-technical-solution problems

Quel est l'argument de Beryl Crowe, qui semble ici si influent parmi ces théoriciens de la « tragédie des communs » ? Selon Crowe, la solution à la « tragédie des communs » ne peut pas être politique comme le suggère Hardin. Pour ce dernier, la solution politique s'imposait du fait de l'absence de solution technique à la surexploitation des communs et à la pollution. La réponse de Crowe est que les sciences « dures » comme les sciences sociales désignent deux ensembles de problèmes qui se recoupent et donc les solutions ne sont ni politiques, ni techniques¹⁰³⁴. Pourquoi la solution ne saurait être politique, si elle ne peut être technique ? La solution de Hardin implique que des individus puissent s'accorder mutuellement sur des contraintes communes (« *mutual coercion mutually agreed upon* »). Pour ce faire, il paraît évident à Beryl Crowe qu'il leur faut partager un socle de valeurs communes. Un tel socle de valeurs communes ne lui semble plus disponible, si tant est qu'il ne l'ait jamais été, dans les démocraties occidentales et notamment aux États-Unis, où le débat politique voit selon lui s'opposer des visions du monde inconciliables et des exigences de reconnaissance non-négociables¹⁰³⁵. Crowe décrit donc l'érosion du « mythe d'un système commun de valeurs » qui se double de l'érosion d'un deuxième mythe, celui du « du monopole de la force de coercition ». L'idée que la faculté de l'État à faire respecter ses volontés serait fondée sur sa capacité à contraindre par la force vole en éclat pour Crowe, à une période, les années 1970, où l'appareil étatique semble incapable d'empêcher des protestations minoritaires d'émerger¹⁰³⁶. Cela révèle pour lui que ce mythe n'est efficace que grâce à un socle de valeurs communes assurant l'adhésion générale à l'œuvre de coercition de l'État. Crowe esquisse une solution étrange : le retour aux relations directes et personnelles de la « petite communauté », aux « formes de comportement tribal » nouvelles qui émergent selon lui, seul cadre dans lequel les « incommensurables » peuvent devenir « commensurables » et permettre ainsi une véritable action collective concertée¹⁰³⁷. L'échelle locale apparaît ici, comme elle pourra le faire dans la littérature sur les communs, comme la solution à ces problèmes de coopération. Le vocabulaire utilisé par Crowe rappelle d'ailleurs les « communautés de village » chères à Maine et à ses contemporains, dans

coincides with the set of no-political solution problems and that Hardin's 'mutual coercion mutually agreed upon' is politically impossible. Between them they present a convincing case that 'commons problems' will not be solved technically nor politically, assuming static morality. Mutual coercion does not substitute for, but presupposes, moral growth.

¹⁰³⁴ B. Crowe, *op. cit.*, p. 1104 : « the subset of technically insoluble problems is also politically insoluble ».

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 1105.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, p. 1105-1106. Nous traduisons.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, p. 1106.

lesquelles le caractère personnel des relations, structuré par une appartenance commune à la « tribu », permet de mettre en place des règles pour la gestion commune des ressources.

C'est à partir de ce constat que Daly conclut qu'à « morale statique », la tragédie des communs ne saurait trouver de solution. Les individus doivent connaître une « croissance morale » pour ensuite être en mesure de s'imposer mutuellement de nouvelles contraintes de comportement pour régler le problème des externalités de leurs actions. Nous tâcherons de déterminer ce que cela peut signifier. À l'occasion d'un débat autour de la « tragédie des communs », ces différents auteurs soulignent tous, à leur manière, les limites du recours au Léviathan comme solution. Daly rappelle ici implicitement que la coopération est un problème à plusieurs niveaux. En effet, donner au Léviathan la possibilité de faire respecter des règles au moyen de sanctions implique que des règles communes puissent être déterminées. Il n'est ainsi pas nécessaire de partager l'idée de Crowe dans sa forme la plus exigeante, celle d'un socle défini de valeurs communes claires, pour réaliser que l'œuvre de coercition du Léviathan ne saurait être accomplie sans que soient aussi établies des règles minimales concernant la coopération. Si le Léviathan offre une garantie, c'est bien celle de veiller à ce que des opportunistes ne profitent pas de ceux qui, eux, respectent les règles. La mise au point des règles est bien un problème de coopération distinct de celui de la mise en place d'un système de sanction, et c'est en insistant sur ces différents niveaux de problème que le propos de Ostrom propose une réponse différente de celle de Hardin et de ses confrères, une réponse qui insiste sur la capacité des mécanismes coutumiers à permettre la coopération.

De façon surprenante donc, cet ensemble de réflexions produites par ceux qui développent ou inspirent le travail de Hardin vient relativiser l'importance du Léviathan. Selon eux, la coopération existe *en-deçà* voire *au-delà* du Léviathan. En effet, elle semble possible, à des niveaux inférieurs de complexité et peut même être recommandée comme une solution au problème de la tragédie des communs. Ce renversement provient de l'impossibilité de faire du Léviathan ce qui permet la coopération entre les individus, si l'on ne postule déjà pas l'existence d'un terrain favorable à la coopération sans lui. Cette apparente aporie peut toutefois se résoudre. Faut-il supposer une simple tendance naturelle à la coopération et des hommes moins « égoïstes » ? Nous tâcherons de montrer que cela n'est pas nécessaire si l'on suppose, avec Ostrom et la littérature sur les communs, que la coopération est le fruit d'un apprentissage gradué, au sein duquel des problèmes de niveaux différents peuvent être réglés de façon progressive et cumulative. Le simple constat, déjà esquissé par les commentateurs de Hardin étudiés ci-dessus, de l'existence de contextes et d'échelles où la coopération est possible sans le

Léviathan, impose de sortir ces cas du régime de l'exception pour les étudier en eux-mêmes, comme le fait l'étude des « communs ».

Selon Ostrom, et comme nous l'expliquerons ultérieurement, c'est l'impression qu'il y aurait, entre l'état de nature et l'état de coopération, un saut *immédiat* d'un vide déontique à un état coopératif déjà avancé, qui semble rendre impossible de résoudre les problèmes de coopération. L'immédiateté est en effet décisive : dans une logique hobbesienne, il est nécessaire que tous abandonnent leurs droits naturels simultanément et se soumettent au Léviathan comme garantie de cet engagement ; dans la logique qui est celle d'Ostrom, régler ces problèmes de coopération est un apprentissage progressif et incrémental. L'immédiate et la simultanéité du consentement de toutes les parties demeure pour elle un obstacle à impossible à franchir et ce que le Léviathan soit une possibilité ou pas. En effet, la conclusion des réflexions de Ostrom contre Hardin, Ophuls et simultanément avec et contre Hobbes, sera de dire que les groupes d'individus doivent pouvoir apprendre à coopérer sans le Léviathan. Cela n'est pas une nécessité contextuelle, où il faudrait apprendre à fonctionner malgré l'absence de la solution la plus adaptée, c'est-à-dire le Léviathan, mais une nécessité même pour que le Léviathan soit une possibilité. En effet, pour que les individus acceptent de coopérer sous l'égide du Léviathan, ils doivent déjà avoir appris à coopérer dans une certaine mesure. En d'autres termes, le Léviathan représente une solution complexe, de haut niveau, qui n'est envisageable que si des problèmes de coopération de niveau inférieur ont été résolus. Nous tâcherons de voir comment la logique même des problèmes de coopération, compris comme problèmes d'externalités, conduit Ostrom à cette conclusion, et qu'elle suppose l'existence des mécanismes spécifiques du droit coutumier.

Neuvième chapitre

Elinor Ostrom contre le Léviathan

9.1. Le dilemme du prisonnier, modèle trop prégnant ?

9.1.1. Les communs contre le Léviathan

La figure du Léviathan, aux allures invocatoires, est omniprésente dans la littérature sur les communs, qu'elle soit critique, comme c'est le cas pour Hardin, ou qu'il s'agisse au contraire de définir leur spécificité, avec Elinor Ostrom. Le Léviathan apparaît en effet comme une solution évidente à la tragédie des communs : une autorité externe, armée de sanctions, serait en effet nécessaire pour éviter ladite tragédie, car sans elle, la coopération serait impossible entre des individus rationnels guidés par leur seul intérêt propre. Il n'y aurait ainsi que cette alternative : l'état de nature, étrangement assimilé à la tragédie des communs, ou le Léviathan. Ainsi, pour Ostrom, « la parabole de l'état de nature de Hobbes est le *prototype de la tragédie des communs* : des hommes à la poursuite de leur propre intérêt et finissant par s'affronter »¹⁰³⁸. Un parallèle est donc proposé entre les éléments conduisant à la tragédie des communs, et ceux expliquant « l'état de nature » : en l'absence d'une autorité reconnue par tous et dotée d'un pouvoir contraignant, il serait irrationnel pour des individus de se contraindre d'eux-mêmes à respecter des règles. N'importe quel individu, simplement rationnel et non pas nécessairement mal intentionné, arriverait à la conclusion, en l'absence du Léviathan, qu'il lui faut se défier de l'autre, et peut-être l'affronter directement, s'il veut assurer sa propre subsistance.

L'importance de la figure du Léviathan dans cette discussion, qu'elle soit fidèle ou non à la pensée de Hobbes lui-même, s'explique alors par la nécessité de trouver une solution à la question de la coopération. Le Léviathan permet en effet de résoudre deux dilemmes sociaux (« *social dilemma* ») successifs. Un « dilemme social » désigne une situation où chacun peut profiter de façon purement égoïste d'un bien, à condition que tous ne fassent pas de même. Néanmoins, comme il est rationnel pour chacun d'agir ainsi, la situation peut facilement dégénérer en catastrophe collective. La « tragédie des communs » est pensée, d'abord par William Forster Lloyd puis par Hardin, comme un tel dilemme social¹⁰³⁹ : il est dans l'intérêt strictement

¹⁰³⁸ E. Ostrom, *Governing the Commons, op. cit.*, p. 2. Nous soulignons : « Hobbes's parable of man in a state of nature is a *prototype of the tragedy of the commons* : Men seek their own good and end up fighting one another ».

¹⁰³⁹ William Forster Lloyd, *Two lectures on the checks to population : delivered before the University of Oxford, in Michaelmas term 1832*, J. H. Parker, Oxford, 1832 :

If a person puts more cattle into his own field, the amount of the subsistence which they consume is all deducted from that which was at the command, of his original stock ; and if, before, there was no more than a sufficiency of pasture, he reaps no benefit from the additional cattle, what is gained in one way being lost in another. But if he puts more cattle on a common, the food which they consume forms a deduction which is shared between all the cattle, as well that of others as his own, in proportion to their number, and only a small part of it is taken from his own cattle.

personnel de chaque individu de puiser dans une ressource ouverte à tous, tout d'abord parce que les conséquences négatives de cette exploitation sont principalement supportées par les autres, mais aussi parce qu'il est indéniable que les autres arriveront à la même conclusion. Il s'agit du genre de situation qui semble conduire inéluctablement à une « *pumping race* »¹⁰⁴⁰. Comme le souligne Hardin, bien que chacun puisse se dire qu'il serait *moral* de limiter sa propre consommation, cet appel à la prise de conscience est voué à l'échec. Des règles doivent être établies pour contraindre les agents individuels, mais surtout, il faut qu'elles puissent être respectées. On trouve là les deux niveaux du « dilemme social », au fondement des problèmes d'action collective¹⁰⁴¹ : tout d'abord, mettre au point et accepter de telles règles a un coût pour chaque individu. Qui plus est, et c'est le second niveau du dilemme, l'œuvre de coercition nécessaire à la mise en application de ces règles est aussi coûteuse. Si, comme c'est le cas de la pensée de Hardin, l'alternative se résume à un appel à la morale ou au Léviathan, ce dernier apparaît comme une solution parfaite pour ce double problème : chacun accepte le coût qu'il s'impose en respectant les règles, puisqu'il renonce aux bénéfices qu'il pourrait autrement retirer de sa défection, à condition que d'autres s'engagent à le faire, le tout sous l'autorité contraignante du Léviathan, prêt à sanctionner tout opportuniste. Les coûts de la coercition sont assumés par un Léviathan qui trouve lui-même un intérêt à assurer la stabilité des rapports individuels, et le problème de la coopération s'en trouve ainsi réglé.

Cette utilisation de la figure du Léviathan peut conduire à une réinterprétation de Hobbes où le problème central est celui des « biens publics » (les *public goods*) et des externalités positives. En effet, le droit, la justice, la police, mais aussi toutes les infrastructures qui assurent aux états à la fois sécurité et prospérité, tout ce qui manque à l'état de nature, peut être considéré comme des biens publics. Or, un bien public est par définition coûteux à produire, et il est aussi coûteux d'exclure de son utilisation ceux qui ne participeraient pas à son financement, et donc de faire respecter des règles le concernant. En d'autres termes, un bien public produit des *externalités positives* : celui qui le produit peut en avoir un besoin suffisant pour en supporter le coût et accepter que d'autres en profitent sans y contribuer. Néanmoins, il est évident qu'à partir d'une certaine masse critique, un tel comportement de « passager clandestin », ou *free rider* peut mettre en péril le bien public en question, lorsque son financement et son entretien n'est pas assuré (pensons, par exemple, à des routes). Le Léviathan peut, lui, procurer

Voir David A. Schroeder, « An introduction to, social dilemmas » in D. A. Schroeder (dir.), *Social dilemmas : perspectives on individuals and groups*, Praeger, Westport, 1995.

¹⁰⁴⁰ E. Ostrom, *Governing the commons*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁴¹ M. Olson, *The Logic of Collective Action*, *op. cit.*

à tous ces biens publics, et s'assurer qu'ils soient financés, par exemple par l'impôt, et respectés, au moyen de sanctions. Se doter d'un Léviathan semble donc être une solution qui s'impose, si l'on considère en effet que seule une autorité externe à laquelle un ensemble d'individus confie le droit de sanctionner.

Ostrom se confronte à un tel paradigme, qui est loin d'être le seul fait de Hardin, dans sa défense de la viabilité des communs. Il ne s'agit pas, pour Ostrom, de proposer une anthropologie de substitution. Sa conception de la rationalité, prenant en compte l'existence de normes et d'institutions pour les faire respecter, est plus complexe que celle qui est à l'œuvre dans les formulations les plus traditionnelles du dilemme du prisonnier, pour ne citer que lui. Ce n'est toutefois pas un fait déterminant pour que les communs soient possibles, car cette conception de la rationalité, si elle est plus détaillée, s'appuie sur des fondements communs à ceux de ses « adversaires » : l'individualisme méthodologique d'une part, et l'idée que les individus ont en vue leur propre intérêt d'autre part, ce qui n'implique pas qu'ils soient égoïstes et encore moins incapables de se plier à des normes sociales qui auraient pour but de limiter la maximisation de leur intérêt individuel immédiat. La clef de voûte de l'architecture des communs se trouve dans la possibilité pour les membres d'un collectif d'exercer une forme de *coercition mutuelle* (« mutual coercion »), en l'absence d'une autorité extérieure armée de sanctions. Cette absence peut avoir deux raisons principales : tout d'abord, les communs dans leur forme millénaire ont dû être possibles en l'absence du Léviathan, c'est le propos de Maine, propos qui n'a eu de cesse d'être confirmé, ensuite, que cette absence peut être relative. En effet, Ostrom n'envisage pas les communs contemporains en dehors de leur inscription dans un état moderne. Son travail souligne cependant la nécessité d'accorder autant d'autonomie que possible aux communautés dans la gestion de leurs ressources. Cette recommandation n'est pas une pétition de principe, mais est au contraire dictée à la fois par la plus grande efficacité que permet d'atteindre une gestion locale des ressources dans de nombreux contextes, du fait des limites intrinsèques à un pouvoir centralisateur, et plus généralement au droit, comme nous le verrons ultérieurement.

En d'autres termes, Ostrom, et plus généralement la littérature qui défend la possibilité d'une gestion collective des ressources à l'échelle locale, cherche à ajouter un troisième terme à l'alternative, trop radicale, entre morale individuelle et droit étatique. Ce troisième terme n'est autre que le droit coutumier ou, plus précisément, les mécanismes de régulation sociale propres aux ordres coutumiers. Or, la mise en place de ces mécanismes a lieu au sein d'un collectif dont l'objectif commun est la production et l'exploitation efficace et durable des ressources d'un espace donné. Les droits individuels aux ressources qui sont attribués dans ce cadre aux différents membres du collectif sont conditionnés à de nombreuses limitations et obligations qui ont

pour but de faire respecter l'impératif de gestion collective des ressources. C'est pourquoi les mécanismes de régulation coutumiers apparaissent comme liés à un régime de répartition des ressources où la propriété est un « faisceau » de droits, variable en fonction des conditions matérielles. Cette liaison n'est pas fortuite, et elle n'est pas le résultat du seul fait que le recours à une autorité extérieure est impossible. Elle n'est donc pas un pis-aller, ou un expédient contingent. Au contraire, et nous tâcherons de montrer que c'est une idée qui sous-tend la pensée d'Ostrom sans être clairement explicitée, une gestion collective efficace des ressources par un ensemble d'individus sur un territoire donné requiert autant qu'elle permet la mise en place de mécanismes de régulation coutumier. Nous tâcherons ainsi de confirmer, au moyen d'études de cas contemporaines sur les communs, l'affirmation de Maine selon laquelle le droit coutumier a prioritairement pour fonction de permettre la gestion collective des ressources par une communauté, résolvant la tension entre tendance individuelle à l'appropriation et impératifs collectifs.

9.1.2. Le problème des communs et ses différents modèles

Avant de comprendre le rôle que les mécanismes du droit coutumier jouent dans l'argument d'Ostrom en faveur des communs, il est nécessaire de comprendre comment le modèle qu'elle propose se construit contre d'autres modèles. Elle en désigne trois : le modèle, déjà longuement évoqué, de la tragédie des communs tout d'abord, le modèle du dilemme du prisonnier, dans un deuxième temps, et les problèmes mis en lumière par la théorie de l'action collective dans un troisième temps. Les deux premiers modèles ne font, en définitive, qu'un. S'il est possible de séparer la thématique de la tragédie des communs de sa modélisation comme dilemme du prisonnier, Ostrom s'attaque avant tout à ceux qui, exactement comme Hardin le fait, adossent l'idée de tragédie des communs à une telle modélisation. Les références d'Ostrom en ce sens sont nombreuses et conduisent toutes à une même conclusion : la tragédie des communs est inévitable si la propriété n'est pas individualisée¹⁰⁴².

La critique de Ostrom envers ces modèles est plurielle. On remarquera toutefois un fait central, qui ne saurait se résumer au fait que Hardin n'ait pas su faire la différence entre des biens laissés en libre-accès ou *open access* et les communs, gérés par une communauté, qu'on

¹⁰⁴² Ostrom fait référence à W. F. Lloyd, *op. cit.*, mais aussi à H. Scott Gordon, « The Economic Theory of a Common-Property Resource : The Fishery », *Journal of Political Economy*, 62, p. 124-142 ; John H. Dales, *Pollution, Property and Prices : An Essay in Policy-making and Economics*, University of Toronto Press, Toronto, 1968 ; Partha S. Dasgupta et Geoffrey M. Heal, *Economic Theory and Exhaustible Resources*, Cambridge University Press, 1979 ; Colin W. Clark, *Mathematical Bioeconomics*, Wiley, New York, 1977 ; Colin W. Clark, « Restricted Access to Common-Property Fishery Resources : A Game-Theoretic Analysis », in Pan-Tai Liu (dir.), *Dynamic Optimization and Mathematical Economics*, Plenum Press, New York, p. 117-132.

appelle aussi « biens de club ». La théorie de la tragédie des communs comme dilemme du prisonnier implique un certain nombre de présupposés, qui font écho à la pensée politique de Hardin, que nous avons déjà analysée. La communication est impossible entre les individus et, même si elle devient une option disponible, la possibilité que ces individus puissent s'engager l'un envers l'autre de façon contraignante est écartée. Aussi, dans un jeu à un seul tour qui ne se répèterait pas, aucun des agents n'a de raisons de ménager sa réputation auprès des autres agents dans le cas d'interactions futures. Ces paramètres une fois pris en considération, la conclusion semble en être que des individus rationnels, ayant en vue la maximisation de leur intérêt, seront incapables d'atteindre le résultat le plus favorable pour tous, celui de la coopération. Le résultat auquel parviennent des individus pourtant rationnels semble, d'un point de vue collectif, irrationnel.

En somme, la leçon du dilemme du prisonnier est que voir le meilleur ne permet pas d'éviter le pire. Bien que coopérer soit le meilleur résultat possible, une telle coopération est rendue impossible par la défiance que la situation du dilemme entraîne : chacun perçoit que coopérer produirait un meilleur résultat, néanmoins, chacun perçoit aussi que, s'il décide unilatéralement de coopérer, il est dans l'avantage de l'autre de ne pas le faire. Chacun se dit donc qu'il n'a pas intérêt à coopérer car l'autre aurait, dans ce cas, intérêt à le trahir. La simple réalisation que la coopération est une meilleure solution est insuffisante, comme le montre le modèle proposé par Hardin, qui formalise l'exemple, central dans la « tragédie des communs », des gardiens de troupeau. La matrice des gains ci-dessous reproduit les résultats de cette situation où deux éleveurs ont une incitation à ne pas coopérer, c'est-à-dire à ne pas modérer la quantité de ressources qu'ils prélèvent sur une prairie à laquelle un autre gardien de troupeau a accès¹⁰⁴³ :

		Joueur 2	
		Coopérer	Défection
Joueur 1	Coopérer	10, 10	-1, 11
	Défection	11, -1	0, 0

Si ce jeu demeure non-coopératif, c'est-à-dire si la communication entre les individus est exclue, deux équilibres potentiels se dégagent : coopérer / coopérer (C/C) d'une part, et faire défection/faire défection (D/D) d'autre part. Sans un sens indéfectible de la moralité de deux côtés ou des assurances contre toute forme de défection de la part de l'autre agent, le choix de ne pas coopérer s'impose à chacun. Deux éléments de solution s'imposent pour éviter le résultat D/D

¹⁰⁴³ Le tableau ci-dessous correspond à ce que l'on peut trouver dans E. Ostrom, *Governing the Commons, op. cit.*, p. 4, figure 1.1.

et répondent tous deux à des aspects différents du problème. L'individualisation de la propriété permet d'une part d'éviter une première tendance à faire « défection », c'est-à-dire à profiter des efforts communs sans y contribuer autant que nécessaire. C'est le premier problème d'externalités positives relevé par Aristote. Une exploitation efficace des ressources impose donc d'individualiser la ressource. Cette individualisation répond au problème moral remarqué plus haut : si les individus ne sont pas inconditionnellement *moraux*, ils se responsabilisent cependant lorsque les dommages causés à une ressource sont des dommages qu'ils s'imposent à eux-mêmes. Rien ne semble conceptuellement empêcher que des individus s'accordent entre eux pour se répartir individuellement des parcelles et respecter mutuellement de tels droits qui ressembleraient, pourtant sans autorité externe, à ceux qu'un Léviathan pourrait garantir. La réalisation des coûts du conflit *et* des coûts nécessaires à l'entretien d'une autorité extérieure pourrait conduire directement des individus à trouver un équilibre. Fonctionner de cette façon est d'autant plus nécessaire dans les cas où une telle autorité externe n'existe pas, ou bien si elle n'a pas les ressources pour arbitrer tous les conflits et faire respecter les règles. C'est d'ailleurs sur cette conclusion que reposent les théorisations économiques contemporaines de l'anarchie¹⁰⁴⁴.

Coopérer relèverait soit d'une foi aveugle dans la bonne volonté de l'autre, soit dans une forme de moralité inconditionnelle, qui ordonnerait de coopérer quoi qu'il arrive, solutions que Hardin rejette explicitement dans *La Tragédie des communs*. Ce point est partagé par le modèle du dilemme du prisonnier et celui de la tragédie des communs : on trouve dans ces deux modèles le fait que les solutions possibles soient réduites à l'appel à la morale, interne à la conscience de chacun, ou au Léviathan comme contrainte externe aux individus. La discussion et les accords interindividuels semblent exclus : non seulement on ne conçoit pas la possibilité que des obligations émergent directement des relations, mais il semble impossible que ces obligations soient autre chose que des engagements « moraux », ce qui signifie dans le langage de Hardin qu'il n'engage que les individus face à leur conscience, et n'ont rien de contraignant.

Il existe cependant une différence importante entre la pensée politique de Hardin et la façon dont un modèle de théorie des jeux est conçu : ce dernier peut être modifié, et ses résultats avec lui, là où la pensée de Hardin et de ceux qui y ont fait écho semble considérer que les conclusions de la « tragédie des communs » sont indépassables. C'est la nature de l'homme même, et une certaine conception de la distinction entre droit et morale, aussi immuable, qui est mobilisée. Au contraire, l'intervention de la discussion et de la mise au point d'accords entre

¹⁰⁴⁴ Voir Jack Hirshleifer, « Anarchy and its Breakdown », *Journal of Political Economy*, vol. 103, 1, p. 26-52.

individus, ainsi que la possibilité que ces derniers aient des interactions répétées sur un temps indéfini, changent radicalement les résultats du « jeu ». À un autre modèle, ou à une simple variante, peuvent donc correspondre des résultats extrêmement différents. C'est en quelque sorte l'objet de la critique qu'Ostrom adresse à l'encontre de ceux qui les utilisent. Sa propre critique se concentre sur l'utilisation illustrative des modèles, qui ne sont pas utilisés comme des outils théoriques pour expliquer le réel, mais plutôt comme des métaphores qui viennent imposer immédiatement une certaine interprétation sur des situations. L'étiquette « tragédie des communs » est alors performative : elle structure la représentation que l'on peut avoir d'une situation et reproduit l'idée que, en l'absence d'une intervention extérieure, les individus sont incapables de coopérer efficacement, à l'échelle locale, pour gérer leurs ressources¹⁰⁴⁵.

Selon Ostrom, faire des parallèles entre le modèle de la tragédie des communs, ainsi que ceux de la théorie de l'action collective, et de telles situations, revient à sélectionner certaines variables dans le modèle et à les faire correspondre à certains aspects de la réalité. Il y a donc une forme de sélection biaisée à l'œuvre dans l'usage de la « tragédie des communs » comme modèle. Il nous semble possible d'ajouter que le modèle de la tragédie des communs vient confirmer un biais produit par les catégories de pensée morale, politique et juridique, que Hardin et nombre de ses contemporains semblent partager et que nous avons tenté d'éclaircir précédemment. La formalisation semble appuyer ces intuitions politiques, morales et juridiques premières, plutôt que de les avoir causées. Le modèle de la tragédie des communs permet ainsi de justifier davantage un appel au Léviathan qui apparaît déjà comme une évidence dans une pensée qui repose sur une dichotomie entre morale et droit, et pour laquelle il semble qu'il n'y a pas d'autre possibilité au-delà de l'alternative entre la morale de l'individu seul face à ses actes et la contrainte que les sanctions qu'une autorité externe peut imposer. Cet ensemble de biais interprétatifs nous paraissent essentiels pour expliquer une forme d'aveuglement à d'autres formes de régulation sociale.

9.1.3. Les limites de la sanction comme instrument de régulation sociale

Une première piste de dépassement de la tragédie se trouve en effet dans une modélisation qui réintroduit les éléments mentionnés ci-dessus : discussion, répétition des interactions etc. Toutefois, comme la littérature sur l'action collective a pu le souligner, ces paramètres sont insuffisants pour penser la possibilité des communs. Les dilemmes sociaux que nous avons déjà évoqués restent intacts dans un cadre où les individus pourraient interagir et s'engager les uns

¹⁰⁴⁵ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 7-8 : « The Metaphorical Use of Models ».

envers les autres, et ce à plusieurs niveaux. Il demeure nécessaire de proposer un cadre où la *coercition mutuelle*, propre aux mécanismes du droit coutumier, permette de rendre l'appel à un Léviathan superflu. Toutefois, avant d'en arriver à de telles réflexions, notons les difficultés qu'Ostrom relève à propos des modèles qu'elle entend dépasser.

Le modèle des communs a pour objectif une gestion collective des ressources efficace et durable à l'échelle locale. Or, si la « tragédie des communs » ne peut être résolue qu'au moyen du Léviathan, cela implique qu'une autorité centrale et externe, possiblement distante, devra prendre en charge cette tâche, ce qui suppose deux choses : pour éviter la surexploitation, il faut tout d'abord que cette autorité sache quel est le taux d'exploitation durable (« *sustainable yield* ») de la zone de ressources ; ensuite, il lui faut aussi être capable de sanctionner efficacement, c'est-à-dire à la fois sans se tromper et avec mesure. Si le fait d'être en mesure de sanctionner est aussi important pour contraindre les individus à coopérer, il faut en effet que cela soit fait avec précision. Intégrant la possibilité, pour une autorité externe, de sanctionner les individus ayant choisi de ne pas coopérer en leur imposant une pénalité de - 2, le nouveau « jeu », en présence du Léviathan, produit la matrice suivante¹⁰⁴⁶ :

		Joueur 2	
		Coopérer	Défection
Joueur 1	Coopérer	10, 10	-1, 9
	Défection	9, -1	-2, -2

Or, la modélisation conduit Ostrom à remarquer un fait qui passe pourtant inaperçu dans les défenses du Léviathan comme solution à la tragédie des communs : afin que la sanction soit efficace, il faut que l'autorité en question l'applique toujours sans se tromper. La matrice ci-dessus prend comme acquis que l'ensemble des acteurs, y compris le Léviathan, possède des *informations complètes et correctes*, à deux niveaux : celui du taux d'exploitation durable pour la ressource et celui concernant les infractions à la règle. Ostrom envisage, au contraire, que le Léviathan n'ait accès à des informations correctes sur les infractions à la règle, ce qui vient perturber l'application des sanctions. Il existe, dans ce cas, une probabilité que le Léviathan punisse bien les non-coopérateurs (y) et une probabilité inverse ($1-y$) ; on trouve aussi une probabilité que le Léviathan punisse les coopérateurs par erreur (x) et la probabilité inverse, notée $1-x$. Une autorité qui ne ferait jamais d'erreur connaîtrait $x = 0$ et $y = 1$. Il s'agit cependant d'un cas particulier dont on peut estimer, de la même manière que Hardin envisageait qu'un seul individu puisse se comporter de façon égoïste, qu'il n'est pas réaliste. Une autorité extérieure, centrale, se tromperait probablement au moins de façon marginale sur les sanctions, étant trop

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 10, figure 1.2.

éloignée pour sanctionner systématiquement et toujours de façon juste. Il suffirait que les non-coopérateurs échappent ponctuellement à la sanction, sans nécessairement que des coopérateurs soient punis à leur place, pour que y soit inférieur à 1. Dans un tel contexte, en cas d'information incomplète, la matrice ci-dessus ressemble davantage à ceci¹⁰⁴⁷ :

		Joueur 2	
		Coopérer	Défection
Joueur 1	Coopérer	10-2x, 10-2x	-1-2x, 11-2y
	Défection	11-2y, -1-2x	-2y, -2y

Imaginons, avec Ostrom, que le Léviathan impose correctement ses sanctions aux éleveurs de troupeaux non-coopératifs avec une probabilité de 0.7, soit $x = 0,3$, $y = 0,7$. Dans ce cas, malgré une probabilité de se tromper significativement plus faible que celle de sanctionner correctement, un nouveau dilemme du prisonnier surgit¹⁰⁴⁸ :

		Joueur 2	
		Coopérer	Défection
Joueur 1	Coopérer	9.4, 9.4	-1.6, 9.6
	Défection	9.6, -1.6	-1.4, -1.4

Dans ces circonstances, les individus ont de nouveau « intérêt » à faire défection. Néanmoins, comme faire défection devient la stratégie dominante de chacun des acteurs, le résultat est négatif pour tout le monde. Le dilemme du prisonnier peut ainsi resurgir et ce malgré les sanctions du Léviathan, pourtant considérée comme essentielles à la coopération.

Faisons alors une remarque qu'Ostrom ne fait pas, en retenant certaines les leçons de Maine : le modèle du Léviathan correspond à celui des sociétés modernes et de leur droit. Il s'agit d'un modèle apparu tardivement où, si l'instrument principal de régulation sociale passe par le droit et ses sanctions potentielles, une disposition générale à obéir à des normes sociales est déjà répandue, disposition sans laquelle le modèle même du Léviathan paraît irréalisable. En effet, la menace d'une autorité qui serait en mesure de repérer et de sanctionner toujours avec précision n'est en aucun cas réaliste, et exigerait des coûts insurmontables de surveillance et d'application des sanctions. La sanction, si elle s'applique à ceux qui décident malgré tout de ne pas respecter les règles, ne peut être un attribut efficace du droit que si l'immense majorité des individus sont disposés à coopérer alors qu'il est improbable que l'autorité responsable des sanctions puissent tous les repérer s'ils choisissaient de ne pas le faire¹⁰⁴⁹. De même, certains individus pourraient considérer que les gains de la non-coopération sont suffisants pour risquer

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 11, figure 1.3.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 12, figure 1.4.

¹⁰⁴⁹ Voir Margaret Levi, *Of Rule and Revenue*, University of California Press, Berkeley, 1988, chap. 3.

la sanction, comme c'est le cas pour la matrice ci-dessus, où la probabilité de sanction n'est pas suffisamment haute pour contrebalancer l'incitation à faire défection. Dans un tel cadre, la sanction, qui a un rôle davantage « expressif » de rappel des règles et des normes communes¹⁰⁵⁰, apparaît comme complémentaire d'une disposition individuelle, suffisamment répandue, à coopérer, même quand il serait individuellement avantageux de ne pas le faire. Nous tenterons de défendre ultérieurement l'hypothèse selon laquelle les *communs* sont précisément le lieu où une telle disposition à la coopération peut être cultivée, face au besoin de résoudre progressivement de tels dilemmes sociaux. Quoiqu'il en soit, une telle réflexion remet en cause la représentation de la sanction comme attribut nécessaire d'une autorité imposant la coopération aux individus par le changement qu'elle provoque dans leur calcul des coûts et des bénéfices de leurs actions. Ce modèle, extrêmement simpliste, est insuffisant pour expliquer la coopération, et cela se révèle particulièrement clair dans le cas des communs, où une autorité centrale dotée du pouvoir de sanctionner est soit inexistante, soit trop distante pour sanctionner avec efficacité.

9.2. Des modèles contre les communs

9.2.1. « *Leviathan as the only way* » : le problème du centralisme étatique

Avant de nous pencher davantage sur la question de la coopération, remarquons qu'un élément essentiel de la pensée d'Ostrom apparaît ici : sa remise en cause de la capacité de l'État à organiser la gestion des ressources à l'échelle locale, qui s'accompagne, dans les contextes post-coloniaux de pluralisme juridique, d'une défiance envers la capacité de l'État de mener cette même tâche quand les systèmes coutumiers possèdent une forte autorité normative. Les réflexions de Ostrom et des « ostromiens » ont néanmoins pour intérêt de montrer les similitudes entre les situations « occidentales » et post-coloniales à ce sujet.

C'est donc le centralisme étatique et une certaine forme d'impérialisme juridique qu'Ostrom critique. Elle considère plus particulièrement l'État comme aussi peu efficace que le marché pour mettre en place la gestion de ressources (*common pool resources*) qui ont pour caractéristique d'être des biens rivaux auxquels il est difficile voire impossible de réglementer l'accès. Ainsi, n'oublions pas que pour Ostrom, et ce dès la première page de *Governing the commons*, les communs sont des « communautés d'individus », qui « ont eu recours à des institutions ne ressemblant ni à l'État ni au marché pour assurer la gouvernance de systèmes de

¹⁰⁵⁰ Cass R. Sunstein, « On the expressive function of law », *University of Pennsylvania law review*, 144 (5), p. 2021-2053.

ressources avec un degré raisonnable de succès sur de longues périodes »¹⁰⁵¹. Les communs confirment donc la capacité des individus à s'organiser en communauté pour gérer des ressources collectivement, contre une pure logique de marché (appelé « *Privatization as the only way* »¹⁰⁵²) qui rendrait difficile la coopération d'une part, et contre l'idée que le Léviathan de l'État central est non seulement nécessaire (« *Leviathan as the 'only' way* »¹⁰⁵³), mais efficace pour remplir cette mission.

Rappelons que, pour Ostrom, tout modèle qui prône la pertinence du rôle de l'État dans ce contexte repose sur des présupposés particulièrement optimistes : l'autorité centrale doit non seulement avoir à sa disposition des informations complètes concernant le nombre de ressources, leurs caractéristiques et leur taux d'exploitation soutenable, mais être capable d'identifier sans faute les individus fraudeurs et de les punir efficacement. Or, Ostrom considère que si l'on intègre, au moyen de probabilités, des possibilités d'erreurs dans ces différents paramètres, notamment pour l'identification et la punition des fraudeurs, alors l'État ou l'« autorité centrale » (« *central authority* »), échoue à mettre en place les conditions adéquates à la gestion locale des ressources. La modélisation de cette nouvelle situation rend en effet potentiellement préférable, pour les individus, de ne pas respecter les règles¹⁰⁵⁴. Au-delà de la question des sanctions, l'autorité centrale possède rarement des informations complètes et de première main sur les ressources concernées. Par conséquent, elle saura difficilement s'adapter aux changements concernant les ressources, qu'ils soient le résultat d'événements ponctuels ou bien marquent une rupture sur le long-terme. En effet, la récolte de telles informations et leur utilisation pertinente par une administration lointaine paraît naturellement être plus difficile que pour les acteurs locaux qui peuvent réagir immédiatement et de façon adéquate aux évolutions constatées. La lenteur de la transmission des informations apparaît toutefois quelque peu contingente. Un autre problème se pose, plus essentiel car lié à la nature même de cette autorité centrale et à ses instruments : la gestion de ressources demande une adaptation fine des règles aux impératifs locaux, flexibilité qui n'est pas aisément atteignable pour une administration dont l'instrument normatif principal est un droit *formel*, qui fournit des outils comme les règles de la propriété privée, par principe peu adaptables aux contextes locaux¹⁰⁵⁵. Prenons l'exemple des

¹⁰⁵¹ Ostrom, *Governing the commons*, *op. cit.*, p. 1 : « (...) communities of individuals (...) have relied on institutions resembling neither the state nor the market to govern some resource systems with reasonable degrees of success over long period of times ».

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 12.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 10-11.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 51 :

communautés dont le maintien dépend d'un approvisionnement constant en eau grâce à des structures d'irrigation : en cas de sécheresse, de nouvelles règles auront besoin d'être activées, contraignant les individus dont les cultures sont situées en amont du flux d'irrigation à ne pas utiliser toute l'eau dont leurs terres ont besoin. Or, il faut que ces règles puissent être immédiatement mises en place et appliquées. De fait, cela n'est pas possible si l'État remplissait ce rôle.

Il est par conséquent essentiel que les membres d'une communauté possèdent une certaine autonomie normative concernant la gestion de leurs ressources, et qu'ils puissent s'imposer entre eux le respect des règles. C'est pourquoi la structure spécifique des systèmes coutumiers, à laquelle Ostrom a recours sans toujours le faire explicitement, apparaît comme une solution à ce problème, pour les raisons développées dans le chapitre précédent. Les mécanismes coutumiers n'ont donc pas pour seul intérêt de permettre la régulation sociale et la coopération quand un Léviathan n'est pas disponible, ils possèdent aussi une flexibilité qui les rend potentiellement attractifs pour gérer des situations pour lesquelles le strict formalisme juridique n'est pas adapté.

Bien sûr, ces conclusions n'impliquent pas que les communautés en question fonctionnent en autarcie complète. Ostrom s'intéresse en effet à des communautés qui sont intégrées dans des ensembles plus vastes qu'elles-mêmes, jusqu'à l'échelle de l'État. Dans ce cas, l'État doit pouvoir organiser la décentralisation de ses pouvoirs, d'où principe 7, essentiel, de la liste des critères de réussite par les communs : « les droits des individus s'appropriant les ressources [*appropriators*] de concevoir leurs propres institutions ne sont pas remis en cause par des autorités gouvernementales externes »¹⁰⁵⁶. Une large autonomie à la fois pour la création et l'application des règles est alors requise. L'administration centrale ne saurait en effet représenter une alternative crédible aux règles mises en place au sein de la communauté, car les deux

Working rules may or may not closely resemble the formal laws that are expressed in legislation, administrative regulations, and court decisions. Formal law obviously is a major source of working rules in many settings, particularly when conformance to them is actively monitored and sanctions for non-compliance are enforced. When one speaks about a system that is governed by a "rule of law", this expresses the idea that formal laws and working rules are closely aligned and that enforced are held accountable to the rules as well as others. In many CPR settings, the working rules used by the appropriators may differ considerably from legislative, administrative or court regulations (Wade 1988). The difference between working rules and formal laws may involve no more than filling in the lacunae left in a general system of law. More radically, operational rules may assign de facto rights and duties that are contrary to the de jure rights and duties to a formal legal system.

Notons que, dans ce passage, Ostrom fait référence à Robert Wade, *Village Republics: Economic Conditions for Collective Action in South India*, Cambridge University Press, 1988.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 101 : « the rights of appropriators to devise their own institutions are not challenged by external governmental authorities ».

communautés seraient alors en compétition pour le monopole normatif. Toutefois, le rôle de l'État n'est pas nécessairement nul. Il peut fournir un cadre qui se révélera d'ailleurs nécessaire pour articuler efficacement l'échelle la plus locale de problèmes aux problèmes qui peuvent se poser à des niveaux supérieurs, quand les communs sont intégrés à des systèmes complexes. Chaque problème requérant un type de solution spécifique à son propre niveau, l'État jouerait un rôle essentiel dans la mise en place d'une imbrication efficace (« *nested enterprises* ») de ces différentes échelles¹⁰⁵⁷.

Quoiqu'il en soit, même si l'on donne un rôle d'encadrement à l'État dans le cas où une action à plusieurs échelles serait requise, il nous apparaît de nouveau que la littérature sur les communs ne fait ni l'apologie d'une forme de collectivisme simple, ni de l'intervention de l'État dans les relations de propriété. En effet, comme nous l'avons vu, il a pu être rapproché au concept de propriété comme « faisceau de droits », largement utilisé dans cette littérature, de faire de la propriété une mosaïque de droits que l'État pourrait réarranger à sa guise, n'étant plus contraint par l'idée qu'un certain nombre de droits, parce qu'essentiellement liés les uns aux autres, ne sauraient être retirés aux individus. Si la propriété est un « faisceau de droits » dans le cadre des communs, c'est au contraire à la fois au nom de nécessités territoriales et locales, et pour garantir l'équilibre des intérêts concurrents des individus à des ressources qu'ils gèreraient ensemble de façon autonome. Non seulement les interventions de l'État sont problématiques dans ce contexte, mais l'impératif de garantir la coopération des individus fait de la structure des relations de propriété dans les communs un édifice d'une grande complexité et d'une grande fragilité, dont les éléments ne sauraient être réarrangés à volonté.

9.2.2. Centralisme et rejet du droit coutumier

La littérature sur les communs qui inspire Ostrom regorge d'exemples de ces interventions étatiques défailtantes. Ce qui se dessine au contraire dans la synthèse qu'elle propose, c'est une articulation entre un État d'une part, et des communautés, d'autre part, qui auraient une marge d'autonomie importante pour déterminer elles-mêmes leurs propres règles d'exploitation et de gestion des ressources de leur territoire. À l'inverse, Ostrom critique tout État centralisateur et interventionniste qui imposerait une uniformisation juridique sans considérer les spécificités des territoires. L'exemple du Canada, des régions de la Nouvelle-Écosse et de Terre-Neuve, est particulièrement pertinent à ce sujet. La pêche canadienne connaissait deux types d'activités séparées : d'un côté, des pêcheries de petite taille, aux zones de pêches proches

¹⁰⁵⁷ Il s'agit du huitième principe recommandé par Ostrom, voir *ibid.*, p. 101.

des terres, avec des outils locaux de gestion des ressources déjà en place et, d'un autre côté, des zones de pêches au grand large, sans véritable régulation. Or, le gouvernement canadien aurait mis en place des régulations communes pour ces deux types d'activités, mettant ainsi en danger l'activité des pêcheries de petite taille, les privant de leur autonomie normative.

Auparavant, les petites pêcheries avaient mis au point leur propre système de règles afin de contrôler les entrées dans les zones de pêche, répartissant les bateaux selon les technologies utilisées. Un système de tirage au sort permettait notamment de distribuer les meilleures zones de pêche, afin d'éviter que les pêcheurs n'entrent en conflit pour elles¹⁰⁵⁸. Cela ne peut que nous rappeler l'insistance de Maine sur l'importance du hasard comme instrument de gestion des ressources dans les communautés de village qui l'intéressent. Ostrom fait référence en détail à l'étude, menée par Anthony Davis, du village de Port Lameron Harbour¹⁰⁵⁹. Les pêcheurs de ce village sont tous des descendants de pêcheurs. Ils possèdent des bateaux de différentes tailles, correspondant à la pêche près des terres et à la pêche au large, qui leur permettent d'alterner les types d'activités selon les saisons. Certains territoires de pêche ne sont accessibles qu'à certaines technologies. La répartition des zones de pêche entre les pêcheurs et les types de bateau démontre alors une connaissance précise du territoire en question, de ses ressources et de ses capacités de renouvellement, connaissance qu'aucun État central n'aurait pu recueillir¹⁰⁶⁰. Ostrom fait alors mention de cas où des pêcheurs auraient acquis de nouvelles technologies et les auraient utilisées dans des zones où leur activité se serait immédiatement retrouvée en conflit avec les modes de pêches préexistants. La communauté de pêcheurs aurait alors réglé le problème en leur interdisant l'accès à certaines zones, s'ils étaient munis de ces technologies de pêche. Ostrom en tire le constat suivant : la division du territoire en zones d'utilisation selon les technologies utilisées réduit les « externalités » que l'usage de certaines technologies par certains pêcheurs pourrait produire sur d'autres. Aussi, les coûts de surveillance des bateaux

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, p. 173. Le renvoi numéro 27 permet de lire, p. 241, que de nombreux villages de pêcheurs des régions canadiennes concernées pratiquent des tirages au sort annuels, afin d'assigner les bateaux à une zone de pêche spécifique. Pour plus d'informations sur le sujet voir : Ralph Matthews and John Phyne, « Regulating the Newfoundland Inshore Fishery : Traditional Values versus State Control in the Regulation of a Common Property Resource », *Journal of Canadian Studies*, 23, p. 158-176 ; Kent O. Martin, « Play by the Rules or Don't Play at All : Space Division and Resource Allocation in a Rural Newfoundland Fishing Community », in Raoul Andersen (dir.), *North Atlantic Maritime Cultures : Anthropological Essays on Changing Adaptations*, p. 277-298, Mouton, The Hague ; Bonnie J. McCay, « Systems Ecology, People Ecology, and the Anthropology of Fishing Communities », *Human Ecology*, 6, p. 397-422 et « 'Fish is Scarce' : Fisheries Modernization on Fogo Island, Newfoundland », in R. Andersen (dir.), *North Atlantic Maritime Cultures, op. cit.*, p. 155-188.

¹⁰⁵⁹ A. Davis, « Property Rights and Access Management in the Small-Boat Fishery : A Case Study from South West Nova Scotia », in Cynthia Lamson and Arthur J. Hanson (dir.), *Atlantic Fisheries and Coastal Communities : Fisheries Decision-Making Case Studies*, Dalhousie Ocean Studies Programme, 1984, p. 133-164.

¹⁰⁶⁰ Ostrom, *Governing the Commons, op. cit.*, p. 174 et A. Davis, *op. cit.*, p. 145.

sont réduits, puisqu'il est facile de repérer quel type de bateau pénètre dans une zone¹⁰⁶¹. Nous soulignons le terme « d'externalités », comme prélude aux réflexions qui viennent. Ce mode d'auto-détermination normative trouve précisément son efficacité dans sa capacité à régler un problème de coopération, qui est essentiellement un double problème d'externalité et de justice distributive.

La question des ressources est par conséquent centrale dans l'établissement d'un schéma de coopération élémentaire, et ne peut être réglée que si les individus parviennent à trouver un équilibre où leur droit à exploiter une partie des ressources d'un territoire ne rentre pas en conflit avec celui des autres, et où chacun obtient une part raisonnable des ressources en question. On retrouve ici nos réflexions sur Émile de Laveleye et John Stuart Mill, et notamment l'idée du second selon laquelle la propriété doit permettre un équilibre des intérêts individuels sur un même territoire, en évitant les effets négatifs externes que les activités des uns peuvent avoir sur les autres. C'est un défi d'autant plus difficile à relever que ce qui doit être régulé, c'est uniquement les effets externes d'une action. C'est-à-dire non pas un mal causé directement et volontairement, mais bien un mal causé indirectement et involontairement, qui ne pose de problème que si d'autres individus souhaitent aussi exploiter la zone. Autrement, s'il était seul, un pêcheur pourrait exploiter la zone en quantités presque illimitées, avec la technologie qu'il souhaite. Or, ce problème est réglé par des instruments de type coutumier, qui sont en réalité de faible coût, ce qui résout tout problème d'action collective, l'accès dépendant d'un critère très visible, la technologie du bateau. De même, tout fraudeur peut être rapidement vu et signalé aux autres¹⁰⁶². Une autre raison du succès de la mise en place de ce système est l'existence prolongée de la communauté sur ce même territoire, qui permet à l'ensemble de ses membres de se situer sur le long terme, dans une optique de protection de la durabilité de l'exploitation des ressources. Le territoire du village de pêcheur est donc constitué comme un fonds, le patrimoine d'un groupe, et chaque individu se voit attribuer des droits spécifiques selon la logique du « faisceau de droits », qui organise les relations de propriété en fonction de cet objectif de préservation du fonds. Comme nous le verrons, cette organisation permet de limiter les droits d'exploitation individuelle de chacun à la fois en fonction de ceux des autres, et des impératifs qui dépassent aussi l'intérêt direct des acteurs en présence. Il permet de trouver un équilibre qui n'est pas atteignable au moyen d'un régime de propriété privée individuelle, surtout dans le cas d'une ressource fluctuante et mouvante, pour laquelle la logique propriétaire aurait du mal à s'appliquer.

¹⁰⁶¹ Ostrom. *Governing the Commons*, op. cit., p. 174.

¹⁰⁶² Voir A. Davis, op. cit., p. 147.

Cette organisation a toutefois été régulièrement perturbée par les interventions de l'État canadien. Avant le rattachement de Terre-Neuve à la fédération canadienne en 1949, les autorités locales fournissaient des moyens de régler les conflits entre les pêcheurs utilisant différentes technologies sur différents territoire, pratiquant ainsi une forme de codification des règles coutumières mises au point localement vers le droit formel¹⁰⁶³. Au contraire, selon R. Matthews, l'administration fédérale canadienne aurait ensuite montré son peu de foi dans la capacité de « régulations *coutumières* locales à maintenir l'ordre » dans les pêcheries¹⁰⁶⁴. Elle aurait aussi rejeté l'approche par les droits de propriété privée, évoquée par Ostrom, pour se poser en régulatrice principale des activités de pêches, proche des terres comme au large. L'État Canadien aurait alors multiplié les décrets et actes administratifs qui auraient sévèrement déstabilisé l'ensemble des activités de pêche de cette région¹⁰⁶⁵.

Des situations similaires, caractérisées davantage par un soutien étatique au développement de nouveaux marchés, ont pu émerger partout dans le monde, comme par exemple en Turquie, dans la région de Bodrum, où le gouvernement a encouragé dans les années 1970-1980 l'entrée de nouveaux acteurs mieux dotés technologiquement dans les zones de pêches traditionnelles, conduisant à d'importants conflits locaux, à la surexploitation à la dissipation des rentes¹⁰⁶⁶. Les pêcheurs du Sri Lanka ont connu une situation similaire¹⁰⁶⁷. En général, l'intervention étatique soutient et renforce des logiques de déstabilisation, la cause principale étant la fragilisation de la capacité des populations locales à gérer leur propre territoire, fragilisation parfois simplement produite par l'introduction des règles fondamentales de la propriété individuelle exclusive. Ce sont les conséquences de l'ouverture de communautés partiellement fermées à la concurrence d'acteurs extérieurs recherchant des profits importants et rapides, acteurs impossibles à soumettre aux règles locales du fait du manque de soutien de l'État¹⁰⁶⁸. De tels systèmes sont en effet particulièrement fragiles face à des conditions changeantes, qui accentuent la pression démographique et économique et rendent leurs ressources attractives pour un marché qui n'y voyait auparavant aucun intérêt. On retrouve ici les propriétaires anglais qui souhaitaient garantir, grâce aux enclosures qui intéressent tant Mill et Maine, leur accès exclusif

¹⁰⁶³ Voir K. Martin, *op. cit.*

¹⁰⁶⁴ Ralph Matthews, « Federal Licensing Policies for the Atlantic Inshore Fishery and Their Implementation in Newfoundland, 1973-1981 », *Acadiensis : Journal of the History of the Atlantic Region*, 17, p. 83-108. Nous traduisons et soulignons.

¹⁰⁶⁵ Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 176-177.

¹⁰⁶⁶ Fikret Berkes, « Local-level management and the commons problem : A comparative study of the Turkish coastal fisheries », *Marine Policy*, 10, p. 215-229, cité par Ostrom, *ibid.*, p. 94.

¹⁰⁶⁷ Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 149-157, voir aussi P. Alexander, « South Sri Lanka Sea Tenure », *Ethnology*, 16, p. 231-255 et *Sri Lankan Fishermen : Rural Capitalism and Peasant Society*, Australian National University Monographs on South Asia, n. 7, Australian National University, Canberra, 1982.

¹⁰⁶⁸ Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 205.

à des ressources minérales autrefois négligées. L'existence d'une régulation interne de ces communautés, autrefois compatible avec un autre monde normatif, celui des échanges marchands et de la propriété privée, est alors remise en cause. C'est un véritable conflit de normes, aux rapports de forces systématiquement déséquilibrés, qui a lieu. Le parallèle est aisément fait entre ces situations et celles, coloniales ou post-coloniales telles que décrites par Maine, où un système de règles est transplanté dans un autre contexte. Les mêmes inquiétudes surgissent alors, pour les paysans indiens soumis à la pression économique de leurs créanciers et les paysans sans terre irlandais du XIX^e siècle comme pour les pêcheurs turcs ou sri lankais de la fin du XX^e siècle. Toutefois, pour mieux comprendre comment de telles dynamiques perturbent les ordres coutumiers, il nous faut désormais nous intéresser aux raisons pour lesquelles les mécanismes coutumiers peuvent être plus efficaces que les institutions étatiques pour résoudre les problèmes spécifiques auxquels les « communs » font face.

9.3. Les communs comme origine de la coopération

9.3.1. La question de la coopération à la lumière des communs

Les résultats des différentes formes du dilemme du prisonnier ont ceci de dérangeant qu'ils semblent nier un fait pourtant omniprésent : la coopération. Le dilemme du prisonnier n'a donc pas tant attiré l'attention parce qu'il présentait des conclusions indépassables sur l'impossibilité de la coopération, mais plutôt parce qu'il semble être nécessaire de montrer que la coopération est, malgré tout, possible. C'est, comme a su l'exprimer R. Campbell, une invitation à réfléchir pour les sciences sociales, car le dilemme du prisonnier conduit à conclure à l'impossibilité de la coopération pour des créatures rationnelles¹⁰⁶⁹. Une solution peut être d'affiner le modèle qui est celui de la rationalité dite économique : une rationalité instrumentale, où les individus seraient d'abord préoccupés par la conservation de leur propre personne et de leurs intérêts, et ne seraient capables de sympathie envers les autres que de façon limitée, qui leur permettrait cependant de ne pas être considérés comme strictement égoïstes. L'altruisme radical, dont nous avons pu trouver la définition chez Hardin, est rejeté dans ce cadre, de même qu'une conception de la morale qui rendraient les individus capables de sacrifier leurs intérêts propres au nom d'impératifs moraux. Dans cette perspective, l'obéissance à des règles de justice ou à des principes de la morale ne sauraient être un acte purement désintéressé, la moralité et la coopération devant alors présenter un avantage pour l'individu. Ces présupposés

¹⁰⁶⁹ Richmond Campbell, « Background for the Uninitiated », in Richmond Campbell et Lanning Sowden (dir.), *Paradoxes of Rationality and Cooperation*, University of British Columbia Press, Vancouver, 1985, p. 3.

n'empêchent en rien la coopération, ils sont cependant des contraintes à prendre en compte afin d'expliquer la coopération comme *résultat*, si l'on prend par exemple en compte le facteur du temps long et la communication. Qu'il s'agisse du Léviathan ou des mécanismes qui permettent la régulation sociale dans les communs, des paramètres peuvent être ajoutés au modèle, pour produire des résultats divergents, de même que la conception de la rationalité peut être affinée afin d'inclure, notamment, la capacité des individus d'être disposés à respecter des normes sociales. C'est justement ce qu'Ostrom se propose de faire, comme nous allons le voir.

Une autre solution pourrait être de considérer la coopération comme faisant partie de la nature humaine. On proposerait ainsi une alternative radicale au dilemme du prisonnier dont on remettrait en cause les présupposés fondamentaux, ceux de la rationalité économique. Différentes solutions pourraient être explorées, comme l'existence d'un sens inné de la moralité ou de l'altruisme, ou bien une tendance naturelle à la coopération. On pourrait par exemple supposer que l'espèce humaine aurait développé, au fil de l'évolution, une disposition particulière à la coopération, dont découlerait certains comportements moraux. Loin de contredire les observations de la littérature sur les communs, cela nous semble tout à fait compatible avec elle. On pourrait en effet envisager un évolutionnisme à deux niveaux : le premier étant celui de l'espèce humaine dans son ensemble et le second étant celui de la façon dont des communautés spécifiques parviennent à trouver des équilibres particuliers. S'il existait donc une prédisposition à la coopération et aux comportements moraux dans l'ensemble de l'espèce humaine, comme le pense Michael Tomasello, cette prédisposition devrait toutefois être développée grâce à des institutions spécifiques dans des contextes déterminés¹⁰⁷⁰.

Notons qu'accepter les résultats du dilemme du prisonnier n'implique en rien de rejeter la possibilité de la coopération, comme l'on pourrait être tenté de l'affirmer. Le dilemme peut être compris, s'il n'est pas utilisé comme un simple outil de validation de l'idée que les communs conduisent à une tragédie et que la propriété privée est une nécessité, comme appelant des solutions. Les agents pris dans le piège du dilemme peuvent très bien considérer la coopération comme une option, puisqu'elle est, d'un point de vue technique, l'un des équilibres possibles. Il s'agit seulement d'une possibilité qu'ils rejettent par manque de garanties mutuelles, bien qu'elle présente un résultat plus avantageux, c'est-à-dire qu'elle soit optimale au sens de Pareto, alors que l'échec de la coopération ne l'est pas. Ce dilemme, bien qu'il ait une issue « tragique », pousse donc les individus à considérer la coopération comme une éventualité. Une perspective hobbesienne comme celle de David Gauthier, qui repose sur les fondements de la

¹⁰⁷⁰ Voir Michael Tomasello, *A natural history of human morality*, Harvard University Press, 2016.

rationalité économique, présuppose la possibilité pour les individus de se *rendre compte* des bénéfices de la coopération, et cela avant même de faire appel au Léviathan¹⁰⁷¹. Réaliser cela est nécessaire pour que chaque partie accepte de faire du Léviathan la clef de voûte de la réciprocité et de la pérennité d'une telle relation. C'est la *fonction* du Léviathan que d'être un mécanisme de garantie et rien de plus, sachant que l'obligation à coopérer et donc à sortir de l'état de nature, est une conclusion logique du raisonnement de Hobbes lui-même, qui est l'objet de la première et de la seconde loi de la nature. Cette conclusion peut être atteinte lors de l'état de nature, mais ne conduit les individus à coopérer qu'à condition de mettre en place les garanties que le Léviathan représente¹⁰⁷².

Il est donc possible de s'appuyer sur le constat, accessible même à « l'état de nature », que la coopération est bénéfique, pour justifier le fait que des individus décident de s'associer. C'est la simple réalisation que coopérer pourrait être bénéfique ou, en d'autres termes, que des intérêts *communs* peuvent être favorisés par la mise en commun de leurs efforts et par la coopération, qui conduirait les individus à se soumettre mutuellement à des règles. Se donner un gouvernement apparaît donc comme la conclusion naturelle provenant d'individu partageant des intérêts communs¹⁰⁷³. Cela revient cependant à considérer la coopération comme un fait émergent. Nous reviendrons ultérieurement sur cette idée que l'on attribue parfois aux théories anarchistes contemporaines, et que l'on rapproche de celle d'ordre spontané. Nous verrons toutefois que la littérature anarchique propose plutôt de s'intéresser à des ordres *quasi* spontanés, où les mêmes mécanismes coutumiers que ceux qu'Ostrom trouve dans les communs sont utilisés pour démontrer la possibilité de la coopération sans Léviathan. Tout ordre, même « anarchique », et ce malgré le caractère oxymorique de ce rapprochement de termes, suppose des

¹⁰⁷¹ Voir David Gauthier, *Morale et Contrat*, Serge Champeau (trad.), Mardaga, Sprimont, 2000, p. 34 et p. 40.

¹⁰⁷² Thomas Hobbes, *Léviathan*, Tricaud (trad.), Dalloz, Paris, 1999, p. 129 :

(...) c'est un précepte, une règle générale, de la raison, que tout homme doit s'efforcer à la paix, aussi longtemps qu'il a l'espoir de l'obtenir ; et quand il ne peut pas l'obtenir, qu'il lui est loisible de rechercher et d'utiliser tous les secours et tous les avantages de la guerre. La première partie de cette règle contient la première et fondamentale loi de nature, qui est de rechercher et de poursuivre la paix. La seconde récapitule l'ensemble du droit de nature, qui est le droit de se défendre par tous les moyens dont on dispose.

De cette fondamentale loi de nature, par laquelle il est ordonné aux hommes de s'efforcer à la paix, dérive la seconde loi : que l'on consente, quand les autres y consentent aussi, à se dessaisir, dans toute la mesure ou l'on pensera que cela est nécessaire à la paix et à sa propre défense, du droit qu'on a sur toute chose ; et qu'on se contente d'autant de liberté à l'égard des autres qu'on en concèderait aux autres à l'égard de soi-même.

¹⁰⁷³ Voir Arthur Bentley, *The Process of Government*, Principia Press, Evanston, Illinois, 1908, et David B. Truman, *The Governmental Process*, Alfred A. Knopf, New York, 1951.

mécanismes de régulation sociale. Les communs et les « ordres anarchiques » partagent le recours à des formes de régulation propre des mécanismes coutumiers et se construisent contre le modèle du Léviathan.

9.3.2. Le problème des dilemmes sociaux comme défi à la coopération

Quoiqu'il en soit, la coopération n'a rien d'une propriété émergent spontanément : la théorie de l'action collective, notamment à travers les problèmes de coopération soulevés par Mancur Olson dans *The Logic of Collective Action*, confirme, utilisant des outils différents de ceux du dilemme du prisonnier, que voir le meilleur ne permet pas d'éviter le pire¹⁰⁷⁴. La convergence des intérêts individuels ne conduit pas nécessairement à la constitution de règles communes, et encore moins des institutions nécessaires pour les faire respecter. On trouve là, au contraire, une série de dilemmes sociaux qu'il faut résoudre.

Dans notre exploration des propos de Platon et de Mill au sujet de la propriété collective, nous avons entrevu une solution qui ne saurait être celle des communs, celle où le collectivisme revient à gommer les divergences individuelles, en réduisant simplement l'intérêt individuel à l'intérêt collectif, d'où le rôle important de la morale, notamment chez Mill, mais aussi de l'éducation. Le problème posé par les communs, comme nous l'avons déjà souligné avec Maine au sujet de la nature du droit coutumier, est celui de résoudre la tension entre la tendance individuelle à l'appropriation et l'impératif de gérer des ressources collectivement. Dans ce cadre, l'individu demeure un centre d'intérêt irréductible, alors que le collectivisme pur et simple maintient les membres d'une communauté dans l'indivision la plus complète, les dénuant de toute possibilité de constituer des intérêts individuels viables. Le problème des communs est bien, au contraire, celui soulevé par Maine pour le droit coutumier, et celui relevé par la théorie de l'action collective : comment réguler l'appropriation individuelle au sein d'un groupe où il est nécessaire de mettre en place des règles collectives, mais aussi les moyens de les faire respecter ? Comment faire, en d'autres termes, pour que des intérêts distincts, mais pas nécessairement divergents, puissent converger sans pour autant supprimer toute autonomie aux individus ? La structure des communs, telle qu'elle est étudiée par Ostrom mais pas uniquement, révèle systématiquement la persistance de droits et de devoirs *individuels* à l'intérieur du collectif¹⁰⁷⁵. Alors que la propriété strictement collective tend à faire coïncider l'intérêt individuel avec celui du collectif et peut cultiver, par la pression des pairs et l'éducation, des dispositions

¹⁰⁷⁴ M. Olson, *The Logic of Collective Action*, *op. cit.*

¹⁰⁷⁵ La distinction entre le « *resource system* », l'ensemble du stock, dont la gestion est régie par des règles collectives d'une part, et les « *resources units* », qui sont attribuées à des individus spécifiques, ou bien à des familles autonomes d'autre part, est capitale à ce propos. Voir Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 30.

individuelles qui iraient dans ce sens, les communs ont besoin, pour fonctionner, de cultiver chez les individus une disposition à respecter des normes sociales. Cela signifie qu'il faut que les individus puissent éviter de se comporter comme des « passagers clandestins », non pas pour sacrifier complètement leur intérêt individuel, mais parce que si ce comportement se généralisait, l'intérêt de chacun des individus serait aussi compromis car les biens publics produits par la coopération ne seraient plus disponibles.

Or, Olson, dans *The Logic of Collective Action*, remarque deux choses : la coopération peut émerger entre des individus dont les intérêts sont convergents uniquement si leur nombre est réduit, ou à moins qu'il n'existe un mécanisme de coercition afin de faire agir ces individus rationnels dans leur intérêt commun¹⁰⁷⁶. Il y a en effet, si ces conditions ne sont pas réunies, deux problèmes à résoudre : comment des individus peuvent-ils tout d'abord se mettre d'accord sur les règles en question ? En effet, la discussion entre les acteurs est elle-même coûteuse en efforts de différents types. Parvenir à un résultat, si les conditions ne sont pas réunies, ou si le nombre d'individus est trop large, une communication efficace paraît difficile à mener. On se demande aussi pourquoi ces individus accepteraient de risquer de limiter leurs gains personnels dans l'espoir que d'autres le fassent, comme le souligne le dilemme du prisonnier. Même si des individus possédaient certaines garanties, chacun n'aurait-il pas précisément intérêt à faire défection une fois la coopération établie, les gains du resquilleur étant alors indéniablement supérieurs à ceux des coopérateurs¹⁰⁷⁷ ? De même, qui accepterait de produire un bien public, comme par exemple des routes, s'il sait que le mettre à disposition permettrait à tous d'en profiter y compris sans y contribuer, dans la mesure où il est impossible ou extrêmement coûteux d'en exclure les « passagers clandestins » ? Enfin, même si tel était le cas, comment des individus pourraient s'accorder sur la façon d'administrer des sanctions en cas de non-respect des règles, la surveillance et l'application des sanctions étant aussi coûteuse et se présentant aussi comme un bien public, dont tous pourraient profiter sans pour autant y contribuer ?

Ces différents problèmes peuvent de nouveau avoir pour le Léviathan ou la propriété privée comme réponse. Une entreprise peut par exemple choisir de fournir des routes, un bien public, malgré le risque de voir apparaître des opportunistes qui n'y contribueraient pas. L'entreprise aurait de toute façon suffisamment d'intérêt à maintenir cette route en l'état pour son activité que son utilisation par des resquilleurs serait un problème marginal. Néanmoins, il est certain qu'une certaine masse critique atteinte, ce comportement serait problématique : il serait

¹⁰⁷⁶ M. Olson, *op. cit.*, p. 2

¹⁰⁷⁷ Robert H. Bates, « Contra Contractarianism : Some Reflections on the New Institutionalism », *Politics and Society*, 16, p. 387-401.

alors dans l'intérêt direct de l'entreprise de protéger son investissement et ses ressources. Par conséquent, elle serait directement incitée à émettre des menaces de sanctions qui seraient crédibles. Un Léviathan pourrait aussi avoir suffisamment d'incitations pour que ses menaces soient crédibles : en effet, son existence même dépendant de sa capacité à remplir ses fonctions, il semble naturel que le Léviathan s'efforce de procurer la sécurité et la stabilité nécessaires aux activités qui permettront, en retour, à ses « administrés » de maintenir son existence¹⁰⁷⁸.

Résoudre les problèmes évoqués ci-dessus semble difficile pour une communauté qui n'aurait pas recours à de telles institutions et n'aurait notamment pas à sa disposition une autorité externe pour imposer des sanctions à ceux qui briseraient l'équilibre de la coopération. Ostrom cite notamment l'exemple de conditions extrêmes, qui pourraient mettre à l'épreuve la volonté des membres d'un collectif à coopérer. Par exemple, en cas de sécheresse sévère, où l'eau serait donc rare, celui qui serait davantage en amont de la circulation de l'eau pourrait être tenté de la retenir pour sauver l'intégralité de ses récoltes, et en priver ainsi ses voisins¹⁰⁷⁹. Sans autorité externe, qui se désignerait pour punir celui qui se comporterait ainsi ? En effet, comme nous l'avons déjà indiqué, celui qui punirait fournirait un « bien public » à sa communauté, en supportant tous les coûts, alors que les bénéfices seraient diffusés à l'ensemble des membres de la communauté¹⁰⁸⁰. Lui-même n'en récolterait que peu de bénéfices, mais la communauté risquerait de s'effondrer si personne n'agissait ainsi. La réaction logique, pour l'individu rationnel, serait de ne pas fournir ce bien public au reste de sa communauté. C'est pourquoi une forme de Léviathan, qui aurait spécifiquement pour fonction de remplir ce rôle avec les incitations qui y seraient liées, semble s'imposer.

9.3.3. Autonomie des communs et origine de la coopération

La coopération semble pouvoir émerger d'interactions répétées entre les agents, qui développent ainsi une forme de confiance réciproque. Les agents sont alors des « coopérateurs contingents » : ils seront prêts à agir dans l'intérêt collectif, plutôt qu'à maximiser leur intérêt à court terme, s'ils pensent être en présence d'autres agents prêts à faire de même¹⁰⁸¹. Cette confiance est cependant directement menacée par ceux qui ne respecteraient pas cet équilibre, remettant ainsi en cause la croyance dans le fait que les autres membres du collectif sont prêts

¹⁰⁷⁸ T. C. Schelling, *The Strategy of Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1960 ; Oliver E. Williamson, « Credible Commitments : Using Hostages to Support Exchange », *American Economic Review*, 73 (4), p. 519.

¹⁰⁷⁹ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 44. Ostrom fait aussi référence à T. C. Schelling, *Choices and Consequences : Perspectives of an Errant Economist*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1984.

¹⁰⁸⁰ Jon Elster, *The Cement of Society. A Study of Social Order*, Cambridge University Press, 1989, p. 40-41.

¹⁰⁸¹ Ronald A. Heiner, « Robust Evolution of Contingent Cooperation in Pure One-Shot Prisoners' Dilemmas », Discussion Papers, 2002-09 et 2002-09, Center for the Study of Law and Economics discussion paper series, 2002 ; Christopher Wilson, « I Will If You Will : Facilitating Contingent Cooperation », *Optimum Online*, 37 (1).

à coopérer. Cette croyance est essentielle et l'on peut considérer qu'elle est de nature fragile : face à une attitude non-coopérative, si des individus sont des coopérateurs strictement continents, il est en effet probable que la coopération soit mise en danger pour l'ensemble du groupe¹⁰⁸². On peut cependant supposer, à l'encontre par exemple de ce que pensait Hardin, qu'un seul acte de non-coopération ne serait pas suffisant pour arriver à ce résultat. Il est probable que le groupe puisse tolérer des comportements isolés, notamment dans des circonstances exceptionnelles. Néanmoins, il y a fort à parier qu'en l'absence de sanctions ce genre de comportements puisse être contagieux, notamment au-delà d'un certain seuil de tolérance. Dépasser le modèle du dilemme du prisonnier pour comprendre comment la coopération peut émerger à partir de la répétition des interactions n'est donc pas suffisant pour comprendre comment les communs pourraient être viables lorsqu'une autorité extérieure est soit absente, soit trop distante pour remplir correctement un rôle de régulation sociale. Comme le remarque Elinor Ostrom, dans un contexte d'interactions répétées, potentiellement à l'infini, la réputation de l'agent est essentielle, et respecter ses engagements est une norme partagée. Toutefois, ces éléments ne sont pas suffisants pour assurer la stabilité, sur le long terme, de comportements coopératifs réciproques¹⁰⁸³. En effet, dans le cas contraire, les agents auraient pu s'abstenir d'investir dans des mécanismes de régulation coûteux.

La conclusion provisoire que l'on peut tirer de ces propos d'Ostrom est que ces mécanismes, spécifiques des systèmes coutumiers, sont des institutions à part entière qui ne sauraient être réduites à la façon dont la morale comme le droit régulent les rapports sociaux. En effet, le partage de normes réciproques et la croyance en ce partage, ainsi que la pression des pairs qui impose de surveiller sa réputation, sont les instruments spécifiques de la façon dont la morale permet la régulation sociale. Ces moyens sont potentiellement très efficaces, comme nous avons déjà pu l'expliquer, mais demeurent insuffisants pour assurer une coopération à long terme, dans tous les cas où les individus peuvent avoir un intérêt à faire défection, considérant de façon raisonnable que la probabilité qu'un petit nombre d'individus le fassent n'est pas nulle. De même, la littérature sur les communs tend à révéler que les instruments spécifiques du droit, ses institutions et leur capacité à faire respecter des sanctions, semblent inadaptés pour assurer la coopération à ce niveau. Dans un cadre contemporain, les limites que rencontre le « Léviathan »

¹⁰⁸² Robert Axelrod, « The Emergence of Cooperation Among Egoists », *American Political Science Review*, 75, p. 306-318 ; R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, New York, 1984 ; David M. Kreps, Paul Milgrom, John Roberts et al., « Rational Cooperation in the Finitely Repeated Prisoner's Dilemma », *Journal of Economic Theory*, 27, p. 245-252 ; Tracy R. Lewis et James Cowens, *Cooperation in the Commons : An Application of Repetitious Rivalry*, University of British Columbia, Vancouver, 1983.

¹⁰⁸³ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 93-94.

pour gérer les communs imposent d'accorder une autonomie normative pour la gestion des enjeux locaux, conclusion principale des réflexions d'Ostrom. En effet, la reconnaissance pour les communautés d'un droit à l'auto-organisation est l'un des points essentiels qui garantit la longévité des communs selon Ostrom. Dans les cas où les « *common-pool resources* » s'étendent sur un large territoire et à de nombreux individus, la complémentarité des différents niveaux de gouvernance et une articulation harmonieuse entre eux semblent même nécessaires¹⁰⁸⁴.

Ces deux éléments sont les principes 7 et 8 qui, selon Ostrom, concourent à rendre les communs et leurs institutions viables sur le long terme. Ostrom se refuse, avec raison, à établir une hiérarchie entre les huit principes généraux qu'elle dégage, et encore moins sur la façon dont ils s'incarnent dans un contexte particulier. L'intention d'Ostrom est claire : il s'agit pour elle d'éviter de prétendre posséder un modèle de réussite assurée pour les communs. Remarquons néanmoins que l'autonomie normative et le partage de gouvernance que prônent ces deux principes est précisément en lien avec la possibilité, pour les individus, de s'organiser en fonction des circonstances locales. Ainsi, il semble exister au moins une forme de primat du principe 7 (« *The rights of appropriators to devise their own institutions are not challenged by external governmental authorities* ») qui apparaît comme la condition de possibilité des autres principes, et leur donne une cohérence organique. En effet, le détail du principe 7 pose la nécessité de la non-intervention des instances gouvernementales extérieures qui, si elle n'était pas respectée, remettrait en cause la possibilité pour les membres de la communauté de mettre au point et d'appliquer leurs propres règles, ne serait-ce que pour des raisons de légitimités concurrentes¹⁰⁸⁵. L'idée de gouvernance autonome semble alors sous-tendre les principes 3, 4, 5 et 6 : le principe 3 affirme que ceux qui sont soumis aux règles qui encadrent l'exploitation des ressources acquièrent par là le droit de contribuer à leur modification (« *Most individuals affected by the operational rules can participate in modifying the operational rules* »¹⁰⁸⁶) ; le principe 4

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 90, table 3.1, principes 7 et 8.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 101 :

7. The rights of appropriators to devise their own institutions are not challenged by external governmental authorities.

Appropriators frequently devise their own rules without creating formal governmental jurisdictions for this purpose. In many inshore fisheries, for example, local fishers devise extensive rules defining who can use a fishing ground and what kind of equipment can be used. Provided the external governmental officials give at least minimal recognition to the legitimacy of such rules, the fishers themselves may be able to enforce the rules themselves. But if external governmental officials presume that they only have the authority to set the rules, then it will be very difficult for local appropriators to sustain a rule-governed CPR over the long run.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 93.

rappelle que les responsables chargés du contrôle au sein de la communauté doivent rendre des comptes directement à ses membres, étant eux-mêmes des membres de cette communauté et n'appartenant donc pas à une juridiction indépendante (« *Monitors, who actively audit CPR conditions and appropriator behavior, are accountable to the appropriators or are the appropriators* »¹⁰⁸⁷) ; le principe 5 pose que, si des sanctions sont appliquées, elles doivent l'être de façon contextuelle et graduée, ce qui implique une proximité directe avec le terrain, et qu'elles sont appliquées à l'encontre des membres de la communauté par d'autres membres, et non pas par une autorité extérieure (« *Appropriators who violate operational rules are likely to be assessed graduated sanctions (depending on the seriousness and context of the offense) by other appropriators, by officials accountable to these appropriators, or by both* »¹⁰⁸⁸). Le principe 6 semble aussi lié organiquement aux autres, et principalement à l'idée du principe 7 selon laquelle les membres d'une communauté doivent pouvoir mettre au point, de façon autonome, leurs propres institutions. Il rappelle en effet que l'accès à une institution locale et facile d'accès de résolution des conflits est essentiel (« *Appropriators and their officials have rapid access to low-cost local arenas to resolve conflicts among appropriators or between appropriators and officials* »¹⁰⁸⁹). Enfin, il semblerait que pour que les principes 1 (« *Individuals or households who have rights to withdraw resource units from the CPR must be clearly defined, as must the boundaries of the CPR itself* ») et 2 (« *Appropriation rules restricting time, place, technology, and/or quantity of resource units are related to local conditions and to provision rules requiring labor, materials, and/or money* »¹⁰⁹⁰) soient respectés, c'est-à-dire pour que les règles soient spécifiques aux conditions locales et pour que les individus aient la possibilité de mettre au point ces règles sur un espace déterminé avec des limites claires, il faille qu'une certaine autonomie normative soit elle-même respectée.

Dans le contexte contemporain dans lequel s'inscrit le travail d'Ostrom, ces conclusions supposent davantage une forme de décentralisation qu'une véritable indépendance des communs par rapport au Léviathan. Il s'agit alors de favoriser une bonne articulation entre une autonomie relative locale et la coordination globale qui resterait le travail d'une autorité centrale. Ostrom souligne alors la possibilité, pour cette autorité, de laisser les individus « contracter » entre eux, de reconnaître de tels arrangements sous certaines conditions, et de n'intervenir que lorsqu'elle est appelée pour les faire respecter. En somme, Ostrom propose d'appliquer le

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 94.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, p. 94.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, p. 100.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 91, p. 92.

modèle des relations contractuelles commerciales à celui des communs, puisque les cours de justice ont précisément pour vocation d'intervenir comme régulatrices de telles relations, laissant toutefois libres de s'accorder sur les termes qu'elles souhaitent, dans une certaine mesure¹⁰⁹¹. C'est l'objet du premier contre-modèle qu'Ostrom propose à ceux du dilemme du prisonnier et du Léviathan comme solution à ce même dilemme : un groupe d'individus peut, avant de commencer l'exploitation d'une ressource, déterminer ses propres règles et confier la tâche de les faire respecter à une tierce-partie, moyennant un coût¹⁰⁹². Cette tierce-partie pourrait être extérieure, mais n'aurait pas la tâche de déterminer les règles de la gestion des ressources : elle n'aurait pour fonction que d'appliquer des pénalités décidées par les acteurs en amont en cas de non-coopération.

Le paramètre nouveau qui apparaît est donc celui du coût que chacun devra consacrer à cette activité de régulation, ce qui change les résultats du « jeu ». Ce coût est appelé *e*, et il est nécessairement inférieur à la somme des bénéfices que les acteurs pourraient tirer de l'exploitation des ressources. Une différence essentielle avec les modélisations précédentes est que le contrat est conclu au moyen des informations fournies par les acteurs eux-mêmes, informations concernant les ressources à disposition qui sont nécessairement plus complètes que celles d'une autorité extérieure voire distante. De même, les différents acteurs ont des données de première main sur les infractions aux règles établies collectivement : le médiateur commun pourra s'appuyer sur des informations venant directement d'eux, ce qui réduit le problème que rencontrerait une autorité de type Léviathan à ce sujet. Il apparaît nécessaire qu'un tel accord ne serait possible qu'en étant unanime : il n'est pas envisageable que l'un des acteurs n'accepte pas les règles, le recours à une tierce-partie et aux coûts qui y sont liés, et que l'accord ait lieu malgré tout. La répartition initiale des ressources, quant à elle, ne saurait être qu'équale entre les acteurs, de même que le coût de la contribution au maintien des règles. Le « jeu » qui en ressort, dans sa forme étendue, ressemble à ceci :

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰⁹² *Ibid.*, figure 1.5, p. 15.

façon d'appliquer l'idée de liberté contractuelle au cas des communs nous paraît être davantage qu'un simple élargissement de cette liberté : il s'agit de consacrer la possibilité, pour les communautés, d'obtenir une véritable autonomie normative, créant ainsi leurs propres règles et leurs propres institutions, ou de recourir à des tierces-parties qui ne seraient pas l'État, le Léviathan, mais possiblement des « acteurs privés », comme un médiateur¹⁰⁹⁶. Cette allusion à la possibilité, pour des acteurs, de recourir à des tierce-parties qui ne seraient pas l'État, fait signe vers l'ensemble des théories anarchistes, notamment contemporaines, qui envisagent la possibilité d'un ordre juridique assuré par d'autres institutions que celles de l'État, puisant alors dans les ressources qu'offre le droit coutumier, comme nous le verrons ultérieurement, et ce afin de multiplier les possibilités de faire communauté¹⁰⁹⁷. L'idée de communs « libéraux » pourrait aussi être la conclusion naturelle de cette démarche¹⁰⁹⁸.

Rappelons qui plus est que le propos d'Ostrom n'a pas pour but de célébrer cette autonomie normative comme un gain, mais plutôt d'en souligner la nécessité : en effet, dans de nombreux cas, la gestion efficace et durable des ressources exige, à l'échelle locale, d'accorder cette liberté normative. Les limites de l'autorité centrale et les impératifs de la gestion locale des ressources se rencontrent donc pour créer la forme des communs, qui peut se manifester différemment selon les besoins et les conditions spécifiques. Enfin, on ne saurait oublier que de nombreux communs sont aussi anciens, voire bien plus, que les états centralisés. Ce que les communs prouvent donc, c'est la nécessité pour la coopération d'être possible sans autorité extérieure armée de sanction. Derrière l'autonomie des communs dans un contexte contemporain se cache donc une critique du caractère incontournable de la figure du Léviathan, soulignant à la fois les limites d'une autorité centralisatrice distante dont le principal recours demeure les sanctions, et la façon dont les mécanismes de régulation sociale propres aux systèmes coutumiers permettent la coopération en l'absence de cette autorité externe. En d'autres termes, le droit dit coutumier apparaît à même de résoudre les dilemmes sociaux soulevés par le dilemme du prisonnier et la théorie de l'action collective.

¹⁰⁹⁶ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁹⁷ Voir par exemple Bruce L. Benson, « Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice : A Description of a Modern System of Law and Order without State Coercion », *The Journal of Libertarian Studies*, vol. IX, 2.

¹⁰⁹⁸ Hanoch Dagan et Michael Heller, « The Liberal Commons », *Yale Law Journal*, 110 (4), p. 549-623.

Dixième chapitre

Communs, mécanismes coutumiers
et « faisceau de droits »

10.1. Problèmes d'externalités et mécanismes coutumiers

10.1.1. La situation des communs : un cumul de problèmes d'externalités

Le travail d'Ostrom sur les communs s'appuie sur le caractère spécifique des institutions coutumières, qui permettent la coopération dans les contextes où le Léviathan est soit absent, soit inadapté. Or, comme nous l'avons déjà souligné, il est probable que cela revienne à expliquer l'origine même de la coopération, dévoilant quels mécanismes permettent de résoudre les problèmes successifs que des individus peuvent rencontrer dans leur tentative de s'associer. La situation pré-tragédie que Hardin décrit, où les communs sont absolument « libres d'accès » et ce sans problème aucun, paraît rendre la coopération inutile jusqu'à une augmentation de la population. C'est la raison pour laquelle la réflexion de Hardin a lieu dans un vide institutionnel complet, à l'image de toute modélisation du problème des communs comme un dilemme du prisonnier. Or, bien avant que l'augmentation de la population ou des conditions nouvelles créent la rareté d'une ressource, la coopération est nécessaire et représente un problème à résoudre. Même dans le cas minimal où des individus souhaiteraient uniquement avoir leur part d'une large ressource qui serait en libre-accès à proximité, n'ayant pas besoin de produire et d'entretenir ensemble des infrastructures spécifiques, différents problèmes de coordination pourraient émerger : par exemple, celui qui irait plus tôt que les autres récolter la ressource en question créerait inévitablement des conflits, si cette ressource n'était disponible que périodiquement.

Inversement, la « tragédie des communs » suppose qu'il n'existe aucune règle à ce sujet, et notamment aucune règle contraignant la quantité de ressources qu'un individu pourrait extraire de ce qui est « libre d'accès ». Chacun serait libre de prélever ce qu'il souhaite, sans aucune limite, en tout cas en situation d'abondance. Au contraire, on peut imaginer que les individus concernés n'accepteraient pas que d'autres, qui n'auraient pas plus de droits qu'eux à cette ressource, se permettent d'en extraire une part plus importante, ou comme on l'a déjà suggéré ci-dessus, se rendent sur le site d'une ressource à un moment qui leur permettrait de s'accaparer les meilleurs parts. En cas de rareté conjoncturelle, l'habitude collective de limiter les parts individuelles d'une ressource permettrait d'éviter un dilemme du prisonnier. En d'autres termes, il semble toujours nécessaire, pour tout groupe d'individu, même en cas d'abondance relative d'une ressource et de population faible, de trouver des moyens de réduire les *externalités négatives* qu'un comportement individuel pourrait causer. Plus généralement, les avantages, même ponctuels, que produit la coopération, devrait conduire les membres d'une telle communauté à avoir des se partager équitablement des ressources. L'habitude prise de

régler de tels problèmes de coordination, de coopération et de répartition des ressources viendrait alors changer le résultat de la « tragédie des communs ». La rareté de la ressource apparaît alors plutôt comme un test pour la robustesse des mécanismes censés assurer la coopération, que le moment où elle doit émerger.

Qui plus est, dans d'innombrables cas, plus complexes, une coopération directe et constante entre les individus est requise pour produire les infrastructures nécessaires à l'existence même d'une ressource et en assurer la maintenance. En effet, la mise en commun des efforts individuels est motivée par l'obtention de ressources qu'un individu isolé, voire un groupe de très petite taille, peinerait bien davantage à obtenir. Il est alors nécessaire d'assurer que chacun contribue *a minima* aux tâches de production et d'entretien d'une ressource. De nombreux dilemmes sociaux peuvent émerger dans ces situations, comme nous l'avons déjà souligné. En effet, le fait que des individus puissent profiter des infrastructures que les autres produisent paraît inacceptable, notamment si ce comportement se généralise. La construction et le maintien de canaux d'irrigation dont différents membres d'une même communauté dépendraient en est un exemple. Dans ce cas, les canaux sont un *bien public* dont chacun pourrait profiter de façon abusive, privant les autres de cette ressource, et ce de plusieurs façons : en prélevant davantage d'eau que permis si chacun doit en avoir une part suffisante pour que ses cultures survivent, ou bien en refusant de participer à l'entretien de ces canaux. Ces deux comportements conduisent toutefois irrémédiablement à l'effondrement du système et ne sont donc pas tolérables collectivement, bien qu'ils soient tentants individuellement. La structure des communs, notamment telle qu'elle est décrite par Ostrom, a la vertu de résoudre de tels problèmes, permettant de gérer ces différents problèmes d'externalités, positives comme négatives.

Le problème de la coopération apparaît de nouveau comme étant essentiellement un problème d'externalités, externalités qu'une autorité dotée de sanctions comme le Léviathan ne saurait empêcher, contrairement à ce que Hardin prétend dans la *La Tragédie des communs*. Or, quelle est la spécificité des externalités, qu'elles soient positives ou négatives ? Les externalités posent un problème moral et politique qui dépasse les catégories de la morale élaborées pour les interactions face-à-face¹⁰⁹⁹. Afin de le comprendre, il importe de donner à ce concept une acception plus large que celui qu'il possède en économie, lieu où il a pourtant émergé. En effet, le concept économique d'externalité désigne toute conséquence, positive ou négative, qui touche un agent pourtant extérieur à l'échange à l'origine de cette même externalité. L'agent

¹⁰⁹⁹ Voir Stéphane Chauvier, *Éthique sans visage. Le problème des effets externes*, Vrin, Paris, 2013 ; voir aussi Rutger Claassen, « Externalities as a basis for regulation: a philosophical view », *Journal of Institutional Economics*, 12 (3), p. 541-563.

en question, contrairement aux parties concernées par l'échange, n'a pas consenti à ces effets. Les externalités désignent ainsi toute conséquence *externe* à un échange, en dehors des termes définis par un contrat¹¹⁰⁰. On peut donc élargir ce concept à la notion, plus générale, « d'effets externes ». Si l'on considère que le principe de non-nuisance est moralement valide, alors les externalités posent un problème qui peut paraître insurmontable : comment prendre en compte les conséquences externes et non-intentionnelles de notre action ?

Il ne saurait être question de considérer que la responsabilité de l'individu est aussi grande dans le cas des externalités que dans le cas d'un méfait causé intentionnellement. La solution est de considérer que l'agent est responsable des effets externes de son action, mais à un degré moindre que celui des méfaits strictement intentionnels. Toutefois, la distinction entre ce qui est intentionnel et ce qui ne l'est pas ne recoupe pas celle entre effets internes et externes de notre action : nos actions ont des conséquences qui, si elles ne sont pas l'effet recherché directement par notre action et s'il n'est pas directement dans notre *intention* de les produire, sont pourtant *internes* à notre action, comme le fait de nuire à quelqu'un est impliqué par le fait de voler ses biens, même cette nuisance n'est pas le point focal de notre action. Un effet externe au sens propre sera plutôt produit par l'interaction entre notre action et notre environnement. Stéphane Chauvier distingue alors les effets externes directs, produits par cette seule interaction, des effets externes indirects, produits par l'interaction non seulement entre notre action et son environnement, mais aussi les actions d'autres individus. À chaque niveau, la responsabilité de l'individu vis-à-vis des effets de son action diminue.

Intéressons-nous à l'affirmation de Stéphane Chauvier selon laquelle la possession en commun d'un bien change nécessairement la perception qu'un individu peut avoir des effets externes de ses actions sur ce bien. La gestion collective d'une ressource produit une forme « d'intériorisation morale » des effets externes¹¹⁰¹. Il est plus précisément question des « biens de club », qui sont un type particulier de bien collectif dont la consommation respecte le principe de non-rivalité. La non-rivalité implique que consommer ce bien n'empêchera pas d'autres de le consommer aussi, il n'y a pas d'épuisement de la ressource en ce sens. Il est toutefois possible d'exclure un individu de l'utilisation de cette ressource, sans que les coûts de cette exclusion soient trop élevés. Un bien public est, lui aussi, non-rival, mais il est pratiquement impossible d'en exclure des individus. Enfin, les « communs » auxquels Ostrom s'intéresse sont des « *common-pool resources* » : il est extrêmement coûteux d'en restreindre l'accès et la

¹¹⁰⁰ James Edward Meade, *Theory of Economic Externalities. The Control of Environmental Pollution*, Sijthoff-Leiden, Geneva, 1973, p. 15.

¹¹⁰¹ S. Chauvier, *op. cit.*, p. 56-57.

consommation d'une ressource en diminue directement la disponibilité pour les autres exploitants. Ce sont donc des biens dits rivaux.

Si des mécanismes spécifiques permettent de développer une forme « d'intériorisation morale » pour les biens de club, ils seront d'autant plus essentiels pour les communs, car le fait qu'il s'agisse de biens rivaux augmente la pression qu'il faut exercer sur les individus pour éviter les externalités négatives et l'opportunisme envers les externalités positives. Les communs cumulent ainsi l'ensemble des problèmes d'externalités des biens collectifs. Ainsi, tout individu qui ponctionne une ressource ne peut le faire sans diminuer la part que d'autres pourront obtenir dans l'immédiat mais aussi sur le long terme. En effet, la surexploitation met en danger la disponibilité d'une ressource pour le futur. L'eau est un excellent exemple : si un propriétaire de rizière, placé en amont de l'écoulement de l'eau, s'accapare tout le flux, les autres n'en auront pas pour leurs propres cultures. De même, si une communauté se procure son eau grâce à un aquifère, la surexploitation, c'est-à-dire des prélèvements dépassant les capacités de renouvellement de la ressource, mettront en danger la possibilité d'irriguer des cultures ou d'avoir à disposition de l'eau potable pour les générations à venir. Aussi, le fonctionnement des communs repose, comme nous l'avons déjà remarqué, sur la fourniture de biens publics comme des infrastructures qu'il faut produire et maintenir en état, mais aussi sur l'imposition de sanctions à l'encontre de ceux qui ne respecteraient pas les règles d'exploitation, qu'il faut considérer comme un bien public. Tous ces biens publics produisent des conséquences positives indirectes, dont il est possible, pour un individu, de profiter sans y contribuer. La généralisation de ces comportements créateurs d'externalités négatives et des comportements opportunistes envers les externalités positives priverait toutefois l'ensemble du groupe de ces ressources et de ces biens publics.

10.1.2. Les insuffisances du droit et de la morale

Encore une fois, les communs soulignent les difficultés rencontrées par toute entreprise de coopération élémentaire. « Élémentaire » possède ici un sens fort : produire et/ou exploiter une ressource partagée est le défi premier que toute communauté humaine doit originairement relever. Pour utiliser une nouvelle fois le vocabulaire de Maine, la plus petite forme de collectivité humaine, la « communauté de village », que l'on peut imaginer comme un groupe d'individus établi sur un territoire défini, doit rendre possible l'exploitation des ressources malgré la tendance des individus à s'approprier des ressources de façon exclusive et ce sans la possibilité de recourir à une autorité centrale, extérieure, dotée de sanctions. Maine remarquait qu'on trouve là la fonction des règles du droit coutumier. Ajoutons que c'est aussi en considérant le

droit coutumier comme une réponse aux caractéristiques de ce problème fondamental de coopération que l'on est en mesure de comprendre sa nature et les formes qu'il peut prendre. Les ressources du droit moderne et celles de la seule morale ne paraissent pas tout à fait adaptées pour résoudre ce problème, comme le sont les institutions et les modes de régulation spécifiques de la coutume.

Le droit comme la morale, en tant que modes de régulation sociale, exigent un degré minimal de coopération déjà établi. Le droit, compris comme un ensemble d'institutions qui permettent à une autorité de faire un usage exclusif de la force pour sanctionner le non-respect des règles, est non seulement une production plus tardive que les premières collectivités humaines, mais c'est aussi un moyen peu adapté aux problématiques locales de la gestion des ressources. Les enjeux extrêmement localisés du maintien de la coopération supposent que les membres d'un même collectif puissent exercer des pressions directement les uns sur les autres, et que la capacité de sanctionner soit *interne* au groupe social. Ce sont des caractéristiques qui sont habituellement attribuées à la morale, et qui lui permettent d'assurer sa fonction de régulation sociale. La morale n'est en effet pas uniquement ce rapport individuel voire solipsiste à des obligations que l'on se donnerait à soi-même, comme semble le croire Hardin. Nos obligations morales émergent aussi des relations que nous entretenons et elles sont réciproques en cela. Le problème du caractère contraignant de ces obligations ressurgit toutefois : comment les individus peuvent être forcés à honorer ces obligations morales s'il n'existe pas de tierce partie pour les menacer de sanction et les obliger à respecter leurs engagements ? Deux éléments apparaissent nécessaires pour que cela soit possible : l'intériorisation des normes par les individus d'une part, et la possibilité pour eux d'agir les uns contre les autres, de se sanctionner mutuellement en cas de non-respect des règles de la coopération, d'autre part. Ces deux éléments sont en effet nécessaires à la survie de groupes sociaux en l'absence d'une autorité externe, mais aussi en sa présence : aucune autorité n'est en mesure de policer constamment la population dont elle a la charge, le respect *spontané* par les individus des normes sociales apparaît donc comme essentiel à la stabilité du corps social.

Ce problème est d'autant plus prégnant concernant les externalités. En effet, le degré moindre de responsabilité directe de l'individu, corrélé au fait que les externalités ne sont pas un mal que l'on fait volontairement, directement à l'autre, que l'on aurait alors face à nous, souligne combien la question des externalités est un problème ardu. Pousser un individu isolé à contribuer à la production et au maintien d'externalités positives dont il profite est coûteux et manque d'intérêt : après tout, l'impact de son manque de solidarité est faible sur la production d'un bien public comme sur son maintien. On retrouve ainsi le problème des externalités

négatives : l'activité d'un individu isolé aura des externalités négatives limitées sur la disponibilité d'une ressource pour les autres, mais c'est la multiplication de ces comportements individuels qui posera problème. C'est bien à partir de certains *seuils* que les externalités sont problématiques, ce qui dilue encore davantage la responsabilité individuelle que la simple considération du caractère non-intentionnel voir indirect des effets externes. La coopération dans la production et l'exploitation d'une ressource est donc un défi d'une extrême complexité, puisqu'il s'agit d'empêcher les individus d'agir d'une façon qui n'est rien d'autre qu'inoffensive à l'échelle strictement individuelle et simultanément destructrice quand elle est généralisée, sans pour autant pouvoir incriminer les individus comme pour des actes intentionnels de malveillance.

Deux éléments doivent donc se compléter dans cette optique, prenant en compte l'absence d'autorité extérieure. Tout d'abord, bien plus que d'être seulement capables d'exercer une pression morale les uns sur les autres, les individus doivent pouvoir se surveiller et s'infliger mutuellement des sanctions. Dans le langage de la théorie des jeux, il est possible de dire que les menaces de sanctions qu'ils font peser les uns sur les autres doivent être « crédibles », se référant à la notion de *credible commitment*. Le fait qu'un individu sache que ses actions peuvent avoir des conséquences négatives pour le croire et que le collectif s'attend à qu'il s'en abstienne n'est pas suffisant. La non-conformité aux conditions de la coopération étant toujours envisageable, un ensemble de mécanismes de sanction et de résolution des conflits, internes à la communauté, demeure nécessaire. Toutefois, un deuxième élément est tout aussi essentiel : « l'intériorisation morale », par les individus, des conséquences de leurs actions, notamment de leurs effets externes. En effet, des sanctions internes ne sauraient être appliquées strictement et fréquemment sans mettre en danger l'équilibre interne d'une communauté. L'obéissance spontanée et généralisée aux règles rendant possible la gestion de ressources en commun répond à ce problème de deuxième niveau, mais en rien secondaire. L'« intériorisation morale » dont il est question apparaît donc comme une *disposition* généralisée mais *conditionnelle* des individus à prendre en compte les externalités de leurs actions. Or, la structure même des communs tels qu'ils sont décrits par Ostrom, ainsi la littérature sur laquelle elle s'appuie, explique à la fois comment le développement d'une telle disposition est à la fois nécessaire et possible dans ce cadre contraignant, où la coopération apparaît pourtant comme immédiatement compromise.

10.1.3. Externalités, coercition mutuelle et droit coutumier

Bien qu'Ostrom ne s'exprime pas dans ces termes, ses réflexions soulignent que la coopération ne saurait être un fait simplement *émergent* de la répétition des interactions ou des

bénéfices directs de la coopération immédiate. La théorie des jeux montre en effet la possibilité pour des individus de coordonner leurs actions immédiatement sans contrainte dans certains contextes, permettant ici l'apparition de conventions qualifiées « d'auto-exécutoires », comme celle des sens de circulation sur les routes. Ces cas sont cependant insuffisants pour expliquer les situations où la coopération a lieu alors que les individus auraient un intérêt à négliger les conséquences de leur comportement sur les autres. Il faut insister sur la distinction, essentielle à notre propos, entre de simples conventions et des normes sociales¹¹⁰². Les premières ne présentent pas nécessairement un problème de coopération, dans la mesure où il suffit que les individus coordonnent leurs actions pour en profiter collectivement. Les normes sociales impliquent toutefois systématiquement que les individus doivent sacrifier un gain éventuel et qu'ils se sentent contraints, pour le bien collectif, à ne pas le faire. Penser correctement ce qu'est « le droit coutumier » implique de prendre cette distinction en compte. En effet, le flou conceptuel qui peut persister entre « coutume » et « droit coutumier » prend racine dans l'incapacité à établir une claire distinction entre les « coutumes », au sens de simples conventions, et un droit coutumier qui serait un système spécifique de mécanismes de régulation sociale qui ne se confondrait pas avec le droit. Le fait que l'expression « droit coutumier » ait pu fréquemment renvoyer à une simple région spécifique du corpus juridique moderne ajoute à cette confusion, ce qui peut nous conduire à préférer les expressions « ordres coutumiers » ou « systèmes coutumiers ».

Par conséquent, dans les mots d'Ostrom, il est insuffisant, pour expliquer la coopération, que la « réputation » des individus soit essentielle, et que les individus partagent des normes communes dans certains contextes, concernant notamment le respect de leurs engagements mutuels. Elle s'appuie pour le confirmer sur une première évidence : les mécanismes coutumiers impliquent un coût que les communautés n'engageraient pas s'il était inutile¹¹⁰³. Cette question du coût est encore plus centrale que cela : c'est autour d'elle que tourne la possibilité voire la spécificité même des ordres coutumiers et des communs tels qu'ils sont décrits par Ostrom. En effet, si les individus doivent se surveiller et se sanctionner mutuellement, on peut supposer qu'aucun individu n'acceptera de le faire en raison des coûts occasionnés. Comme nous l'avons

¹¹⁰² Voir C. Bicchieri, *Norms in the Wild*, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁰³ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 93-94 :

It is obvious from our case studies, however, that even in repeated settings where reputation is important and where individuals share the norm of keeping agreements, reputation and shared norms are insufficient by themselves to produce stable cooperative behavior over the long run. If they had been sufficient, appropriators would have avoided investing resources in monitoring and sanctioning activities.

déjà souligné, une sanction à l'encontre d'un individu non-coopérateur a un coût pour celui qui l'applique et elle est un « bien public » dans la mesure où tous profitent de ses effets sans avoir intérêt à en supporter les coûts. Le fait d'externaliser cette fonction envers une autorité qui aurait elle-même un intérêt intrinsèque à la remplir est une des raisons qui expliquent le caractère extrêmement pratique du « Léviathan ». La seule autre solution semble être un investissement constant, diffusé parmi tous les individus, dans la surveillance des uns par les autres. Toujours pour utiliser le vocabulaire économique, les *coûts de transaction* d'un tel système semblent exorbitants, tellement exorbitants qu'ils pourraient menacer les fondements de la coopération, notamment parce que l'utilisation trop fréquente et injustifiée de sanctions paraît être une menace constante¹¹⁰⁴. Les coûts de transactions d'un tel système sont-ils cependant si exorbitants et, s'ils ne le sont pas, le contexte des communs permet-il aux membres d'un collectif de se contraindre mutuellement à participer à leur « financement » ?

Selon Ostrom, il s'agit là du « nœud du problème », et les résultats que l'on obtient sont « surprenants » : non seulement la surveillance et l'application des sanctions sont assurées par et envers les acteurs d'une même collectivité, de façon réciproque plutôt que par une autorité externe, mais le taux d'utilisation des sanctions est en réalité assez faible, ce qui tend à souligner un degré important d'intériorisation des normes, bien que ce ne soit pas l'objet de ses propos¹¹⁰⁵. Prenons l'exemple d'un système d'irrigation, où un individu pourrait être tenté de retenir l'eau sur sa parcelle pour en bénéficier davantage que les autres. Le premier intéressé par les conséquences de cette action n'est autre que le voisin. Or, le voisin est immédiatement en possession des informations concernant les irrégularités de comportement de son propre voisin. Il a aussi un intérêt direct à reporter cet abus, voire à sanctionner directement l'opportuniste. Un système d'irrigation suppose en général, pour que chaque parcelle profite de l'eau, de pouvoir en arrêter temporairement le flux. Des vannes séparent donc généralement les parcelles voisines. Un individu mécontent de voir son voisin accaparer davantage d'eau qu'il ne le devrait pourrait tout à fait s'attaquer à la vanne séparant la parcelle de ce dernier de la sienne, tout comme les pêcheurs peuvent s'associer pour détruire le matériel d'autres pêcheurs qui utiliseraient par

¹¹⁰⁴ Voir J. Elster, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁰⁵ E. Ostrom, *Governing the Commons, op. cit.*, p. 94 :

(...) we are at the crux of the problem – and with surprising results. In these robust institutions, monitoring and sanctioning are undertaken not by external authorities but by the participants themselves. The initial sanctions used in these systems are also surprisingly low. Even though it is frequently presumed that participants will not spend the time and effort to monitor and sanction each other's performances, substantial evidence has been presented that they do both in these settings.

exemple des filets trop serrés, ce qui ne permettrait pas à la ressource de se renouveler dans le futur en laissant échapper certains poissons.

Les différents coûts de la surveillance mutuelle (« *mutual monitoring* ») et notamment les coûts d'information si problématiques pour une autorité externe distante, sont donc bien inférieurs à ce à quoi l'on pourrait s'attendre. La topologie même des communs, dans différentes situations, a pour conséquence que les individus ayant le plus la possibilité de surveiller et de contrôler leurs voisins sont aussi ceux ayant le plus d'intérêt à le faire. Soit les coûts de la surveillance réciproque sont faibles, soit les bénéfiques aux individus concernés sont plus importants, ou bien les deux simultanément. Ainsi, comme l'exprime Ostrom « la surveillance est un produit dérivé de leur forte motivation personnelle » à voir le cycle de circulation de l'eau respecté, dans le cas des systèmes d'irrigation¹¹⁰⁶. Par conséquent, prenant à contre-pied le modèle de Hardin et son exemplification par la communauté d'éleveurs de troupeaux qui s'achemineraient nécessairement vers une « tragédie » collective, Ostrom remarque qu'en situation réelle, les éleveurs ont considérablement plus d'informations et de moyens d'action que le Léviathan, et qu'ils sont motivés à agir du fait de leur « propre intérêt ». Imaginant qu'ils auraient pu s'accorder unanimement sur les termes d'un contrat, comme elle le proposait elle-même ultérieurement, Ostrom en vient à la conclusion que les agents concernés n'auraient aucun besoin de recourir à un agent extérieur privé qui assurerait la surveillance des membres de la communauté : ils assureraient eux-mêmes ces tâches¹¹⁰⁷. La dilution de responsabilité que prédisait Hardin est défaite par l'intérêt « égoïste » que chacun a à défendre ses droits sur la ressource collective, et sans un système de propriété individuelle exclusive¹¹⁰⁸. La « moralisation » qui a lieu n'est donc pas la conséquence des considérations isolées des individus par rapport à leur « devoir », conçu comme une forme d'impératif catégorique, mais provient plutôt d'un système d'obligations réciproques, émergeant des interactions. Comme nous tâcherons de l'expliquer ultérieurement, la structure en « faisceau de droits » de la propriété joue, dans le contexte des communs, un rôle crucial pour rendre la coopération possible en responsabilisant ainsi les individus.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 95.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 17.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 20 :

Cheating on the system will be observed by the very fishers who have rights to be in the best spots and will be willing to defend their rights using physical means if necessary (...) Although this is not a private-property system, rights to use fishing sites and duties to respect these rights are well defined.

La coopération n'est donc ni un phénomène spontané ni le résultat d'une nature humaine désintéressée, mais plutôt de la capacité des individus, au sein d'une communauté au périmètre limité, d'appliquer différents mécanismes de surveillance et de sanction internes de façon à la fois peu coûteuse et motivée, du fait de leurs intérêts propres. La littérature sur laquelle Ostrom s'appuie permet d'insister sur l'efficacité, la multiplicité et la variété de ces différents mécanismes. Les travaux de Margaret McKean sur les communautés des montagnes japonaises sont particulièrement éclairants¹¹⁰⁹. Ce contexte, où les paysans cultivent leurs terres de façon privée tout en exploitant en commun les biens issus de la forêt, illustre parfaitement le foisonnement de règles concernant la gestion collective des ressources, que Maine considère comme étant le périmètre naturel du droit coutumier. Les droits aux ressources étant accordés non pas directement à des individus mais à des maisonnées, les *kumi*, le rapprochement avec les communautés de village de Maine est encore plus frappant. Ce parallèle est d'autant plus permis qu'il existe déjà des comparaisons entre les communautés de village de Maine et celles du Japon à son époque¹¹¹⁰. Par exemple, la récolte des herbes sauvages a lieu le même jour, les représentants des différentes familles étant répartis à intervalles réguliers sur la zone de coupe, la récolte finale étant ensuite distribuée par lots grâce à un tirage au sort. Ceux qui seraient tentés de se soustraire à ces règles, par exemple en se rendant sur le lieu de coupe subrepticement et avant les autres familles, seraient immédiatement repérés car l'accès à la montagne est normalement fermé la plupart de l'année. Aussi, dans le cas où des individus refuseraient de contribuer aux travaux de maintenance nécessaires pour la collectivité, des sanctions pourraient être appliquées, à moins qu'ils n'aient une excuse valable¹¹¹¹.

De tels systèmes semblent alors se distinguer par une diffusion généralisée de la faculté de sanctionner et par une certaine *circularité* qui permet de donner un contenu à l'idée, trop générale, de pression par les pairs. Chaque membre de la communauté est simultanément engagé dans un travail de surveillance de ses pairs et se trouve lui-même surveillé. Il ne s'agit toutefois pas d'une simple pression morale à se conformer à des règles communes : comme nous l'avons déjà remarqué, celui qui surveille son voisin est aussi systématiquement celui qui a un intérêt personnel direct à le faire. Certains des villageois peuvent aussi être engagés pour patrouiller régulièrement et reçoivent des compensations substantielles s'ils repèrent des

¹¹⁰⁹ Voir Margaret A. McKean, « Management of Traditional Common Lands (*Iriaichi*) in Japan », in *Proceedings of the Conference on Common Property Resource Management*, National Research Council, National Academy Press, Washington, D. C., 1986, p. 533-589 ; M. A. McKean et Thomas R. Cox « The Japanese Experience with Scarcity : Management in Traditional Common Lands », *Environmental Review*, 6, p. 63-91.

¹¹¹⁰ J. Soyeda, *A Comparison between Japanese Village Communities and those Described by Sir Henry Maine*, Cambridge University Press, Cambridge, 1886.

¹¹¹¹ M. A. McKean, « Management of Traditional Common Lands », *op. cit.*, p. 559.

fraudeurs. Dans une note, Ostrom fait référence à des systèmes où les gardes peuvent être payés une part proportionnelle de la récolte, ce qui leur donne une incitation directe à s'assurer que le système demeure aussi stable que possible¹¹¹². Le fait que certains individus se voient confier un rôle de police ne remet toutefois pas en cause le fait que ces systèmes soient essentiellement horizontaux, dans la mesure où les « gardes » en question sont dans une relation d'intérêt réciproque avec les exploitants et dépendent directement d'eux. Les exploitants se surveillent entre eux et ils surveillent aussi les gardes qui surveillent les exploitants. Ce que nous appelons *circularité*, Ostrom préfère le qualifier de « réciprocité », bien que ce terme ne paraisse pas aussi descriptif que le précédent. Cela est illustré par la structure des relations au sein des *huertas* de la région de Valence, exemple déjà utilisé par Laveleye, comme nous l'avons vu¹¹¹³. Dans un environnement où l'eau est une ressource précieuse et rare, les exploitants ont un intérêt direct à s'assurer que les règles d'utilisation du système d'irrigation sont strictement respectées par leurs pairs. Ces règles, notamment en période de stress hydraulique, sont que chacun reçoit une part de l'eau qui ne doit être utilisée que vers les parcelles qui en ont un besoin immédiat, donc avec parcimonie. Celui dont le tour est venu de recevoir l'eau se tiendra naturellement près des vannes qui font rentrer l'eau dans sa parcelle, sans quoi il devrait attendre la prochaine rotation. Des agents, les « *ditch-riders* », rémunérés par l'ensemble des exploitants qui ont tous un intérêt personnel à ce qu'ils fassent un bon travail, suivent l'eau sur son trajet et s'assurent que chacun ne prélève que ce dont il a besoin.

La zone couverte par les *huertas* étant large, des conflits impossibles à résoudre localement peuvent émerger ponctuellement et des institutions sont chargées de les régler, certaines d'entre elles remplissant cet office depuis presque mille ans¹¹¹⁴. Dans la région de Valence, les exploitants sont organisés en syndicats locaux et mettent en place des tribunaux de type coutumier, comme le *Tribunal de las Aguas*, grâce auquel les exploitants jugent les conflits entre exploitants, ou bien entre les exploitants et leur syndic. Les syndicats fonctionnent différemment selon les époques et les lieux, mais ils sont généralement élus et tenus pour responsables devant leurs pairs, qui sont les exploitants. Le syndic élu est celui ayant proposé le plan d'irrigation le plus efficace et le moins coûteux, proposition qui a valeur d'engagement envers les exploitants¹¹¹⁵. Ces institutions, sorte de conseils ou de tribunaux coutumiers, ne remettent toutefois pas en cause l'horizontalité du système. En somme, comme Ostrom l'exprime succinctement,

¹¹¹² E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 96, note 40, détaillée p. 230.

¹¹¹³ Arthur Maass et Raymond Lloyd Anderson, ... *and the Desert Shall Rejoice : Conflict, Growth and Justice in Arid Environments*, MIT Press, Cambridge, 1978.

¹¹¹⁴ E. Ostrom, *op. cit.*, p. 69.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, voir note 12, p. 71.

« tout le monde surveille tout le monde » (« *everyone is watching everyone else* ») et la circularité typique de ces systèmes coutumiers est illustrée dans la structure des *huertas* de Valence, ainsi schématisée¹¹¹⁶ :

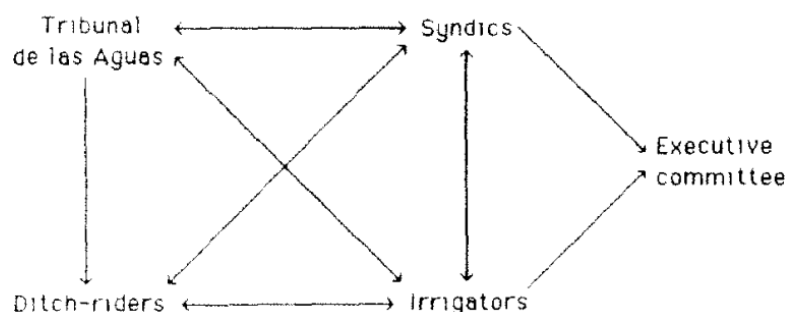


Figure 3.2. Patterns of monitoring and accountability among key actors in the Valencia *huerta*.

Cette circularité entre les différents acteurs collectifs est à l'image de la diffusion de la surveillance et des moyens de sanctionner (ou d'exiger des sanctions) parmi les membres d'une communauté. Dans les villages japonais cités plus tôt, par exemple, tout villageois est autorisé à rapporter aux autres les infractions et à demander qu'elles soient sanctionnées, et nombreux sont ceux qui remplissent à un moment de leur vie le rôle de « détective » pour signaler les infractions, puisqu'il s'agit d'une fonction tournante. Un rapport d'infraction rend les villageois légitimes, en tant que collectif, à se saisir des biens mal acquis ainsi que des biens du paysan incriminé, qu'il ne pourrait récupérer qu'en payant une amende, le tout sans l'intervention d'une autorité extérieure contraignante¹¹¹⁷.

10.1.4. Sanctions, circularité et « redondance »

À la réciprocité, que nous préférons qualifier de circularité, Ostrom ajoute incidemment une autre propriété des systèmes de surveillance et de sanction coutumiers : la *redondance* (« *redundancy* »)¹¹¹⁸. Ce terme n'est utilisé qu'une fois et de façon purement descriptive pour Ostrom, mais il nous paraît être une qualité essentielle des systèmes coutumiers dans leur rapport à la sanction, qui qualifierait de manière appropriée la façon dont les systèmes coutumiers sont caractérisés par une *distribution redondante* de la capacité à sanctionner, ou plutôt à faire

¹¹¹⁶ *Ibid.*, p. 74.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, p. 68.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, p. 96 :

Because the appropriators tend to continue monitoring the guards, as well as each other, some redundancy is built into the monitoring and sanctioning system. Failure to deter rule-breaking by one mechanism does not trigger a cascading process of rule infractions, because other mechanisms are in place.

un usage légitime de la force. La redondance ici ne signifie pas la répétition inutile. Dans le cadre de la biologie, de l'informatique ou de l'ingénierie, la redondance désigne la duplication de certains composants essentiels d'un mécanisme ou d'un organisme, afin d'en augmenter la stabilité. La redondance n'est donc pas une répétition inutile, mais plutôt une forme de sécurité.

Qu'est-ce que cette propriété signifie dans ce cadre ? Les systèmes coutumiers se caractérisent par trois éléments que nous avons déjà étudiés : l'absence d'une autorité externe, la surveillance et les châtiments réciproques ainsi que la foi des individus dans le respect par les autres des règles, liée à une forme d'intériorisation des normes sociales. En effet, il est impossible que les individus se sanctionnent mutuellement en permanence, car le système s'écroulerait. Il faut donc que le nombre de sanctions soit faible, que les sanctions elles-mêmes soient mesurées et graduelles, et inversement que le taux d'obéissance aux règles soit fort. Néanmoins, si tout ceci est fondé sur la croyance de chaque individu dans l'efficacité du système et le respect de ses règles par les autres, alors le simple constat, par un individu, que certains fraudeurs ne sont pas punis pourrait faire s'effondrer l'essentiel du système. C'est, en somme, la critique que Hardin adresse à un système qui serait construit sur le partage, par tous les membres d'un collectif, d'un sentiment d'obligation morale à modérer leur exploitation d'une ressource. En effet, si pour Hardin il n'est pas du tout impossible qu'un grand nombre d'individus puisse réaliser qu'il est dans leur intérêt collectif de pratiquer la retenue, constater qu'un seul d'entre eux ne s'y contraint pas, hypothèse somme toute raisonnable, ne pourrait que les inciter à ne pas respecter les règles non plus, au nom de leur plus simple intérêt personnel.

Le caractère circulaire de la surveillance et des sanctions réciproques dans les communs répond déjà en grande partie à ce problème. Il nous semble cependant que, derrière le terme de *redondance*, une propriété essentielle des systèmes de droits coutumiers se dissimule, au point que ce concept pourrait être chargé de davantage de significations que ne lui en donne Ostrom. Ce qui est redondant, c'est la capacité des individus à notifier les entorses à la règle et à agir *légitimement* à l'encontre des fraudeurs. La fonction de police et ses prérogatives, qui sont externalisées dans des systèmes plus complexes, est entre les mains de chacun. Est-ce à dire que les individus pratiquent la loi du Talion et que la violence menace constamment d'éclater ? Au contraire, le fait que les sanctions soient rarement utilisées et le soient de façon graduée dans les systèmes de communs indique le contraire. Ostrom et la littérature sur laquelle elle s'appuie soulignent qu'au contraire, en plus du faible nombre de cas de non-respect des règles, les cas de conflits violents sont rares, malgré l'importance des enjeux. Seules certaines actions de représailles, comme la destruction d'un filet aux mailles trop serrées ou la confiscation de matériels de semailles, sont autorisées. En d'autres termes, les membres du collectif sont dépositaires

du droit d'utiliser la force *légitimement*, c'est-à-dire en réponse à certaines actions et selon certains modes uniquement. Ce droit, au lieu de constituer un monopole de la violence légitime, est diffusé au sein du collectif, presque jusqu'à se retrouver dans les mains de tous, sans qu'il soit cependant nécessaire d'y avoir recours.

Cette analyse du fonctionnement des communs et des systèmes coutumiers rejoint les réflexions de Christoph Kletzer dans son ouvrage *The Idea of A Pure Theory of Law*¹¹¹⁹. Christoph Kletzer considère en effet que l'opération première du droit, y compris dans ses formes les plus simples, n'est pas d'appliquer des sanctions suite au non-respect de commandements prenant la forme d'impératifs moraux (« Ne vous accaparez pas la propriété des autres »). Plutôt que la sanction, avec laquelle la théorie du droit entretient une relation remplie de contradictions¹¹²⁰, Kletzer focalise son attention sur la force, qui serait « l'attribut premier » du droit¹¹²¹. Plus précisément, le droit serait une « formation normative qui ordonne la société en permettant l'usage de la force ou de la violence »¹¹²². Le « germe » du droit serait de déclarer certains usages de la force légitimes, et ce notamment à l'encontre d'activités ou d'usages légitimes de la force, bien avant qu'il n'existe des institutions possédant le monopole de la faculté de sanctionner¹¹²³. Il y aurait ainsi continuité entre les systèmes coutumiers et le droit moderne. En effet, le droit coutumier peut déclarer qu'il est légitime de faire usage de la force pour défendre sa propriété ou, à un stade plus développé du système, de faire appel à une force de police. La fonction du droit n'est donc pas, grâce à des sanctions considérées comme secondaires, de garantir le respect de certains commandements adressés aux individus, mais plutôt d'opérer un tri parmi les différents usages de la force, en considérant certains comme légitimes, et d'autres pouvant être contrés par l'usage, légitime, de la force. Par conséquent, la déclaration « l'usage de la force contre ceux qui s'accaparent la propriété des autres est légitime » illustre la forme originelle de l'opération normative que propose le droit, à l'inverse d'un modèle, que Kletzer appelle la « *demand theory* », selon lequel ce qui primerait serait le commandement « ne vous accaparez pas la propriété des autres », qui serait garanti dans un deuxième temps par l'addendum « ceux qui s'accapareront de la propriété des autres seront donc punis ». Par conséquent, le mode d'expression déontique premier du droit n'est pas l'obligation, mais plutôt la

¹¹¹⁹ Christoph Kletzer, *The Idea of a Pure Theory of Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2018.

¹¹²⁰ Voir M. Goëtzmann, « Christoph Kletzer, *The Idea of a Pure Theory of Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2018 », *Droit & Philosophie*, « Recensions », mis en ligne le 11 janvier 2019.

¹¹²¹ C. Kletzer, *op. cit.*, p. i.

¹¹²² *Ibid.*, p. 6.

¹¹²³ *Ibid.*, p. 25.

permission, qui permet de canaliser la violence pour en transformer certaines manifestations en usage légitime¹¹²⁴.

Cette analyse semble éclairer et à la fois être confirmée par la redondance de la faculté, non plus tout à fait de sanctionner, mais à faire un usage légitime de la force au sein des communs et des systèmes coutumiers. Le terme de sanction n'apparaît en effet pas adéquat pour décrire ce qu'Ostrom, Maine et Christoph Kletzer paraissent avoir à l'esprit en commun : il paraît impliquer la concentration de l'usage légitime de la force dans les mains d'une personne. Ici, plutôt, certaines des règles du collectif légitiment des usages préexistants de la force, tout en interdisant d'autres, mais le terme de sanction ne paraît pas convenir à cette configuration. L'idée de redondance explique aussi partiellement le fait que l'absence d'une autorité du type Léviathan n'empêche pas de telles collectivités de fonctionner, et que cette diffusion de la légitimité de l'usage de la force parmi tous les membres du collectif ne conduise pas à un cycle de violence. Cette diffusion n'est pas une multiplication désordonnée du droit d'user de la force, elle obéit aussi à des règles et de nombreux usages de la force demeurent illégitimes. Elle permet aux acteurs d'être assurés que quelqu'un, si ce n'est eux, pourra signaler toute activité illicite et qu'un usage légitime de la force pourra être fait pour y mettre fin. Cette diffusion a donc nécessairement un rapport avec le maintien, chez tous les individus, de la croyance au fait que les autres membres du collectif respectent aussi les règles, croyance absolument vitale dans un système où le simple soupçon que les règles ne sont pas respectées pourrait être destructeur. Le caractère circulaire de ces systèmes leur permet aussi d'atteindre un *équilibre* naturel.

Rappelons-nous les réflexions de Maine concernant l'ancien droit irlandais où, sans autorité externe, les différentes parties sont conduites, d'une part, à accepter un jugement et, d'autre part, à prendre en compte le coût d'une plainte infondée. Dans le cas du « *replevin* », la saisie par le plaignant des biens d'un prétendu fraudeur est un usage direct mais légitime de la force. L'accusé peut reprendre ses biens s'il accepte de se soumettre à une médiation qui n'est pas en soi contraignante, le « juge » n'ayant pas avec lui la capacité de mettre directement en application des sanctions. Le plaignant est cependant invité à la prudence, car il pourrait payer cher un procès mal intentionné. Un équilibre est donc trouvé grâce à l'intérêt propre de chacun des acteurs, et ce à différents niveaux de la vie de la communauté. Aussi, le caractère circulaire des relations de surveillance et de sanction fait que chacun de ces acteurs exerce des pressions directes sur les autres qui peuvent en exercer sur lui en retour. Ces pressions sont crédibles grâce à la nature redondante du système, c'est-à-dire au caractère *diffus* de la possibilité d'avoir

¹¹²⁴ *Ibid.*, p. 72.

recours à la force de manière *légitime*, qui n'équivaut en rien à un état de nature où chacun pourrait faire usage de la force à l'encontre des autres, comme il l'entend.

10.2. Apprendre à coopérer : communs et confiance

10.2.1. Sanctions, confiance et disposition à la coopération

La stabilité des communs est assurée grâce aux mécanismes coutumiers qui permettent aux intérêts individuels de s'équilibrer, grâce à la circularité du système et au caractère redondant de la faculté à sanctionner. D'une façon presque paradoxale, la diffusion de la capacité à sanctionner parmi tous les membres du collectif conduit à un équilibre où le recours à la sanction n'est pas nécessaire et où il devient effectivement rare. Si des sanctions sont appliquées, elles ne le sont que de façon graduée, en fonction du contexte de la faute, et le recours aux sanctions les plus fortes, ainsi qu'au jugement de tierces-parties, est évité autant que possible. Il ne s'agit toutefois pas d'un simple effet collatéral de la façon dont ces systèmes sont organisés, mais bien plutôt d'une nécessité : comme nous l'avons déjà remarqué, recourir aux sanctions de façon fréquente serait en effet dangereux pour un collectif dont les membres doivent fréquemment coopérer de façon directe. Le manque d'une autorité extérieure rend aussi le système vulnérable face à ceux qui décideraient de façon unilatérale de cesser de coopérer. Les communs semblent donc souffrir de limites intrinsèques : d'une part, circularité et redondance ne peuvent agir que comme des garanties en dernière instance de la coopération et ne sauraient être mobilisées constamment pour sanctionner ; d'autre part, même avec de telles garanties, l'équilibre atteint semble précaire en l'absence d'une autorité externe dotée de sanction. En effet, il semble nécessaire, malgré les mécanismes en place, que l'immense majorité des membres du collectif obéisse spontanément aux règles nécessaires pour la gestion en commun de ressources.

Circularité et redondance ne sont donc pas efficaces au moment où elles sont effectives et où la force est utilisée contre ceux qui refuseraient de coopérer : elles trouvent plutôt leur efficacité dans leur capacité à développer chez les individus une disposition contingente à la coopération, liée à une confiance dans la réciprocité de cette coopération et dans sa diffusion dans l'ensemble du collectif. Ostrom suggère cette idée sans réellement la développer lorsqu'elle relève que, dans les communs les plus fonctionnels, la circularité du système favorise la confiance dans son efficacité face aux fraudeurs. La surveillance réciproque généralisée qui est au fondement de cette circularité a en effet une conséquence directe : les membres du collectif ont un accès immédiat aux informations concernant le taux général de respect des règles (*compliance rate*) par les autres membres du collectif et l'efficacité des sanctions si elles sont appliquées. Chaque membre du collectif a ainsi directement accès à la confirmation empirique de l'efficacité normative du système, confirmation qui alimente une confiance dans le

caractère réciproque de la coopération. Ce qu'Ostrom présente comme caractéristique de ces systèmes parmi d'autres nous paraît au contraire centrale et permet de souligner le rôle des communs et des systèmes coutumiers dans l'apprentissage de la coopération par le développement de dispositions sociales.

Une telle réflexion permet avant tout de relativiser la centralité de la menace effective de sanctions dans la possibilité de la coopération. L'obéissance à une norme n'a en effet pas de rapport direct ou simple avec le risque de sanction, risque pourtant central dans le « calcul » que fait l'agent qui se soumet au Léviathan dans une pensée du type de celle de Hardin. Ostrom fait d'ailleurs une référence quelque peu inattendue aux travaux concernant les faibles taux de fraude fiscale aux États-Unis : comme le montre par exemple Margaret Levi, d'un point de vue strictement rationnel, il est surprenant que les contribuables américains payent leurs impôts si l'on considère que le risque de sanction est faible en cas de fraude effective¹¹²⁵. Si la peur d'une sanction effective constituait la motivation principale à obéir à l'impératif de payer ses impôts, aucun individuel « rationnel » ne devrait le faire. Rationnel signifie ici que l'individu est concerné uniquement par ses intérêts propres et directs et qu'il ne serait « responsable » selon la définition de Hardin, que de ce qui porte atteinte à ces intérêts-là et à aucun autre. Or, selon Margaret Lévi, on peut considérer que la contribution par les impôts est « quasi-volontaire » de la part des individus, volontaire signifiant que l'on accepte de faire quelque chose sans contrainte. Rappelons à ce propos la remarque de Maine concernant le caractère « volontaire » de la juridiction des anciennes cours de justice irlandaises : le système est construit de manière à pousser les individus à se soumettre à une procédure d'arbitrage d'une part, et à en accepter les décisions d'autres part, alors que la cour n'a pas les moyens de faire appliquer ses décisions elle-même¹¹²⁶.

La contrainte étant distante et peu probable, mais demeurant une possibilité, on peut alors parler d'obéissance « quasi-volontaire », terme qu'Ostrom propose d'utiliser pour les communs¹¹²⁷. Ce « quasi » met en valeur toutes les limites du raisonnement de Hardin, qui postule à la fois que les individus ne peuvent être responsables que de ce qui touche à leurs seuls intérêts et que des sanctions externes sont nécessaires pour contraindre à la coopération. Le fait que des individus puissent accepter de payer leurs impôts fait signe vers une acceptation de l'impératif de coopérer qui ne repose pas sur la menace directe d'une sanction, ce qui porte atteinte à l'argument de Hardin selon lequel la « moralisation » des individus est inefficace.

¹¹²⁵ M. Levi, *op. cit.*, chap. 3.

¹¹²⁶ *Lectures on the Early History of Institutions, op. cit.*, p. 286.

¹¹²⁷ M. Levi, *op. cit.*, p. 53. Nous traduisons. Voir aussi E. Ostrom, *Governing the Commons, op. cit.*, p. 94.

Hardin a toutefois raison d'affirmer que cette moralisation n'a pas lieu de manière isolée, dans les strictes limites de la conscience morale individuelle : cette moralisation prend la forme d'une disposition contingente à coopérer qui permet d'éviter d'avoir recours à la sanction comme contrainte principale pour forcer les individus à agir en faveur du bien collectif, et qui suppose une certaine confiance dans l'efficacité normative du système.

Le fait que le problème fondamental de la coopération soit avant tout un problème d'externalités, comme nous l'avons déjà souligné, permet de comprendre pourquoi le développement d'une telle disposition est une nécessité pour tout système. Payer ses impôts a en effet tout d'un problème d'externalités multiples : tout d'abord, celui qui paye ses impôts contribue fréquemment à financer des biens qui ne lui profiteront pas directement, notamment dans le cas d'un système centré sur la redistribution ; ensuite, les biens financés grâce aux impôts sont fréquemment des biens publics, comme une défense nationale ou des routes, c'est-à-dire qu'il est difficile que l'on en soit exclu même si l'on se refuse à les financer, enfin, la question des sanctions revient d'une façon similaire à celle des communs, car aucune administration ne pourrait avoir les moyens suffisants pour que ces sanctions soient effectives en cas de fraudes massives. En d'autres termes, le système ne peut fonctionner que si les individus sont disposés à obéir à des normes sociales, donc à faire preuve d'une forme de désintéressement, même si la probabilité qu'ils soient effectivement sanctionnés est faible, surtout dans le cas où les fraudes seraient nombreuses. Les sanctions ne sont cependant pas inutiles, bien au contraire : elles rappellent la norme commune. Les voir appliquées ponctuellement confirme à tous l'efficacité du système, d'où l'importance pour le système fiscal de « médiatiser » certains procès pour fraude. Cela explique que la coopération individuelle soit *contingente* et *conditionnelle* : il faut que les agents perçoivent, d'une part, que l'objectif collectif est atteint et, d'autre part, que les autres contribuent à son accomplissement. Ostrom insiste clairement sur cette notion de perception, probablement pour souligner qu'il n'est pas possible, à chaque instant, que les individus soient certains que tous les autres coopèrent : il leur suffit de percevoir la coopération comme un fait établi et réciproque. C'est pourquoi la notion de confiance est à même de décrire cette prise de risque raisonnée, qui n'est pas directement fondée sur des preuves empiriques.

Par conséquent, les sanctions ne jouent pas le rôle de motivations à coopérer, elles sont plutôt, dans l'état fédéral étatsunien comme dans les anciens communs espagnols, une garantie que la coopération n'est pas vaine, et que l'on peut avoir confiance dans les autres pour coopérer aussi, confiance qui est, dans le cadre des communs comme d'un État moderne, produite institutionnellement. Néanmoins, tout parallèle implique des différences potentielles : en quoi la nature circulaire du système de surveillance et de sanctions réciproques fait-elle la spécificité

des communs ? Nous l'avons déjà indiqué : les communs, par le fait qu'ils permettent aux individus d'avoir une confirmation empirique de l'efficacité normative du système, rendent possible, pour les individus, de se faire confiance mutuellement à un moment où la coopération est fragile. Le système fiscal étatsunien bénéficie quant à lui d'une société dans laquelle la coopération est un paramètre par défaut, même en l'absence de confirmation empirique directe de la réciprocité de cette coopération et de l'application de sanctions contre les fraudeurs. Au contraire, les communs ont besoin, pour fonctionner, d'institutions qui permettent la coopération et la confiance là où elle n'est pas un présupposé, et où le recours à une autorité externe n'est même pas possible. En effet, alors que Margaret Levi considère que la coercition par une autorité externe est essentielle pour atteindre cette obéissance « quasi-volontaire » aux règles fiscales, Ostrom rappelle cette différence essentielle.

Cela nous conduit à supposer, comme d'autres avant nous, que les communs puissent être le lieu même où la coopération s'apprend, à travers le développement d'une disposition conditionnelle, ou contingente, à prendre en compte les externalités de nos actions. C'est pourquoi, lorsqu'elle aborde cette question des sanctions, Ostrom note qu'il s'agit du « noeud du problème »¹¹²⁸, car il suffit que le problème de « *monitoring* », de surveillance, soit résolu, pour que les individus s'engagent à coopérer. Ces deux problèmes ne peuvent être résolus que « de façon corrélée » (« *in an interrelated manner* »). Les autres principes qui permettent aux communs d'être durables sont tout aussi essentiels, mais c'est leur possibilité même qui repose sur la mise en place d'un système de surveillance réciproque qui soit efficace, de la façon que nous avons déjà expliquée. Le fait que le problème en question soit le problème le plus fondamental de la coopération est résumé dans une déclaration conclusive, qu'Ostrom présente comme le raisonnement mené par l'individu qui s'apprêterait à coopérer au sein des communs : « *Je m'engage à suivre les règles que nous avons mises en place en toutes circonstances, exception faite des cas d'urgence extrême, si le reste de ceux qui sont concernés s'y engagent aussi et agissent en conséquence* »¹¹²⁹. Dans le texte original, cette dernière phrase est mise en valeur

¹¹²⁸ E. Ostrom, *op. cit.*, p. 94 : « the crux of the problem ».

¹¹²⁹ *Ibid.*, p. 99-100. Nous soulignons :

When CPR appropriators design their own operational rules (design principle 3) to be enforced by individuals who are local appropriators or are accountable to them (design principle 4), using graduated sanctions (design principle 5) that define who has rights to withdraw units from the CPR (design principle 1) and that effectively restrict appropriation activities, given local conditions (design principle 2), the commitment and monitoring problem are solved in a interrelated manner. Individuals who think that a set of rules will be effective in producing higher joint benefits and that monitoring (including their own) will protect them against being suckered are willing to make a contingent self-commitment of the following type :

typographiquement par Ostrom, qui en fait un paragraphe à part, et prend ainsi la forme d'une déclaration contractuelle qui serait propre aux communs. Si aucune référence explicite à Hobbes n'est faite, le fait que la figure du Léviathan préoccupe autant Ostrom nous permet au moins de suggérer un parallèle avec la seconde loi de nature du chapitre XIV du *Léviathan*, que Hobbes rapproche de la fameuse « règle d'or » de l'Évangile, dont on retrouve ici la structure chez Ostrom :

De cette fondamentale loi de nature, par laquelle il est ordonné aux hommes de s'efforcer à la paix, dérive la seconde loi : que l'on consente, quand les autres y consentent aussi, à se dessaisir, dans toute la mesure où l'on pensera que cela est nécessaire à la paix et à sa propre défense, du droit qu'on a sur toute chose ; et qu'on se contente d'autant de liberté à l'égard des autres qu'on en concèderait aux autres à l'égard de soi-même.

(...) Cette loi est celle de l'Évangile qui dit : tout ce que tu réclames que les autres te fassent, fais-le-leur, ainsi que la loi commune à tous les hommes qui dit : *quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*.¹¹³⁰

Tout comme chez Hobbes, les individus s'engagent à coopérer au sein des communs d'Ostrom de façon volontaire parce qu'ils y trouvent un bien pour eux-mêmes¹¹³¹. La coopération est aussi conditionnelle, comme l'exprime la formule ci-dessus : elle implique que l'autre s'engage à respecter les mêmes règles, à respecter les droits des autres membres des communs et à céder un droit naturel qu'il pourrait avoir à s'approprier ce qu'il souhaite dans les communs, attitude collectivement destructrice. Appliquée aux communs, la loi de nature hobbesienne commanderait en effet, sans garanties que l'autre coopère, que chacun se saisisse des ressources qu'il souhaite. Se restreindre à cause de la seule conscience qu'il faudrait le faire pour qu'une ressource demeure disponible pour d'autres dans le présent et dans le futur sans aucune garantie n'est en effet pas un acte rationnel. La même loi de nature commande de se restreindre si des garanties institutionnelles sont fournies. Ces garanties, Hobbes les trouve, dans le contexte qui est lui est propre, dans un « pouvoir commun établi au-dessus des deux parties, doté d'un droit et d'une force qui suffisent à leur imposer l'exécution »¹¹³². Toutes les démonstrations

I commit myself to follow the set of rules we have devised in all instances except dire emergencies if the rest of those affected make a similar commitment and act accordingly.

¹¹³⁰ T. Hobbes, *Léviathan*, Tricaud (trad.), Dalloz, Paris, 1999, p. 129-130.

¹¹³¹ *Ibid.*, p. 131 :

Chaque fois qu'un homme transmet son droit ou y renonce, c'est soit en considération de quelque droit qui lui est réciproquement transmis, soit à cause de quelque autre bien qu'il espère pour ce motif. C'est en effet un acte volontaire, et l'objet des actes volontaires de chaque homme est quelque bien *pour lui-même*.

¹¹³² *Ibid.*, p. 136.

d'Ostrom ont pour but de montrer que cette garantie spécifique n'est pas nécessaire dans le cadre des communs, bien qu'une autre forme de garantie soit nécessaire : celle que fournissent les institutions typiques du droit coutumier, qui peuvent assurer le succès de la coopération même en l'absence d'un Léviathan.

Dans un passage faisant davantage directement référence à Hobbes, Ostrom l'affirme clairement, utilisant la formule « Je le fais si tu le fais » (« *I will if you will* »), qui possède la structure conditionnelle typique de la règle d'or : « annoncer son engagement volontaire à suivre une telle stratégie – ‘Je le fais si tu le fais’ – est crédible seulement si la surveillance est possible, parce que chaque personne sait que les écarts injustifiés ont des chances d'être découverts »¹¹³³. La structure même des communs, alliant circularité et redondance comme nous l'avons expliqué, permet d'obtenir des garanties de façon directe, sans l'intermédiaire d'une autorité externe dotée de la capacité de sanctionner. En effet, une garantie ne fonctionne que si une atteinte à la règle de la coopération peut être découverte. Or, la structure spécifique des communs place la responsabilité de telles garanties sur les personnes les plus directement concernées par le respect des règles, qui se trouvent être les plus à même de repérer et de sanctionner efficacement les fraudeurs, avec des coûts minimes et une faible marge d'erreur. Dans ce contexte, l'engagement conditionnel à respecter les règles de la coopération a bien davantage de chances d'être performatif. Celui qui s'engage à respecter ces règles a tout intérêt à surveiller si ses voisins le font, et est en capacité de le faire. Dans un tel cadre, aucun individu ne coopère parce qu'il considère, au terme d'une réflexion isolée, qu'il est moral de ne pas imposer les externalités de ses actions aux autres. Il ne coopère que grâce à l'obligation réciproque que crée directement la formule « Je le fais si tu le fais », obligation dont la structure conditionnelle augmente l'intérêt de chacune des parties à vérifier que l'autre remplit sa part du « contrat ». Se crée ensuite un cercle vertueux : si un engagement conditionnel pousse les parties à se surveiller réciproquement, cette surveillance conduit aussi chaque partie à adopter davantage de comportements coopératifs si elle confirme la bonne volonté de l'autre partie. Si l'on ajoute à cela la capacité, dans la structure propre aux communs, à faire un usage interne et diffusé des sanctions, un problème fondamental de la coopération est résolu. Ainsi, c'est un cercle vertueux qui se met en place, où l'adoption même de « stratégies contingentes » augmente les chances que des individus surveillent leurs confrères. La surveillance elle-même, parce qu'elle apporte

¹¹³³ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 186 : « An announced self-commitment to follow such a strategy – ‘I will if you will’ – is credible only when there is monitoring, because each person knows that unprovoked deviations are likely to be discovered ».

des preuves de l'efficacité du système et de la réalité empirique de la coopération, renforce la « probabilité [que les individus] adoptent des stratégies [de coopération] contingentes »¹¹³⁴.

10.2.2. Le développement d'une disposition contingente à la coopération

Le cercle vertueux ainsi décrit par Ostrom a selon nous une conséquence logique, qu'Ostrom ne se permet pas de tirer explicitement, probablement par prudence : il semblerait que les communs décrivent l'unique origine de la coopération interindividuelle. Dans un passage que nous analysons ci-après, Ostrom réfléchit pourtant à la nature déontique de l'état de nature de type hobbesien, dont les communs sont présentés comme une sortie, ce qui tendrait à confirmer cette interprétation. Ainsi, notre argument fondamental, tiré de l'étude de la littérature sur les communs que les autres points focaux de nos recherches permettent d'éclairer, est le suivant : si les communs sont le point de départ, les institutions typiques des ordres coutumiers sont le cadre dans lequel a lieu le processus d'apprentissage de la coopération, un processus qui consiste dans le développement progressif d'une disposition partagée et contingente, ou conditionnelle, à la coopération, reposant sur la prise en compte par les individus des problèmes d'externalités posés par leurs actions individuelles. Nous nous sommes en effet efforcés de souligner que le problème de la coopération interindividuelle est un problème d'externalités, positives comme négatives, à plusieurs niveaux. Nous supposons alors que si ce problème peut être réglé et que la coopération est possible dans le cadre des communs, et ce en l'absence d'une autorité extérieure comme alternative pour l'imposer, alors les communs tels qu'ils sont décrits par Ostrom sont bien le lieu où l'équation de la coopération semble trouver une solution. Nous considérons donc les institutions typiques du droit coutumier comme la clef qui permet d'arriver à cette solution et que la structure des droits de propriété en « faisceau » a, comme nous l'expliquerons ultérieurement, non seulement un rôle heuristique essentiel, mais participe des conditions de possibilité de la coopération dans les communs.

Les premiers travaux d'Ostrom illustrent le développement progressif d'une disposition à la coopération. En effet, l'étude qu'elle a pu faire de la mise en place de régimes de gestion collective de l'eau dans la région de Los Angeles montre comment, sur une large zone, un grand nombre d'individus et de collectivités distinctes parviennent à se coordonner pour que leurs

¹¹³⁴ *Ibid.*, p. 187 :

Adopting contingent strategies enhances the likelihood of monitoring. Monitoring enhances the probability of adopting contingent strategies. Adding the capacity to use graduated sanctions initially for their informational value and eventually for their deterrence value, one can begin to understand how a complex configuration of rules used by strategic individuals helps to solve both the problems of commitment and the problems of mutual monitoring.

comportements individuels ne produisent pas des externalités négatives conduisant à l'épuisement des ressources en eau. Ostrom remarque en effet que, dès les premières décennies du XX^e siècle, les droits californiens locaux ont pour conclusion logique la surexploitation¹¹³⁵. Traditionnellement, la *common law* accordait au propriétaire du sol un droit à l'intégralité de l'eau provenant du sous-sol de sa propriété. Dans les régions où l'eau est rare, au contraire, l'eau se situant sous une parcelle peut être pompée par un voisin s'il est en mesure de s'approprier de l'eau plus rapidement. En 1903, *Katz v. Walkinshaw* développe la doctrine des « droits corrélatifs » : en cas de sécheresse, la cour conclut tout conflit entre voisins par la distribution de droits corrélatifs à l'eau, considérant les différentes parties comme des co-propriétaires. À ce moment-là, les différentes parties obtiennent un droit à une part proportionnelle de l'eau plutôt qu'à un volume fixe. *San Bernardino v. Riverside* modifie la doctrine des « droits corrélatifs » en 1921, ajoutant que les propriétaires de la surface n'auraient droit qu'à l'eau qu'ils pourraient effectivement mettre à profit directement (« *beneficial use* »). Cette structure juridique est d'autant plus complexe qu'elle entre en compétition avec les droits de tierces-parties, les « utilisateurs », comme des compagnies privées ou des collectivités locales qui ont le droit d'exploiter l'eau en surplus, celle qui n'est pas mise à profit directement par les propriétaires des terres en surface. Ces utilisateurs possédaient des droits en fonction de l'ancienneté de leur usage de l'eau : les plus anciens pourraient faire exclure par décision de justice les plus récents. Simultanément, ils pouvaient faire valoir un droit de prescription sur l'eau qu'ils auraient exploitée pendant un certain nombre d'années, mais à condition que cette eau ne soit pas de l'eau en surplus. Dans ce cas, leurs droits devenaient supérieurs à ceux des propriétaires. Les propriétaires avaient donc un intérêt direct à se porter en justice pour éviter que cela n'arrive, mais ils risquaient de le faire soit trop tôt, soit trop tard : trop tôt, l'eau pouvait être déclarée comme surplus, le propriétaire perdrait contre la défense et aurait subi les coûts d'un procès sans résultat ; trop tard, la défense pouvait se voir confier des droits permanents à l'exploitation, car elle aurait exploité de l'eau au-delà d'un surplus pendant un nombre d'années suffisant pour qu'il y ait prescription¹¹³⁶.

La conclusion logique, dans une telle situation, était que chaque acteur exploite autant que possible l'eau, sans se restreindre, espérant ainsi obtenir des droits à l'exploitation contre les propriétaires de la surface. Il s'agit d'un cas particulier d'une situation générale où des individus qui partagent une même ressource, de l'eau en l'occurrence, sont conduits à négliger

¹¹³⁵ *Ibid.*, p. 106.

¹¹³⁶ Voir W. Blomquist, *The Performance of Groundwater Management, Volume I, Raymond Basin*, Workshop in Political Theory and Policy Analysis, Indiana University, Bloomington, 1988, p. 19.

les externalités de leurs actions. Ces externalités sont doubles. D'une part, plus un individu exploite de l'eau, plus il est coûteux pour les autres de faire de même car plus difficile, l'eau disponible étant plus profonde. Un exploitant ici ne supporte pas le coût total de son action, qui crée des externalités partagées par les autres acteurs. D'autre part, dans un contexte de droits à l'eau peu ou mal définis, celui qui s'approprie l'eau en premier en acquiert les droits et ce qu'il ne s'approprie pas ira à d'autres. Cette situation générique n'incite personne à se restreindre, quel que soient les besoins effectifs, d'où « une course à l'eau » ou *pumping race*¹¹³⁷. L'étude d'Ostrom sur la mise en place des institutions qui ont pu mettre fin à cette situation dans plusieurs régions de Californie met en valeur, selon ses propres mots, le caractère « incrémental » et « séquentiel » du processus qui permet aux acteurs d'apprendre à coopérer et de prendre en compte les externalités causées par leur comportement individuel. Ostrom remarque que la prise en compte réelle de la temporalité de ce processus permet de résoudre de nombreux problèmes de coopération qui semblent autrement insolubles. En effet, les institutions qui permettent à la coopération d'être efficace, structurée et généralisée ne sauraient émerger immédiatement. Selon les exemples californiens pris par Ostrom, la simple existence d'un espace de discussion entre les collectivités, les entreprises et les individus concernés est déjà un premier pas qui permet d'ouvrir la voie vers davantage de coordination. Au niveau local, les premiers essais partiels de coopération entre certains des acteurs peuvent constituer une expérience positive, du fait de ses premiers résultats, qui peuvent inciter les individus à coopérer sur une plus large échelle, ou à élargir par la suite les domaines de coopération. La solution aux dilemmes sociaux que nous avons déjà évoqués se trouve donc dans le caractère progressif et dans le cercle vertueux ainsi créé, mentionné ci-dessus.

Ostrom présente le potentiel des individus à coopérer comme un « capital » qui, une fois accumulé, même de façon embryonnaire, offre une base pour poursuivre l'effort vers davantage de coopération et de renforcement des relations de confiance interindividuelle. Une fois acquis les premiers résultats d'une œuvre de coopération simple, des problèmes plus complexes de coopération peuvent être résolus. L'insistance constante d'Ostrom sur le caractère contingent de ce processus est en soi une réponse aux inquiétudes de la théorie de l'action collective concernant l'accumulation des dilemmes sociaux de premier et de second ordre. Un phénomène d'« accrétion » a lieu, depuis les premières institutions rudimentaires vers les institutions les plus complexes de la coopération, comme pourrait l'être le droit dans ses formes les plus

¹¹³⁷ Donald H. Negri, « The Common Property Aquifer as a Differential Game », *Water Resource Research*, 25, 1989, p. 9-15.

tardives, selon cette perspective évolutionniste. Cela implique donc que les individus puissent *apprendre*, individuellement comme collectivement, à coopérer de façon progressivement plus complexe¹¹³⁸.

Le produit de cet apprentissage, au niveau individuel, est une disposition à faire confiance aux autres dans la coopération. Bien qu'il semble n'y être mentionné que de manière presque fortuite de prime abord, le motif de la confiance occupe une place importante dans le raisonnement de Ostrom. Dans *Governing the commons*, le fait de « développer [ou non] la confiance » est présenté incidemment comme l'une des causes de la réussite ou de l'échec des communs¹¹³⁹. Évoquant des études sur les difficultés rencontrées par les projets d'irrigation au Sri Lanka, Ostrom identifie le « manque de confiance » entre les responsables administratifs et les exploitants locaux comme l'un des symptômes, voire l'une des causes, les plus importants de l'échec des projets d'infrastructures¹¹⁴⁰. Le fait que ces problèmes aient pu être partiellement résolus tient à une première étape rudimentaire où, avant de réorganiser la maintenance de structures d'irrigation sur une large échelle, il a été nécessaire de développer à une échelle plus réduite la « confiance mutuelle et la réciprocité » grâce à la facilitation, par des intermédiaires, d'interactions « face-à-face »¹¹⁴¹. Plusieurs conclusions peuvent être tirées de ces réflexions d'Ostrom ainsi que de celles d'autres monographies sur les communs : la confiance, même interpersonnelle, n'a rien d'une évidence, y compris entre voisins¹¹⁴². Elle est le produit, fragile, d'un apprentissage progressif. Sa généralisation à une communauté, nécessaire pour assurer la maintenance d'infrastructures bénéficiant à tous est un processus « incrémental » dans les mots d'Ostrom elle-même. Même au niveau le plus rudimentaire, cette forme de confiance qui permet la coopération n'est pas simplement une relation entre deux individualités, elle est déjà un produit institutionnel et n'est maintenue et développée qu'au moyen des bonnes institutions. Il

¹¹³⁸ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 187 :

Success in starting small-scale initial institutions enables a group of individuals to build on the social capital thus created to solve larger problems with larger and more complex institutional arrangements. Current theories of collective action do not stress the process of accretion of institutional capital. Thus, one problem in using them as foundations for policy analysis is that they do not focus on the incremental self-transformations that frequently are involved in the process of supplying institutions. Learning is an incremental, self-transforming process.

¹¹³⁹ *Ibid.*, p. 21.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 167. Voir aussi Janaka Perera, « The Gal Oya Farmer Organization Programme : A Learning Process ? », in *Participatory Management in Sri Lanka's Irrigation Schemes*, International Irrigation Management Institute, Digana Village Via Kandy, Sri Lanka, IIMI, 1986, p. 89-91.

¹¹⁴¹ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 172.

¹¹⁴² Nous nous appuyons ici sur une approche institutionnelle et fonctionnaliste de la confiance, du type de celle de Niklas Luhmann, *Vertrauen*, *op. cit.*

n'y aurait donc pas de différence de nature mais seulement de degré entre la confiance que deux exploitants voisins, voire même amis, s'accorderaient, et la confiance moins personnelle qui permet la coopération à des degrés de plus en plus complexes.

Notons le lien direct qu'Ostrom semble établir entre l'apprentissage de cette confiance, rendu possible par un contexte institutionnel favorable, et la question des externalités. Reprenant le dialogue avec les modèles dont elle montre les limites au début de son ouvrage, Ostrom refuse de qualifier ces modèles de faux¹¹⁴³. Au contraire, les modèles qui prédisent la « tragédie » pour les communs ou soulignent les difficultés pour mettre en place des relations de coopération décrivent de manière convaincante les situations où les individus agissent de façon indépendante, sans communication, ont peu d'intérêt pour les bénéfices à long terme et « ne se font que peu confiance »¹¹⁴⁴. Les bienfaits potentiels de la coopération sont, dans ces cas, bien difficiles à atteindre. Ces modèles sont cependant inadéquats dans les situations typiques des communs, c'est-à-dire celles où les individus communiquent et interagissent de manière répétée et ce dans un « contexte physiquement localisé »¹¹⁴⁵. À ces conditions, dans les mots d'Ostrom, les individus peuvent « apprendre à qui faire confiance, [apprendre] quels effets leurs actions auront les uns sur les autres et sur les ressources communes, et comment s'organiser entre eux pour en retirer les bénéfices et éviter de se nuire »¹¹⁴⁶. On aurait pu traduire « *gain benefits* » par « retirer les bénéfices de cette coopération » afin de faire écho à la dimension co-construite de cette coopération, qui a pour but de bénéficier à tous et à chacun.

Nous traduisons « *to avoid harm* » par la formule équivoque « éviter de *se nuire* » plutôt que par « éviter les nuisances » car il nous semble que ce sont à des nuisances *réiproques* qu'Ostrom fait ici allusion, liant en une formule le fait de se nuire et de nuire aux autres et aux ressources communes, une chose entraînant une autre de façon nécessaire. Nuire aux autres c'est ainsi *se nuire*, et la coopération réussie permet de mettre fin au problème des externalités, positives comme négatives, qui ont toujours un effet en retour sur l'individu qui les produit. Car en effet, celui qui refuse de prendre en compte les effets de ses actions pour les autres ne saurait exiger de tirer profit des bienfaits créés par la coopération. C'est pourquoi ce passage lie la possibilité aux individus de se faire confiance à la prise en compte des effets de leurs actions à la fois les uns sur les autres et sur les ressources qu'ils exploitent en commun et nous permet d'affirmer de nouveau que le problème fondamental de la coopération, en général et pas

¹¹⁴³ On parlera plutôt de généralisation abusive. Voir Roy Gardner, Elinor Ostrom et James M. Walker, « The Nature of Common-Pool Resource Problems », *Rationality and Society*, 2, p. 335-358, p. 338.

¹¹⁴⁴ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 183.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 184.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 184.

seulement au niveau des communs, se trouve dans la prise en compte, par les individus, des effets externes de leurs actions.

10.2.3. Quitter « l'état de nature » pour arriver aux communs

Ces réflexions sur la nature du problème de la coopération et de ses solutions conduisent Ostrom à évoquer l'état de nature hobbesien pour en proposer une reformulation. Ostrom et certains de ses co-auteurs présentent ainsi la mise en place des règles nécessaires pour exploiter des ressources collectives (les *common pool resources*) comme une sortie de « l'état de nature ». La particularité de cette approche est de ne pas considérer l'état de nature comme un vide normatif, mais plutôt comme un moment où un mode déontique spécifique prévaut entièrement : celui de la *permission*. Le but de cet argument est avant tout de montrer que le passage de la non-coopération à la coopération ne consiste pas en un passage du néant déontique à des règles établies. Il s'agit alors de minorer le caractère insurmontable des dilemmes sociaux qui permettent d'établir la coopération. En effet, Ostrom comprend la mise au point des institutions des communs comme le passage d'un mode déontique à un autre, d'un mode où toute action est, par défaut, permise aux acteurs concernés par une ressource, à un mode où certaines actions sont permises, d'autres interdites et d'autres encore exigées. Il existe donc aussi des règles, minimales, à « l'état de nature », des règles exprimant cependant des permissions sans bornes. Toute règle émanant d'une institution est en effet une formule interdisant, exigeant ou permettant quelque chose pour Ostrom¹¹⁴⁷. Une action qui n'est ni interdite ni exigée est par conséquent simplement permise. En effet,

(...) l'absence d'une règle *interdisant* ou *prescrivant* une action est logiquement équivalente à une règle *permettant* une action. L'état de nature de Hobbes est une situation dans laquelle il n'existe aucune règle prescrivant ou interdisant des actions ou des conséquences. L'état de nature hobbesien est logiquement équivalent à une situation dans laquelle les règles existantes permettent à chacun d'agir comme il le désire, sans considération pour les effets de son action sur les autres.¹¹⁴⁸

L'état de nature est donc bien un *statu quo* comme un autre où des permissions, donc des règles, existent. Cette situation n'est pas en soi problématique pour Ostrom : elle ne le devient que si

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 139 et E. Ostrom, « An Agenda for the Study of Institutions », *Public Choice*, 48, p. 3-25.

¹¹⁴⁸ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 139. Nous soulignons :

(...) the absence of a rule forbidding or requiring an action is logically equivalent to the presence of a rule that permits an action. Hobbes's state of nature is a situation in which no rules requiring or forbidding any actions or outcomes are present. The Hobbesian state of nature is logically equivalent to a situation in which rules exist permitting anyone to take any and all desired actions, regardless of the effects on others.

des conflits éclatent entre les individus autour de la ressource concernée, et où si les actions des individus ont des « effets sur les autres », que ces derniers considèrent comme indésirables. D'où l'insistance d'Ostrom, de nouveau, sur la prise en compte des externalités : les « communs » en libre-accès que Hardin considère comme voués à une fin tragique sont comparables à un état de nature où tout serait permis, et notamment où les individus auraient la permission de ne pas prendre en compte les externalités négatives de leurs actions¹¹⁴⁹.

Ces remarques d'Ostrom s'inscrivent dans la démarche plus large de comprendre l'effet des règles et du changement de règles sur l'exploitation des ressources. Dans l'article « Rules and Games », co-écrit avec Roy Gardner¹¹⁵⁰, Ostrom présente les apports de la théorie des jeux pour comprendre l'échec comme la réussite des systèmes de gestion collective d'une ressource, en prenant pour exemple principal les communautés de pêcheurs. Les cas dysfonctionnels, c'est-à-dire ceux où la violence éclate de façon répétée, sont décrits comme ceux où l'ensemble de règles n'est pas adéquat pour produire un résultat optimal en fonction des contraintes physiques du territoire partagé où se trouve la ressource. Chaque situation peut ainsi, selon les principes de la théorie de jeux, être décrite comme le produit de l'interaction entre un ensemble de règles défini et un territoire physique donné¹¹⁵¹. Les principaux types de règles qu'Ostrom recense dans sa théorie des institutions sont au nombre de sept¹¹⁵² :

1. les règles de position (*position rules*), qui déterminent un ensemble de positions possibles pour les « joueurs » ainsi que leur nombre.
2. les règles de limites, qui définissent la façon dont le « jeu » sélectionne ces joueurs et leur permet d'occuper ou de quitter leur position (*boundary rules*).
3. les règles d'autorité (*authority rules*) qui spécifient les actions possibles pour les joueurs en fonction de leur position, et ce à chaque moment clef de leurs interactions.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 140 :

Consequently, for any such situation, one can identify a set of status quo rules related to the situation. Status quo rules continue in effect until changed. The status quo rules in a Hobbesian situation can be viewed as a set of default rules by which everything is permitted (Gardner and Ostrom 1990). Similarly, a CPR situation in which no one is forbidden or required to take any action is logically equivalent to a CPR situation in which everyone is permitted to take any and all actions. The rules governing such a situation are all default rules.

¹¹⁵⁰ Roy Gardner et Elinor Ostrom, « Rules and Games », *Public Choice*, 70, p. 121-149.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, p. 124.

¹¹⁵² *Ibid.*, p. 126. Il s'agit d'une reformulation traduisant partiellement la liste établie par Gardner et Ostrom, et non d'une traduction mot à mot.

4. les règles d'agrégation (*aggregation rules*), qui décrivent les modalités du processus de décision ou de choix public, comme une règle majoritaire pour une élection.
5. les règles précisant la portée de certaines règles, c'est-à-dire les situations précises dans lesquelles elles sont pertinentes (*scope rules*).
6. les règles d'information, spécifiant le type d'informations disponible pour les acteurs dans leurs différentes positions (*information rules*).
7. les règles déterminant la répartition des résultats du jeu (*payoff rules*) c'est-à-dire les coûts que les joueurs peuvent devoir supporter, et les gains auxquels ils peuvent prétendre. Ces règles s'expriment selon les modes déontiques exposés plus haut : l'obligation, l'interdiction et la permission.

Selon Ostrom et Gardner, l'état de nature hobbesien correspond à une situation où toutes ces règles seraient sur le mode « par défaut ». Les deux auteurs assument parfaitement la référence informatique qui leur a inspiré ce terme, qu'ils illustrent en citant le Code Commercial Uniforme qui contient des règles par défaut dans le cas où un contrat laisserait des zones d'indétermination¹¹⁵³. Ce n'est pas sans rappeler l'utilisation du terme de « redondance », analysé plus tôt¹¹⁵⁴.

À quoi correspond le fait de laisser toutes les règles en mode par défaut ? 1. Il n'existe qu'une position. 2. Les joueurs peuvent occuper ou quitter n'importe quelle position dans le jeu. 3. Tout joueur a le droit (« *is permitted to* ») d'agir de n'importe quelle manière à tout moment clef du jeu. 4. Les joueurs peuvent agir indépendamment les uns des autres. Leurs choix et leurs interactions au niveau purement physique du jeu constituent l'intégralité des résultats du jeu. 5. Tout joueur a le droit d'agir sur tout état de faits qui peut être physiquement modifié. 6. Tout joueur peut communiquer n'importe quelle information de la façon qu'il souhaite. 7. Chaque joueur a le droit (« *is permitted to* ») de conserver tout résultat du jeu qu'un joueur peut s'accaparer et défendre¹¹⁵⁵. Deux règles sont particulièrement mises en valeur dans le raisonnement d'Ostrom, et semblent avoir un lien direct avec « l'état de nature » et les communs non-gérés : la règle 3, règle d'autorité qui, dans son mode par défaut, permet aux individus d'agir de la façon qu'ils souhaitent, sans restriction, ainsi que la règle 7, concernant la répartition des gains du jeu, qui n'apporte aucune limite à l'appropriation individuelle.

¹¹⁵³ Cette référence est d'autant plus intéressante que le droit des contrats, notamment pour le commerce international, est l'exemple typique de la confiance que les individus se font alors qu'il n'existe aucune ou presque pas d'autorité pour offrir une garantie face aux risques qu'ils prennent à « coopérer ». Le fait que le droit du commerce international ait, comme cette remarque le rappelle, tendance à présupposer qu'il existe des « usages » communs au-delà des clauses explicites des contrats souligne d'une part l'omniprésence de la confiance dans les échanges marchands, et d'autre part la dimension « coutumière » de cette branche du droit international.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 147, note 5.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 127. Il s'agit d'une reformulation traduisant partiellement la liste établie par Gardner et Ostrom, et non d'une traduction mot à mot.

Ces règles produisent un état de nature au sens où les interactions des joueurs sont entièrement déterminées par l'espace physique où elles ont lieu, et ne subissent aucune contrainte normative. Dans un contexte de permission généralisée, en effet, l'ensemble des interactions possibles est aussi large que le permet le domaine physique, délimité autour d'une ressource, dans lequel elles ont lieu. Cela se trouve illustré par l'exemple simplifié de deux pêcheurs étant en compétition pour exploiter deux lieux de pêche. Le résultat de leurs interactions se réduit, en l'absence de règles, aux conditions matérielles et physiques de la situation : leurs propres forces, leurs moyens matériels, la localisation des points de pêche, leur rendement respectif, etc. Le champ des possibles est entièrement déterminé et aussi ouvert que l'ensemble des paramètres strictement physiques du jeu et de simples variations physiques conduisent à des résultats et à des interactions différents. Si l'on quittait le mode par défaut, il se produirait immédiatement une réduction du champ des possibles, ou plutôt un éloignement par rapport au champ des possibles *physiques*, par la mise en place d'institutions¹¹⁵⁶. Gardner et Ostrom proposent alors une modélisation des différentes situations possibles en fonction des règles qui pourraient être utilisées comme, notamment, le fait d'accorder des droits de pêche incontestables à celui qui arriverait en premier sur les lieux (« *first in time, first in right* »), le fait aux pêcheurs d'annoncer par avance qu'ils vont exploiter tel lieu, ou encore un système de rotation des lieux de pêches¹¹⁵⁷.

Sans de telles règles, il est fréquent que les interactions entre les pêcheurs soient violentes. Il s'agit encore là d'une caractéristique qui rapproche cette situation d'un état de nature de type hobbesien : sans affirmer que les individus sont en conflit direct et continu, on peut cependant remarquer que la violence est une potentialité toujours sur le point d'être actualisée, dès que plusieurs acteurs seront en compétition pour un même point de ressource. Gardner et Ostrom prennent divers exemples concernant des pêcheurs autour du monde, pour montrer que « la probabilité de la violence est toujours présente »¹¹⁵⁸. La force, celle des pêcheurs eux-mêmes et de leurs moyens, qu'il en soit ou non fait usage, a une place dominante dans leurs interactions : un pêcheur conscient de sa moindre force prendra par exemple la décision d'aller

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 127 :

If all of the rules are set at their default position, the resulting rule configuration operationalizes Hobbes' concept of the 'state of nature'. The only factors affecting the structure of a game in a 'state of nature' are those related to the physical domain in which the game is played. As more and more rules are changed from a default condition, the options available to players are less and less controlled by the physical domain and more and more controlled by human prescriptive intervention. Not all rules changes necessarily are an improvement, however.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 141-145.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 128. Nous traduisons.

pêcher là où le rendement est moins bon, laissant les meilleurs endroits aux pêcheurs les plus forts alors que deux pêcheurs de force relativement égale auront tendance à systématiquement s'affronter pour les meilleurs points de pêche, quitte à s'infliger de lourds dommages¹¹⁵⁹. Tout usage de la force, quel qu'il soit, est alors permis, et la force purement physique des individus détermine le résultat de leurs interactions. La mise au point de règles est rendue essentielle lorsque les individus se font subir de trop importants dommages.

Bikash Raychaudhuri justifie ainsi la mise en place de la règle « *first in time, first in right* » par des pêcheurs indiens, et qui permet la mise en place d'un « système de propriété » (« *tenure system* ») temporaire, valide pour une saison de pêche. Il qualifie cette règle de « code moral conventionnel » (« *conventional moral code* »)¹¹⁶⁰. Il nous semble toutefois que ce rapprochement avec la morale, suivant les développements précédents de notre réflexion, est inexact. De véritables institutions sont mises en place, qui permettent la surveillance réciproque par les acteurs eux-mêmes, et donnent même à ces derniers la possibilité d'appliquer eux-mêmes ou de faire appliquer des sanctions directes à l'encontre des fraudeurs. Gardner et Ostrom font d'ailleurs référence à d'autres communautés de pêcheurs, comme les pêcheurs turcs d'Alanya qui, après de longs conflits, ont pu mettre en place des règles pour les éviter. Or, ce système n'est possible qu'adossé à la possibilité de la surveillance et de l'application *interne* des règles, qui s'appuie sur l'usage de la force par les pêcheurs eux-mêmes à l'encontre des fraudeurs¹¹⁶¹.

Comme le décrit Fikret Berkes, des mécanismes de gestion interne permettent à la communauté de s'attaquer *directement* à ceux qui violent les règles, et ce sans avoir recours à une autorité extérieure. Ce que ces communautés parviennent à faire, c'est donc non pas à supprimer totalement l'usage de la force et de la violence, mais à déterminer quels en sont les usages légitimes. Le nécessaire caractère interne de ces interventions est mis en valeur par les cas où l'État tente une intervention extérieure pour mettre fin aux conflits, ou bien plus généralement quand il cherche à se substituer aux mécanismes coutumiers locaux. Les règles que l'État cherche à imposer ne sont tout simplement pas reconnues comme des règles « effectives » par

¹¹⁵⁹ Voir Eugene Newton Anderson et Marja L. Anderson, *Fishing in troubled waters : Research on the Chinese fishing industry in West Malaysia*, Asian Folklore and Social Life Monographs, 100, The Orient Cultural Service, Taipei, 1977, p. 272.

¹¹⁶⁰ Bikash Raychaudhuri, *The moon and net : Study of a transient community of fishermen at Jambuwip*, Government of India, Anthropological Survey of India, Calcutta, 1980, p. 168. Sur le même thème, voir Shepard Forman, *The raft fishermen : Tradition and change in the Brazilian peasant economy*, Indiana University Press, Bloomington, 1970.

¹¹⁶¹ Voir R. Gardner et E. Ostrom, *op. cit.*, p. 130, ainsi que Fikret Berkes, « Local-level management and the commons problem : A comparative study of the Turkish coastal fisheries », *Marine Policy*, 10, p. 215-229, voir aussi E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 74.

les populations locales, dont les interactions conflictuelles quotidiennes sont de toute façon hors de portée d'une administration centralisée¹¹⁶². Coopérer à ce niveau semble donc imposer de trouver des moyens locaux de mettre aux conflits, c'est-à-dire de trouver à la fois des règles efficaces, parce qu'adaptées à une situation particulière, et les mécanismes permettant qu'elles soient respectées. Or, ce niveau est bien celui où la coopération trouve son origine, et les institutions qui permettent d'y parvenir et de sortir de « l'état de nature » consistent en deux éléments essentiels : des règles encadrent le rapports des individus à une ressource d'une part, interdisant donc le recours à la force pour s'accaparer des biens ainsi que des comportements opportunistes, et des mécanismes qui *permettent* certains usages de la force par les acteurs mêmes du système pour faire respecter ces règles d'autre part.

Cette réflexion d'Ostrom rejoint celle de Christoph Kletzer, que nous avons évoquée plus haut. Ces deux auteurs considèrent en effet que les institutions juridiques ou proto-juridiques, telles que celles du droit coutumier, n'interviennent pas dans ce qui était auparavant un néant déontique. Le problème de la coopération tel qu'il est décrit par Ostrom s'inscrit contre les sceptiques qui soulignent à raison le caractère improbable de cette soudaine apparition d'institutions, même rudimentaires, qui viendraient imposer des contraintes à des individus. Christoph Kletzer décrit le problème d'une manière quelque peu différente mais fondamentalement semblable. Où se trouve l'origine du droit, si les règles du droit, pour être obéies, supposent des individus reconnaissant déjà son autorité ? La solution ne saurait résider dans le fait qu'une autorité se voie dotée de sanctions, et nous avons déjà souligné les limites de ce raisonnement. Pour Kletzer, le problème de l'origine et de l'efficacité du droit n'est fondé que si l'on considère le droit comme un ensemble de formules impératives qui s'adresseraient aux individus pour qu'ils règlent leur comportement en conséquence. On peut au contraire considérer que le droit ne fait que manipuler deux choses préexistantes : l'utilisation effective de la force par les individus et contre les individus et le fait que, dans l'état de nature, tout soit *permis*. L'action première du droit est de proposer une grille d'interprétation où certains usages de la force sont permis, et d'autres non. Le droit est ainsi directement efficace car il canalise quelque chose de déjà présent au monde, l'usage de la force, et n'y apporte pas quelque chose qui demeure « hors » monde, l'impératif de la forme « tu dois ». Son mode déontique de prédilection est celui de la permission : permission de faire certaines choses et permission d'user de la force ou d'en appeler à l'usage de la force contre ceux qui font ce qui n'est *pas* permis. Cela permet d'établir une continuité entre le fonctionnement du droit coutumier, tel qu'on les retrouve dans

¹¹⁶² R. Gardner et E. Ostrom, *op. cit.*, p. 128, voir E. N. Anderson et M. L. Anderson, *op. cit.*, p. 272.

les communs d'Ostrom, et les opérations d'un droit « moderne », plus complexes. Ce que Kletzer appelle le « germe » du droit n'est rien d'autre que cette capacité, aussi décrite par Ostrom, à sortir d'un régime de permission généralisée, l'état de nature, pour arriver à un stade où les seuls usages permis de la force le sont à l'encontre de ceux qui ne respecteraient pas certaines règles.

10.2.4. Sanctions, dispositions à la coopération et rationalité publique

L'étude des communs montre que les règles dont il est question concernent avant tout les *externalités*. S'assurer que les individus prennent en compte les effets externes de leurs actions, conjointement sur les autres et sur les ressources qu'ils exploitent avec eux, apparaît encore une fois comme la condition de possibilité de la coopération. Différentes situations impliquent différents problèmes et différents niveaux de problèmes d'externalités. La distinction classique, opérée par Ostrom et nombre de ses co-auteurs, entre problèmes d'*appropriation* et problème de *provision*, permet d'opérer un tri entre ces différents types d'externalités¹¹⁶³. Les problèmes d'appropriation sont liés à la *répartition* des ressources, dont on considère le *débit* comme constant, ce débit devant être distribué entre les différents acteurs. Les problèmes de provision, quant à eux, concernent le maintien de la ressource ici considérée comme stock ou comme *réserve*¹¹⁶⁴. La « tragédie des communs » telle qu'elle est décrite par Hardin n'est rien d'autre qu'une tragédie de la surexploitation, problème d'appropriation typique où les externalités créées par les comportements individuels ne sont pas contrôlées. Un autre problème d'appropriation classique est celui qui touche des pêcheurs cherchant à exploiter des lieux de pêche aux potentiels différents, cette situation appartenant à la catégorie des jeux « d'affectation » (*assignment game*). En effet, dans de nombreux cas, les acteurs risquent de se battre systématiquement pour les mêmes lieux de pêche, s'infligeant par là des dommages potentiellement importants et laissant inoccupés les autres lieux de pêches, sachant qu'ils ne peuvent occuper simultanément le même lieu. Là aussi, ce n'est pas un comportement individuel isolé qui est un problème (le fait de se rendre à un point où il y a plus de poissons) mais le manque de coordination entre des individus qui, en agissant de manière isolée, s'infligent mutuellement des dommages qui ne sont pas nécessaires.

Dans ces différents problèmes, l'effet externe principal consiste en l'augmentation des coûts d'exploitation qui est produite par la présence des autres sur un individu et vice-versa.

¹¹⁶³ *Ibid.*, p. 340 et E. Ostrom, *Governing the Commons, op. cit.*, p. 46-50.

¹¹⁶⁴ Voir William Blomquist et Elinor Ostrom, « Institutional Capacity and the Resolution of a Commons Dilemma », *Policy Studies Review*, 5, p. 383-393.

C'est d'ailleurs aussi le cas lorsqu'un individu utilise une technologie à laquelle d'autres n'ont pas recours, comme une technologie de pêche plus agressive ou plus extensive et donc plus rentable. Des externalités, que Gardner, Ostrom et Walker qualifient « d'externalités technologiques », sont directement créées sur les autres pêcheurs, par exemple lorsqu'une technologie gêne l'utilisation d'autres moyens de pêche¹¹⁶⁵. D'autres problèmes mélangent ces questions d'appropriation et celles de provision. Ainsi, l'utilisation par certains pêcheurs de filets aux mailles plus serrées prive directement les autres d'une part de la ressource, mais il s'agit aussi d'une technologie qui met en danger la reproduction même de la ressource. L'utilisation d'un système d'irrigation cumule aussi ces différents types de problèmes et d'externalités : le fait que ceux qui sont placés en amont puissent facilement s'approprier davantage que ceux en aval est un important problème d'appropriation, alors que la nécessité d'entretenir ces infrastructures est davantage un problème de provision, où personne ne veut contribuer à la production d'un bien « public », mais ne souhaite pas non plus que personne n'y contribue¹¹⁶⁶. Gardner *et al.* relèvent alors les différentes stratégies qui sont développées par les communautés pour mettre fin à ces problèmes, et notamment pour mettre fin aux conflits et à la violence qu'ils produisent, stratégie que ceux qui n'appartiennent pas à la communauté perçoivent comme des « coutumes étranges », selon leurs propres termes¹¹⁶⁷.

Lorsque des règles sont trouvées pour éviter ces problèmes d'externalités et permettre la coopération, c'est l'usage de la force pour faire respecter ces règles qui demeure permis. Les systèmes de surveillance et de sanctions réciproques viennent stabiliser ces systèmes et agissent comme un filet de sécurité. L'usage légitime de la force contre les fraudeurs est-il ce qui *motive* les individus à la coopération ? Comme nous l'avons vu avec William Ophuls et sa lecture de Hobbes, les individus peuvent être motivés à la coopération, parce que leurs passions et leur raison les y pousse, sans pour autant s'y risquer, car ils n'ont pas encore les garanties nécessaires. Les sanctions typiques des communs et du droit coutumier fournissent de telles garanties lorsque les sanctions d'une autorité externe ne sont pas disponibles. Ce rôle de garantie ne fait donc pas de la sanction et des usages légitimes de la force des *motivations* à coopérer. Ou du

¹¹⁶⁵ R. Gardner, E. Ostrom et J. M. Walker, *op. cit.*, p. 343.

¹¹⁶⁶ Sur modélisation de ce problème comme « Chicken game » voir R. Gardner, E. Ostrom et J. M. Walker, *op. cit.*, p. 338-339 et Michael Taylor, *The Possibility of Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 36.

¹¹⁶⁷ R. Gardner, E. Ostrom et J. M. Walker, *op. cit.*, p. 342. Nous traduisons :

A wide diversity of local rules are used to give a clear order as to how a resource is to be used so that the assignment problems are solved and conflict is eliminated or reduced. The 'rules' used to solve assignment problems may go unrecognized as such since they are frequently embedded in what outsiders think of as quaint customs.

moins, pour utiliser une autre terminologie, il s'agit de motivations *extrinsèques*, que l'on opposera à des motivations *intrinsèques*. Le modèle de l'état de nature hobbesien tel qu'il est utilisé par Ostrom nous conduit à des conclusions similaires.

L'argument d'Ostrom, rappelons-le, est le suivant : l'état de nature hobbesien n'est pas un vide déontique, mais bien un moment où tout est permis, ou du moins où certaines règles fondamentales (les règles d'autorité et celles de répartition) restent dans un mode par défaut où les acteurs font ce qu'ils désirent, sans limite, et s'approprient donc ce qu'ils souhaitent. Mettre en place d'autres règles, par exemple des règles pour la répartition de points de pêche entre deux acteurs, afin d'éviter les conflits, est alors un saut normatif moins important qu'il n'y paraît. Il s'agit simplement de modifier un paramètre parmi de nombreux autres, ce paramètre étant dans ce cas l'introduction d'une simple règle de répartition. Avant l'introduction d'une telle règle, les relations des pêcheurs sont à l'état de nature : elles sont définies entièrement par les caractéristiques physiques du territoire où elles ont lieu. Il ne s'agit néanmoins pas d'un dilemme du prisonnier mais bien d'un *assignment game*, un jeu « d'affectation » : à l'état de nature, des conflits émergent parce que dans de nombreuses circonstances, les joueurs vont se retrouver à s'affronter autour du même point de pêche alors qu'il en existe d'autres, peut-être moins abondants ou plus lointains. Les coûts de leurs affrontements, ou tout simplement le coût d'aller à un point de pêche pour le trouver déjà occupé, sont strictement inutiles et même contreproductifs pour tous. Ce problème est réglé si les acteurs peuvent se mettre d'accord pour sur des règles concernant l'affectation des points de pêche comme une forme de « premier arrivé, premier servi » ou annoncer la veille que l'on ira à tel point de pêche plutôt qu'un autre.

Dans une logique hobbesienne, commune à William Ophuls et à Elinor Ostrom, chacun des acteurs du « jeu » peut arriver à cette conclusion, mais il risque de manquer des garanties nécessaires pour s'engager. Le recours légitime à la force contre ceux qui contreviendrait à la règle apparaît comme un début de garantie, qui vient être complété par d'autres institutions de régulation sociale *interne*. La structure même des communs, comme nous l'avons vu, rend cette garantie bien plus robuste que l'on ne pourrait le croire *a priori*. Quitter « l'état de nature » et entrer dans le « germe du droit », pour reprendre l'expression de Christoph Kletzer, c'est donc simplement modifier l'horizon des possibles. Les institutions de régulation sociales viennent seulement dire que tout n'est plus permis, et déterminent le champ du permis en le restreignant. Parallèlement, et c'est la fonction même de ces institutions, les recours à la violence ne sont plus permis, à l'exception de ceux qui viendraient rappeler les individus à la règle. Par conséquent, dans ce cadre, non seulement les sanctions ne sont qu'une garantie, mais les sanctions externes typiques de celles du Léviathan ne sont pas nécessaires. Elles apparaissent en effet

nécessaires si l'on considère qu'il y a un saut déontique radical entre « l'état de nature » et les premières règles permettant la coopération. C'est dans un tel cadre que les sanctions sont, à tort, considérées comme essentielles pour motiver les individus à coopérer, et que la coopération n'est pensée comme possible que si une autorité extérieure est chargée d'appliquer des sanctions.

Cela se trouve confirmé par le fait que l'usage des sanctions, dans les communs, est ponctuel et, comme on l'a vu, gradué. Même si un individu contrevient à une règle fondamentale à la coopération, il ne s'agit pas de punir sévèrement pour donner l'exemple, mais bien d'adapter la sanction au contexte et, surtout, pour donner autant d'avertissements que possible. Celui qui se rendrait plus tôt que tout le monde dans une forêt pour y prélever certaines ressources alors que des règles de récolte simultanées étaient en place, une fois attrapé par le gardien qui est payé par la contribution des membres « autorisés », verrait les biens mal acquis confisqués et payerait une amende¹¹⁶⁸. L'ostracisme, sanction qu'il ne faut pas mettre excessivement en valeur, est un dernier recours. Plus généralement, toute sanction exagérée et qui pousserait des individus à partir ou à négliger les intérêts à long terme de la coopération serait une menace pour le fragile équilibre de telles communautés. La sanction agit à la fois comme une garantie et comme un rappel des bénéfices de la coopération dans un tel contexte. Le fait que la responsabilité des actions d'un individu incombe à celle du sous-groupe auquel il appartient, notamment à sa famille élargie, contribue à assurer la stabilité de ce système et met en avant l'objectif de cohésion communautaire, bien plus saillant dans ce système que dans un système qui accentuerait la dimension individuelle de la faute.

C'est pourquoi une certaine tolérance est possible envers certaines actions de désobéissance à la règle. Ostrom met par exemple en valeur la flexibilité des communautés qu'elle étudie en temps de crise : comme le montre l'étude de McKean sur les communautés paysannes japonaises, les membres d'une communauté peuvent montrer une grande tolérance pour des petites

¹¹⁶⁸ Voir Donald A. Messerschmidt, « People and resources in Nepal : Customary resource management systems of the Upper Kali Gandaji », in *Panel on Common Property Resource Management, Proceedings of the Conference on Common Property Resource Management*, National Academy Press, Washington, D. C., p. 455-480, p. 469 :

Sociopolitical solutions to resource management needs by the local villagers of the upper Kali Gandaki, and elsewhere across Nepal also tend to be quite similar. In all cases described, where local traditions have not been totally disrupted by exogenous changes, management actions have been designed by local user groups along egalitarian and participatory lines (...). Likewise, rules concerning resource use or abuse tend to be quite similar – e.g., fines are charged for misuse, monetary fees or in-kind contributions are collected to pay watchmen and social ostracism befalls those who neglect communal duties vis-à-vis the resource or who habitually neglect or debase the resource.

infractions lors des temps de dépression. Ce qui nous intéresse ici plus particulièrement est le fait que les resquilleurs eux-mêmes semblent se retenir dans leurs méfaits : ils ne vont s'approprier « illégalement » que ce dont ils ont strictement besoin. Ils limitent donc l'activité de surconsommation qui pourrait affecter les autres, c'est-à-dire leur causer une forme d'externalité négative¹¹⁶⁹. De nombreux indices révèlent ainsi l'existence d'une disposition à la coopération, qui se manifeste notamment par une disposition des individus à limiter les externalités de leurs actions. Insistons sur le mot *disposition* dans la mesure où il souligne qu'il s'agit d'une capacité acquise qui pousse les individus à agir d'une certaine façon sans besoin de contraintes externes. En d'autres termes, le fait que ces individus aient une disposition à coopérer en tenant compte des problèmes d'externalités dans leurs actions leur fournit une motivation intrinsèque d'agir de telle ou telle manière. Cette motivation intrinsèque se manifeste tout d'abord par la négative, dans la très relative importance des motivations extrinsèques dans l'agir individuel. Dans sa liste de caractéristiques décrivant les communs fonctionnels, Ostrom indique incidemment que, « les pénalités imposées dans ces circonstances sont étonnamment basses », en effet, « elles ne représentent que rare plus d'une fraction de la valeur monétaire que l'on aurait pu obtenir en transgressant les règles »¹¹⁷⁰. En d'autres termes, les individus concernés pourraient gagner davantage à enfreindre les règles, quitte à se faire punir, car le prix de la sanction, généralement une amende, ne représente qu'une « fraction » de ce qu'ils pourraient obtenir en le faisant. Il est possible de voir dans cette tendance un signe de « l'intériorisation morale », propre aux biens gérés en commun¹¹⁷¹.

En quoi consiste donc cette disposition, au-delà de son but, la prise en compte des problèmes d'externalités par les agents ? Cette disposition a deux aspects principaux : tout d'abord, elle implique un certain automatisme dans l'accomplissement des actions nécessaires à la coopération ; ensuite, il est vital qu'elle permette à la communauté de se reposer davantage sur la motivation intrinsèque des individus à coopérer plutôt que sur des contraintes ou incitations externes. Le premier aspect fait que les normes ainsi promues par une telle disposition finissent par être considérées comme naturelles, phénomène que l'on retrouve dans la faible distinction entre le caractère normatif et factuel des normes coutumières. Cet aspect est aussi lié au second dans la mesure où cette disposition conduit les individus à ne pas opérer systématiquement un

¹¹⁶⁹ Voir M. A. McKean, « Management of Traditionnal Common Lands », p. 565-566.

¹¹⁷⁰ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 59 : « (...) the fines assessed in these settings are surprisingly low. Rarely are they more than a small fraction of the monetary value that could be obtained by breaking the rules ».

¹¹⁷¹ Nous reprenons l'expression de S. Chauvier, *op. cit.*

calcul des coûts et bénéfices strictement individuels qu'ils pourraient retirer d'une action¹¹⁷². Les individus ne sauraient obéir aux normes sociales s'ils considéraient constamment le gain qu'ils pourraient obtenir en enfreignant les règles, gain qui pourrait être grand dans un contexte où, précisément, tout le monde respecte les règles, mais qui serait nul dans le cas où tous se comportaient ainsi, forme classique d'un problème d'externalités. Ces caractéristiques sont nécessaires dans les communs car le recours à une autorité extérieure n'est ni faisable, ni souhaitable. Nous pensons que plus est, tirant des conclusions au-delà de ce cadre, que cultiver une telle disposition première à la coopération de cette façon est la condition pour que des institutions plus complexes puisse se développer et fonctionner ultérieurement. En aucun cas le problème de la coopération ne doit donc être décrit comme un saut en dehors d'un vide déontique vers un système d'institutions établies. L'insistance d'Ostrom quant au caractère progressif et incrémental du développement de la coopération ne peut que renforcer cette hypothèse, et cela permet de comprendre pourquoi Gardner et Ostrom insistent pour utiliser le terme « réformer » pour caractériser le passage d'un « état de nature » à un ensemble de règles qui permettent la coopération¹¹⁷³.

10.2.5. Normes et rationalité individuelle

Quelles sont les conséquences de ces affirmations concernant la rationalité individuelle ? Une appréhension *institutionnelle* de la question de la coopération implique de sortir des limites d'une conception restrictive de l'agir qui se limiterait à l'intérêt égocentré de l'individu. Elle implique de dépasser un double usage de cette notion d'intérêt, où l'intérêt individuel peut être considéré à la fois comme ce qui motive la coopération et comme ce qui vient l'empêcher. L'intérêt individuel paraît en effet être une motivation dans de nombreux cas pour que ces activités nécessaires à la coopération soient assurées par les membres de la collectivité eux-mêmes. Néanmoins, cet intérêt individuel n'apparaît pas comme une explication suffisante pour expliquer l'ensemble des actes coopératifs. Ou, plus précisément, la coopération demeure impossible si les individus évaluent constamment leurs actions sur le plan de leur intérêt *strict*, c'est-à-dire à court terme, dans une situation de coopération établie ou non. Les individus n'évaluent pas systématiquement les bénéfices potentiels d'un manquement aux règles de la coopération en produisant une analyse coûts-bénéfices de leur action. C'est précisément l'inverse : la

¹¹⁷² Voir C. Bicchieri, *Norms in the Wild*, *op. cit.*, p. 16 sq. C. Bicchieri insiste sur l'importance des croyances et de l'internalisation des normes dans la façon dont les individus perçoivent les coûts et les bénéfices de leurs actions. Les normes sociales sont justement performantes parce qu'elles conduisent au développement de dispositions à se conduire « socialement » qui font que les individus ne vont pas du tout considérer les potentiels bénéfices qu'ils auraient à transgresser les règles, même quand la menace d'une sanction n'est pas crédible.

¹¹⁷³ R. Gardner et E. Ostrom, *op. cit.*, p. 122.

coopération n'est possible que si elle empêche les individus de se prêter systématiquement à un calcul des coûts et bénéfices de leurs actions pour eux-mêmes. À de nombreux niveaux, cette conception implique des « sacrifices » individuels au nom du groupe, comme l'exige toute norme *sociale*. Par sacrifice, on peut comprendre un renoncement à des gains immédiats pour des gains futurs ou bien encore une contribution à un bien public bien supérieure à tout ce dont un individu pourrait avoir besoin voire souhaiterait avoir pour lui-même, principe même des impôts, ce qui explique le parallèle qu'Ostrom établit entre son travail et celui de Margaret Levi. Dans le cadre des communs, cela se manifeste par exemple par la forte propension des agents à contribuer au maintien de biens publics comme des infrastructures d'irrigation, et à donner ainsi de nombreux jours d'efforts par période de temps données pour ces travaux communs¹¹⁷⁴. Les actions des individus semblent alors motivées par une considération pour le bien *commun* sur laquelle repose le développement de la coopération.

C'est pourquoi, dans des termes relativement vagues, Ostrom qualifie la forme de rationalité individuelle sur laquelle sa théorie se fonde de « large ». Ce terme s'oppose, quoiqu'Ostrom ne le dise pas explicitement dans *Governing the commons*, à une conception restreinte de la rationalité¹¹⁷⁵. « Large » signifie en effet pour Ostrom qu'elle ne se réduit pas à l'intérêt individuel strict, mais prend en compte la façon dont les « normes partagées » modifient le poids que les individus accordent aux « conséquences prévues » de leurs actions. De telles « normes de comportement » reflètent donc pour Ostrom une hiérarchie de valeurs que les individus appliquent pour interpréter leurs « actions » et leurs « stratégies » en elles-mêmes, et non seulement en fonction de leurs « conséquences immédiates ». Ces « normes intériorisées » changent alors la façon dont les alternatives possibles à une action sont « perçues » et « mesurées ». C'est le calcul entier des coûts et des bénéfices d'une action par l'individu qui est modifié par la prise en compte de ces normes, et ce de deux façons : d'une part, la perception qu'il a des conséquences d'une action à long terme diffère et, d'autre part, certaines « stratégies » ne sont tout simplement pas admises¹¹⁷⁶. Le premier aspect concerne ce que l'on appelle le

¹¹⁷⁴ Voir Edward G. Martin, et Robert Yoder, « The Chherlung Thulo Kulo : A case study of a farmer-managed irrigation system », in *Water management in Nepal: proceedings of the Seminar on Water Management Issues*, 2, p. 203-217. Voir aussi Romana P. De los Reyes, *Communal gravity systems : Organizational profiles*, Institute of Philippine Culture, Quezon City, 1980.

¹¹⁷⁵ Voir James S. Coleman, « Norms as Social Capital », in Gerard Radnitzky et Peter Bernholz (dir.), *Economic Imperialism. The Economic Approach Applied Outside the Field of Economics*, Paragon House, New York, 1987, et James S. Coleman, *Foundations of Social Theory*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990, ainsi qu'à Karl-Diter Opp, « The Emergence and Effects of Social Norms », *Kyklos*, 32 (4), p. 775-801 ; Karl-Diter Opp, « The Evolutionary Emergence of Norms », *British Journal of Social Psychology*, 21 (2), p. 139-149 ; Karl-Diter Opp, « The Evolution of a Prisoner's Dilemma in the Market », in A. Diekmann et P. Mitter, *Paradoxical Effects of Social Behavior*, Physica-Verlag, Vienna, 1986.

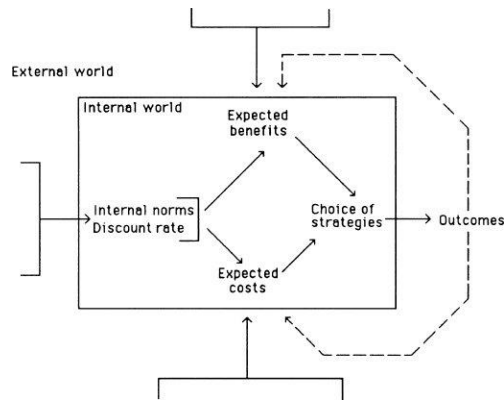
¹¹⁷⁶ E. Ostrom, *Governing the Commons*, *op. cit.*, p. 35 :

discount rate, ou « taux d'escompte », c'est-à-dire la façon dont les individus vont graduellement donner moins d'importance à des gains futurs, l'idée étant que tout individu préfère des gains présents à des gains futurs même si ces gains, une fois « ressentis » dans le futur, sont de la même intensité que les gains présents. Il s'agit d'un critère important pour le fonctionnement des communs, puisqu'un taux d'escompte faible semble nécessaire pour que les individus acceptent de coopérer. En d'autres termes, ils doivent donner une importance aux gains à long voire très long terme, au point même de considérer les générations suivantes dans leur calcul des bénéfices, afin de compenser les coûts de la coopération pour eux dans le présent et se refuser d'agir de façon opportuniste. Une telle conception de la rationalité, telle qu'elle est résumée par le schéma ci-dessous, réalisé par Ostrom, apparaît donc nécessaire pour la prise en compte des externalités dans le contexte de la coopération. Si ces normes proviennent de l'extérieur, comme la dynamique du schéma proposé par Ostrom semble le suggérer, notons encore une fois que c'est dans leur version « intériorisée », sous la forme d'une disposition à agir de telle ou telle manière (ou, au contraire, à ne jamais agir de cette manière), qu'elles trouvent leur efficacité, en venant modifier la perception individuelle des « coûts » et des « bénéfices escomptés ». L'action individuelle apparaît alors comme le « résultat » sortant d'une forme de boîte noire, comme ci-dessous¹¹⁷⁷.

Discount rates are not the only aspects of human choice that are affected by shared norms of behavior. Although I stress the importance that the expected consequences will have on one's decisions, individuals vary in regard to the importance they place on acting in ways that they and others view as right and proper. Norms of behavior reflect valuations that individuals place on actions or strategies in and of themselves, not as they are connected to immediate consequences. When an individual has strongly internalized a norm related to keeping promises, for example, the individual suffers shame and guilt when a personal promise is broken. If the norm is shared with others, the individual is also subject to considerable social censure for taking an action considered to be wrong by others.

Norms of behavior therefore affect the way alternatives are perceived and weighed. For many routine decisions, actions that are considered wrong among a set of individuals interacting together over time will not even be included in the set of strategies contemplated by the individual.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, figure 2.1 p. 37 : « The internal world of individual choice ».



Par exemple, l'existence d'une telle disposition à maximiser ou minimiser certains gains est essentielle pour que les individus évitent d'imposer à d'autres les externalités négatives de leurs actions, en surexploitant notamment une ressource. Rappelons que les « communs » qu'Ostrom étudie ont ceci de distinct des biens « publics » que toute part qui est prélevée par un individu constitue une privation potentielle pour les autres. Contrairement à la lumière d'un phare, dont chacun peut en profiter sans priver les autres, tout prélèvement dans une prairie diminue la quantité disponible pour les autres. La gestion du phare comme celle d'une prairie restent cependant des problèmes d'externalités, bien que ce soit de niveaux différents. Dans le second cas, il importe pour la viabilité des communs que le *discount rate* avec lequel les individus considèrent les gains futurs de leurs actions soit aussi bas que possible. Il y a donc, selon les termes de Gardner, Ostrom et Walker un *discount rate* « socialement optimal » qui, s'il n'est pas atteint, met en cause la pérennité d'une ressource¹¹⁷⁸.

Le développement de cette disposition à avoir un taux d'escompte « socialement optimal » repose sur des faits empiriques comme, par exemple, l'établissement d'une communauté à un même endroit sur plusieurs générations, et la croyance que la ressource partagée devra être léguée à des générations futures qui la géreront aussi en commun. Cette croyance ne semble toutefois avoir sa place que dans un cadre où la coopération aurait déjà été bien établie. Autrement dit, si partager un même territoire développe une telle disposition à la coopération pour les nombreuses raisons évoquées ci-dessus, il faut insister sur le caractère gradué de ce processus. Comme nous l'avons vu, Ostrom fait de la coopération un apprentissage progressif à l'échelle *supra-individuelle*. L'exemple de la gestion de l'eau en Californie lui permet en effet de montrer comment des acteurs publics et privés peuvent apprendre progressivement à valoriser les bienfaits de la coopération. Par souci de cohérence, il faut que les individus apprennent, à leur échelle, à prendre en compte les externalités de leurs actions, et que cet apprentissage résulte en une disposition influençant la façon dont ils prennent en compte les coûts et les

¹¹⁷⁸ R. Gardner, E. Ostrom et J. M. Walker, *op. cit.*, p. 345.

bénéfices de leurs actions. C'est à travers la multiplication des interactions individuelles et du partage d'informations qui en découle que ce processus peut commencer et se généraliser jusqu'à permettre la coopération à grande échelle.

C'est au cœur de cette analyse du caractère progressif du changement institutionnel que les réflexions d'Ostrom sur l'état de nature hobbesien trouvent leur place dans *Governing the commons*. Si, pour d'autres penseurs comme Hobbes lui-même ou Ophuls, le Léviathan est nécessaire, c'est parce que l'établissement de la coopération est considéré comme quelque chose d'instantané et donc d'extrêmement coûteux. Seule une solution radicale comme le Léviathan s'impose donc. Est-ce cependant une véritable solution ? Si l'on considère le passage de l'état de nature au règne du Léviathan comme instantané, le coût de la mise en place de la coopération semble écrasant et les conditions ne semblent pas réunies. Quand Hardin parle de coercition mutuelle que les individus accepteraient de s'imposer les uns aux autres, ne faut-il pas pour cela que les individus communiquent et prennent conscience progressivement des méfaits qu'ils s'infligent et des bienfaits qu'ils pourraient produire ensemble ? Ophuls note aussi, en utilisant Hobbes, que ce que dicte la raison, c'est-à-dire s'efforcer de vivre en paix lorsque c'est possible, repose au moins en partie sur des conclusions acquises dans le temps¹¹⁷⁹. Comment espérer que les individus se soumettent à une autorité extérieure et lui confient le monopole des sanctions s'ils pas déjà *confiance* les uns dans les autres, s'ils n'ont pas déjà développé un terrain favorable à la coopération à une échelle moins élevée ? La coopération n'est pas pour Ostrom un tel saut et n'est pas tant coûteuse qu'elle prenne systématiquement la forme d'un dilemme social. Plus précisément, il existe des bienfaits de la coopération que les individus peuvent obtenir rapidement et à faible coût, acquis sur lesquels le développement de futures règles de coopération, bien davantage coûteuses, vont pouvoir s'établir. Encore une fois, c'est au sein d'une configuration semblable à celle des communs que les individus apprennent la coopération, et ceux de l'échelle la plus réduite à l'échelle la plus large. Les communs, comme les communautés de village qui intéressent Maine et ses contemporains, ne sont rien d'autre que le lieu originel de l'apprentissage de la coopération, et cet apprentissage est garanti par la structure des mécanismes coutumiers.

L'apprentissage de la coopération n'est toutefois pas un processus à une seule étape : les individus parviennent à régler, au fur et à mesure que leurs relations se complexifient, de nouveaux problèmes de coopération. Ils développent par là leur capacité à faire confiance à leurs partenaires dans les interactions, même si ces interactions les conduisent en dehors de leur

¹¹⁷⁹ W. Ophuls, « Leviathan or Oblivion ? », *op. cit.*, p. 220 sq.

communauté propre et des relations familiales qui la constituent. Dans le cas d'Ostrom, il s'agit de communautés distantes apprenant à gérer ensemble une ressource spécifique, l'eau. Pour Maine, l'apprentissage de la coopération et de la confiance prenait une autre forme, à travers le développement de relations commerciales. Dans les deux cas toutefois, c'est un processus de *développement moral* qui a lieu, pour reprendre les termes de Maine¹¹⁸⁰. Cela signifie que les individus acquièrent et développent graduellement une disposition à faire confiance aux autres, nécessaire à l'immense majorité des interactions sociales, notamment si l'on considère que le Léviathan ne saurait, aussi bien au niveau le plus local que celui des relations commerciales, être une véritable garantie. Ce développement, depuis son origine et dans ses multiples aspects, dessine une autre histoire de l'émergence de la coopération sociale, que des penseurs comme Maine et Ostrom se sont efforcés de faire sortir de « l'ombre » menaçante du Léviathan.

10.3. « Faisceau de droits » et coopération

10.3.1. La propriété comme « faisceau de droits » chez Ostrom : un emprunt à John Commons ou à Maine ?

Que ce soit dans *Governing the Commons* ou dans des écrits antérieurs, Elinor Ostrom n'a pas recours à la notion de propriété comme faisceau de droits. Elle n'est mentionnée que plus tardivement, tout d'abord dans l'article référence qu'elle écrit avec Schlager, puis dans un article datant de 2000¹¹⁸¹, et surtout dans un long article de plus d'une centaine de pages, co-écrit avec Charlotte Hess et qui recense, grâce à une bibliographie d'environ cinquante pages, de nombreuses études sur les communs. Ces articles n'offrent pas de réelle théorisation de cette notion. Pour Fabienne Orsi toutefois, l'utilisation de ce concept est l'occasion d'un renversement idéologique sur la question de la propriété. Après avoir été utilisée pour affirmer la nature sociale de la propriété au début du XX^e siècle, la notion de faisceau de droits aurait ensuite été récupérée par les défenseurs de la propriété privée dans la seconde moitié du XX^e siècle, par des auteurs comme H. Demsetz¹¹⁸². Selon Fabienne Orsi, Ostrom et ses collègues auraient réactivé le sens donné à cette idée par les auteurs du tournant du XX^e siècle, notamment John Commons. Ostrom affirme en effet en 2009 que sa conception de la propriété « s'inspire du

¹¹⁸⁰ *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 306 sq.

¹¹⁸¹ E. Ostrom, « Private and common property rights », in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II, Civil Law and Economics, Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (dir.), Edward Elgar, Cheltenham, 2000, p. 332-379.

¹¹⁸² Voir Fabienne Orsi, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014 (3), p. 371 à 385.

travail antérieur de John Commons pour conceptualiser les systèmes de propriété commune contenant des faisceaux de droits plutôt qu'un droit unique »¹¹⁸³.

Dans son ouvrage de 1893, *The Distribution of Wealth*, Commons définit en effet la propriété comme un « faisceau de droits », composé de « différents droits » qui sont « distribués entre les individus et la société », « certains étant publics et d'autres privés »¹¹⁸⁴. Comme le note Fabienne Orsi, « Commons, chez Ostrom, reste [cependant] au stade de la citation », et la portée de cette référence n'est pas explicitée¹¹⁸⁵. L'utilisation de cette notion s'inscrit dans une réaction contre les défenseurs de la propriété privée pour Fabienne Orsi, notamment contre l'idée que la propriété individuelle doit nécessairement inclure les droits d'exclure et d'aliéner pour remplir ces fonctions, surtout du point de vue du développement économique. Plus généralement, la conception des droits de propriété qui en découlerait se situerait dans la tradition du réalisme juridique et notamment de Hohfeld¹¹⁸⁶. En effet, on peut trouver, entre autres dans l'article qu'Ostrom écrit avec Charlotte Hess, une conception des droits proche de celle du courant du réalisme juridique, conception préfigurée par Commons : elles définissent un droit de propriété comme « *an enforceable authority to undertake particular actions in specific domains* », un « pouvoir exécutoire », c'est-à-dire dont on peut demander l'application par l'autorité publique, « d'entreprendre des actions particulières dans des domaines spécifiques ». Cette définition, que l'on trouve au tout début de l'article d'Ostrom et Hess, est rappelée par la suite, et est attribuée à John Commons¹¹⁸⁷.

Cette tournure très générale recouvre les différents sens que Hohfeld souhaitait accorder au mot « droit », qui est applicable à la propriété : la propriété n'est pas *un* droit absolu qui imposerait des obligations corrélatives aux individus, mais un ensemble composite de droits, privilèges, pouvoirs ou immunités accordés aux individus par la puissance publique. Elle n'est alors pas un droit naturel, mais bien un convention sociale rendue possible par l'existence même

¹¹⁸³ *Ibid.*, §63. Fabienne Orsi s'appuie notamment sur l'article d'Ostrom: « Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems », consulté le 8 septembre 2019 :

http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf

¹¹⁸⁴ John R. Commons, *The Distribution of Wealth*, MacMillan and co., New York et Londres, 1893, p. 92 :

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 (...) ». 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.

¹¹⁸⁵ F. Orsi, *op. cit.*, §5.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, 2.2. Fabienne Orsi renvoie à W. N. Hohfeld, « Some fundamental Legal Conceptions », *op. cit.* Pour une explicitation des catégories d'Hohfeld en français voir Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », *Klesis – Revue philosophique*, 21, p. 133-156.

Penner J.E. (1996), «The 'bundle of rights' picture of property», *op. cit.*

¹¹⁸⁷ C. Hess et E. Ostrom, *op. cit.*, p. 11.

de l'État, qui aurait donc la possibilité d'en réarranger les différents éléments. Commons aurait alors été le premier à utiliser le concept de faisceau de droits pour remettre en cause l'idée d'un caractère absolu et unitaire « du » droit de propriété. Dans *The Distribution of Wealth*, la propriété est en effet décomposée en une multitude de droits possibles, concernant des questions aussi diverses que les impôts, l'héritage, ou la capacité de vendre ses biens¹¹⁸⁸. En ce qui concerne par exemple les impôts, le collectif a le droit de prélever une partie des biens de l'individu, ce qui représente nécessairement une limite à la propriété absolue des biens. Dans d'autres cas, comme les servitudes, les individus se voient obligés de laisser passer d'autres individus sur leur propriété, etc.

Chez Ostrom et Hess, la référence à Commons est immédiatement suivie par une définition du « faisceau de droits » comme un ensemble d'éléments distincts : droit d'accès, d'exploitation, de gestion, d'exclusion et d'aliénation qui peuvent être « attribués séparément » (« *assigned separately* ») aux individus. Il semblerait alors que le reste de l'article ait surtout pour but de montrer comment différentes *compositions* de droits sont possibles selon les contextes, comme l'on composerait différents bouquets de fleurs en fonction des occasions¹¹⁸⁹. N'oublions pas, d'ailleurs, que le terme « *bundle of rights* » est parfois remplacé par « *bundle of sticks* » pour rappeler que le faisceau de droits peut ressembler à l'ensemble des morceaux de bois rassemblés dans un fagot (« *bundle of sticks* »). On pourrait donc, et c'est en effet l'interprétation qui a pu être faite, considérer que la notion de faisceau de droits remplit un double rôle chez Ostrom et ses co-auteurs : d'une part, elle permettrait de décomposer « le » droit de propriété pour montrer la pluralité des arrangements possibles de la propriété, notamment dans les communs et, d'autre part, elle s'inscrirait dans une critique du caractère sacré de la propriété privée, qui s'accompagnerait de l'affirmation selon laquelle le collectif peut exercer un contrôle direct sur les différents droits accordés aux individus.

Nous nous sommes toutefois efforcés de montrer que ce raisonnement n'était pas valable pour Maine, et que le concept de propriété comme faisceau de droits joue un rôle entièrement différent dans ses écrits. Il nous semble possible de dire la même chose pour Ostrom, même si l'on ne trouve pas de théorisation de la notion dans les ouvrages qui la mentionnent. Nous faisons l'hypothèse que l'application de l'idée de « faisceau de droits » à l'objet d'étude que sont les communs donne un sens spécifique à cette notion, comme c'est le cas pour les communautés de village de Maine et de Laveleye. En somme, ce n'est peut-être pas la notion de faisceau de droits qui permet à Ostrom de développer une conception spécifique des

¹¹⁸⁸ John Commons, *op. cit.*, p. 93-101.

¹¹⁸⁹ C. Hess et E. Ostrom, *op. cit.*, p. 1.

communs, mais bien la façon dont elle et ses collègues les observent, qui donne un sens à cette notion qui se rapproche de celui de Maine. C'est en s'intéressant à des objets proches à ceux que Maine et Laveleye étudient qu'Ostrom et les « ostromiens » parviennent à des conclusions similaires. L'idée que la propriété se décline en différents droits joue très certainement un rôle évident dans ce processus, mais on peut dire que le concept lui-même, par sa flexibilité intrinsèque, se voit donner un contenu particulier au contact de l'objet spécifique que sont les communs.

Supposer une filiation directe entre Ostrom et Maine n'est donc pas nécessaire à notre propos. Pourtant, Ostrom et Hess font référence à Maine et aux travaux sur les communautés de village. Bien sûr, la lecture qu'elles font de Maine semble largement inspirée par celle de Paolo Grossi, comme nous avons déjà pu le voir. Toutefois, leur insistance sur l'importance donnée par Maine à la propriété commune, ainsi que la référence explicite faite à Laveleye, montre un intérêt tout particulier pour cette période et les objets qui concernent ces auteurs. Néanmoins, ces références sont ensuite délaissées dans la définition plus particulière des différents droits qui peuvent composer le faisceau de droit. John Commons est de nouveau sollicité, et il est fait référence à l'article de Schlager et Ostrom¹¹⁹⁰. Ostrom et Hess distinguent alors leur paradigme, comme le montre d'ailleurs Fabienne Orsi, des réflexions du type de celles de Demsetz, qui réutilisent l'idée de propriété comme faisceau de droits pour insister sur le fait que les droits d'exclure et d'aliéner sont essentiels à la propriété individuelle¹¹⁹¹.

Peut-on dire que Commons s'inspire lui-même de Maine ? Il est vrai que son œuvre contient une rapide mention de Maine, mais il s'agit d'une œuvre plus tardive, *The Legal Foundations of Capitalism*, et non pas celle où il est fait mention de la propriété comme faisceau de droits¹¹⁹². On remarquera toutefois que *The Distribution of Wealth* contient de très nombreuses références à l'ouvrage de Thomas Erskine Holland, *The Elements of Jurisprudence*, publié en 1880. Or, Holland fait un grand nombre de références à Maine, sur des sujets proches de ceux que Commons aborde dans son propre ouvrage¹¹⁹³. Des rapprochements peuvent donc être effectués, mais rien ne permet toutefois d'affirmer que Commons tiendrait sa conception de la propriété comme faisceau de droits de Maine. Non seulement Holland n'en parle pas, mais en plus il apparaît clair que, si la lecture directe indirecte de Maine a un impact sur Commons, c'est par le relativisme historique qu'elle implique quant aux institutions liées à la propriété,

¹¹⁹⁰ Voir E. Schlager et E. Ostrom, *op. cit.*

¹¹⁹¹ C. Hess et E. Ostrom, *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁹² John Commons, *The Legal Foundations of Capitalism*, MacMillan, Londres et New York, 1924, p. 301.

¹¹⁹³ Voir Thomas Erskine Holland, *The Elements of jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1880.

comme l'héritage, ou le droit des contrats. Ce que Commons retient peut-être de Maine, c'est donc avant tout l'idée que la propriété n'est pas *un* droit, mais un ensemble d'institutions qui ont chacune leur histoire propre. Le point commun entre ces différentes institutions serait l'augmentation de la sphère de la liberté des individus, par la multiplication des relations contractuelles qu'ils établissent entre eux, et qui échappent à la puissance publique. Cet argument peut expliquer le fait que l'unique référence de Commons à Maine mentionne la loi de passage du statut au contrat¹¹⁹⁴, mais il suppose alors l'idée que les droits que l'individu ne possède de droits que ceux que la puissance publique lui accorde, que ce soit par un processus historique progressif d'individualisation, ou dans le présent.

10.3.2. Deux schématisations distinctes du « faisceau de droits »

Le rapprochement entre Ostrom et Maine sur la question du faisceau de droits ne peut donc pas être opéré au nom d'une filiation conceptuelle historique, directe ou indirecte. Il peut néanmoins être effectué si l'on prend tout d'abord soin de distinguer clairement les idées de Commons de celles d'Ostrom et de ses co-auteurs. Commons considère que la propriété individuelle est *résiduelle* : « le droit de propriété [sur la chose] est le *résidu indéfini* », qui demeure une fois que tous les autres droits et intérêts, individuels et publics à l'objet, en ont été déduits¹¹⁹⁵. L'autorité publique et les autres individus ont en effet des intérêts, et des droits, qui peuvent s'exercer en concurrence avec le propriétaire, sur sa propriété même. L'État peut exercer son domaine éminent sur les choses, il prélève des impôts ou interdit l'usage de la propriété qui cause des nuisances directes aux autres. De même, un individu qui entre dans des relations juridiques avec d'autres individus voit ses prérogatives vis-à-vis de la chose limitées par des prérogatives spécifiques qu'ont ces individus : un locataire a certains droits, le propriétaire peut contracter des dettes qui seront prélevées sur son patrimoine et il peut avoir l'obligation d'accorder une servitude à un autre propriétaire, etc. La puissance publique et les autres individus ont donc des prérogatives *définies* sur la chose dont l'individu est propriétaire. Une fois ces prérogatives prises en compte, le *dominion* de l'individu sur la chose demeure : il est donc le résidu indéfini de la soustraction de tout ce que l'individu doit à la puissance publique et aux autres.

Ces développements de Commons ont pour toile de fond l'idée que les individus ont une dette importante envers la puissance publique. C'est donc sans surprise que l'on peut

¹¹⁹⁴ Dans *Legal Foundations of Capitalism*, John Commons fait plus particulièrement référence à *Ancient Law*, *op. cit.*, p. 173-174, à la page 301.

¹¹⁹⁵ J. R. Commons, *The Distribution of Wealth*, *op. cit.*, p. 92. Nous traduisons et soulignons.

constater que Commons fait fréquemment référence à John Austin et à sa conception de la souveraineté qui, on l'a vu, est inspirée par Hobbes. Austin est mentionné juste avant la définition de propriété comme faisceau de droits¹¹⁹⁶. Commons complète la définition qu'Austin propose de la propriété par une référence à Wordsworth Donisthorpe et à son livre *Individualism, a System of Politics*, selon lequel « la propriété n'est autre que tous les usages indéfinis de la chose qui demeurent une fois que les usages spécifiques des autres en ont été déduits »¹¹⁹⁷. Pourtant, si Wordsworth est un partisan de l'anarchie, Commons défend la nécessité de l'existence d'une autorité supérieure pour qu'on contraigne les individus, afin de concilier leurs intérêts entre eux d'une part, et de concilier les intérêts individuels avec des intérêts collectifs, non-réductibles aux intérêts individuels. En effet, pour Commons, le « pouvoir souverain » est nécessaire, parce que « l'intérêt privé est trop puissant » ou bien « trop ignorant » ou encore « trop immoral pour promouvoir le bien commun sans contrainte », ce bien commun étant des infrastructures, qui ne peuvent être produites qu'au moyen de « contributions obligatoires » de la part des individus. Commons divise la société en deux strates : celle de la société civile, où les individus sont libres d'agir, et celle du gouvernement, qui contraint les premiers. La loi est ainsi « l'expression (...) de l'élément souverain »¹¹⁹⁸.

Le schéma ci-dessous illustre chez Commons l'idée que la propriété est un faisceau de droits découle de ces différentes réflexions :

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 91.

¹¹⁹⁷ Voir Wordsworth Donisthorpe, *Individualism, a System of Politics*, Macmillan, Londres, 1895. Donisthorpe est un avocat anglais, partisan de l'anarchie. Dans *The Distribution of Wealth, op. cit.*, Commons renvoie à la page 98.

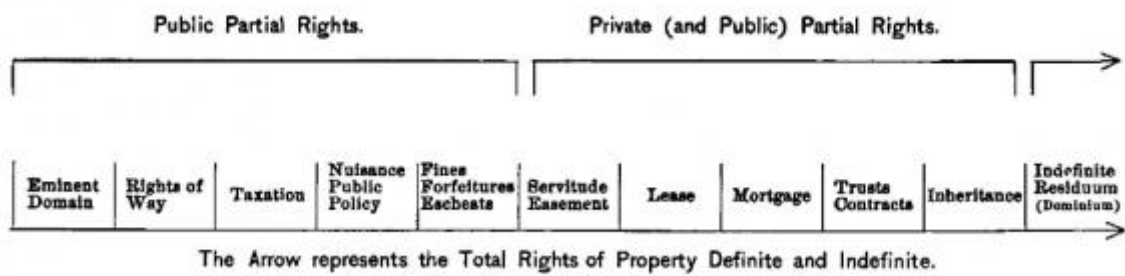
¹¹⁹⁸ J. R. Commons, *The Distribution of Wealth, op. cit.*, p. 61 :

(...) there are in society two lines of economic activity, the voluntary activity of individuals and associations, and the compulsory activity of government. The first is the field of free competition and self-interest ; the one hitherto solely treated by the English economists. The second is the field of coercion, - of force.

The necessity of a sovereign power employing force is shown by the following facts :

1. Private interest is too powerful, or too ignorant, or too immoral to promote the common good without compulsion.
2. The *common want* of society – justice, roads, military defence, etc. – can be supplied only by compulsory contributions from individuals, and compulsory administration of government.

Law is the expression not of the whole society, but of the sovereign element or social class.



Pour Commons, la propriété est un « faisceau de droits » dans le sens où plusieurs agents ont chacun des droits « partiels » à la chose¹¹⁹⁹. La « flèche » ci-dessus représente ces différents droits, depuis la puissance publique à gauche, jusqu'à l'individu, à droite. La partie « publique » représente tous les droits que la collectivité peut exercer ou prélever sur des biens. Le domaine privé et public, davantage sur la droite, représente les droits que d'autres individus peuvent exercer sur la chose qu'un individu possède. Il y est aussi question de l'ensemble des obligations que les propriétaires peuvent avoir envers d'autres individus, médiatisées par les choses. Le domaine de la propriété privée est le domaine indéfini qui reste tout à droite de ce schéma. Si l'on suit le vocabulaire de Commons, tous ces droits sont partiels, et c'est leur réunion qui compose l'ensemble des droits sur une chose. Par conséquent, c'est la chose qui est centrale dans cette schématisation, et qui est le support voire le substrat de tous ces droits partiels, qui n'ont d'existence que vis-à-vis d'elle. L'État exerce son domaine éminent ou prélève des impôts sur la chose, l'héritier a des droits définis sur la chose dont il hérite, et l'individu propriétaire conserve l'ensemble des droits résiduels, une fois tous ces droits soustraits.

Nous pourrions bientôt voir que la conceptualisation que Ostrom et Hess proposent de la propriété comme faisceau diffère et que cela apparaît immédiatement dans la schématisation qu'elles en proposent. Toutefois, remarquons tout d'abord que la liste des droits ainsi établis par Commons diffère fortement des éléments composant le faisceau de droits pour Ostrom et Hess. Ces dernières définissent cinq niveaux de droits, auxquels correspondent autant de niveaux de propriété¹²⁰⁰ : les droits d'accès et de prélèvement, les droits de gestion, les droits d'exclusion et les droits d'aliénation. Un individu qui n'aurait que des droits d'accès et pas de prélèvement serait alors seulement un « visiteur autorisé » (« *authorized entrants* »). Les individus peuvent ensuite être des « utilisateurs autorisés » (« *authorized users* »), c'est-à-dire qu'ils ont à la fois le droit d'accéder aux ressources et d'en prélever une part. Ils peuvent aussi

¹¹⁹⁹ Voir *ibid.*, p. 93, pour le schéma.

¹²⁰⁰ C. Hess et Elinor Ostrom, *op. cit.*, p. 12.

être détenteurs de droits d'usage et de gestion (Ostrom parle alors de « *claimants* »), c'est-à-dire exercer un pouvoir décisionnaire sur la façon dont les ressources sont gérées¹²⁰¹. Ce pouvoir décisionnaire est toutefois collectif, Ostrom parlant d'un « *collective-choice right of managing* »¹²⁰². Les détenteurs de droits d'usage et de gestion peuvent par exemple déterminer quelles quantités de poisson peuvent être pêchées par le même équipage ou prendre des décisions concernant les contributions nécessaires pour l'entretien d'infrastructures d'irrigation. Il s'agit alors de gérer le stock de ressources disponibles et son approvisionnement, à destination des utilisateurs autorisés.

Néanmoins, les « *claimants* » n'ont pas le droit de déterminer qui peut ou ne peut pas avoir accès à ces ressources. Le « *proprietor* », propriétaire sans le droit d'aliéner, contrairement au propriétaire (« *owner* »), fait partie de ceux qui décident qui a le droit d'accéder et d'utiliser les ressources. Il dispose donc du droit d'exclure. Le *proprietor* possède les trois niveaux de droits (accès, prélèvement et gestion) et a en sus le droit d'exclure certains individus. Là encore, ce droit peut être exercé collectivement au sein des communs puisque, selon Ostrom et Hess, la plupart des systèmes de « propriété commune » (« '*common-property*' », mis par les auteurs entre parenthèses) contiennent un ensemble d'individus qui possèdent le droit d'exclure. Enfin, n'est réellement propriétaire que celui qui possède le droit d'aliéner ses propres droits de gestion ou d'exclusion. Là encore, les propriétaires de plein droit possèdent les autres droits « inférieurs ». Un individu n'est donc propriétaire au sens « plein » que lorsqu'il possède le droit d'aliéner ses biens en plus de tous les autres. Toutefois, la façon qu'Ostrom et Hess ont de décrire le faisceau de droits permet au groupe lui-même d'être le propriétaire tandis qu'aucun individu ne l'est réellement. Le groupe peut interdire à tout membre de céder ses droits en les aliénant, voire en les transférant. Ces droits peuvent aussi être exercés par les individus, mais sous conditions de l'accord du groupe.

Imaginons toutefois que le groupe n'ait pas de telles prérogatives : même dans ce cas, l'ensemble des droits du faisceau sont confiés à un individu, ce qui est une possibilité qui n'intéresse que très peu Ostrom et Hess. Elles prennent toutefois le fois le temps de noter que même les droits de l'individu propriétaire ne sont jamais absolus, puisqu'il faut *a minima* empêcher que les propriétaires privées ne causent des dommages à d'autres individus¹²⁰³. L'intervention d'une autorité paraît donc toujours nécessaire, même dans une société où les individus peuvent être propriétaires de plein droit. Toutefois, cette société se distingue des communs dans le

¹²⁰¹ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁰² *Ibid.*, p. 13.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 15.

rapport que les individus entretiennent les avec les autres ainsi qu'avec les ressources qu'ils gèrent collectivement. Le « souverain » de Commons représente la puissance publique typique d'une société où la propriété individuelle est possible. Il intervient de *l'extérieur* pour rendre compossibles les droits des individus entre eux. Ce qui « reste » au propriétaire provient de cette prise en compte des intérêts que d'autres individus pourraient avoir à la chose. L'autorité elle-même ne fait qu'exercer certains droits sur la chose possédée par l'individu au nom des besoins collectifs en biens publics, mais lui laisse un domaine entièrement libre au-delà de cette tâche. Les droits de propriété sont bien résiduels pour Commons, ce qui revient à remettre en cause une certaine idée de propriété absolue. Toutefois, ce caractère résiduel rétablit une forme d'absolu : à l'intérieur du domaine *indéfini* des droits de l'individu sur la chose, le collectif et les autres individus n'ont plus de droits sur la chose.

Aussi, les différents droits de ce faisceau peuvent être distingués conceptuellement autant qu'en pratique. Il est en effet de leur nature d'être définis pour Commons : le droit de prélever des impôts implique certaines prérogatives précises, de la même manière que le locataire n'exerce que certains droits spécifiques. Chaque droit existe indépendamment des autres, contrairement aux droits du faisceau décrit par Ostrom et Hess, qui apparaissent comme imbriqués les uns dans les autres. De même, avoir des droits d'accès ou d'usage n'implique pas la même chose chez Ostrom et Hess que pour Commons : l'utilisateur autorisé voit son usage de la chose défini par des règles supérieures. De même, le *proprietor*, s'il peut participer aux décisions concernant l'utilisation des ressources, ne peut aliéner librement ses droits. Au sein du groupe, chaque niveau de droits est déterminé par le niveau supérieur, décision qui est alors prise collectivement. Aussi, ces différents droits ne sont pas séparables les uns des autres, ils forment des couches superposées. Celui qui possède des droits de gestion a en effet des droits d'accès et de prélèvement sur la ressource (Ostrom et Hess utilisent « *plus* » pour montrer ce caractère additif¹²⁰⁴). Surtout, dans cette structure, le contrôle du droit d'aliéner apparaît comme crucial pour le groupe ce qui explique d'ailleurs, pour les communautés de village du XIX^e siècle comme pour les communs du XX^e siècle, que les limites au droit d'aliéner soient les dernières à perdurer quand tous les autres droits sont confiés aux individus. Il paraît ainsi difficile d'imaginer un groupe qui voudrait exercer un contrôle sur la façon dont les individus exploitent la ressource, sans avoir le moindre contrôle sur la façon dont ils peuvent l'aliéner, la même chose étant valable pour les rapports entre un niveau du faisceau et les niveaux « inférieurs ».

¹²⁰⁴ *Ibid.*, p. 13.

La schématisation en « pyramide inversée » des droits du faisceau que proposent Ostrom et Hess rend cette imbrication et cette hiérarchisation visibles, par opposition au « continuum » proposé par Commons¹²⁰⁵ :

	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>)				
Gestion (<i>Management</i>)				
Exclusion				
Aliénation				

Le « souverain » de Commons n'a de son côté que deux tâches : rendre compatibles les intérêts des propriétaires et ceux d'autres membres du collectif d'une part, et accomplir sa fonction, c'est-à-dire fournir des biens publics (*public goods*) de manière plus efficace que les individus ne pourraient le faire eux-mêmes. Pendant ce temps, l'imbrication des différents droits du « faisceau » à l'intérieur des communs répond à un objectif essentiel, comme nous avons déjà tâché de le montrer : celui de la coopération. Il ne s'agit pas simplement, dans les communs, de rendre compatibles des intérêts individuels distincts en évitant que les individus ne s'imposent des dommages les uns aux autres, mais plutôt d'*articuler* les intérêts des individus à ceux des autres, intérêts qui sont alors co-constitutifs. Il faut en effet rendre les individus capables de mener des actions collectives, de contribuer directement à des biens publics sans l'existence d'une autorité externe, et de gérer ensemble des ressources dans des contextes où l'appropriation est soit impossible soit improductive. Pour que ce soit possible, les individus

¹²⁰⁵ Schlager et Ostrom, *op. cit.*, p. 252.

doivent pouvoir se coordonner et se contraindre mutuellement à respecter un grand nombre de règles concernant les droits d'aliénation, d'exclusion, de gestion, de prélèvement et d'accès. C'est la raison pour laquelle les mécanismes coutumiers sont nécessaires, en ce qu'ils permettent le développement de la confiance nécessaire à la coopération sociale en l'absence d'un Léviathan. C'est aussi pour cela que les droits du faisceau ne sont pas séparables, mais imbriqués les uns dans les autres. Un système où l'individu seul pourrait être doté de tous ces droits ne serait rien d'autre qu'une autre forme de société où les individus n'auraient pas nécessairement besoin de se coordonner ou de coopérer directement.

10.3.3. La double fonction du faisceau de droits

L'idée de faisceau de droits trouve donc chez Ostrom et les « ostromiens » une première fonction, distincte du rôle qu'elle joue chez Commons : elle permet de décrire une situation où il est nécessaire, pour qu'une ressource soit exploitée correctement, que les intérêts individuels soient directement articulés les uns aux autres, et pas seulement que l'on évite les interférences entre les droits distincts des individus. C'est, en somme, la conclusion de notre exploration des réflexions de Mill sur la propriété telle qu'elle fonctionne en Inde et telle qu'elle devrait fonctionner en Irlande. Il est insatisfaisant de considérer que les individus ont des pleins droits de propriété et que l'autorité publique a pour seule fonction d'éviter que ces droits ne s'entrechoquent. Les droits de propriété des individus ne se rencontrent pas à la périphérie d'une sorte de sphère irréductible d'autonomie. Au contraire, au sein d'un même territoire et pour une même ressource, les intérêts individuels se superposent. C'est la raison pour laquelle tout exclusivité est à bannir de la propriété de la terre pour Mill.

Dans les communautés de village indiennes qui lui inspirent ces réflexions comme dans les communs d'Ostrom, il ne s'agit donc pas d'éviter les « chocs » entre les droits absolus des individus sur les choses, mais bien plutôt de considérer que ces droits sont intrinsèquement liés, ne serait-ce que parce que les individus doivent coopérer pour que des ressources soient exploitables. Il s'agit là de la première raison pour laquelle la structure en « faisceau de droits » est utilisée par Ostrom et ses co-auteurs de la façon que nous venons de décrire. Toutefois, la conceptualisation que propose Maine de la propriété comme faisceau de droits, analysée comme nous l'avons fait sous l'angle de la conception patrimoniale de la propriété, ajoute une seconde fonction à cette structure : organiser la viabilité de l'exploitation des ressources sur le long-terme, notamment dans une optique de solidarité générationnelle. Plus généralement, la structure du faisceau de droits fait du territoire sur lequel un groupe est installé, ainsi que de ses ressources, un fonds à préserver, ce qui impose des obligations aux individus. Cette préservation

n'est en rien désintéressée : elle est nécessaire pour pouvoir exploiter le fonds et profiter de ces ressources, mais elle est organisée de manière à ce que cette exploitation puisse avoir lieu dans un premier temps, et qu'elle puisse perdurer.

En effet, le groupe social des communs n'est pas désincarné : il vit sur un territoire donné et ses membres partagent la nécessité de coopérer pour assurer le maintien et l'exploitation des ressources qui permettent leur existence. C'est pourquoi il est nécessaire que ce groupe se constitue comme le *gestionnaire* plutôt que le simple propriétaire du fonds qui définit et permet cette existence dans un espace donné. Aucun de ses membres, ni le groupe lui-même qui est « propriétaire » au sens ostromien, ne peut détruire le fonds. Les contrôles exercés sur la possibilité d'aliéner le fonds marquent le besoin de préserver l'intégrité et la stabilité nécessaires à l'imposition à tous les membres du groupe, y compris ceux qui ont les pouvoirs décisionnaires les plus complets. Nous avons vu comment le *trust* de la *common law* renversait la dichotomie entre personnes et choses, dans laquelle, selon les catégories classiques du droit de propriété, les personnes ont des droits sur les choses, mais où les choses n'ont aucun droit. Or, si le groupe social se constitue comme gestionnaire d'un fonds ou d'un *trust* dans le vocabulaire juridique de la *common law*, il donne la possibilité aux choses d'imposer des obligations à chacun de ses membres, présents et futurs.

Si elles n'expliquent pas les choses de cette façon, l'utilisation par Ostrom et Hess de la notion de faisceau de droits pour rassembler un grand nombre d'études de cas sur diverses régions du monde confirme cette analyse. Tâchant d'expliquer pourquoi structure des communs et du faisceau de droits décrit plus haut peuvent être pertinentes dans certains contextes, les deux auteures en viennent à la conclusion que l'établissement des communs est une manière de partager des risques. Il s'agit de rendre possible l'exploitation de ressources sur un territoire où le faire individuellement ne serait pas pertinent, en pratiquant un partage des risques environnementaux et en faisant des économies d'échelles nécessaires¹²⁰⁶. La forme des communs correspond donc à un certain type de situations qui, malgré leur grande diversité, ont des traits similaires :

- chaque unité d'espace a une valeur de production faible, ce qui rend nécessaire l'exploitation sur de larges espaces ;

¹²⁰⁶ C. Hess et E. Ostrom, *op. cit.*, p. 20. Voir Anil K. Gupta, « Socioecology of stress : Why do common property resource management projects fail ? », in *National Research Council, Proceedings of the Conference on Common Property Resource Management*, National Academy Press, Washington, D.C, 1986, p. 305–322 ; Jeffrey B. Nugent et Nicolas Sanchez, « Tribes, chiefs, and transhumance : A comparative institutional analysis », *Economic Development and Cultural Change*, 42, p. 87-113 ; Peter Ørebeck, Fred Bosselman, Jes Bjarup, David Callies, Martin Chanock, et Hanne Petersen, *The Role of Customary Law in Sustainable Development*, Cambridge University Press. Cambridge, 2005.

- la disponibilité des ressources varie fortement d'une période à l'autre et d'une portion du territoire à l'autre ;
- les retours sur les investissements individuels sont faibles ;
- d'importantes économies d'échelles peuvent être réalisées par l'exploitation de larges zones ;
- d'importantes économies d'échelles sont rendues possibles par la construction collective d'infrastructures ;

Parmi les exemples choisis pour expliciter ces caractéristiques générales, Ostrom et Hess font une place importante aux villages suisses étudiés par Netting en leur temps, mais aussi par Laveleye à la fin du XIX^e siècle. Tout d'abord, ces villages sont particulièrement illustratifs du fait que l'établissement de la gestion collective des ressources dépend du territoire concerné. Dans le même village, les champs peuvent ainsi être cultivés par des individus pleinement propriétaires, tandis que d'autres ressources du territoire de la commune, comme la forêt, sont cultivées en commun¹²⁰⁷. On peut en tirer la conclusion que les communs, par leur plasticité, répondent à la nécessité de s'adapter au territoire sur lequel s'établi un groupe social, et aux ressources qu'il contient. Ce sont donc les contraintes du territoire qui conditionnent les obligations imposées aux villageois. Or, les particularités évoquées ci-dessus sont toutes présentes dans les parties exploitées en commun par les villageois suisses.

Le double rôle du faisceau de droits que nous avons évoqué ci-dessus se retrouve aussi dans ces communautés suisses et dans les autres exemples mobilisés. Il est tout d'abord nécessaire pour les individus d'apprendre à coopérer pour pouvoir exploiter les ressources d'un territoire donner, quand les ressources présentent toutes ou bien une partie des caractéristiques présentées ci-dessus. Il faut donc, dans un premier temps, mettre en place les bonnes règles de répartition et d'exploitation des ressources pour qu'une telle coopération soit possible et que chacun puisse puiser dans la ressource sans en priver les autres, et s'assurer que chacun contribue au maintien des infrastructures nécessaires. *Dans le même temps* où ces développements sont nécessaires (« *While the Swiss peasants were able to devote these harsh lands to productive activities* »), il est aussi vital de développer d'autres règles dont le but est de réduire les

¹²⁰⁷ C. Hess et E. Ostrom, *op. cit.*, p. 20-21. Voir E. Walter Coward jr (dir.), *Irrigation and Agricultural Development in Asia : Perspectives from the Social Sciences*, Cornell University Press, Ithaca, 1980 ; Nirmal Sengupta, *Managing Common Property: Irrigation in India and the Philippines*, Sage, New Delhi, 1991 ; Nirmal Sengupta, *User-Friendly Irrigation Designs*, Sage, New Delhi, 1993 ; Shui Yan Tang, , *Institutions and Collective Action: Self-Governance in Irrigation*, ICS Press, San Francisco, 1992 ; Vincent Linden, *Hill Irrigation: Water and Development in Mountain Agriculture*, Overseas Development Institute, Londres, 1995 ; Robert Wade, (1992), « Common-property resource management in South Indian Villages », in Daniel W. Bromley, et al. (dir.), *Making the Commons Work: Theory, Practice, and Policy*, ICS Press, San Francisco, p. 207–228.

incitations à la surexploitation (« *reduce the incentives to overgraze* ») et s'assurer le maintien des infrastructures nécessaires sur le long terme (« *over time* »)¹²⁰⁸. S'ajoute donc ici un deuxième niveau, qui ne se réduit pas au premier, et qui projette la communauté sur le temps long. Alors qu'il serait possible pour un ensemble d'individus de coopérer pour exploiter toutes les ressources d'un territoire et se les répartir et partir après avoir les avoir épuisées, le groupe doit se doter de règles qui rendent cette exploitation durable sur le long terme, s'il veut rester au même endroit.

Il faut donc non seulement articuler les intérêts individuels les uns aux autres, mais aussi contraindre l'ensemble de ces intérêts individuels en fonction d'impératifs qui les dépassent. Par exemple, l'attribution de droits à l'eau et de *responsabilités* (« *responsabilities* ») liées à l'utilisation d'infrastructures collectives d'irrigation est calculée en fonction de la surface de terres que les individus cultivent privativement. De telles règles sont la clef de la survie de tels arrangements sociaux *sur le long terme* (« *for long periods of time* »)¹²⁰⁹. On ne se contente alors pas de demander aux individus de coopérer et de limiter leur profit personnel pour que d'autres individus bénéficient avec eux de l'exploitation d'une ressource. Il s'agirait en effet là simplement de sacrifier un potentiel profit immédiat, ou bien de faire des efforts dans l'immédiat sans retour direct, avec pour horizon un profit plus lointain, possible uniquement si les individus coopèrent. Un second impératif se surajoute alors, qui implique d'autres sacrifices individuels qui n'apportent pas nécessaires de gains à plus long terme, voire pas du tout, mais assurent la pérennité d'une ressource.

Ce deuxième niveau est toutefois lié au premier et il n'est pas forcément obligatoire de penser aux « générations futures » pour comprendre que situer la coopération dans le temps long est une nécessité. En effet, comment s'attendre à ce qu'un individu puisse faire confiance à un autre et accepte d'obéir à des règles communes d'exploitation et de gestion d'une ressource, s'il n'est pas au minimum acquis que les autres membres du groupe prévoient que cette coopération se situe dans le temps long ? Les mécanismes coutumiers permettent d'initier la coopération, mais il apparaît ici nécessaire que les agents partagent un horizon commun, pour qu'ils n'aient pas peur que l'un des acteurs coopère avec eux jusqu'au moment où il pourrait en retirer des bénéfices et partir. Là non plus, aucun Léviathan n'est disponible pour punir ceux qui décideraient de quitter l'entreprise coopérative soudainement, en emportant avec eux des gains et en cessant de contribuer aux infrastructures et aux autres biens publics. C'est pourquoi, encore une fois, les restrictions sur le droit d'aliéner les ressources sont aussi importantes pour

¹²⁰⁸ C. Hess et E. Ostrom, *op. cit.*, p. 20.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, p. 21.

de telles groupes. Un départ ne doit pas être possible sans conditions, de la même façon qu'entrer dans le groupe ne saurait se faire sans que l'on accepte les règles déjà établies. Tout membre du groupe accepte donc deux ensembles de règles : un premier ensemble qui permet la coopération de manière synchronique et un second ensemble de règles qui permet la coopération de manière diachronique. Dans ce second ensemble, une partie des règles peut alors être consacrée à la solidarité intergénérationnelle.

Cette articulation, encore une fois non explicitée par Ostrom et ses collègues, peut être néanmoins retrouvée dans les variables qu'Ostrom et Hess ajoutent aux variables environnementales citées ci-dessus, et qui sont en général responsables du succès des communs :

-les membres d'une même communauté possèdent des informations précises et partagées sur les ressources disponibles¹²¹⁰ ;

-les membres partagent une compréhension commune (« *common understanding* ») des risques et des bénéfices potentiels liés à la conservation de leur *statu quo* normatif ou à la mise en place de nouvelles règles¹²¹¹ ;

-les membres « partagent des normes de réciprocité et de confiance, largement diffusées parmi eux » qui constituent leur « capital social » commun (« *participants share generalized norms of reciprocity and trust that can be used as initial social capital* »)¹²¹² ;

-le groupe est relativement stable¹²¹³ ;

-les participants « planifient de vivre et de travailler dans la même zone sur le long-terme (« *Participants plan to live and work in the same area for a long time* ») et, dans certains cas, s'attendent aussi à ce que soit le cas de leurs enfants (« *and in some cases, expect their offsprings to live there as well* »), ce qui leur permet, comme nous l'avons déjà évoqué, de ne pas surévaluer les gains qu'ils pourraient obtenir dans le présent ni de minimiser ceux qu'ils pourraient obtenir dans le futur, ou bien ceux que leur descendance pourrait obtenir¹²¹⁴.

La présentation de Ostrom et Hess à propos de ces différents ensembles de normes ne permet toutefois pas de les distinguer clairement. Les variables environnementales sont des

¹²¹⁰ Voir William Blomquist, *Dividing the Waters : Governing Groundwater in Southern California*, ICS Press, San Francisco, 1992 ; Jere L. Gilles et Keith Jamtgaard, « Overgrazing in pastoral areas : The commons reconsidered », *Sociologia Ruralis*, 2, p. 335–358.

¹²¹¹ Voir Rajiv Sethi et E. Somanathan, « The evolution of social norms in common property resource use », *American Economic Review*, 86, p. 766–788.

¹²¹² Voir John C. Cordell, et Margaret A. McKean, « Sea tenure in Bahia, Brazil », in Daniel W. Bromley, et al. (dir.), *Making the Commons Work : Theory, Practice, and Policy*, ICS Press, San Francisco, 1992, p. 183–205.

¹²¹³ Voir Paul Seabright, « Managing local commons : Theoretical issues in incentive design », *Journal of Economic Perspectives*, 7, p. 113–134.

¹²¹⁴ A.P. Limo Grima et Fikret Berkes, « Natural resources : Access, rights to use and management », in Fikret Berkes (dir.), *Common Property Resources : Ecology and Community-Based Sustainable Development*, Belhaven, Londres, 1989, p. 33–54.

contraintes liées au territoire ou à la ressource en question, qui rendent l'établissement d'institutions typiques des communs nécessaires. Les individus doivent d'autant plus y apprendre à coopérer que dans d'autres contextes, du fait des problèmes spécifiques liées à l'appropriation mais aussi à la production des ressources. Ces variables ne sont pas strictement déterminantes et ne sont notamment pas nécessairement toutes présentes dans chaque institution du type des communs. L'instabilité des ressources ou le faible rendement par unité de terre sont par exemple des conditions favorables mais ni nécessaires, ni suffisantes, de l'apparition des communs. Il est certain toutefois que ces paramètres favorisent l'apparition d'une gestion collective des ressources, là où c'est nécessaire, dans des communautés où, par ailleurs, d'autres ressources peuvent être cultivées de manière strictement individuelle. Toutefois, les communs peuvent apparaître même en l'absence de telles conditions. Il s'agit de la nécessité d'établir des règles pour garantir la coopération et la coordination des membres d'une communauté se fasse sentir, pour qu'une structure du type de celle des communautés de village ou des communs puisse émerger. On peut en cela rejoindre l'idée que le « commun » est une forme sociale produit librement par les communautés humaines, lors de l'appropriation de leur territoire.

Ces variables « sociales », que l'on pourrait plus précisément qualifier de normatives, ne sont pas non plus des conditions nécessaires ni suffisantes à l'émergence des communs. Surtout, il n'est pas requis qu'elles soient toutes rassemblées, et elles ne font qu'augmenter les chances, pour les règles mises au point par les communautés, de permettre une gestion collective efficace des ressources. Toutefois, là où les variables environnementales sont des conditions de possibilité de l'émergence des communs, ces variables normatives constituent des produits nécessaires à la coopération des membres d'une communauté sur le long terme. Bien qu'on trouve des points communs avec les principes énoncés dans *Governing the Commons*, ces derniers décrivent davantage des conditions de possibilités des communs, alors que cette liste de conditions normatives paraît plutôt contenir des éléments qui sont à la fois les *conditions de possibilité* de la coopération et ses *produits*. Ils représentent ce « capital social » qui doit originellement être constitué pour être ensuite développé, et qui ne peut l'être qu'au moyen à la fois des mécanismes coutumiers décrits plus tôt, et de la structuration des relations de propriété en faisceau de droits. Les problèmes de coopération, comme nous l'avons vu, sont essentiellement des problèmes d'externalités, négatives et positives. Or, si l'on considère que recourir à un Léviathan est soit inefficace, soit impossible parce que cela nécessiterait un capital social de coopération déjà constitué, les mécanismes coutumiers semblent présenter les caractéristiques nécessaires pour la coopération *émerge*. La circularité des rapports de surveillance et la

redondance de la faculté à faire légitimement usage de la force, deux qualités spécifiques de ces mécanismes, rendent la coopération possible dans les communs. Dans ce contexte extrêmement localisé, le problème est simultanément une partie de la solution. L'organisation de la propriété en faisceau de droits implique en effet une double dimension : articuler et rendre compatibles les intérêts individuels en vue de la coopération et construire un réseau d'obligations qui fait du groupe le gestionnaire d'un fonds commun. Or, le fait que ces individus se situent sur le même territoire fournit une partie de la réponse aux problèmes de coopération qui émergent quand les individus doivent prendre en compte les externalités de leurs actions. En effet, comme nous l'avons vu, il est plus facile aux individus qui peuvent se surveiller directement de faire le pari de la coopération dans un premier temps d'une part, et de développer une disposition à faire confiance à leurs pairs d'autre part, grâce aux confirmations empiriques que le contexte des communs donne à leurs attentes normatives. L'autre partie de la réponse se trouve dans la viabilité des mécanismes coutumiers. L'incertitude qui caractérise cet « acte de foi », parce que le capital social ainsi créé est cumulatif, diminue ensuite progressivement, à mesure que le risque que la coopération interindividuelle se fait plus complexe. Il y a là presque un paradoxe : plus la coopération couvre d'objets et d'interactions à mesure que les interactions se complexifient, et moins elle repose sur des garanties solides autre que la simple confiance comme disposition sociale. Les relations sociales qui se développent une fois ce saut opéré s'appuient sur un fondement alors bien peu solide, à la manière d'un château de carte inversé. Toutefois, la coopération et la confiance qu'elle suppose demeurent un pari risqué mais, dans le contexte des communs tout de moins, ce risque est contrôlé, grâce à l'alliance surprenante du droit coutumier et de la propriété.

Conclusion

'Quis custodiet ipsos custodes?'

« *Quis custodiet ipsos custodes ?* » Les développements qui précèdent offrent une réponse, parmi d'autres possibles, à la célèbre question de Juvénal, « Qui gardera ces gardiens ? ». Dans ses *Satires*, Juvénal visait les gardiens auxquels les citoyens romains confiaient la garde de leur maison. L'usage y voit aussi une allusion à la *République* de Platon et aux gardiens censés gouverner la cité. Il ne fait pas de doute qu'il s'agit de deux problèmes distincts. Le premier concerne le danger inhérent au fait d'accorder sa confiance à des individus, sans garantie aucune qu'ils respectent leurs engagements envers nous. Le second problème concerne la question des limites du pouvoir souverain. Aussi différentes qu'elles puissent paraître, ces questions sont toutefois liées. En effet, comme nous avons pu le voir, résoudre le problème de la confiance entre individus au sein d'une communauté ou d'une société peut nous amener à faire appel à la figure du souverain. Ce dernier apparaît, en tant qu'entité définie et dotée de la faculté de faire respecter des règles par la sanction, comme la garantie ultime qui permettrait aux rapports sociaux de s'établir.

Cette solution est toutefois loin d'être une panacée, puisque l'on ne saurait concevoir l'existence d'un pouvoir présent derrière chaque citoyen, prêt à le sanctionner pour chaque transgression d'une règle ou d'une loi. Si le souverain peut apporter certaines garanties, ce n'est pas le potentiel usage de la violence légitime qui les fournit. La présence du souverain ne peut agir que comme un déclencheur pour que les individus prennent le risque de la confiance. Nous avons toujours exprimé nos doutes concernant cette version naïve du contractualisme, qui suppose que des individus puissent soudainement avoir suffisamment confiance les uns dans les autres et dans un potentiel souverain pour faire ce pari. Nos tournures prennent alors la forme d'un paradoxe, puisqu'il faudrait déjà posséder, pour commencer à faire confiance, la capacité de faire confiance à des étrangers pour qu'ils respectent des règles et que ces règles soient appliquées.

Il apparaît donc toujours nécessaire de suspendre le besoin de garanties extérieures et de se reposer sur la confiance que l'on peut s'accorder mutuellement. Néanmoins, ni la morale ni les bons sentiments ne sauraient être à l'origine d'une telle confiance. En effet, nous ne saurions faire reposer l'ensemble de nos interactions ni sur la croyance dans la bienveillance des individus, ni sur la connaissance que nous avons de leurs comportements passés. Il nous faut être en mesure de faire confiance à des individus qui peuvent être motivés par leur propre intérêt, dénués de tout altruisme et que l'on ne connaît pas nécessairement. L'idée que la confiance puisse émerger dans un espace déterminé entre un petit nombre d'individus qui se connaîtraient n'a rien d'impossible, mais démontre une certaine forme d'optimisme. *A minima*, un tel contexte est une condition nécessaire mais non suffisante de l'émergence de la coopération. La

défiance qui caractérise toutes les relations de voisinage ne manque pas de souligner la fragilité de la confiance dans ces situations. Si la confiance typique des relations sociales est bien un produit émergent des interactions individuelles, elle ne peut apparaître que dans un contexte institutionnel et environnemental favorable. Qui plus est, cette émergence, comme nous espérons l'avoir montré, ne peut se faire qu'au moyen de dispositifs différents de celui que les auteurs à laquelle notre étude est consacrée ont appelé le « Léviathan ». La capacité à résoudre des problèmes élémentaires de coordination et de coopération paraît devoir être acquise pour en venir à se doter d'un Léviathan, que ce dernier soit bien intentionné ou non. Il faut donc déjà posséder un certain « capital social », pour reprendre le terme d'Ostrom, afin passer à ce niveau supérieur de coopération.

Puisqu'il est question d'Ostrom, rappelons que le double constat de départ de son travail, selon lequel non seulement les communs ne mènent pas nécessairement à une « tragédie », mais aussi que le Léviathan peut être extrêmement inadapté pour résoudre certains problèmes de coopération, a pour conséquence de souligner à la fois la possibilité et la nécessité de recourir à des mécanismes coutumiers. C'est à cette même conclusion que Maine ou Mill sont conduits, ainsi que Laveleye dans une certaine mesure, lorsqu'ils s'intéressent à la question de la propriété telle qu'elle est gérée par des communautés autonomes, les « communautés de village », ancêtre conceptuel des communs ostromiens. C'est ainsi que sont reliés les éléments principaux de notre réflexion, de ce que nous avons préliminairement appelé un *nexus* conceptuel : s'intéresser à la façon dont ces communautés mettent en place la gestion de ressources à une échelle strictement locale conduit à percevoir, non seulement que les régimes d'appropriation qui sont créés par ce moyen sont fluides et multiples, mais qu'ils reposent, hier et aujourd'hui, sur des mécanismes coutumiers, et fonctionnent indépendamment ou presque de l'autorité d'un Léviathan-Souverain.

Cette « multiplicité » des régimes de propriété est souvent associée à la notion de propriété comme « faisceau de droits », qui signifierait que les droits dont il est question constituent les éléments indépendants d'une mosaïque composée par les communautés concernées. Bien au contraire, les relations de propriété que l'on retrouve dans les communautés de village ou les communs forment des structures complexes, où différents niveaux de droits dépendent les uns des autres, au sein d'un arrangement lié aux contraintes territoriales, environnementales et sociales que le groupe rencontre dans la gestion des ressources à sa disposition. Si la propriété individuelle et privée est absente des communs, ce n'est pas parce qu'elle se trouve décomposée en de nombreux droits. Bien plutôt, la structure du « faisceau de droits » témoigne au sein des communs de l'impératif d'articuler les intérêts individuels entre eux d'une part, et aux intérêts

collectifs d'autre part, qui impose de régler des problèmes complexes d'externalités. Les développements proposés par Mill dans les *Principles of Political Economy*, eux aussi inspirés par les communautés de village et le droit irlandais, ont conduit à une redéfinition de la propriété comme équilibre d'intérêts, équilibre reposant sur le produit d'un autre équilibre, la coutume. Cette dimension essentielle mais non suffisante est complétée par celle de Maine, dont la perspective généalogique permet de comprendre qu'en plus de la nécessité d'établir un équilibre entre des intérêts individuels, il est nécessaire pour ces communautés de constituer les ressources qu'elles se partagent en un fonds patrimonial. Sa définition de la propriété comme faisceau de droits ainsi que ses réflexions sur la nature de la coutume, définie par opposition à la figure du souverain, apportent des éléments essentiels pour comprendre les enjeux de la réflexion sur les communs, qui ne saurait se limiter à des questions économiques et environnementales. En retour, l'analyse rigoureuse menée sur les communs vers la fin du XX^e siècle et au début du XXI^e siècle a permis, comme nous espérons l'avoir montré, d'offrir un premier aperçu de la spécificité des mécanismes coutumiers, qui ne prennent, chez Maine comme chez Mill, que la forme d'intuitions encore peu systématisées. Ostrom et les ostromiens précisent, peut-être involontairement, la conception interactionniste et horizontale du social que l'on trouve en filigrane chez Mill, notamment dans les liens qu'il établit entre coutume, propriété et souveraineté. La coutume est bien, chez Ostrom, le produit institutionnel d'un équilibre entre des intérêts distincts mais non nécessairement concurrents.

Nos réflexions ont aussi pu souligner le rôle que ces mécanismes coutumiers, désormais distingués de la coutume comme simple usage, ou du droit coutumier comme appendice du droit ou comme ensemble codifié de coutumes, jouent dans les communautés de village ou communs. Nous avons surtout pu constater l'interdépendance des ressources, des relations de propriété qui les répartissent et en régulent de la gestion, des mécanismes coutumiers et du « faisceau de droits ». Ce dernier n'est par exemple pas que le résultat de l'établissement réussi de la coopération au sein des communs. S'il apparaît, en tant qu'ensemble de règles, comme un produit final, il est aussi ce qui permet de projeter l'entreprise de la coopération vers l'avenir. Son existence est due à une rencontre complexe entre les contraintes strictement physiques d'un territoire et les arrangements institutionnels qui en découlent.

Car les mécanismes coutumiers ne sont pas des institutions distinctes de leur contexte extrêmement localisé : ils dépendent de la proximité des individus sur un même territoire. Comme Ostrom le remarque très justement, c'est le fait d'être à la fois les plus intéressés et les plus capables de veiller à l'application des règles décidées en commun, du fait de leur proximité physique, qui rend des pêcheurs et des cultivateurs de riz capables d'accepter de coopérer. Les

mécanismes coutumiers, de la même façon que la structure de relations de propriété qu'ils soutiennent et qui les soutient, sont rendus possibles par le fait que les individus concernés partagent un même territoire et des ressources. Ils permettent aussi, une fois le pari de la confiance fait, de la développer comme un capital social qui les conduira à coopérer davantage. Là encore, partager un même territoire joue un rôle déterminant dans ce que nous avons désigné comme le processus de confirmation empirique d'attentes normatives. On perçoit là toutes les caractéristiques d'un système complexe, dans lequel peuvent émerger des propriétés nouvelles : la boucle de rétroaction qui définit les relations entre les différents éléments du système permet de produire de nouveaux éléments.

Montrer que le souverain n'est pas nécessaire à l'échelle des communautés de village ou communs n'implique toutefois pas que le second problème, celui de qui gardera le souverain, soit écarté. Au contraire, cette question est restée en filigrane de nos réflexions, bien qu'elle n'y ait pas été centrale. La discussion de Maine avec Austin concernant le pouvoir souverain ne pouvait prendre que deux directions : pour le second, il fallait mettre fin à une régression à l'infini et abandonner l'idée d'un contrôle sur le souverain, rendant son pouvoir absolu, alors que pour Maine, il suffisait de comprendre que les contraintes effectives qui limitent la liberté du souverain sont de nature coutumière. L'existence de communautés où le pouvoir souverain est absent et où d'autres formes de régulation prennent le relais ne conduit pas Maine à distinguer deux domaines absolument séparés. Bien au contraire, ce que Maine découvre dans les communautés de village, il le rapporte au souverain : son pouvoir, s'il repose sur la concentration de la capacité à faire usage légitimement de la force, n'est pas en cela sans limite. Mill, de son côté, a su nous montrer comment le souverain pouvait être absent de la mise en place et du maintien d'institutions aussi essentielles et fragiles que la propriété. L'étude des communautés de village, par l'attention qu'elle attire sur la coutume, conduit donc ces deux auteurs phares de la seconde moitié du XIX^e siècle à souligner que tout pouvoir, même souverain, repose lui aussi sur des équilibres, certes précaires, mais qui agissent comme de véritables contraintes, sans pour autant être soutenus par les sanctions d'un souverain de niveau supérieur. L'état de droit doit lui aussi sa possibilité et toute sa fragilité à une certaine forme généralisée de confiance sociale qui, comme nous l'avons suggéré, prend probablement racines dans des contextes similaires à ceux des communs.

Afin de produire les réflexions ci-dessus, il nous a été nécessaire de faire des choix. La délimitation d'un corpus et des questions qui lui sont adressées sont en effet la condition de possibilité d'une forme de rigueur « scientifique ». Qui plus est, donner une forme et des limites

claires à un problème permet de déterminer quelles questions n'ont pas été posées et de dégager avec plus de clarté celles qui restent en suspens et méritent d'être traitées. Nous avons notamment choisi de limiter la portée de cette étude en n'évoquant pas directement, ou très peu, l'œuvre des auteurs discutés par ceux de notre corpus : Bentham, Austin, Savigny et surtout Hobbes. En somme, nous avons respecté l'usage de nos propres auteurs : leurs remarques sont systématiquement allusives. Le Léviathan est bien une ombre dans leur œuvre comme dans le titre de notre travail, tant les pensées de Hobbes ne sont jamais analysées et développées pour elles-mêmes, y compris sur les sujets pourtant centraux dans la critique que les auteurs de notre corpus en font. Dire ce que Bentham, Austin ou encore Hobbes auraient pu dire sur ce sujet aurait donc été du ressort d'une toute autre étude.

Ces choix « par la négative » nous ont néanmoins permis de circonscrire un champ de travail précis, structuré autour des quatre thèmes principaux qui constituent notre *nexus* conceptuel, nexus que nous ne pensons pas arbitraire, mais appelé par l'étude d'objets similaires au moyen de catégories conceptuelles semblables : les communautés de village ou communs, la dichotomie entre propriété collective et propriété individuelle, l'opposition entre le droit coutumier et le Léviathan, et enfin le faisceau de droits. L'étude de la façon dont l'articulation de ces thèmes a lieu à deux époques différentes, dans deux corpus, nous a conduits aux conclusions ci-dessus. Le fait que ces conclusions soient aussi explicitement circonscrites permet toutefois simultanément de percevoir les endroits où elles recourent d'autres axes d'étude potentiels.

Elles suggèrent ainsi un programme de recherches possibles. Nous pourrions en effet prolonger nos recherches en menant une étude systématique, davantage historique, des œuvres d'officiers britanniques de la deuxième moitié du XIX^e siècle, contemporains de Maine, qui produisent comme lui des comptes-rendus d'observations anthropologiques et des compilations de droit coutumier. Il serait aussi extrêmement intéressant, dans le même temps, de produire une étude des décisions des cours de justice anglo-indienne de cette époque, au moyen de l'arsenal conceptuel mis au point par le présent travail. Bien évidemment, nos réflexions appellent impérativement à faire une généalogie complète de la notion de faisceau de droits, en amont de Maine et en aval, notamment dans la façon dont le corpus juridique américain en vient à se l'approprier tout en modifiant la signification. Aussi, le présent travail pourrait s'intégrer à une large étude sur les conditions institutionnelles de la confiance, liant ce dernier thème à la question du droit coutumier, depuis les communs jusqu'au droit international.

Enfin, il est certain que nos réflexions pourraient enrichir les débats contemporains sur le rôle politique et social des communs. Nous avons toutefois choisi de tenir cette étude à distance de cette immense littérature, afin d'en préserver la cohérence. Contentons-nous toutefois

d'esquisser à grands traits les conclusions que nous pourrions exporter vers ces discussions. Si les communs apparaissent bien comme une institution progressiste, adaptée pour résoudre des problèmes extrêmement complexes, environnementaux mais pas uniquement, ils ne s'imposent néanmoins pas comme l'exemple par excellence d'une forme de collectivisme démocratique, et n'offrent en aucun cas à voir une forme d'organisation sociale fondée sur des échanges non-marchands. Ce que les communautés de village et les communs transmettent à ceux qui en ont étudié le fonctionnement, c'est une critique multiple, qui ne conduit pas au pur et simple rejet du « marché », comme s'il existait une forme universelle et atemporelle de l'institution où ont lieu les échanges marchands. Les communs, notamment à travers la conception patrimoniale de la propriété qui y a cours, sont un lieu où la limite entre le collectif et l'individuel est complexe, mais où l'appropriation à des fins strictement individuelles est non seulement possible, mais souhaitée. En leur sein, certaines choses sont considérées comme inaliénables, mais ni les communautés de village indiennes de Maine, ni les pêcheries de l'état qui porte le même nom se situent hors du marché, bien au contraire. En tant qu'institutions, elles permettent à leurs membres de s'organiser dans un rapport conscient avec le « marché ». Bien sûr, leur fragilité révèle le problème que Marx notait dans *La loi sur les vols de bois*, et qui est une constante des études sur les communs, dans des contextes post-coloniaux comme occidentaux : l'impérialisme d'une certaine conception de la propriété individuelle, soutenue par un centralisme et un formalisme juridiques, tous incompatibles avec le localisme intrinsèque des communs et du droit coutumier.

C'est pourquoi la question de la codification de la coutume et celle des rapports entre développement économique et propriété revient systématiquement. Si Maine est celui qui développe le plus systématiquement ces problèmes, le propos de Mill et celui d'Ostrom est *in fine* le même : la coutume est un agent efficace de régulation sociale, et peut même, dans des circonstances favorables, assurer une certaine justice dans la répartition des ressources, à l'abri des abus des dynamiques de marché quand toute régulation est absente. Loin d'eux pourtant de refuser *toute* intervention étatique. Au contraire, une codification raisonnée et un encadrement juridique sont systématiquement pointés comme des voies complexes mais nécessaires des progrès de la coopération sociale par ces auteurs. Néanmoins, dans leurs œuvres, l'intervention de l'État et l'alliance de son appareil juridique avec les intérêts des propriétaires privés, souvent liées à des codifications forcées ou inversement à un mépris assumé de la coutume, agissent presque systématiquement à l'encontre du meilleur intérêt des communautés et de la gestion des ressources durable des ressources qui sont leur appartiennent.

Bibliographie

N.B. : Dans la mesure où Henry Sumner Maine est l'auteur principal de notre corpus, nous avons choisi d'isoler ses œuvres dans la bibliographie ci-dessous, et faire une recension de ses écrits théoriques. S'ensuit une bibliographie générale des ouvrages soit cités, soit ayant une pertinence particulière dans notre travail.

Œuvres de Maine, éditions originales par ordre chronologique

Attention : une bibliographie plus complète, voire exhaustive, pourra être trouvée dans George Feaver, *From Status to Contract. A Biography of Sir Henry Maine. 1822-1888*, Londres, Longmans, Green, and Co., 1969, p. 331-339.

On consultera aussi : *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine : A Centennial Reappraisal*, collectif dirigé par Alan Diamond, Cambridge University Press, Cambridge 2006. On peut y trouver une bibliographie complète des écrits de Maine, notamment de ses participations aux revues de son époque, et de ses manuscrits. Nous ne recensons ici que ses écrits théoriques.

Conformément à ce qui semble être une convention parmi les commentateurs de Maine, nous avons utilisé presque systématiquement les éditions originales qui sont indiquées ci-dessous. Lorsqu'une autre édition a été utilisée, elle a été ajoutée à la liste, à la date correspondante.

1855. Henry Sumner Maine, « The Conception of Sovereignty and its Importance in International Law », in *Papers Read Before the Juridical Society*, Londres, 1855-1858.

1856. Henry Sumner Maine, *Roman Law and Legal Education*, « Cambridge Essays », II, p. 1-29, ou in *Village-Communities*, 3^{ème} éd, 1876.

1861. Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection With The Early History Of Society And Its Relation To Modern Ideas*, Londres, Murray.

1871. Henry Sumner Maine, *Village-Communities In The East And West. With Other Lectures, Addresses, And Essays*, Londres, Murray.

1875. Henry Sumner Maine, *Lectures On The Early History Of Institutions*, Londres, Murray.

1875. Henry Sumner Maine, *The Effects of Observation of India on Modern European Thought. The Rede Lecture*, Londres, Murray.

1876. Henry Sumner Maine, *Village-Communities In The East And West. With Other Lectures, Addresses, And Essays*, Londres, Murray.

Comprend également :

The Effects Of Observation Of India On Modern European Thought, 1875.

Address To University Of Calcutta, Delivered Before The Senate, 1864.

Address To University Of Calcutta, Delivered Before The Senate, 1865.

Address To University Of Calcutta, Delivered Before The Senate, 1866.

The Theory Of Evidence. 1873.

1881. Henry Sumner Maine, *Village-Communities in the East and West, Six Lectures Delivered at Oxford, to which are added other Lectures, Addresses and Essays* 4^{ème} éd., Londres.

1883. Henry Sumner Maine, *Dissertations on Early Law and Custom*, Londres, Murray.

1885. Henry Sumner Maine, *Popular Government*, Londres, Murray, 1885, rééd., Indianapolis, Liberty Classics, 1976.

1886. Henry Sumner Maine, *The Patriarchal Theory*, « Quaterly Review », CLXII, janvier 1886, p. 181-209.

1886. Henry Sumner Maine, *Mr. Godkin on Popular Government*, « Nineteenth Century », XIX, mars 1886, p. 366-379.

1887. Henry Sumner Maine, *India*, in *The Reign of Queen Victoria. A survey of Fifty Years of Progress*, T.H Ward, Londres, Smith, Elder and Co., I, p. 460-528.

1888. Henry Sumner Maine, *International Law. The Whewell Lectures*, F. Pollock et F. Harrison, Londres, Murray.

1889. Henry Sumner Maine, *Village-Communities in the East and West, Six Lectures Delivered at Oxford, to which are added other Lectures, Addresses and Essays*, Londres.

1892. *Speeches e Minutes*, in M. E. Grant Duff, *Sir Henry Maine. A Brief Memoire of His Life, With Some of His Indian Speeches and Minutes, Selected and Edited by Whitley Stokes*, London, Murray, 1892 (Littleton, Colorado), Rothman, 1979, p. 85-433.

1905. Henry Sumner Maine, *International Law: A Series Of Lectures Delivered Before The University Of Cambridge*, 1887, Londres, 1905.

Pour les cahiers et autres notes compilées de Henry Sumner Maine voir la *Maine Collection*, London School of Economics, Coll. Misc.

1908. Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, Londres, édition de poche, John Murray, Albermale Street, 1908.

1986. Henry Sumner Maine, *Early Law and Custom*, New Delhi, B. R. Publishing, 1986.

Ouvrages de Maine publiés en français, éditions originales

Henry Sumner Maine, *L'Ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, Guillaumin, Paris, 1874, traduit de la quatrième édition anglaise, par J.-G. Courcelle-Seneuil.

Henry Sumner Maine, *Études sur l'histoire du droit*, Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions, trad. fr. de *Village-Communities in the East and West*, 3^{ème} éd., 1876, de *The Patriarchal Theory*, 1886, et de *India*, 1887, E. Thorin, Paris ,1889, trad. René de Kérallain.

Henry Sumner Maine, *Études sur l'histoire des institutions primitives*, Ernest Thorin, Paris, 1880, traduit de l'anglais avec une préface par Durieu de Leyritz, introduction d'Arbois de Jubainville.

Henry Sumner Maine, *De l'Organisation juridique de la famille chez les Slaves du sud et chez les Radjpoutes*, E. Thorin, Paris 1880.

Henry Sumner Maine, *De la Codification d'après les idées antiques*, Ernest Thorin, Paris, 1880.

Henry Sumner Maine, *Etudes sur la royauté primitive*, Ernest Thorin, Paris, 1882.

Henry Sumner Maine, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions, Ernest Thorin, Paris, 1884, trad. René de Kérallain.

Henry Sumner Maine, *Essais sur le gouvernement populaire*, Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions, Ernest Thorin, Paris, 1887, trad. René de Kérallain.

Henry Sumner Maine, *Le droit international, la guerre*, Ernest Thorin, Paris, 1890,, trad. René de Ké-
rallain.

Bibliographie générale

Aditee Nag, Chowdhury-Zilly, *The Vagrant Peasant : Agrarian Distress and Desertion in Bengal, 1770 to 1830*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1982.

Agarwal, Bina, *A Field of One's Own : Gender and Land Rights in South Asia*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

Agarwal, Bina, et Pradip, Panda, « Toward Freedom from Domestic Violence : The Neglected Ob-
vious. » *Journal of Human Development*, 8, p. 359-388.

Ahmad, Muhammad Basheer, *The Administration of Justice in Medieval India*, Aligarh Historical Research Institut, Aligarh, 1951.

Akbar, Muhammad J., *The Administration of Justice by the Mughals*, Muhammad Ashraf, Lahore, 1948.

Alam, Muzaffar, et Subrahmanyam, Sanjay (dir.), *The Mughal State, 1526–1750*, Oxford University Press, Delhi, 1998.

Alexander, Gregory S., « Pluralism and property », *Fordham Law Review*, 80, p. 1017-1052.

Alexander, Gregory S., et al., « A statement of progressive property », *Cornell Law Review*, 94 (4), p. 743-744.

Alexander, Paul, « South Sri Lanka Sea Tenure », *Ethnology*, 16, p. 231-255.

Alexander, Paul, *Sri Lankan Fishermen : Rural Capitalism and Peasant Society*, Australian National University, Camberra, 1982.

Ali, M. Athar, « The Mughal Polity - A Critique of Revisionist Approaches », *Modern Asian Studies*, 27 (4), p. 699-710.

Anderson, Eugene Newton et Anderson, Marja L., *Fishing in troubled waters : Research on the Chinise fishing industry in West Malaysia*, Asian Folklore and Social Life Monographs, 100, The Orient Cultural Service, Taipai, 1977.

Aristote, *Politique*.

Arthur Maass et Raymond Lloyd Anderson, ... *and the Desert Shall Rejoice : Conflict, Growth and Justice in Arid Environments*, MIT Press, Cambridge, 1978.

Austin John, *Second Statement By the Council of the University of London Explanatory of the Plan of Instruction*, 1829-1833.

Austin, John, *A Plea for the Constitution*, Murray, Londres, 1859.

Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, Murray, Londres, 1885.

Austin, John, *Second Statement By the Council of the University of London Explanatory of the Plan of Instruction*, 1829-1833.

Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined : Being the First Part of a Series of Lectures on Jurisprudence, Or, the Philosophy of Positive Law*, Murray, Londres, 1832.

Axelrod, Robert, « The Emergence of Cooperation Among Egoists », *American Political Science Review*, 75, p. 306-318.

Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, New York, 1984.

Baden-Powell, B. Henry, *The Indian Village Community*, Longman Green, Londres et New York, 1896.

Baden-Powell, B. Henry, *The Land System of British India*, 3 vol., Oxford, 1892.

Baden-Powell, B. Henry, *The Origin and Growth of Village Communities in India*, Johnson, New York, 1970 [1899].

Banerjee, Anil Chandra, *English Law in India*, Abhinav, New Delhi, 1984.

Barrier, Norman, G., « The Formulation and Enactment of the Punjab Alienation of Land Bill », *The Indian Economic & Social History Review*, 2 (2), p. 145-165.

Bates, Robert H., « Contra Contractarianism : Some Reflections on the New Institutionalism », *Politics and Society*, 16, p. 387-401.

Bell, Duncan S. A., « Historiographical Reviews: Empire and International Relations in Victorian Political Thought », *Historical Journal*, 49 (1), p. 281-298.

Bengal, report of the government of bengal on the proposed amendment on the law of landlord and tenant in that province, with a revised bill and appendices, Government Press, Calcutta, vol. 1, 1883.

Bennet, Matthieu, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », *Klesis – Revue philosophique*, 21, p. 133-156.

Bensaïd, Daniel, *Les dépossédés : Karl Marx, les voleurs de bois et le droit des pauvres*, La fabrique éditions, Paris, 2007.

Benson, Bruce L., « Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice : A Description of a Modern System of Law and Order without State Coercion », *The Journal of Libertarian Studies*, vol. IX, 2.

Bentham, Jeremy, *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, P. Schofield (dir.), J-P Cléro et C. Laval (trad.), Seuil, Paris, 1997.

Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, H. L. A. Hart (dir.), Athlone Press, Londres, 1970.

Bentham, Jeremy, *Traité de législation civile et pénale*, Bossange, Masson et Besson, Paris, 1802.

Bentham, Jeremy, *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, J. H. Burnsand et H. L. A. Hart, Londres, 1977.

Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Burns, J. H., Hart H. L. A. et Rosen, F. (dir.), Clarendon Press, Oxford, 1996 [1789].

Bentham, Jeremy, *Collected Works*, J. H. Burns et H. L. A. Hart (éd.), Londres, Athlone Press, and Atlantic Highlands, N.J., Humanities Press.

Bentham, Jeremy, *L'Absurdité sur des échasses*, « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1791) », in Binoche, Bertrand et Cléro, Jean-Pierre (dir.), *Bentham contre les droits de l'homme*, PUF, Paris, 2007.

Bentham, Jeremy, *Supply Without Burden*, in J. Bowring (dir.), *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edimbourg, 1843.

Bentham, Jeremy, *The Works*, J. Bowring (éd.), 11 vol., William Tait, Edinburgh, 1838-1843.

Bentley, Arthur, *The Process of Government*, Principia Press, Evanston, Illinois, 1908.

Benton, Lauren, « Colonial Law and Cultural Difference : Jurisdictional Politics and the Formation of the Colonial State », *Comparative Studies in Society and History*, 41 (3), p. 563-588.

Berkes, Fikret, « Local-level management and the commons problem : A comparative study of the Turkish coastal fisheries », *Marine Policy*, 10, p. 215-229.

- Berle, Adolf A. et Means, Gardiner C., *The modern corporation and private property*, New Transaction Publishers, Brunswick, New Jersey, 1991.
- Bhattacharya, Neeladri, « Remaking Custom : The Discourse and Practice of Colonial Codification », in Champakalakshmi, Radha, et Sarvepalli Gopa (dir.), *Tradition, Dissent and Ideology : Essays in Honour of Romila Thapar*, Oxford University Press, Delhi, 1997.
- Bicchieri, Cristina, *The grammar of society : The nature and dynamics of social norms*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- Binoche, Bertrand et Cléro, Jean-Pierre (dir.), *Bentham contre les droits de l'homme*, PUF, Paris, 2007.
- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, J.B. Lippincott Co., Philadelphia, 1893.
- Blaise Bachofen (dir.), *Le Libéralisme au miroir du droit, L'État, la personne, la propriété*, ENS éditions, Lyon, 2008.
- Blomquist, William, *The Performance of Groundwater Management, Volume 1, Raymond Basin*, Workshop in Political Theory and Policy Analysis, Indiana University, Bloomington, 1988.
- Blomquist, William et Ostrom, Elinor, « Institutional Capacity and the Resolution of a Commons Dilemma », *Policy Studies Review*, 5, p. 383-393.
- Bock, Kenneth E., « Comparison of Histories : The contribution of Henry Maine », *Comparative Studies in Society and History*, 16 (2), p. 232-262.
- Bock, Kenneth E., « The Moral Philosophy of Sir Henry Sumner Maine », *Journal of the History of Ideas*, 37 (1), p. 147-154.
- Bowles, Samuel, *The moral economy : Why good incentives are no substitute for good citizens*, Yale University Press, New Haven et Londres, 2016.
- Brahami, Frédéric, *La raison du peuple*, Les Belles Lettres, Paris, 2016.
- Braverman, Irus, Blomley, Nicholas, Delaney, David et Kedar, Alexandre (dir.), *The Expanding spaces of law : A timely legal geography*, Stanford University Press, 2014.
- Brennan, Jason et Jaworski, Peter M., *Markets without limits*, Routledge, New York, 2016.
- Brindisi, G., *Il governo popolare e la sovranità popolare secondo due ultime pubblicazioni di E. (sic) Sumner Maine e P. Eller*, Milan, 1887.

(Collectif) *British Parliamentary Papers : East India Contract Law: Copies of Papers showing the present position of the Question of a Contract Law for India, And, of all Reports of the Indian Law Commissioners on the Subject of Contracts*, HSMO, Londres, 1868.

Brown, Catherine, « Propriété effective et loi de l'impôt sur le revenu », *Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne*, 51 (1), p. 401-453.

Burke, Edmund, *Réflexions sur la révolution de France*, George Liébert (dir.), Pierre Adler (trad.), Hachette, Paris, 1989.

Burrow, John Wyon, *Evolution and Society, A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1966, p. 149-153.

Campbell, George, « Tenure of Land in India », in Cobden Club (dir.), *Systems of land tenure in various countries*, Cobden Club, Macmillan and co., Londres, 1870.

Campbell, Richmond, « Background for the Uninitiated », in Campbell Richmond et Sowden, Lanning (dir.), *Paradoxes of Rationality and Cooperation*, University of British Columbia Press, Vancouver, 1985.

Cassani, Anselmo, *Diritto, antropologia e storia. Studi su Henry Sumner Maine*. Préface de Vincenzo Ferrari, CLUEB, Bologne, 2002. Ce recueil rassemble :

- « La 'Comparative Jurisprudence' di Henry Maine », in Santucci, A. (éd.) *Scienza e filosofia nella cultura positivista*, Milan, Feltrinelli, 1982, p. 402-413.
- « 'Ancient Law' e i contemporanei : aspetti del dibattito sull 'idea di progresso », *Intersezioni*, V, 2, août 1985, p. 287-312.
- « Un trionfo del metodo storico : 'Ancient Law' di Henry Sumner Maine », *Giornale critico della filosofia italiana*, LXIV (LXVI), fasc. III, septembre-décembre 1985, p. 429-460.
- « Metodo storico et « 'benthamismo legislativo' nel pensiero di Henry Maine », *Revista di filosofia*, LXXVII, 2, août 1986, p. 89-117.

Chambers, Jonathan David et Mingay, Gordon Edmund, *The Agricultural Revolution (1750-1880)*, B. T. Basford, Londres, 1966.

Champs (de) Emmanuelle, « Propriété et statut personnel chez Jérémy Bentham » in Blaise Bachofen (dir.), *Le Libéralisme au miroir du droit, L'État, la personne, la propriété*, ENS éditions, Lyon, 2008.

Chaudhary Latika, Gupta Bishnupriya, Roy Tirthankar et Swamy Anand V. (dir.), *A New Economic History of Colonial India*, Routledge, New York, 2016.

Chaudhary, Latika, et Anand V. Swamy, « Protecting the borrower : An experiment in colonial India », *Explorations in Economic History*, 65, p. 36-54.

Chaudhry, Faisal, « A Rule of Proprietary Right for British India : From revenue settlement to tenant right in the age of classical legal thought », *Modern Asian Studies*, 50 (1), p. 345-384.

Chauvier, Stéphane, *Éthique sans visage. Le problème des effets externes de l'action*, Vrin, Paris, 2013.

Claassen, Rutger, « Externalities as a basis for regulation: a philosophical view », *Journal of Institutional Economics*, 12 (3), p. 541-563.

Claassen, Rutger, « The Capability to Hold Property », *Journal of Human Development and Capabilities*, 16 (2), p. 220-236.

Clark, Colin W., « Restricted Access to Common-Property Fishery Resources : A Game-Theoretic Analysis », in Pan-Tai Liu (dir.), *Dynamic Optimization and Mathematical Economics*, Plenum Press, New York, p. 117-132.

Clark, Colin W., *Mathematical Bioeconomics*, Wiley, New York, 1977.

Coase, Ronald Harry, « The Nature of the Firm », *Economica*, Blackwell Publishing, 16 (4), p. 386-405 ou encore, plus récemment, H. De Soto, *Le Mystère du capital*, *op. cit.*

Cocks, Raymond, « 'That Exalted and Noble Science of Jurisprudence' : The Recruitment of Jurists with 'Superior Qualifications' by the Middle Temple in the Mid-Nineteenth Century », *Journal of Legal History*, 20, p. 82-87.

Cocks, Raymond, *Foundations of the Modern Bar*, Sweet & Maxwell, London, 1983.

Cocks, Raymond. C. J., *Sir Henry Maine : a study in Victorian jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

Cohn, Bernard S., « Anthropological Notes on Disputes and Law in India », *American Anthropologist*, 67 (6), p. 82-122.

Cohn, Bernard S., « From Indian Status to British Contract » *Journal of Economic History*, 21 (4), p. 613-628.

Cohn, Bernard S., « Some notes on law and change in North India », *Economic Development and Cultural Change*, 8 (1), p. 79-93.

Cohn, Bernard S., « The Initial British Impact on India : A Case Study of the Benares Region », *Journal of Asian Studies*, 19 (4), p. 418-431.

Colebrook, H. T., *Treatise on Obligations and Contrats*, Black, Kingsbury, Purbury and Allen, 1818.

Coleman, James S., « Norms as Social Capital », in Radnitzky, Gerard et Bernholz, Peter (dir.), *Economic Imperialism. The Economic Approach Applied Outside the Field of Economics*, Paragon House, New York, 1987.

Coleman, James S., *Foundations of Social Theory*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990.

Collison Black, Robert Denis, « The classical economists and the Irish problem », *Oxford Economic Papers* 5 (1), p. 26-40.

Commons, John R., *Legal Foundations of Capitalism*, MacMillan, New York, 1924.

Connell, Kenneth Hugh, « The colonization of waste land in Ireland, 1780-1845 », *Economic History Review*, 3 (1), p. 44-71.

Cordell, John C., et McKean, Margaret A., « Sea tenure in Bahia, Brazil », in Daniel W. Bromley, et al. (dir.), *Making the Commons Work : Theory, Practice, and Policy*, ICS Press, San Francisco, 1992, p. 183-205.

Coward, E. Walter jr (dir.), *Irrigation and Agricultural Development in Asia : Perspectives from the Social Sciences*, Cornell University Press, Ithaca, 1980.

Cranston, Maurice William, « A dialogue on democracy : Arnold, Maine, Morley », *Political Dialogues*, Londres, BBC Publications, 1968.

Crowe, Beryl, « The Tragedy of the Commons Revisited », *Science*, 28 Novembre 1969, 166, p. 1103-1108.

Dagan, Hanoch et Heller, Michael, « The Liberal Commons », *Yale Law Journal*, 110 (4), p. 549-623.

Dales, John H., *Pollution, Property and Prices : An Essay in Policy-making and Economics*, University of Toronto Press, Toronto, 1968.

- Dallari, G., *Di una legge del progresso giuridico formulata da Henry Sumner Maine*, Bocca, Turin, 1905.
- Daly, Herman E., (dir.), *Toward a Steady-State Economy*, W. H. Freeman, San Francisco, 1973.
- Daly, Herman E., « The Steady-State Economy : Toward a Political Economy of Biophysical Equilibrium and Moral Growth », in Herman E. Daly, (dir.), *Toward a Steady-State Economy*, W. H. Freeman, San Francisco, 1973, p. 148-174.
- Dardot, Pierre et Laval, Christian, *Commun : essai sur la révolution au XXIe siècle*, La Découverte, Paris, 2015.
- Dasgupta, Partha S. et Heal Geoffrey M., *Economic Theory and Exhaustible Resources*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.
- Davar, S., *Elements of Indian Mercantile Law*, éditeur inconnu, Bombay, 1917.
- David, René et Blanc-Jouvan, Xavier, *Le droit anglais*, PUF, Paris, 1998.
- Davis, Anthony, « Property Rights and Access Management in the Small-Boat Fishery : A Case Study from South West Nova Scotia », in Lamson, Cynthia et Hanson, Arthur J. (dir.), *Atlantic Fisheries and Coastal Communities : Fisheries Decision-Making Case Studies*, The Institute for Resource and Environmental Studies, Halifax, N. S., 1984, p. 133-164.
- Dawson, Robyn M., « The Commons Dilemma Game : a N-Person Mixed-Motive Game with a Dominating Strategy for Defection », *ORI Research Bulletin*, 13, p. 1-12.
- Demolombe, Charles, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Durand, Paris, 1870.
- Demsetz Harold, « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review*, 57 (2), p. 347-359.
- Derrett, J. Duncan M., « Sir Henry Maine and Law in India : 1858-1958 », *Juridical Review*, IV, p. 40-55.
- Derrett, J. Duncan M., « The administration of Hindu law by the British », *Comparative Studies in Society and History*, 4 (1), p. 10-52.
- Derrett, John Duncan Martin, *Religion, Law and State in India*, Londres, 1968.

Dewey, Clive J., « The Education of a Ruling Caste : The Indian Civil Service in the Era of Competitive Examination », *The English Historical Review*, 88 (347), p. 262-285.

Dewey, Clive, « Celtic Agrarian Legislation and the Celtic Revival : Historicist Implications of Gladstone's Irish and Scottish Land Acts 1870-1886 », *Past and Present*, 64, p. 30-70.

Diamond, Alan (dir.), *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine, A centennial Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991. Contient :

- Abrahams, R., « *Ancient Law* and modern field work », p. 185-192.
- Bayly, C.A., « Maine and Change in Nineteenth-Century India », p. 389-397.
- Burrow, J. W., « Henry Maine and mid-Victorian ideas of progress », p.55-69.
- Cocks, R., « Maine, progress and theory », p. 70-75.
- Collini, S., « Democracy and excitement : Maine's political pessimism », p. 88-95.
- Dewey, C., « The influence of Maine on Agrarian Policy in India » p. 353-375.
- Diamond, A., « Fictions, equity and legislation : Maine's three agencies of legal change », p. 242-255.
- Feaver, G., « The Victorian Values of Sir Henry Maine », p. 28-52.
- Jackson, B. S., « Law and language : a metaphor in Maine, a model for his successors ? », p. 256- 293.
- Johnson, G., « India and Henry Maine », p. 376-388.
- Kumar, K., « Maine and the theory of progress », p. 76-87.
- Kuper, A., « The rise and fall of Maine's patriarchal society », p. 99-110.
- Lyons, J., « Linguistics and law : the legacy of Sir Henry Maine », p. 294-350.
- Macfarlane, A. D. J., « Some contributions of Maine to history and anthropology », p. 111-142.
- Peel, J. D. Y., « Maine as an ancestor of the social sciences », p. 179-184.
- Shils, E., « Henry Sumner Maine in the tradition of the analysis of society », p.143-178.
- Stein, P. G., « Maine and legal education », p. 195-208.

Dicey, Albert Venn, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth-Century*, Transaction Books, New Brunswick, N.J., 1981 [1905].

Dirks, Nicholas B., « From Little King to Landlord : Property, Law and the Gift Under the Madras Permanent Settlement », *Comparative Studies in Society and History*, 28 (2), p. 307-333.

Donisthorpe, Wordsworth, *Individualism, a System of Politics*, Macmillan, Londres, 1895.

Douie, James McCrone, *Punjab Land Administration Manual*, Government Press, Lahore, 1931.

- Dumont, Louis, « The 'Village Community' from Munro to Maine », *Contributions to Indian Sociology*, IX, p. 68-89.
- Duxbury, Neil, « English Jurisprudence between Austin and Hart », *Virginia Law Review*, 91 (1), p. 1-91.
- Ellis, J. O., « General Linguistics and Comparative Philology », *Lingua*, 7 (2), p. 134-174.
- Elster, Jon, *The Cement of Society. A Study of Social Order*, Cambridge University Press, 1989.
- Evans, Morgan Owen, *Theories and Criticism of Sir Henry Maine*, Littleton, Colorado, Rothman, 1981 (1896).
- Feaver, George, « The Political Attitudes of Sir Henry Maine : Conscience of a 19th Century Conservative », *The Journal of Politics*, 27 (2), Cambridge University Press, p. 290-317.
- Feaver, George, *From Status to Contract : A Biography of Sir Henry Maine 1822-1888*, Londres, 1969.
- Fenech, Louis E., « Rule by Records : Land Registration and Village Custom in Early British Punjab », *The Journal of the American Oriental Society*, 119 (3), p. 503.
- Fitzpatrick, Peter, *Modernism and the Grounds of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 68.
- Fletcher, Joseph F., *Situation Ethics : The new morality*, Philadelphie, Westminster, 1966.
- Forman, Shepard, *The raft fishermen : Tradition and change in the Brazilian peasant economy*, Indiana University Press, Bloomington, 1970.
- Frankel, Charles, *The Case for Modern Man*, « The Revolution of Modernity », Harper, New York, 1956.
- Frykenberg, Robert Eric (dir.), *Land Control and Social Structure in Indian History*, The University of Wisconsin Press, Madison, 1969.
- Furnivall, John S., *Colonial Policy and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1968.
- Gaffiot, Félix, *Dictionnaire latin français*, Pierre Flobert (dir.), Hachette, 1934, rééd. 2000.
- Gardner, Roy et Ostrom, Elinor, « Rules and Games », *Public Choice*, 70, p. 121-149.
- Gardner, Roy, Ostrom, Elinor, et Walker, James M., « The Nature of Common-Pool Resource Problems », *Rationality and Society*, 2, p. 335-358.

Garton, Jonathan, *Moffat's trusts law : Text and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Gauthier, David, *Morale et Contrat*, Serge Champeau (trad.), Mardaga, Sprimont, 2000.

Giannotti, Gianni P., « Il concetto di comunità in Maine Tönnies e Durkheim », *Rassegna italiana di sociologia* », 8 (4), p. 525-557.

Gilles, Jere L. et Jamtgaard, Keith, « Overgrazing in pastoral areas : The commons reconsidered », *Sociologia Ruralis*, 2, p. 335–358.

Gilmartin, David, « Cattle, Crime and Colonialism : Property as Negotiation in North India », *Indian Economic and Social History Review*, 40 (1), p. 33-56.

Godkin, E.L., « An American View of Popular Government », *Nineteenth Century*, XIX, février 1886, p. 177-190.

Goetzmann, Marc, « Christoph Kletzer, *The Idea of a Pure Theory of Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2018 », *Droit & Philosophie*, « Recensions », mis en ligne le 11 janvier 2019, consulté le 8 septembre 2019 :

<https://www.implications-philosophiques.org/ethique-et-politique/philosophie-politique/%EF%BB%BFrecension-la-tragedie-des-communs-garret-hardin/>.

Goetzmann, Marc, « Recension – La Tragédie des communs, Garrett Hardin », *Implications Philosophiques*, consulté le 8 septembre 2019 :

<https://www.implications-philosophiques.org/ethique-et-politique/philosophie-politique/%EF%BB%BFrecension-la-tragedie-des-communs-garret-hardin/>

Gordon H. Scott, « The Economic Theory of a Common-Property Resource : The Fishery », *Journal of Political Economy*, 62, p. 124-142.

Gough, Kathleen, « Dravidian Kinship and Modes of Production », *Contributions to Indian Sociology*, 13 (2), p. 264-292.

Govind, Rahul, « The Indian Economic and Social History Review », 48 (2), p. 177-213.

Graham, William, *English Political Philosophy from Hobbes to Maine*, Burt Franklin, New York, 1971.

Grant Duff, Mountstuart Elphinstone, *Sir Henry Maine. A Brief Memoir of His Life, With Some of His Indian Speeches and Minutes, Selected and Edited by Whitley Stokes*, Littleton (Colorado), Rothman, 1979.

Graveson, Richard H., « The Movement from Status to Contract », *Modern Law Review*, 4 (4), p. 261-272.

Greif, Avner, « Contract enforceability and economic institutions in early trade : The Maghribi traders' coalition », *The American economic review*, 83 (3), p. 525-548.

Greif, Avner, « Institutions and international trade : Lessons from the commercial revolution », *The American Economic Review* 82 (2), p. 128-133.

Greif, Avner, « Reputation and coalitions in medieval trade : evidence on the Maghribi traders », *The journal of economic history*, 49 (4), p. 857-882.

Grey, Thomas C., « The disintegration of property », in Pennock, James Roland et Chapman, John W. (dir.), *Property : Nomos XXII*, New York University Press, New York, 1980.

Grima, A.P. Limo et Berkes, Fikret, « Natural resources : Access, rights to use and management », in Fikret Berkes (dir.), *Common Property Resources : Ecology and Community-Based Sustainable Development*, Belhaven, Londres, 1989, p. 33-54.

Grossi, Paolo, « *Un altro modo di possedere* » : *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè Editore, Milan, 1977.

Grossi, Paolo, *An Alternative to Private Property*, Lydia G. Cochrane (trad.), The University of Chicago Press, Chicago, 1981.

Guha, Sumit, *The Agrarian Economy of the Bombay Deccan, 1818-1941*, Oxford University Press, Delhi, 1985.

Gune, Vithal Trimbak, *The Judicial System of the Marathas*, Sangam, Poona, 1953.

Gupta, Anil K., « Socioecology of stress : Why do common property resource management projects fail ? », in *National Research Council, Proceedings of the Conference on Common Property Resource Management*, National Academy Press, Washington, D.C, 1986, p. 305322

Guyon, Gwenaël, *Les partisans anglais de la codification au XIX^e siècle. La question du droit pénal entre utilitarisme, modernisation du common law et modèle juridique français*, thèse de doctorat, Université de Rennes 1, Rennes 2012.

- Haber, Stéphane, « Hegel : la liberté individuelle Principes de la philosophie du droit, §4-29 », *Philosophique*, 15, p. 11-24.
- Hardin, Garrett, « Political requirements for preserving our common heritage », in Howard P. Brokaw (dir.), *Wildlife and America*, Council on Environment Quality, Washington D. C., 1978, p. 310-317.
- Hardin, Garrett, « The tragedy of the commons », *Science*, 162, 1968, p. 1243-1248.
- Hardin, Garrett, Laurent Bury (trad.), *La Tragédie des Communs*, PUF, Paris, 2018.
- Harper, Erica, (dir.), *Working with customary justice systems : post-conflict and fragile states*, International Development Law Organization, Rome, 2011.
- Harrison, Frederic, « Maine on Ancient Law », *Westminster Review*, LXXV, avril 1861, p. 457-77 (anonyme).
- Harrison, Frederic, « The English School of Jurisprudence. Part III : The Historical Method », *Fortnightly Review*, XXV, janvier 1879, p. 114-130.
- Harrison Frederick, « The English School of Jurisprudence », *Fornightly Review*, 24, 1878, p. 475-492.
- Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.
- Hart, Herbert L. A., « Bentham's *Of Laws in General* » in Hart, H. L. A., *Essays on Bentham : Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 105-126.
- Hart, Herbert L.A, « Review of R.C.J. Cocks, Sir Henry Maine : A study in Victorian Jurisprudence », *English Historical Review*, 105.
- Hayek, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1973.
- Hédoin, Cyril, *L'institutionnalisme historique et la relation entre théorie et histoire en économie*, Classiques Garnier (Bibliothèque de l'économiste), Paris, 2013.
- Heiner, Ronald A., « Robust Evolution of Contingent Cooperation in Pure One-Shot Prisoners' Dilemmas », Discussion Papers, 2002-09 et 2002-09, Center for the Study of Law and Economics discussion paper series, 2002.
- Hirshleifer, Jack, « Anarchy and its Breakdown », *Journal of Political Economy*, vol. 103, 1, p. 26-52.
- Hobbes, Thomas, *Léviathan*, chap. XXIV, §6, F. Tricaud (trad.), Sirey, Paris, 1971 [1651].

- Hodgson, Geoffrey, M., *The evolution of institutional economics*, Routledge, Londres, 2004.
- Hoebel, E. Adamson, « Henry Sumner Maine », *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan, New York, 1968, 9, p. 530-533.
- Holland, Thomas Erskine, *The Elements of jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1880.
- Honoré, Anthony M., « Ownership », in Anthony Gordon Guest, *Oxford essays in jurisprudence*, 107, Oxford University Press, Londres, 1961.
- Hume, David, « Du contrat originel » in *Essais moraux, politiques, et littéraires*, Robel (trad.), PUF, Paris, 2001 [1748], p. 361-386.
- Hume, David, *Traité de la nature humaine*, Philippe Saltel (trad.), GF Flammarion, Paris, 1993 [1739].
- Hutton, Christopher, « Race and Language, Ties of ‘Blood And Speech’, Fictive Identity and Empire In The Writings of Henry Maine And Edward Freeman », *Interventions*, 2 (1), p. 53-72.
- Iliopoulou, Despina, « The Uncertainty of Private Property : Indigenous Versus Colonial Law in the Restructuring of Social Relations in British India », *Dialectical Anthropology*, 26 (1), p. 65-88.
- Islam, M. Mufakharul, « The Punjab Land Alienation Act and the Professional Moneylenders », *Modern Asian Studies*, 29, p. 271-291.
- Jacques, Johanna, « Property and the Interests of Things : The Case of the Donative Trust », *Law and Critique*, 30, p. 201-220.
- Jacques, Michel, « Marx et la loi sur les vols de bois Les leçons du droit coutumier », in Claude Journès (dir.), *La Coutume et la loi*, PUL, Lyon, 1986.
- Jagannath, Tarka Panchanan, *Digest on Hindu Law of Contracts and Successions, With a Commentary*, H. T. Colebrook (trad.), Higginbothams, Madras, 1874 [1796].
- Jain, B. S., *Administration of Justice in Seventeenth Century India*, Metropolitan Book, Delhi, 1970.
- Joachim Rückert (dir.), *L'esprit de l'École historique du droit*, Friedrich Carl von Savigny et Georg Friedrich Puchta, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2004.
- Johnson, Denise R., « Reflections on the Bundle of Rights », *Vermont Law Review*, 32, p. 247.
- Jones, William, *Works of William Jones in Six Volumes*, G. G. and J. Robinson, Londres, 1799.
- Journet, Nicolas, « Capabilités », *Sciences Humaines*, octobre 2012.

Juvénal, *Satires*, VI.

Kain, Roger J. P., Chapman, John et Oliver, Richard R., *The Enclosure Maps of England and Wales, 1595-1918*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Kantorowicz Ernst, *Les deux corps du Roi, essai sur la théologie politique au Moyen Age*, Jean-Philippe et Nicole Genet (trad.), Gallimard NRF, 1989, p. 220.

Kantorowicz, Hermann U., « Savigny and the Historical School of Law », *Law Quarterly Review*, 53, p. 326-343.

Kaplan, David et Manners, Robert Alan, *Culture Theory*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1972.

Kessinger, Tom G., « The Peasant Farm in North India 1848-1968 », *Explorations in Economic History*, XII, 1975.

Klein, Daniel B. et Robinson, John, « Property : A Bundle of Rights ? Prologue to the Property Symposium », *Econ Journal Watch*, 8 (3), p. 193-204.

Kletzer, Christoph, *The Idea of a Pure Theory of Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2018.

Kreps, David M., Milgrom, Paul, Roberts, John et al., « Rational Cooperation in the Finitely Repeated Prisoner's Dilemma », *Journal of Economic Theory*, 27, p. 245-52.

Kugle, Scott Alan, « Framed, Blamed and Renamed : The Recasting of Islamic Jurisprudence in Colonial South Asia », *Modern Asian Studies*, 35 (2), p. 257-313.

Kumar, Ravinder, *Western India in the Nineteenth Century*, Routledge and Kegan Paul Limited, Londres, 1968.

Landauer, Carl, « Henry Sumner Maine's Grand Tour : Roman Law in Ancient Law », in A. Lewis et M. Lobban, *Law and History*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

Landman, Jacob H., « Primitive Law, Evolution, and Sir Henry Sumner Maine », *Michigan Law Review*, 28 (4), p. 404-425.

Langbein, John H. et al., « History of the Common Law : The Development of Anglo-American Legal Institutions », Aspen Publishers, 2009, *Yale Law School, Public Law Working Paper* No. 192, *Illinois Public Law Research Paper* No. 09-07, p. 267-334.

Langbein, John H., « The Contractarian Basis of the Law of Trusts », *Faculty Scholarship Series, Yale Law School*, 105, p. 502.

Langbein, John H., « The Secret Life of the Trust : The Trust as an Instrument of Commerce », *Yale Law Journal*, 107, p. 165-189.

Laveleye, Émile de, *De la propriété et de ses formes primitives*, Germer Baillière, Paris, 1874.

Lebow, Richard Ned, « J. S. Mill and the Irish land question », in Lebow, Richard Ned (dir.), *John Stuart Mill on Ireland*, Philadelphia Institute for the Study of Human Issues, Philadelphie, 1979, p. 3-22.

Lepaulle Pierre, « Trusts and the civil law », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 15 (1), p. 18-34.

Lescure, Jean, « La conception de la propriété chez Aristote », *Revue d'histoire des doctrines économiques et sociales*, Vol. 1 (1908), Armand Colin, Paris, p. 282-300.

Leslie, T. E. Cliffe, « Maine's Early History of Institutions », *Fornightly Review*, XVII, mars 1875, p. 305-320.

Levi, Margaret, *Of Rule and Revenue*, University of California Press, Berkeley, 1988.

Lewis, John, *A Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States*, Gallagher and Company, Chicago, 1909 [1888].

Lewis, Tracy R. et Cowens, James, *Cooperation in the Commons : An Application of Repetitious Rivalry*, University of British Columbia, Department of Economics, Vancouver, 1983.

Lightwood, John Mason, *The Nature of Positive Law*, Macmillan, Londres, 1883.

Linden, Vincent, *Hill Irrigation: Water and Development in Mountain Agriculture*, Overseas Development Institute, Londres, 1995.

Lloyd, William Forster, *Two lectures on the checks to population : delivered before the University of Oxford, in Michaelmas term 1832*, J.H. Parker, Oxford, 1832.

Lobban Michael, « Was there a nineteenth century « english school of jurisprudence ? », *The Journal of Legal History*, 16 (1), p. 34-62.

Long, Douglas G., « Bentham on Property », in Parel, A. et Flanagan, T. (dir.), *Theories of Property : Aristotle to Present*, Wilfrid Laurier University Press, Waterloo (Ontario), 1979.

Lord, Walter Frewen. *Sir Thomas Maitland : The Mastery of the Mediterranean*, T. Fisher Unwin, Londres, 1897.

Lottzbeck, Sander, *Sur l'état et la capacité des étrangers*, De Gueffier, Paris, 1824.

Ludden, David, *Peasant History in South Asia*, Princeton University Press, Princeton, 1985 ; Sanjay Subrahmanyam (dir.), *Merchants, Market and the State in Early Modern India*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

Luhmann, Niklas, *Vertrauen*, Enke, Stuttgart, 1968.

Lyall, Alfred, « Life and Speeches of Sir Henry Maine », *Quarterly Review*, CLXXVI, avril 1893, p. 287-316.

Lyall, Alfred, « Sir Henry Maine », *Law Quarterly Review*, IV, avril 1888, p. 129-135. Accompagné d'une note commémorative de E. Glasson, F. von Holtzendorff, P. Cogliolo ; *ibid.*, p. 136-138.

Maitland, Frederic William, *Equity and the Forms of Action at Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1909.

Marconi, P., « E. Durkheim e H.S. Maine », *Sociologia del diritto*, 9 (3), 1982, p. 45-63.

Marshal, William, *The Rural Economy of Yorkshire*, T. Cadell, Londres, 1788.

Marshall, Alfred, « Reply » (réponse à William Cunningham, « The Perversion of Economic History »), *Economic Journal.*, iii, 1893.

Martin, Edward G., et Yoder, Robert, « The Chherlung Thulo Kulo : A case study of a farmer-managed irrigation system », in *Water management in Nepal : proceedings of the Seminar on Water Management Issues*, 2, p. 203-217.

Martin, Kent O., « Play by the Rules or Don't Play at All : Space Division and Resource Allocation in a Rural Newfoundland Fishing Community », in Raoul Andersen (dir.), *North Atlantic Maritime Cultures : Anthropological Essays on Changing Adaptations*, Mouton, The Hague, p. 277-298.

Marx, Karl, « Marx's Excerpts from Henry Sumner Maine, *Lecture on the Early History of Institutions* », in *The Ethnological Notebooks of Karl Marx*, introduction de L. Krader (dir.), Assen, Van Gorcum, 1974, p. 285-336.

Marx, Karl, *La loi sur les vols de bois*, Éditions des Malassis, Paris, 2013, 1ère publication (fr) : Karl Marx, *Œuvres Complètes, Œuvres philosophiques*, tome V, Alfred Costes, Paris, 1948.

Matthews, Paul, « The comparative importance of the rule in *Saunders v. Vautier* », *Law Quarterly Review*, 122, p. 266-294.

Matthews, Ralph et Phyne, John, « Regulating the Newfoundland Inshore Fishery : Traditional Values versus State Control in the Regulation of a Common Property Resource », *Journal of Canadian Studies*, 23, p. 158-176.

Matthews, Ralph, « Federal Licensing Policies for the Atlantic Inshore Fishery and Their Implementation in Newfoundland, 1973-1981 », *Acadiensis : Journal of the History of the Atlantic Region*, 17, p. 83-108.

Mayne, John Dawson, *A Treatise on Hindu Law and Usage*, Madras, 1914.

McCay, Bonnie J., « 'Fish is Scarce' : Fisheries Modernization on Fogo Island, Newfoundland », in Raoul Andersen (dir.), *North Atlantic Maritime Cultures : Anthropological Essays on Changing Adaptations*, Mouton, The Hague, p. 155-188.

McCay, Bonnie J., « Systems Ecology, People Ecology, and the Anthropology of Fishing Communities », *Human Ecology*, 6, p. 397-422.

McKean, Margaret A. et Cox, Thomas R., « The Japanese Experience with Scarcity : Management in Traditional Common Lands », *Environmental Review*, 6 (2), p. 63-91.

McKean, Margaret A., « Management of Traditional Common Lands (*Iriaichi*) in Japan », in *Proceedings of the Conference on Common Property Resource Management*, National Research Council, National Academy Press, Washington, D. C., 1986, p. 533-589.

McLane, John R., « Revenue Farming and the Zamindari System in Eighteenth Century Bengal », in R. E. Frykenberg (dir.), *Land Tenure and Peasant in South Asia*, Orient Longman, New Delhi, 1977.

Meade, James Edward, *Theory of Economic Externalities. The Control of Environmental Pollution*, Sijthoff-Leiden, Geneva, 1973.

Menski, Werner, *Hindu Law*, Oxford University Press, Delhi, 2003.

Messerschmidt, Donald A., « People and resources in Nepal : Customary resource management systems of the Upper Kali Gandaji », in *Panel on Common Property Resource Management, Proceedings of the Conference on Common Property Resource Management*, National Academy Press, Washington, DC., p. 455-480.

Metcalf, Thomas R., *The Aftermath of Revolt*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1965.

Michael, R. Anderson, « Islamic Law and the Colonial Encounter in British India », in David Arnold et Peter Robb (dir.), *Institutions and Ideologies : ASOAS South Asia Reader*, Curzon Press, Londres, 1993, p. 165-185.

Michael, Taylor, *The Possibility of Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.

Mill, James, *The History of British India*, Baldwin, Cradock and Joy, Londres, 1817.

Mill, John Stuart, *Collected Works of John Stuart Mill*, J. M. Robson (dir.), 33 vol., University of Toronto Press, Toronto, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963-1991.

Mill, John Stuart, *Principles of Political Economy with Some of Their Applications to Social Philosophy*, livres I et II, in *Collected Works of John Stuart Mill*, John Robson (dir.), vol. II, University of Toronto Press, Toronto, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1965.

Mill, John Stuart, *Considerations on Representative Government*, in *Collected works of John Stuart Mill*, John M. Robson (dir.), vol. XIX, University of Toronto Press, Toronto, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1977.

Mill, John Stuart, *Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XV, *The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1873*, Part II, Francis E. Mineka et Dwight N. Lindley (dir.), University of Toronto Press, Toronto, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1972.

Mill, John Stuart, *Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XVII, *The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1873*, Part IV, Francis E. Mineka et Dwight N. Lindley (dir.), University of Toronto Press, Toronto, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1972.

Mill, John Stuart, *England and Ireland*, Longmans, Green, Reader and Dyer, Londres, 1868.

Mill, John Stuart, « On the Definition of Political Economy; and on the Method of Investigation Proper to It », essai V, in *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*, J. W. Parker, Londres, 1944.

Mill, John Stuart, *L'Utilitarisme*, Catherine Audard et Patrick Thierry (trad.) PUF, Paris, 1998.

Mill, John Stuart, lettre à Robert Harrison du 12 décembre 1864, in Elliott, *Letters of John Stuart Mill*, Londres 1910, vol. II.

Mill, John Stuart, *Morning Chronicle* du 2 novembre 1846.

Mill, John Stuart, *Morning Chronicle*, 2 novembre 1846.

Mingay, Gordon E., *Parliamentary Enclosure in England, An Introduction to its Causes, Incidence and Impacts, 1750-1850*, Longman, Londres et New York, 1997.

Minoti Chakravarty-Kaul, *Common Lands and Customary Law. Institutional Change in North India over the Past Two Centuries*, Oxford University Press, Delhi, 1996

Moir, Martin, Peers, Douglas M. et Zastoupil Lynn, (dir.) *J. S. Mill's Encounter with India*, University of Toronto Press, Toronto et Londres. Contient :

- Majeed, Javed dans, « James Mill's, *The History of British India* », p. 53-71.
- Moore, Robin, « Mill and Royal India », p. 87-110.
- Zastoupil, Lynn, « India, Mill, and 'Western' Culture », p. 111-148.
- Cassels, Nancy, « John Stuart Mill, Religion, and Law in the Examiner's Office », p. 150-172.

Monteil, Amans Alexis, *Histoire des Français des divers états ; ou, Histoire de France aux cinq derniers siècles*, V. Lecou, Paris, 1853.

Montmorency (de), J. E. G., « Sir Henry Maine and the Historical Jurists », in F.J.C. Hearnshaw (dir.), *The Social and Political Ideas of Some Representative Thinkers of the Victorian Age*, London, Dawson, 1967, p. 84-99.

Morgan, J. H., Introduction à l'édition d'*Ancient Law*, Everyman's Library, Londres, Dent, 1972, p. V-XIII.

Morley, J., « Sir Henry Maine on Popular Government », *Fortnightly Review*, XXXIX, février 1886, p. 153-173.

Morley, John, « The Common Law Corporation : The Power of the Trust in Anglo-American Business Theory », *Columbia Law Review*, 116, p. 2145-2198.

Morley, W. H., *An Analytical Digest of All the Reported Cases Decided in the Supreme Courts of Judicature in India*, Londres, 1850.

Murphy, James Bernard, *The philosophy of customary law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Neeraj Hatekar, « Information and Incentives: Pringle's Ricardian Experiment in the Nineteenth Century Deccan Countryside », *Indian Economic and Social History Review*, 33 (4), p. 437-457.

Negri, Donald H., 1989, « The Common Property Aquifer as a Differential Game », *Water Resource Research*, 25, p. 9-15.

Netting, Robert McC., « What Alpine Peasants Have in Common : Observations on Communal Tenure in a Swiss Village », in Bates, Daniel G., et Lees, Sarah H., *Case Studies in Human Ecology*, Springer, Boston, Massachusetts, 1996, p. 219-231.

Nielsen, D. A., *The sociological theories of sir Henry Maine : Societal transformation, cultural modernization and civilization in sociocultural perspective*, Thèse de doctorat, New School for Social Research, 1972.

North, Douglas C. et Weingast Barry, « Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in Seventeenth-Century England », *The Journal of Economic History*, 49 (4), p. 803-832.

Norton, J. B., *The Administration of Justice in South India*, Madras, 1853.

Nugent, Jeffrey B. et Sanchez, Nicolas, « Tribes, chiefs, and transhumance : A comparative institutional analysis », *Economic Development and Cultural Change*, 42, p. 87–113.

Nussbaum, Martha, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts et Londres, 2011.

Nussbaum, Martha, *Capabilités : Comment créer les conditions d'un monde plus juste ?*, Solange Chavel (trad.), Flammarion, Paris, 2012.

Ørebech, Peter, Bosselman Fred, Jes, Bjarup, Callies, David, Chanock Martin, et Petersen, Hanne, *The Role of Customary Law in Sustainable Development*, Cambridge University Press. Cambridge, 2005.

O'Brien, Nick, « 'Something Older than Law Itself' : Sir Henry Maine, Niebuhr, and 'the Path not Chosen' », *The Journal of Legal History*, 26 (3), p. 230.

O'Neill, Thomas P., « The Irish land question, 1830-1850 », *Studies*, 44 (175), p. 325-336.

Oak, Mandar et Swamy, Anand, « Only twice as much : a rule for regulating lenders », *Economic Development and Cultural Change*, 58 (4), p. 775-803.

Oldham, James Basil, *Analysis of Maine's Ancient Law*, Blackwell, Oxford, 1913.

Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action : public goods and the theory of groups*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1965.

Ophuls, William, « Leviathan or Oblivion », in Herman E. Daly (dir.), *Toward a Steady-State Economy*, W. H. Freeman, San Francisco, 1973.

Ophuls, William, Boyan, A. Stephen Jr, *Ecology and the Politics of Scarcity Revisited ; The Unraveling of the American Dream*, W. H. Freeman, New York, 1992.

Ophuls, William, *Ecology and the politics of scarcity ; prologue to a political theory of the steady state*, W. H. Freeman & Co., San Francisco, 1977.

Ophuls, William, *Plato's Revenge : Politics in the Age of Ecology*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2011.

Opp Karl-Diter, « The Evolution of a Prisoner's Dilemma in the Market », in Diekmann, Andreas et Mitter, Peter, *Paradoxical Effects of Social Behavior*, Physica-Verlag, Vienna, 1986.

Opp, Karl-Diter, « The Emergence and Effects of Social Norms », *Kyklos*, 32 (4), p. 775-801.

Opp, Karl-Diter, « The Evolutionary Emergence of Norms », *British Journal of Social Psychology*, 21 (2), p. 139-149.

Orenstein, Henry, « The Ethnological Theories of Henry Sumner Maine », *American Anthropologist*, 70 (2), p. 264-276.

Orsi, Fabienne, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014 (3), p. 371 à 385.

Ostrom, Elinor et Hess, Charlotte, « Private and Common Property Rights », *Workshop in Political and Policy Analysis, Indiana University*, 2007, consulté le 8 septembre 2019 :

<http://ssrn.com/abstract=1304699>.

Ostrom, Elinor, « Beyond Markets and States : Polycentric Governance of Complex Economic Systems », 2009.

Ostrom, Elinor, « Private and common property rights », in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II, Civil Law and Economics, Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (dir.), Edward Elgar, Cheltenham, 2000, p. 332-379.

Ostrom, Elinor, *Governing the commons : The evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

Otter, Sandra D., « Rewriting the Utilitarian Market : Colonial Law and Custom in Mid-Nineteenth-Century British India », *The European Legacy*, 6 (2), p. 177-188.

Panda, Nandini Bhattacharyya, *Appropriation and Invention of Tradition : The East India Company and Hindu Law in Early Colonial Bengal*, Oxford University Press, Delhi, 2008.

Penner, James E., « The 'Bundle of Rights' Picture of Property », *UCLA Law Review*, 43, p. 711.

Penner, James E., « Value, property and unjust enrichment : Trust of traceable proceeds », in Chambers, R., Mitchell, C. et Penner, James E. (dir.), *Philosophical foundations of the law of unjust enrichment*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Percival Spear, *A History of India*, Penguin Books, Londres, 1965.

Perera, Janaka, « The Gal Oya Farmer Organization Programme : A Learning Process ? », in *Participatory Management in Sri Lanka's Irrigation Schemes*, International Irrigation Management Institute, Digana Village Via Kanday, Sri Lanka : IIMI, 1986, p. 89-91.

Perlin, Frank, « State formation reconsidered, II », *Modern Asian Studies*, 19 (3), p. 415-480.

Perozzi, S., « Gli studi di H. Sumner Maine e la filosofia del diritto. A proposito di una recente pubblicazione » (*Archivio di diritto pubblico*, XX, 1892), in *Scritti giuridici*, III, Milan, Giuffrè, 1948, p. 707-726.

Pillai, P. M. S., *An Epitome of Maine's Ancient Law and Austin's Jurisprudence*, Madras, 1915.

Pilling, N., « The Conservatism of Sir Henry Maine », *Political Studies*, XVIII, 1, 1970, p. 107-120.

Pina Cabral (de), Joao, « L'héritage de Maine : Repenser les catégories descriptives dans l'étude de la famille en Europe », *Ethnologie française*, nouvelle série, 19 (4), Mélanges, PUF, Octobre-Décembre 1989, p. 329-340.

Platon, *La République*.

Pollock, Frederick, « Sir Henry Maine and His Work », in *Oxford Lectures and Other Discourses* (1890), Books for libraries Press, Freeport, 1972, p. 147-168.

Pollock, Frederick, « Sir Henry Maine as a Jurist », *Edinburgh Review*, CLXXVIII, juillet 1893, p. 100-121.

Pollock, Frederick, Introduction et notes à H.S. Maine, *Ancient Law : Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, Londres, Murray, 1906.

Pound, Roscoe, *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones Compagny, Frankestown, New Hampshire, 1921.

Prasannakumara, S., *A Study of Ancient Law ; or an analysis of Maine's Ancient Law*, Konnagar, P.C. Kundu, 1896.

PREFACE DU TRADUCTEUR, dans Henry Sumner Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, trad. Française des *Dissertations on Early Law and Custom*, Thorin, Paris, 1884, p. I-XXIV.

PREFACE DU TRADUCTEUR, dans Henry Sumner Maine, *Études sur l'histoire du droit*, Thorin, 1889, Paris, p. I-LXI.

Proudhon, Pierre-Joseph, *Qu'est-ce que la propriété ?*, III, §3, Garnier frères, Paris, 1849.

Rankin, George Claus, *Background to Indian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1946.

Rattigan, William Henry, « The influence of English law and legislation upon the native laws of India », *Journal of the society of comparative legislation*, 3 (1), p. 46-65.

Rawls, John, *Théorie de la justice*, Catherine Audard (trad.), Éditions Points, Paris, 2009 [1971].

Raychaudhuri, Bikash, *The moon and net : Study of a transient community of fishermen at Jambuwip*, Government of India, Anthropological Survey of India, Calcutta, 1980.

Raychaudhuri, Tapan, « Norms of Family Life and Personal Morality among the Bengali Hindu Elite », 1600-1850 » in R. van M. Baumer (dir.), *Aspects of Bengali History and Society*, Hawäi University Press, Hawaii, 1975, p. 23 sq.

Redfield, Robert, « Maine's Ancient Law in the Light of Primitive Societies », *The Western Political Quarterly*, 3 (4), University of Utah, p. 574-589.

Rehbinder, Manfred, « Status, Contract, and the Welfare State », *Stanford Law Review*, 23 (5), p. 941-955.

Reinmann, Mathias, « The Historical School against Codification : Savigny, Carter and the Defeat of the New York Civil Code », *The American Journal of Comparative Law*, 37 (1), p. 95-119.

(Anonyme) *Report from the Select Committee on Legal Education*, 25 août 1846, House of Commons Proceedings.

(Anonyme) *Report of the Commissioners appointed to enquire into the arrangements in the Inns of Court and the Inn of Chancery for promoting the study of the law and Jurisprudence*, British Parliament Papers, vol. 18, 1854-1855.

Reyes (de los) Romana P., *Communal gravity systems : Organizational profiles*, Institute of Philippine Culture, Quezon City, 1980.

Ricardo, David, *Principles of Political Economy and Taxation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1951.

Richey, Alexander G., *The Irish Land Laws*, Macmillan and co., Londres, 1880.

Robb, Peter, « Law and Agrarian Society in India: The Case of Bihar and the Nineteenth Century Tenancy Debate », *Modern Asian Studies*, 22 (2), p. 319– 354.

Robb, Peter, *Ancient Rights and Future Comfort: Bihar, the Bengal Tenancy Act of 1885 and British Rule in India*, Curzon Press, Richmond, UK, 1997.

Robert W. Gordon, « Paradoxical Property », in J. Brewer et S. Staves (dir.), *Early Modern Conceptions of Property*, Routledge, Londres, 1996, p. 95-110.

Robson, W. A., « Sir Henry Maine Today », in *Modern Theories of Law*, A.L. Goodhart et al., Oxford University Press, Londres, 1933, p. 160-179.

Rosen, Frederick, « La science politique de John Stuart Mill », Malik Bozzo-Rey (trad.), in *Revue d'études benthamiennes*, 2008, 4, consulté le 18 août 2019 :

<http://journals.openedition.org.proxy.unice.fr/etudes-benthamiennes/194>

Rothermund, Dietmar, *Government, Landlord, and Peasant in India*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1978.

Roy, Tinthankar et V. Swamy, Anand, *Law and the economy in colonial India*, The University of Chicago Press, Londres, 2016.

Roy, Tinthankar, « Indigo and Law in Colonial India », *Economic History Review*, 64 (51), p. 60-75.

Roy, Tinthankar, « Law and Economic Change in India, 1600-1900 », in Debin Ma et Jan Luitan van Zanden (dir.), *Law and Long-Term Economic Change. A Eurasian perspective*, Stanford University Press, Stanford, 2011, p. 116-137.

Rudden, Bernard, « Book Review », *Modern Law Review*, 44, p. 610.

Rudolph, Lloyd I. et Susanne Hoeber, Lloyd, *The Modernity of Tradition*, University of Chicago Press, Chicago, 1967.

- Rumble, Wilfrid E., « John Austin and His Nineteenth Century Critics : the Case of Sir Henry Maine », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 39, p. 119-149.
- Rumble, Wilfrid E., *Doing Austin Justice : The Reception of John Austin's Philosophy of Law in the Nineteenth-Century*, Continuum, Londres et New York, 2005.
- Rumble, Wilfrid, « John Austin and His Nineteenth Century Critics : The Case of Sir Henry Sumner Maine », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 39, p. 119-149.
- Rumble, William E., (dir.), introduction, John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, 1995, p. vii-xxiv.
- Samuels, Warren J., « The Classifical Theory of Economic Policy : Non-Legal Social Controls I », *Southern Economic Journal*, 31, p. 1-20.
- Samuels, Warren J., « The Classifical Theory of Economic Policy : Non-Legal Social Controls II », *Southern Economic Journal*, 31, p. 87-100.
- Sarkar, Jadunath, *Mughal Administration*, Patna University, Patna, 1920.
- Savigny (von), Carl Friedrich, *Traité de la possession en droit romain, d'après les principes du droit romain*, Jules Beving (trad.), Bruxelles, Société belge de librairie, 1840.
- Savigny (von), Carl Friedrich, *Traité de droit romain*, M. Ch. Guenoux (trad.), Firmin Didot, Paris, 1856.
- Savigny (von), F. C., *La vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Alfred Dufour (trad.), Paris, PUF, 2006.
- Schelling, Thomas C., *Choices and Consequences : Perspectives of an Errant Economist*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1984.
- Schelling, Thomas C., *The Strategy of Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1960.
- Schlager, Edella et Ostrom, Elinor, « Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis », *Land economics*, p. 249-262.
- Schmitz, David, « Property » in George Klosko (dir.), *Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*, p. 599-610, Oxford University Press, New York, 2013.
- Schofield, Philip, « Jeremy Bentham and nineteenth-century English Jurisprudence », *The Journal of Legal History*, 12 (1), p. 58-88.

Schroeder, David A., « An introduction to, social dilemmas » in D. A. Schroeder (dir.), *Social dilemmas : perspectives on individuals and groups*, Praeger, Westport, Connecticut, 1995.

Schwartz, A. B., « John Austin and the Jurisprudence of His Time », *Politica*, 1, p. 177–199.

Searle, Charles E., « Customary Tenants and the Enclosure of the Cumbrian Commons », *Northern History*, 29, 1993, p. 136-53.

Sengupta, Nirmal, *Managing Common Property: Irrigation in India and the Philippines*, Sage, New Delhi, 1991.

Sengupta, Nirmal, *User-Friendly Irrigation Designs*, Sage, New Delhi, 1993.

Sethi, Rajiv et Somanathan, E., « The evolution of social norms in common property resource use », *American Economic Review*, 86, p. 766–788.

Sinha, Narendra K., *The Economic History of Bengal : From Plassey to the Permanent Settlement*, vol. 2., Firma K. L. Mukhopadhyay, Calcutta, 1962.

Smellie, Kingsley Bryce, « Sir Henry Maine », *Economica*, 8, p. 64-94, 1928.

Smith, Brian, « Maine's Concept of Progress », *Journal of the History of Ideas*, 24 (3), University of Pennsylvania Press, juillet-septembre 1963, p. 407-412.

Smith, Henry E., « Property as the law of things », *Harvard Law Review*, 125, p. 1691-1726.

Sokol, Mary, « Jeremy Bentham and the Real Property Commission of 1828 », *Utilitas*, 4 (2), p. 225-245.

Soto (de), Hernando, *The Mystery of capital : why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else*, Basic Books, New York, 2000.

Soyeda, J., *A Comparison between Japanese Village Communities and those Described by Sir Henry Maine*, Cambridge University Press, Cambridge, 1886.

Spitz, Jean-Fabien, *La propriété de soi, Essai sur le sens de la liberté individuelle*, Vrin, Paris, 2018.

Steele, E. D., « J. S. Mill and the Irish Question : Reform, and the Integrity of the Empire, 1865-1870 », *The Historical Journal*, 13 (3), p. 419-450.

Steele, E. D., « J. S. Mill and the Irish Question : The Principles of Political Economy, 1848-1865 », *The Historical Journal*, 13 (2), p. 216-236.

- Stein, P., « Maine » in Simpson, A. W. B., (dir.), *Biographical Dictionary of the Common Law*, 1984.
- Stein, Peter, « Legal theory and the Reform of Legal Education in Mid-nineteenth Century England », in *L'educazione giuridica. II : Profili storici*, A. Giuliani et N. Picardi, Perugia, Editrice Universitaria, 1979, p. 185-206.
- Stein, Peter, *Legal evolution. The Story of an Idea*, Cambridge University Press, 1980.
- Stein, Peter, *The Character and Influence of the Roman Civil Law : Historical Essays*, London & Ronceverte, W. Va., Hambledon Press, 1988.
- Steiner, Hillel, « Good Fences Make Good Neighbours », *Raisons Politiques*, 73, p. 13-19.
- Steiner, Hillel, « The structure of a set of compossible rights », *The Journal of Philosophy*, 74 (12), p. 767-775.
- Stokes, Eric, « The First Century of British Colonial Rule in India : Social Revolution or Social Stagnation ? », *Past and Present*, 58, p. 136-160.
- Stokes, Eric, *The English Utilitarians and India*, Clarendon Press, Londres, 1959.
- Subrahmanyam, Sanjay (dir.), *Merchants, Market and the State in Early Modern India*, Oxford University Press, Oxford, 1990.
- Sunstein, Cass R., « On the expressive function of law », *University of Pennsylvania law review*, 144 (5), p. 2021-2053.
- Swamy, Anand V. « Land and Law in Colonial India », in Debin Ma et Jan Luitan van Zanden (dir.), *Law and Long-Term Economic Change. A Eurasian perspective*, Stanford University Press, Stanford, 2011, p. 138-157.
- Tang, Shui Yan, *Institutions and Collective Action: Self-Governance in Irrigation*, ICS Press, San Francisco, 1992.
- Telser, Lester G., « A Theory of Self-Enforcing Agreements », *The Journal of Business*, 53 (1), p. 27-44.
- Thomas Babington Macaulay, « Minute Upon Indian Education », Bureau of Education, *Selections from Educational Records*, I (1781-1839), H. Sharp (dir.), Superintendent, Government Printing, Calcutta, 1920, réédition, National Archives of India, Delhi, 1965, p. 107-117.

Thomas, Yan, « Res, chose et patrimoine : Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », *Archives de Philosophie du Droit*, 25, p. 422.

Thompson, Dennis F., *John Stuart Mill and representative government*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1976.

Thorner, Daniel, « Sir Henry Maine », in *Some Modern Historians of Britain*, H. Ausubel et al., Dryden Press, New York, 1951, p. 66-84.

Tomasello, Michael, *A natural history of human morality*, Harvard University Press, 2016.

Truman, David B., *The Governmental Process*, Alfred A. Knopf, New York, 1951.

Tupper, Charles Lewis, « Sir Henry Maine and India », *RSA Journal*, 46, p. 390.

Tylor, E. B., « Maine's 'Village-Communities' », *Quarterly Review*, CXXXI, juillet 1871, p. 176-189.

Vanderlinden Jacques, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Éditions de l'Institut de Sociologie, Bruxelles, 1967.

Vann, I., « Gli studi di Henry Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto », in *Saggi di filosofia del diritto* Verone, Tedeschi, 1892, G. Marabelli (dir.), 2 vol., Zanichelli, 1906-1911, II, p. 76-160.

Viano, Francesca Lidia, « Ithaca transfer : Veblen and the historical profession », *History of European Ideas*, 35 (1), p. 38-61.

Vinogradoff, Paul et Gotein, Hugh, « Comparative Jurisprudence », *Encyclopaedia Britannica*, 1964, vol. XIII, p. 200.

Vinogradoff, Paul G., « The Teaching of Sir Henry Maine », in *The Collected Papers*, Clarendon Press, Oxford, 1928, II, p. 173-189.

Vinogradoff, Paul G., *Custom and Right*, Oslo, 1925.

Vinogradoff, Paul G., *Outline of Historical Jurisprudence*, 2 vol., Oxford University Press, Londres, 1920-1922.

Vinogradoff, Paul G., *The Growth of the Manor*, George Allen & Company, Londres, 1911, p. 581.

Wade, Robert, *Village Republics: Economic Conditions for Collective Action in South India*, Cambridge University Press, 1988.

- Wade Robert, « Common-property resource management in South Indian Villages », in Daniel W. Bromley, et al. (dir.), *Making the Commons Work: Theory, Practice, and Policy*, ICS Press, San Francisco, 1992, p. 207–228.
- Waldron, Jeremy, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- Washbrook, David, A., « Law, State and Agrarian Society in Colonial India », *Modern Asian Studies*, 15 (3), 1981, p. 649-721.
- Watkins, Calvert, « ‘In the Interstices of Procedure’ : Indo-European Legal Language and Comparative Law », *Historiographia Linguistica*, 13 (1), p. 27-42.
- Weingast, Barry, R., « The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law », *American Political Science Review*, 91 (2), p. 245-263.
- Williamson, Oliver E., « Credible Commitments : Using Hostages to Support Exchange », *American Economic Review*. 73 (4), p. 519-540.
- Wilson, Christopher, « I Will If You Will : Facilitating Contingent Cooperation », *Optimum Online*, 37 (1).
- Wilson, Jon E., « Anxieties of Distance : Codification in Early Colonial Bengal », *Modern Intellectual History*, 4 (1), p. 7-23.
- Winkworth, Susanna (dir.), *Life and Letters of Barthold Georg Niebuhr*, Londres, 1852.
- Wolff, Jonathan et De-Shalit Avner, *Disadvantage*, Oxford University Press, New York, 2007.
- Wright, C., « Maine’s Early History of Institutions », *The nation*, 509, 1 avril 1875, p. 225-226.
- Xifaras, Mikhaïl, *La Propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004.
- Xifaras, Mikhaïl, « Marx, justice et jurisprudence une lecture des ‘vols de bois’ », *Revue française d’histoire des idées politiques*, 1, p. 63-112.
- Zastoupil, Lynn, « Moral Government : J. S. Mill on Ireland », *The Historical Journal*, 26 (3), p. 707-717.

Table des matières

Sommaire.....	3
Remerciements	5
Liste des abréviations et des conventions utilisées.....	7
Note de traduction	9
Introduction	11
1. Délimitation des axes d'étude	12
2. Le problème de l'autonomie de la coutume	16
3. Un ensemble de problèmes récurrents	18
4. Propriété et droit coutumier.....	26
5. Propriété, coutume et gestion des ressources	30
6. La question de la « nature » de la propriété	34
7. La propriété comme question prioritaire de justice.....	39
8. « Good fences make good neighbors », la coutume, en-deçà et au-delà du droit.	42
9. Postulats et hypothèses défendues.....	47
10. Plan.....	49
Première partie. Le XIX ^e s. britannique et l'épreuve de la colonisation indienne à travers l'œuvre de Henry Sumner Maine	55
<i>Premier chapitre.</i> Henry Sumner Maine et la « question indienne »	57
1.1. Droit, coutume, codification, propriété et changement social : les défis de la gestion de l'Inde par le pouvoir britannique	62
1.1.1. Le contexte politique et juridique de la colonisation de l'Inde	62
1.1.2. Le difficile équilibre du système colonial	64
1.1.3. Le système des droits de propriété, source de tensions	68
1.1.4. La peur de l'anomie contre la libéralisation et la marchandisation des terres.....	73
1.1.5. Propriété individuelle et propriété « collective ».....	76
1.1.6. Commerce et droit des contrats	78
1.1.7. La propriété au pluriel : les termes du débat et la place de Henry Sumner Maine	81
1.2. L'œuvre de Henry Sumner Maine et sa réception inattendue.....	84
1.2.1. Henry Sumner Maine (1822-1888) : juriste, administrateur, journaliste et anthropologue	84
1.2.2. « Du statut au contrat » : la réception de l'œuvre de Maine dans l'administration coloniale	86

1.2.3. L'impact direct de la pensée de Maine sur la législation en Inde	92
1.2.4. Le rôle de Maine en Inde et sa conception de la codification juridique	96
1.2.5. Codification, propriété et « racines matérielles » du droit.....	100
1.3. La problématique de la propriété au centre de l'œuvre de Maine	106
<i>Deuxième chapitre. Du « statut au contrat » : une perspective juridique et économique sur le changement social</i>	<i>113</i>
2.1. La science du droit comparé : une généalogie de l'évolution des institutions économiques et de la propriété	114
2.1.1. Une perspective institutionnelle sur le développement économique	114
2.1.2. Propriété, philologie, et science du droit comparé.....	115
2.2. Droit, propriété et changement social	122
2.3. « Du statut au contrat » : la dynamique des évolutions socio-économiques et juridico-institutionnelles.....	131
2.3.1. L'émancipation des individus du « statut » et les institutions économiques	131
2.3.2. Individualisation des relations sociales et tendance anthropologique à l'appropriation.....	135
2.3.3. Le rôle de la possession de la terre sur l'individualisation	138
2.4. Le droit, accélérateur du changement social : propriété, fiction, équité et législation.	141
2.4.1. Fictions et catégories juridiques.....	141
2.4.2. L'équité, l'ambiguïté d'un changement déclaré	147
2.4.3. La législation.....	149
2.5. La propriété et ses institutions, accélératrices du changement social.....	153
2.5.1. Les causes secondaires de l'évolution sociale	153
2.5.2. La question structurante de la propriété.....	155
2.6. Conclusions générales de la première partie	157
Deuxième partie. Droit coutumier, gestion des ressources et « faisceau de droits »	161
<i>Troisième chapitre. Coutume et droits de propriété.....</i>	<i>163</i>
3.1. Une coutume conservatrice.....	164
3.1.1. La coutume, inconscient social ?	164
3.1.2. Une critique des écoles historique et analytique.....	166
3.2. Les règles coutumières comme solution au problème de la gestion collective des ressources.....	169
3.2.1. La coutume comme réaction face à l'appropriation individuelle	169
3.2.2. Le problème de la gestion des ressources comme domaine premier de la coutume	173

3.3. La coutume comme ordre spontané ? Le contrat comme ontologie sociale inadéquate	177
3.3.1. Les caractéristiques de la coutume	177
3.3.2. Des formes de légitimité alternatives au contrat	179
3.3.3. Quelles formes de spontanéité pour la coutume ?	182
3.3.4. La coutume comme instinct ?	185
3.3.5. Quelques conclusions	189
<i>Quatrième chapitre. La propriété comme faisceau de droits : patrimoine contre maîtrise souveraine</i>	191
4.1. Maine, « inventeur » de l'idée de propriété comme faisceau de droits ?	192
4.1.1. Remarques introductives	192
4.1.2. Testaments, successions et faisceau de droits	197
4.1.3. Patrimoine contre maîtrise souveraine	199
4.2. Le « faisceau de droits », jusnaturalisme et contractualisme	203
4.2.1. Occupation et prescription : origines du droit de propriété ?	203
4.2.2. Contre le jusnaturalisme et le contractualisme de Hobbes	208
4.2.3. Une relecture anti-contractualiste et anti-jusnaturaliste de l'histoire de la propriété	210
4.2.4. Le renversement du primat de la maîtrise souveraine	215
4.3. Archéologie de la notion de faisceau de droits	218
4.3.1. Propriété, succession et <i>universitas juris</i>	218
4.3.2. Les racines du droit romain, et au-delà	224
4.4. Le faisceau de droits et ses fonctions	227
4.4.1. Patrimoine et obligations collectives	227
4.4.2. Dépasser l'opposition entre propriété individuelle et collective	230
4.4.3. La fabrique de l'inaliénabilité	234
4.5. Conclusions générales de la deuxième partie	241
Troisième partie. Un autre regard sur la propriété et le droit coutumier au XIX^e siècle	245
<i>Cinquième chapitre. De l'Inde à l'Irlande – H. S. Maine et J. S. Mill sur la propriété</i>	247
5.1. H. S. Maine et J. S. Mill : un dialogue ancré dans une époque	248
5.1.1. Remarques introductives	248
5.1.2. L'héritage des enclosures	252
5.1.3. La question irlandaise	259
5.2. Un dialogue commun avec Émile de Laveleye	264
5.2.1. Une communauté de pensée	264

5.2.2. Propriété collective, propriété commune et propriété individuelle.....	268
5.2.3. Un précurseur de l'étude des communs ?	272
5.3. La recension de <i>Village-Communities</i> par J. S. Mill	280
5.3.1. De Ancient Law à Village-Communities.....	280
5.3.2. L'utilisation politique de la pensée de Maine et le débat sur les enclosures	282
5.3.3. La question indienne et le parallèle avec l'Irlande et l'Angleterre	284
5.4. L'œuvre de Mill à la lumière de sa comparaison avec Maine	289
5.4.1. L'argumentation générale de Mill dans les <i>Principles of Political Economy</i> ...	289
5.4.2. Une définition utilitariste de la propriété	292
5.4.3. Un cadre historique et conceptuel similaire à celui de Maine	296
5.4.4. Contre la propriété privée exclusive	298
5.4.5. Propriété exclusive et externalités négatives	301
5.4.6. La responsabilité des propriétaires.....	306
5.4.7. Quelques conclusions sur la propriété	311
5.5. La coutume comme principe de régulation sociale	313
5.5.1. Coutume et justice.....	313
5.5.2. Genèse de la coutume	316
5.5.3. Normativité et stabilité de la coutume	318
5.5.4. Coutumes irlandaises et propriété	322
5.6. Propriété, coutume et anarchie	326
<i>Sixième chapitre. Henry Sumner Maine et les « analytiques », Jeremy Bentham et John Austin</i>	335
6.1. Maine et Bentham.....	336
6.1.1. Une position ambiguë vis-à-vis de Bentham et Austin	336
6.1.2. Maine contre les théories sociales « abstraites ».....	337
6.1.3. Maine et Bentham contre le contractualisme et les droits de l'homme	340
6.1.4. Le <i>droit</i> des contrats sans la <i>loi</i> du souverain	344
6.1.5. L'énigme du <i>trust</i>	351
6.1.6. Les ambiguïtés de Maine concernant le réformisme benthamien.....	360
6.2. Maine et l' <i>analytical jurisprudence</i> d'Austin.....	365
6.2.1. Des objectifs différents plutôt que des objections	365
6.2.2. <i>Analytical Jurisprudence</i> et <i>Comparative Jurisprudence</i>	370
6.3. Vers une critique du paradigme « Hobbes-Bentham-Austin ».....	372
6.3.1. La fidélité de Maine à Hobbes, Bentham et Austin	372
6.3.2. Le « paradigme Hobbes-Bentham-Austin ».....	376

<i>Septième chapitre. Le droit coutumier et le « Souverain » - contra Hobbes, Bentham et Austin</i>	381
7.1. L'exemple indien contre Austin et Bentham.....	382
7.1.1. La colonisation de l'Inde, la nature du droit et de la coutume	382
7.1.2. Le droit coutumier et la « légalisation » de la coutume en Inde.....	385
7.1.3. Codifier la coutume et ses sanctions « vagues »	389
7.1.4. L'importance des sanctions	393
7.1.5. Les limites du pouvoir souverain	399
7.2. Le souverain, l'ordre et le droit.....	404
7.2.1. L'exemple de Runjeet Singh	404
7.2.2. Retour vers la <i>common law</i>	409
7.2.3. La force, l'ordre et le droit.....	415
7.3. Les sanctions « alternatives » de la coutume	419
7.3.1. L'ancien droit irlandais et la coutume	419
7.3.2. Vers une théorie du droit coutumier	424
7.4. Conclusions générales de la troisième partie	429
Quatrième partie. Perspectives contemporaines	435
<i>Huitième chapitre. L'appel du Léviathan et la « tragédie des communs »</i>	437
8.1. Remarques introductives : les communs contre l'opposition propriété collective vs. propriété individuelle	438
8.1.1. De l'Inde coloniale aux « <i>commons</i> » : une communauté de problèmes	438
8.1.2. Les communs, un problème de philosophie morale	441
8.1.3. La perspective de Mill	445
8.1.4. Les communs comme problème d'externalité(s).....	447
8.2. La « tragédie des communs » comme problème de régulation sociale.....	449
8.2.1. Remarques introductives. L'alternative entre les communs et le « Léviathan »	449
8.2.2. Hardin et le débat sur la propriété privée	450
8.2.3. La richesse des « limites » du raisonnement de Hardin	454
8.2.4. Un plaidoyer pour les normes sociales	456
8.2.5. Le « système des communs » et ses autres	457
8.2.6. La « Tragédie des communs » comme dilemme du prisonnier	460
8.2.7. Une conception tronquée des obligations et de la responsabilité	464
8.2.8. Responsabilisation et internalisation des externalités	469
8.3. Les références de Garrett Hardin	472

8.3.1. Charles Frankel et la responsabilité de « l'homme moderne »	472
8.3.2. La référence à Ophuls : la nécessité du Léviathan.....	479
8.3.3. La coopération en-deçà et au-delà du Léviathan	485
<i>Neuvième chapitre. Elinor Ostrom contre le Léviathan</i>	<i>489</i>
9.1. Des modèles contre les communs.....	490
9.1.1. Les communs contre le Léviathan	490
9.1.2. Le problème des communs et ses différents modèles	493
9.1.3. Les limites de la sanction comme instrument de régulation sociale	496
9.2. Des modèles contre les communs.....	499
9.2.1. « <i>Leviathan as the only way</i> » : le problème du centralisme étatique.....	499
9.2.2. Centralisme et rejet du droit coutumier.....	502
9.3. Les communs comme origine de la coopération	506
9.3.1. La question de la coopération à la lumière des communs.....	506
9.3.2. Le problème des dilemmes sociaux comme défi à la coopération.....	509
9.3.3. Autonomie des communs et origine de la coopération	511
<i>Dixième chapitre. Communs, mécanismes coutumiers et « faisceau de droits ».....</i>	<i>519</i>
10.1. Problèmes d'externalités et mécanismes coutumiers	520
10.1.1. La situation des communs : un cumul de problèmes d'externalités	520
10.1.2. Les insuffisances du droit et de la morale.....	523
10.1.3. Externalités, coercition mutuelle et droit coutumier	525
10.1.4. Sanctions, circularité et « redondance ».....	531
10.2. Apprendre à coopérer : communs et confiance	536
10.2.1. Sanctions, confiance et disposition à la coopération.....	536
10.2.2. Le développement d'une disposition contingente à la coopération	542
10.2.3. Quitter « l'état de nature » pour arriver aux communs	547
10.2.4. Sanctions, dispositions à la coopération et rationalité publique	553
10.2.5. Normes et rationalité individuelle.....	558
10.3. « Faisceau de droits » et coopération.....	563
10.3.1. La propriété comme « faisceau de droits » chez Ostrom : un emprunt à John Commons ou à Maine ?	563
10.3.2. Deux schématisations distinctes du « faisceau de droits ».....	567
10.3.3. La double fonction du faisceau de droits	573
Conclusion.....	582
Bibliographie	591
Œuvres de Maine, éditions originales par ordre chronologique.....	591

Ouvrages de Maine publiés en français, éditions originales.....	593
Bibliographie générale.....	594
Table des matières	625