

*W.J. Zwalve**

Il fut un temps, il n'y a pas si longtemps, que les juristes hollandais auparavant progressistes, comme l'ancien membre du Parlement M. 'Bas' De Gaay Fortmann, l'homme fort de l'ancien PPR ('Parti Politique des Radicaux'), ne parlaient de la propriété que dans le passé. On manifestait son approbation au droit des pays socialistes, où 'nous observons une législation basée sur la distinction entre les différentes espèces de propriété selon la mesure où l'intérêt public peut être supposé jouer un rôle'. 'Dans notre droit', l'orateur érudit continue d'un regret bien caché, 'nous ne connaissons qu'une seule conception de propriété, mais', ajoute-t-il, 'cette conception a un caractère très plural. La propriété d'une cafetière n'est pas pareille à celle d'une machine; la propriété d'un terrain industriel est différente de celle d'un terrain agricole ou d'un appartement'¹.

Je me propose, comme introduction historique, de faire l'examen de ces constatations. Les questions centrales que nous allons aborder sont: notre conception de propriété a-t-elle un 'caractère plural' et que voulons-nous dire avec la thèse que le droit de propriété est un droit 'absolu'?

Il n'y a sans doute pas de concept juridique sur lequel, depuis le Siècle des Lumières, tant de bêtises ont été écrites que sur le droit de propriété. Les malheurs ont été provoqués principalement par la 'Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen' du 26 août 1789, un des documents les plus surestimés dans l'histoire des idées², dont le dernier article (art. 17) définit le droit de propriété comme un 'droit inviolable et sacré'. Il apparaît qu'on ne peut ni discuter, ni écrire sur le droit de propriété sans échapper à cette phrase. On peut cependant se passer d'une grande partie de cette littérature, car il nous semble en effet que les auteurs ne se sont pas donnés le mal de lire l'article en entier. Ainsi cette phrase subit le même destin que

• Dr. W.J. Zwalve is Professor of Legal History, Leiden University and fellow at the E.M. Meijers Institute of Legal Studies, Leiden University.

1 Parl. Gesch. Boek 3, p. 7.

2 Il faut noter que le pamphlet est presque entièrement dérivé du 'Bill of Rights' de Virginia. C'est donc aux États Unis que se trouve le berceau de la liberté politique. Les 'révolutions démocratiques' du continent européen n'ont débauché que sur un enlèvement dans le bonapartisme et/ou le totalitarisme bureaucratique.

d'autres de la même nature: elle est transcrite d'oeuvres en oeuvres, elle n'est pas placée dans son contexte et par conséquent elle fait partie du canon des idées préjugées de l'histoire, de la théorie et de la politique du droit, sur lequel la plupart des exposés sur le droit de la propriété sont basés. Un exemple gratiné se trouve dans les 'Travaux Préparatoires' de l'article 5:1, al. 2 du nouveau Code civil néerlandais (BW). Il s'agit d'un amendement proposé par le membre du Parlement M. De Gaay Fortmann. Il était désagréablement frappé par le fait que dans le projet de loi émané du gouvernement était proposé que le propriétaire devait être libre, sous réserve des limitations provenant des lois, des arrêtés et des coutumes, d'utiliser ses choses 'à son gré'. Ces mots, selon le membre du Parlement, donneraient l'impression de l'arbitraire et accentueraient 'le droit de propriété asocial'.³ Pour cette raison il propose de supprimer les mots 'à son gré' et c'est ainsi qu'il a pu arriver que notre Code est déparé de la banalité que le propriétaire a le pouvoir 'd'utiliser ses choses'. Depuis lors, l'alinéa 2 de l'article 5:1 BW est rédigé de la façon suivante:

Le propriétaire a la liberté, à l'exclusion de tous, d'utiliser la chose, pourvu que cet usage ne soit pas contraire aux droits d'autres personnes et que soient respectées les restrictions découlant de la loi ou des règles non écrites.

Ce qui nous frappe dans cette discussion malheureuse par laquelle trois mots essentiels furent supprimés de l'article 5.1.1 du projet du nouveau Code, c'est que l'accent est mis sur *l'utilisation* de la chose qui forme l'objet du droit de propriété. Cet accent fut encore renforcé par une autre modification du texte proposée et adoptée dans le projet de l'article 5:1 BW. Dans sa rédaction originale l'accent n'avait pas été seulement mis sur le pouvoir d'*utiliser*, mais également sur le pouvoir de *disposer* de la chose. Le projet du loi suivait donc l'ancien Code civil néerlandais (O(ud)BW), qui dans son article 625 donne une définition plus heureuse du droit de propriété que celle qui fut finalement adoptée dans le nouveau Code. Dans l'ancien Code de 1838, les deux mêmes verbes sont employés. Ils sont – bien sûr – empruntés du Code civil français, qui, dans son article 544, définit la propriété comme 'le droit de *jouir et disposer* des choses de la manière absolue'. En fin de compte, le gouvernement décida de se débarrasser de la mention du pouvoir de disposition du propriétaire.⁴ Cette fois-ci, le gouvernement se voyait supporté par un grand civiliste néerlandais, à savoir le fameux romaniste Van Oven, professeur à l'université de Leyde, qui avait critiqué la rédaction de l'article 5.1.1 NBW proposée à l'origine par le gouvernement.⁵

3 Parl. Gesch. Boek 5, p. 31.

4 Parl. Gesch. Boek 5, p. 25.

5 J.C. van Oven, 'Wat zal het nieuwe wetboek brengen in de plaats van art. 625 BW?', *NJB* 1958, p. 1 suiv.

L'esposé de Van Oven visait en particulier l'interdiction au législateur du plan inférieur de limiter le pouvoir de disposer – c'est à dire le pouvoir d'aliéner ou de grever – du propriétaire, telle qu'il l'attribuait au projet de loi proposé par le gouvernement. Dans ce contexte il se demandait si le législateur avait bien fait d'insérer le pouvoir d'aliéner du propriétaire dans un article qui caractérise le droit de propriété et par conséquent fixe définitivement les pouvoirs du propriétaire.⁶ Sa réponse à cette question était négative.

Il ne nous faut pas donner suite au motif particulier qui a incité Van Oven à poser cette question⁷, plus important est que le gouvernement adopta sa suggestion et supprima dans cet article la mention du pouvoir de disposition du propriétaire.⁸ Il est louable qu'à cette occasion le gouvernement s'est posé la question, si le deuxième alinéa de cet article avait encore raison d'être dans une rédaction tellement 'dépouillée', étant donné que, selon sa constatation, le contenu était alors tout évident.⁹ Puisque le deuxième alinéa de l'article 5:1 BW selon la rédaction de Van Oven n'avait que peu d'importance, le gouvernement n'avait également pas d'objection à adopter cette rédaction. Comme on le sait, l'article perdit ensuite encore d'intérêt par l'amendement de M. De Gaay Fortmann. Au fond il ne s'agissait plus de rien et dans sa rédaction actuelle le deuxième alinéa de l'article 5:1 BW contient une disposition banale (parce qu'évidente): le propriétaire a le pouvoir d'utiliser ses choses. La question se pose maintenant quels motifs ont incité Van Oven à enlever de cet article la mention du pouvoir de disposition du propriétaire.

Les objections de Van Oven étaient d'une part historiques et d'autre part dogmatiques. La coordination dans le Code civil français – c'est-à-dire, le modèle de l'ancien Code civil néerlandais (OBW) – entre les verbes 'jouir' et 'disposer', serait selon son idée purement rhétorique et non pas techniquement juridique. Il se rapporte à Pothier, pour qui la conception de 'disposer' comprendrait non seulement l'idée de 'disposer' dans le sens strictement juridique, mais aussi celle d'utiliser' ou de 'jouir'. Les deux termes formeraient, du moins chez Pothier, une unité conceptuelle. Ceci n'empêche pas, Van Oven le constate lui-même, que le verbe 'disposer' peut chez Pothier aussi avoir le sens d'une disposition purement juridique.¹⁰ Pour une bonne

6 *Ibidem*, p. 5.

7 Il s'agissait de la question de savoir si le législateur du plan inférieur (les départements, les communes etc.) a la compétence de restreindre le pouvoir de disposition du propriétaire.

8 Parl. Gesch. Boek 5, p. 25.

9 *Ibidem*.

10 Voyez R.J. Pothier, *Traité du droit de propriété no. 5*, Oeuvres de Pothier XI, Paris: Beauce 1819, p. 163.

compréhension de ce terme il nous faut cependant consulter non seulement les oeuvres de Pothier, mais aussi celles d'autres et en particulier des auteurs du droit naturel, comme Domat et Pufendorf, qui eurent une grande influence sur les législateurs français de cet époque. Le dernier n'appartient pas aux auteurs considérés en général comme étant une des sources directes du Code, mais son oeuvre est indispensable pour une bonne compréhension de la propriété et en particulier des pouvoirs du propriétaire, tels que le législateur français les concevait à l'époque.

Les politiciens de cet époque étaient imprégnés de la littérature obscurcie de Rousseau, dont les idées furent inspirées par la lecture de Pufendorf.¹¹ L'autodidacte Jean-Jacques n'a certainement pas connu l'édition originelle du *Ius Naturae et Gentium* de Pufendorf, mais dans la traduction française du professeur Barbeyrac de Groningue Pufendorf fut en France un grand succès.¹² Dans cet oeuvre on lit que l'essence du droit de propriété se trouve non dans l'utilisation de la chose, mais dans le pouvoir d'en disposer dans le sens juridique purement technique:

Que l'on puisse aliéner son bien ou le transporter à autrui, c'est une suite de l'essence même de la propriété pleine et entière. En effet le droit que donne la propriété, je veux dire le pouvoir qu'a le propriétaire de disposer de son bien à sa fantaisie, semble constituer principalement dans la liberté de transférer ou de céder à autrui, quand on le juge à propos, les choses qui nous appartiennent.¹³

La conception de Pufendorf est aussi vieille que le droit naturel lui-même; on la trouve aussi chez Grotius¹⁴ et finalement il paraît¹⁵ qu'elle revient à la définition d'Aristote:

ὄρος ... τοῦ οἰκεία εἶναι ἢ μή, ὅταν ἐφ' αὐτῷ ἢ ἀπαλλοτριῶσαι .
λέγω δὲ ἀπαλλοτριῶσιν δόσιν καὶ πράσιν.¹⁶

Ceci veut dire: 'la définition de ce qui est 'propre' ou non est: s'il [scl. le propriétaire] a le pouvoir d'aliéner. Je désigne aliéner comme une donation ou

11 R. Derathe, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris: Vrin 1970 (2me impr.) p. 83: 'Si nous propositions ici de rechercher les sources de la pensée politique de Rousseau, c'est incontestablement vers Pufendorf que nous devrions nous tourner'.

12 Derathe 1970, *supra* note 11, p. 32: 'Ce furent Grotius et Pufendorf, qui restèrent, en matière du droit naturel et politique, les guides du public français'. Sur l'importance de la traduction de Barbeyrac v. p. 89 suiv.

13 S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, tr. du latin par J. Barbeyrac, Leyde: J. de Wetstein 1759, IV, ix, 1 (p. 619). Voici le texte latin originel (*De iure naturae et gentium*, ed. Amsterdam 1715, IV, ix §1): Ut igitur quis rem suam possit alienare, seu in alterum transferre, id ipsum ex dominii pleni natura resultat. Cum enim hoc domino det facultatem de re pro arbitrio disponendi, utique vel praecipua eius facultatis pars videtur, si ita placeat eam in alterum posse transferre.

14 De iure belli ac pacis Lib. II, cap. vi, § 1.

15 Voyez Grotius, l.c. et Ulrich Huber, *Praelectiones iuris romani et hodierni Pars III ad D. 41,1* (§ 1), référant, comme Grotius, à Aristote.

16 Aristote, *Rhetorica* 1,5; ed. Bekker p. 1361, col. a.

une vente'. Cette définition est sensiblement plus opportune que celle du nouveau Code civil néerlandais ('le propriétaire a le pouvoir d'utiliser sa chose'). Cette dernière définition – le pouvoir d'utiliser la chose – ne s'applique pas toujours au propriétaire alors qu'elle est toujours valable pour les commoditaires, locataires et preneurs en bail. Aristote le savait déjà.¹⁷ En résumé, on ne peut donc pas, par raison historique, défendre que le verbe 'disposer' dans l'art. 625 de l'ancien Code civil néerlandais ('OBW') et dans l'art. 544 Cc n'est utilisé que dans un sens rhétorique.¹⁸ Au contraire: de siècle en siècle le point essentiel des pouvoirs du propriétaire, l'essence même de la propriété, fut toujours défini comme le *jus de re corporali perfecte disponendi* dans le sens purement technique. Les historiens du droit attribuent cette tradition à Bartolus¹⁹, mais il s'agit d'une idée des scolastiques du moyen âge (disciples dévoués d'Aristote) laquelle, avec le raffinement nécessaire, est devenue un bien commun grâce à l'intermédiaire de Bartolus.²⁰

Nous pouvons maintenant nous tourner aux objections dogmatiques de Van Oven contre la mention du 'pouvoir de disposer' dans la description du concept de propriété. Selon lui, le pouvoir de disposition du propriétaire serait déjà contenu dans la partie générale du Code, en particulier dans l'article 3:83 Code civil (art. 3.4.2.1 du projet de loi).²¹ Ceci me semble un malentendu, mais son interprétation fut acceptée par le législateur. La commission de rédaction était en effet d'avis que l'élément de 'disposer' appartenait au terrain du 3ème Livre (la partie générale), puisque la cession des droits y était prévue. Selon la commission l'aliénabilité ne formerait d'ailleurs pas 'une facette impliquée dans la définition du contenu d'un

17 Aristote (1361a) observait déjà que la pleine jouissance ne s'applique qu'aux choses dont on a aussi bien le pouvoir d'user que de disposer. A l'opposé il réfère aux droits qui ne donnent qu'un droit d'usage et rien de plus.

18 Il est certain que Domat, en référant au droit de propriété, fait une distinction nette entre les verbes 'disposer' et 'user' ou 'jouir'. Voyez, par exemple, ses remarques sur les 'substitutions' (Traité des Lois Chap. 11, no. 12 (ed. Paris 1713, p. xvi)) et, très clair, Loix civiles Livre III, title VII, section 1, no. 2 (ed. Paris 1713, p. 260).

19 Commentarius in primam Digesti Novi partem, ed. Venice 1596, ad D. 41,2,17: 'Quid ergo est dominium? Resp.: Est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat'. Voyez A.J. van der Walt, 'Bartolus se omskrijving van dominium en die interpretaties daarvan sedert de vijftiende eeuw', dans: *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1986, p. 305 suiv. et E.J.H. Schrage, 'Property from Bartolus to the new Dutch Civil Code of 1992', dans: G.E. van Maanen & A.J. van der Walt, *Property Law on the Threshold of the 21st Century*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1996, p. 35 suiv.

20 Voyez la traduction latine du passage de la Rhetorica d' Aristote cité ci-dessus : 'Est terminus autem ... cum in ipso sit alienare: dico alienationem donationem et venditionem' (Aristoteles Latinus XXXVI 1-2, éd. Bern. Schneider, Leyde 1978, p. 176, r. 17). Cette traduction fut faite au milieu du treizième siècle par le flamand Willem van Moerbeke; elle fut utilisée par S. Thomas et même par Bartolus: voyez sur ce dernier point J.L.J. van der Kamp, *Bartolus de Saxoferrato*, Amsterdam: H.J. Paris 1936, p. 142.

21 Van Oven 1958, *supra* note 5, p. 6.

droit quelconque'.²² C'est ainsi qu'un article, supposé donner une description adéquate du droit de propriété, a supprimé l'essence même de la propriété comme s'il s'agissait d'une répétition superflue. C'est à tort puisque dans la 'partie générale' du Code l'article 3:83 ne concerne pas le pouvoir de disposition du propriétaire. Il est vrai qu'il existe un certain rapport entre l'article 5:1 et l'article 3:83, mais la portée de ce dernier est tout à fait différente. Voyons ceci de plus près.

Aux Pays Bas la validité des clauses d'inaliénabilité a été depuis longtemps l'objet de discussion. Avant l'introduction du nouveau Code civil, il était généralement accepté, à l'exemple d'ailleurs du droit romain²³, que l'interdiction d'aliéner insérée dans un contrat de transmission n'avait qu'un effet obligatoire, c'est-à-dire, que l'acquéreur n'était pas restreint à l'égard des tiers dans son pouvoir de disposition. Une clause d'inaliénabilité n'avait pas, autrement dit, d'effet réel.²⁴ En ce qui concerne les créances, cependant, prévalait l'autre opinion. Lorsque le débiteur et le créancier à la naissance de la créance se furent mis d'accord que celle-ci serait intransmissible, on donnait suite à cette stipulation de sorte que la clause d'inaliénabilité était opposable aux tiers acquéreurs.²⁵ Les raisons de cette distinction ne nous concernent pas, ici il suffit de la mentionner puisque telle est la teneur de l'article 3:83 BW. Cet article n'a rien à faire, sauf au sens *négalif*, avec une description plus détaillée du contenu du droit de propriété.²⁶ Une telle description demande une approche *positive* et il est très regrettable que nous devons la manquer, d'autant plus que la définition actuelle est plutôt gênante.

Comment est-il possible que le législateur n'ait pas été en mesure de donner une bonne définition du droit de propriété à la place de l'ancien article 625 OBW (544 Cc)? Et pourquoi est-il tellement important de conserver la mention que le propriétaire a le pouvoir de disposer à son gré de ses choses au sens juridique purement technique? Ceci n'est pas dû au fait que la description de la conception de *ius perfecte disponendi* remonte à une tradition longue et respectable, mais parce qu'il y a une base raisonnable pour tenir à

22 Parl. Gesch. Boek 5, p. 25.

23 D. 18,1,75 (Hermogenianus).

24 Voyez le commentaire sur le droit des biens de M. Beekhuis, Asser-Beekhuis, *Zakenrecht (Algemeen deel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957, p. 146 e.v. et A. Pitlo, O.K. Brahn, *Zakenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 192.

25 Asser-Beekhuis 1957, *supra* note 24, p. 147.

26 Curieusement, le législateur lui-même est de cet avis (v. *supra* ad n. 22). Il ne faut donc pas s'étonner que, malgré l'art. 3:83, c'est-à-dire n'en déplaise à une disposition dans la partie générale du code, il a considéré convenable de reproduire la prohibition des clauses d'inaliénabilité dans le nouveau droit des successions: voyez l'art. 4.3.1.6, al. 2 du projet de loi concernant un nouveau droit des successions.

cette tradition. Il nous faut tout d'abord traiter de la première question plus à fond.

Chaque voyageur connaît le phénomène que les habitants des environs d'un monument qu'il visite, ne sont pas au courant de la valeur et de l'importance culturelle de ce monument. Ils habitent au milieu des ruines pittoresques d'un passé somptueux sans s'en rendre compte: ces monuments sont des éléments fixes de leur milieu quotidien devenus tellement évidents pour eux que l'admiration de l'étranger les fait sourire. Il en est de même de notre droit des biens. Le bâtiment est construit dans les ruines d'un monument romain ancien, mais l'habitant moderne n'aperçoit plus son étendue originelle, tandis que les fondations romaines se dérobent à sa vue. Il arrive alors qu'en décrivant son habitation il mette l'accent sur l'utilisation des accessoires secondaires tandis que l'essence structurelle lui échappe. Ceci explique l'accent mis sur l'*utilisation* de la propriété pendant la discussion parlementaire de l'article 1 du Livre 5 BW. On raconte avec fierté l'installation d'un nouveau système de chauffage central sans se rendre compte que sous les vieux carreaux, masqués à la vue d'une mince couche de vinyle, l'ancien chauffage souterrain romain est entièrement intact. Cette métaphore n'est pas exagérée lorsqu'on se rend compte du fait que notre littérature moderne insiste que ce ne sont que des idées 'modernes', ou 'post-libérales', qui nous ont amené au concept (malentendu) de l' 'abus' du droit de propriété, c'est-à-dire à l'idée 'profonde' qu'en exerçant ses pouvoirs, le propriétaire a des responsabilités à l'égard des droits d'autrui. Il suffit de consulter l'index des courants cours de droit civil néerlandais sous les 'grands arrêts' de la cour de cassation du 13 mars 1936 (*Berg en Dalse Wattertoren*)²⁷ et du 2 décembre 1937 (*Lentsche Schutting*).²⁸ Pourtant, la pensée découlant de ces arrêts, à savoir que le propriétaire est sans doute libre d'utiliser sa terre à volonté, mais sans nuire aux autres, se trouve déjà dans le *Corpus Iuris Civilis*, dans un cas qui ne fut pas moins connu des juristes romains que ne sont les arrêts mentionnés ci-dessus des juristes modernes hollandais. Il s'agit du cas de l'usine de fromage de Minturnae.²⁹

L'expulsion de mauvaise vapeur produite par une usine de fromage troublait la joie de vivre des propriétaires des maisons sur le flanc de la montagne. Le juriste romain Aristo était d'avis que les propriétaires pouvaient exiger avec succès l'arrêt de l'expulsion de la vapeur. Il est peu important ici qu'un juriste romain se servait d'une autre voie de recours (l'*actio negatoria*) que celle que nous utilisons aujourd'hui (l'action de l'art. 6:162 BW (1382 Cc)).

La pensée que le droit de propriété avait auparavant été 'absolu' dans le sens que le propriétaire aurait le pouvoir d'utiliser son droit sans aucune

27 HR 13 mars 1936, *NJ* 1936, 413.

28 HR 2 décembre 1937, *NJ* 1938, 353.

29 D. 8,5,8,5 (Ulpian).

limite témoigne donc d'une forte méconnaissance de l'histoire du droit. Les juristes romains classiques s'étaient déjà rendus compte des limites du droit de propriété. Ces limites se trouvaient également déjà là où les droits d'autrui, en particulier les droits de propriété, commençaient.

Quoi qu'il en soit, dans la rédaction de l'article 5:1, al. 2 BW le législateur s'est laissé influencer par Van Oven et a par conséquent mis l'accent sur le pouvoir d'utilisation du propriétaire (ainsi que sur les restrictions) et a supprimé la mention du pouvoir de disposition comme étant une addition superflue. La cause plus profonde de cette décision est que le libre pouvoir de disposition est devenu, pour les juristes continentaux, une notion tellement évidente qu'il ne nécessite plus d'explication et par conséquent le véritable caractère du droit de propriété *comme droit de disposition absolu* est oublié. On ne s'en souvient que dans des cas exceptionnels, lorsque la structure fondamentale de la propriété est en cause. J'ai déjà signalé l'article 3:83 BW. L'article 3:85, al.1 BW offre un exemple qui fait encore mieux sentir le manque d'une description *positive* du droit de propriété:

L'obligation ayant pour objet de transférer un bien pour un temps déterminé est réputée obligation de constituer un usufruit sur ce bien pour le temps fixé.

L'article contient la conversion légale d'un transfert de propriété pour un temps déterminé en la constitution d'un droit d'usufruit pour le même temps. D'après les 'Travaux Préparatoires', une telle conversion fut considérée désirable puisque 'le propriétaire à terme', tout comme l'usufruitier, en jouissant de son droit³⁰, devrait tenir compte des droits de ceux qui lui succèdent.³¹

Par contre le nouveau code connaît bien un droit de propriété sous *condition suspensive* ou *résolutoire* (art. 3:84, al.4).³² Il n'est pas clair pourquoi le propriétaire sous condition résolutoire ne devrait pas tenir compte du droit de celui qui lui succède, tandis que le propriétaire à terme devrait bien tenir compte du 'droit de ceux qui viennent après lui'.

A la base du 2ème alinéa de l'article 3: 85 repose l'idée qu'un droit de propriété à terme s'oppose au caractère absolu du droit de propriété. Autrement dit, le droit de propriété, dans sa conception romaine, n'est pas susceptible d'une division temporaire entre un propriétaire à terme résolutoire et un propriétaire à terme suspensif.

Ceci s'applique d'ailleurs aussi pour les concepts de propriété à *condition résolutoire* et *suspensive*. L'existence d'un droit de propriété sous *condition* s'explique par une curiosité technique du nouveau code civil néerlandais. Le législateur a en effet aboli l'effet rétroactif de l'accomplissement de la condition (art. 3:38, al.2) tout en voulant conserver son

30 Observez l'accent sur la 'jouissance', alors qu'on pensait au pouvoir de disposition du propriétaire à terme.

31 Parl. Gesch. Boek 3, p. 185, 187 & 319-320.

32 *Ibidem*, p. 185.

effet réel (art. 3:84, al.4). Il ne faut cependant pas en tirer trop de conclusions.³³ Ici s'applique la maxime de Paul: *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*.³⁴

Le droit de propriété est, dans son concept romain, universel et absolu dans le sens strictement technique, contrairement au concept du 'common law' anglais. Il est universel parce que le droit romain (et sur ce modèle le droit civil européen continental) ne fait pas, comme le 'common law', de distinction selon la nature de l'objet du droit de propriété. Le 'civil law' continental ne connaît pas un droit des biens concernant les meubles et un autre concernant les immeubles ('personal property' et 'real property'). Il n'existe donc pas de différence juridique structurelle entre la propriété d'une cafetière et celle d'une terre agricole. Dans le sens strictement juridique le droit de propriété est absolu parce qu'il n'est pas, comme les 'estates' du 'common law', relié à l'élément du temps et qu'il ne dépend pas d'autres droits. Le propriétaire romain est libre et *suae rei arbiter ac moderator*; il dispose de ses biens d'une façon souveraine. Cette liberté ne peut être restreinte que par la loi. Telle est l'essence de la propriété.

L'essence de la propriété

(English summary)

The foregoing article is about the essence of *dominium* as a legal concept in a civilian system. The 'absolute' character of *dominium* is widely misunderstood among continental European lawyers, because to them *dominium* is an 'absolute' property right as a matter of course. It is not perceived as existing in relation to and being dependent on any other property right or proprietary interest. There is, furthermore, a strict distinction between *dominium* and possession, reflected in different legal remedies protecting the proprietary interest and the possessory interest respectively. Another characteristic aspect of the civilian concept of *dominium* is its independence of the time factor. Neither Roman law, nor the *jus commune*, nor even modern civilian codes on the European continent could and can conceive of anything even remotely approaching the common law doctrine of estates. This doctrine implies that a man may 'own' something for a period of time, whereas by the same token another man may 'own' it in the future. There is no doctrine

33 Voyez pour cela mes remarques sur 'Temporary and Conditional Ownership' dans Van Maanen & Van der Walt 1996, *supra* note 19, p. 333 suiv.

34 D. 1,3,14 (Paul).

of 'remainders' and 'reverters', let alone of 'vested' and 'contingent' future interests in European civil law. Unaware as they usually are of the main characteristics of the concept of *dominium*, continental European lawyers emphasize the substantial aspects of *dominium*, for it is only from this substantial aspect that they can make sense of the question whether or not *dominium* is indeed an 'absolute' proprietary interest. Hence the importance attached to the doctrine of abuse of discretion by the *dominus*. However, as far as that doctrine is concerned, there is no fundamental difference between *dominium* and other property rights. The current misconception of the essence of *dominium* prevailing among continental European civil lawyers is reflected in the ludicrous provision of Section 5:1(2) of the Dutch Civil Code (1992). Some aspects of that provision are commented on in this contribution.