

LA RECODIFICATION DU DROIT DES BIENS

Rémy LIBCHABER

Professeur agrégé des Facultés de droit

1. — Recodifier? Appliquée au droit des biens, l'intention surprend. Pourquoi faudrait-il renouveler une matière, qui est comme entrée dans le sommeil aussitôt après la promulgation du Code civil? Pourquoi faudrait-il la réveiller, alors qu'aucun des indicateurs habituels ne manifeste son inadéquation aux besoins sociaux?

Le droit des biens oppose un violent contraste aux autres matières du droit civil : il est demeuré à l'écart de toutes les entreprises de régénération qui les ont saisies les unes après les autres, d'où qu'elles procèdent. Par une série de grandes lois successives, le législateur s'est employé à renouveler le droit des personnes et de la famille à la fin du XX^e siècle, dans leurs dimensions personnelle et patrimoniale; mais le droit des biens est demeuré à l'écart de cet immense chantier législatif. De la même façon, la jurisprudence n'en a jamais attaqué les lignes de force, alors que progressivement, elle renouvelait de fond en comble l'esprit du droit des contrats, *lato sensu*, laissant à des lois de détail le soin d'interventions ponctuelles mais décisives dans le champ des obligations ou celui des contrats spéciaux. Le rythme de ces cures de jouvence, législatives comme jurisprudentielles, s'est accéléré depuis le milieu du siècle dernier; il donne parfois le sentiment d'une fuite éperdue dans le changement, qui laisse le droit civil incapable de trouver le repos ou la stabilité¹. Dans le même temps, on ne peut qu'être frappé de la

¹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996.

parfaite indifférence à tout rajeunissement du droit des biens – ce droit que le travail des sources a laissé à peu près intouché².

Que faut-il déduire de cette léthargie? Peut-être tout simplement que la stabilité est gage de bonne santé, qu'elle porte témoignage d'une inconteste adaptation aux besoins. La réglementation de 1804 aurait doté le droit des biens d'un équilibre si parfait que les bouleversements de deux siècles n'auraient pas suffi à l'ébranler. Cela pourrait expliquer qu'en la matière, le législateur soit demeuré muet et que la jurisprudence persiste à donner le sentiment d'une mer étale que n'agitent pas plus la houle des grands fonds que les vents de surface. Cette stabilité native aiderait aussi à comprendre que la doctrine soit partisane du *statu quo* : la matière est certes somnolente, mais on ne voit pas pourquoi il faudrait secouer cette belle endormie ; si bien que les rares auteurs qui l'ont interpellée ont eu une sorte de succès de scandale, sans que leurs efforts aient emporté la conviction au point de conduire à une remise en cause de ses lignes de force. Aux yeux d'un observateur, il n'apparaît pas qu'à quelque occasion que ce soit, le droit des biens ait été pris dans l'un de ces grands débats, où l'économie d'une matière semble se jouer.

Il faudrait bien de l'optimisme pour tirer un bilan satisfaisant de cet immobilisme. Plus justement, il y faudrait cette confiance des rédacteurs du Code civil, qui pensaient avoir saisi la raison même à l'œuvre dans le droit. Parce que ces sentiments sont d'un autre âge, on suggérera ici l'hypothèse inverse. Le défaut de rajeunissement qui se repère dans toutes les dimensions du droit des biens ne saurait apparaître comme le reflet de sa perfection, mais comme le symptôme de son épuisement.

2.- **Sclérose du droit des biens : l'épuisement des sources traditionnelles.** À la réflexion, deux causes ont ensemble conspiré à donner ce sentiment d'un droit exténué, tellement à bout de souffle qu'il ne peut pas même rechercher sa propre régénération.

Contrairement à certaines autres branches du droit civil, le droit des biens ne constitue pas une matière substantielle, qui évolue au gré de ses propres besoins. Comparable en cela au droit des contrats ou à la théorie générale des obligations, il est en réalité une matière de synthèse. S'il forge ses propres conceptions, c'est pour les mettre au service d'autres domaines juridiques, qui l'irriguent en retour et contribuent à lui fournir sa sève. De quelles matières s'agit-il aujourd'hui? Si les contrats spéciaux ou les sûretés conventionnelles n'ont jamais cessé d'informer les obligations, on ne sait pas bien qui joue à présent ce rôle au profit du droit des biens. C'était hier dans les successions, les régimes matrimoniaux ou encore les sûretés réelles – l'hypothèque plus encore que le gage –, qu'il rencontrait les questions les mieux à même de mobiliser ses concepts, et par conséquent d'assurer sa dynamique interne. Elles ont perdu une bonne part de leur vitalité : la diminution et

2. G. Cornu, « La lettre du Code à l'épreuve du temps », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 157.

la réorganisation de la fortune des Français, jointe à un égalitarisme de principe, favorable aux classes moyennes, ont conduit ces différentes branches à perdre leur ancienne prééminence³. Aucune de ces matières n'a disparu ; en se transformant en profondeur, elles ont cessé d'être l'apanage de classes sociales favorisées pour concerner le corps social dans son entier. Le droit patrimonial est devenu un droit des revenus, plutôt qu'un droit de la fortune. En témoigne l'accroissement du rôle du statut primaire impératif – véritable régime matrimonial de ceux qui n'ont pour tout patrimoine que leurs revenus. En témoigne également l'érosion progressive des successions : l'accroissement des droits du conjoint survivant traduit une conception viagère de la matière, où se perd de plus en plus le phénomène d'une transmission. Et quoi transmettre? L'idée de fortune devient si peu consistante que les droits à retraite finissent par se substituer au capital amassé en cours de vie. De même, dans la substitution du cautionnement aux sûretés réelles comme garantie de principe, on lit à la fois le dépérissement des fortunes et le passage progressif à une mutualisation, qui n'est rien d'autre qu'une mise en commun de revenus.

Dans ces bouleversements de prestigieuses matières du droit civil, le droit des biens a perdu son terrain d'exercice privilégié, un champ de manœuvres où ses notions avaient révélé leur potentiel depuis 1804.

3.- **Sclérose du droit des biens : le déclin de l'immeuble.** Cela seul n'eût pas suffi à le scléroser, si une seconde cause, moins visible, ne s'en était mêlée. L'égalisation des conditions et la baisse des fortunes n'expliquent pas tout, car le droit des biens aurait pu être renfloué par le contact des classes moyennes en plein essor. S'il ne l'a pas été, c'est parce que ces phénomènes se sont accompagnés d'une transformation interne dans la composition des patrimoines, à laquelle il faut être attentif. Dans le réaménagement contemporain des fortunes, l'immeuble a été le grand perdant ; et le droit des biens à sa suite.

C'est une évidence trop rarement relevée : tel qu'il a été réglementé par le Code civil, le droit des biens ne mérite pas la généralité de son appellation. Par construction, c'est en réalité d'un droit de l'immeuble qu'il s'agit, dont l'essentiel des dispositions est articulé autour de sa préservation. Droit des fonds de terre et des bâtiments, des moulins à vent et à eau, des récoltes pendantes par racines et des fruits des arbres, des coupes de bois taillis et des futaies mises en coupe réglée, des animaux de culture et des pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ; droit des constructions et des fouilles, des plantations et ouvrages, des atterrissements et accroissements qui se forment

3. Les répercussions de la composition des patrimoines sur les biens sont essentielles ; c'est ce qui explique que les auteurs sensibles à la matière fassent périodiquement le point sur son évolution : P. Voirin, « La composition des fortunes modernes au point de vue juridique », *Rev. gén. dr.* 1930.102 ; P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966.185.

successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, des relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre, des îles, îlots et atterrissements qui se forment dans le lit des fleuves; droit des écoulements pluviaux sur le terrain d'autrui, des eaux de source et des eaux courantes, du bornage des propriétés et de leur clôture, de la mitoyenneté et des chaperons, filets et corbeaux de pierre du mur, des puits et des fosses d'aisance, des âtres forges, fours et fourneaux, des jours et vues, des balcons, saillies et de l'égout des toits, de l'état d'enclave, des servitudes apparentes et continues, de celles qui dérivent de l'état des lieux ou de la destination du père de famille. À l'évidence, la matière a été conçue pour une civilisation agraire, tout entière tournée vers la vie des campagnes et la culture des champs : son empreinte se reconnaît dans toutes les dispositions inchangées du droit des biens.

Cette civilisation agraire était déjà presque dépassée en 1804 : dès l'origine, le Code retardait sur la réalité. C'est ainsi que l'organisation des biens n'a pu survivre au régime de grandes fortunes bourgeoises qui lui a succédé – construit sur l'industrie alors en plein développement –, qu'à la faveur d'une transformation inaperçue. Les immeubles bâtis s'étaient substitués aux fonds de terre dans les fortunes en bénéficiant de leur ancien prestige, souvenir de la féodalité. Cette faveur n'a pas résisté à l'égalitarisme contemporain, à teneur fortement urbaine, qui a progressivement sorti les immeubles des patrimoines pour les reléguer au rang des accessoires de la vie privée. Avec la fin de la prééminence de l'immeuble, le droit français des biens a perdu son pilier porteur, son principe organisateur. Et curieusement, il n'a pas su sortir de cette déshérence où il s'est trouvé jeté. Au fait, pourquoi ce manque de dynamisme, quand la vie des biens ne cessait par ailleurs de se renouveler ?

4.– **L'impossible régénération du droit des biens.** Un tel constat n'ouvre que sur des conjectures. On peut risquer qu'une série de raisons se sont accordées pour empêcher la constitution d'une conception nouvelle des biens, à même de se substituer au défunt droit du XIX^e siècle.

Et tout d'abord, bien sûr, le fait que les meubles corporels avaient été abandonnés à leur vie aventureuse par l'article 2279 du Code civil. À l'incitation de la règle « en fait de meubles, la possession vaut titre », le prodigieux développement de la matière mobilière s'est réalisé pour l'essentiel à l'écart du droit des biens. Si le mot n'avait été employé à une autre destination, on dirait que la matière mobilière est originairement entrée dans le non-droit, en étant exclue des préoccupations du législateur. Ce n'est d'ailleurs pas qu'elle ait été confiée à un autre corps de règles : pour le bien de la société et du commerce, les meubles ont été institués comme « pauvres en droit ». Si celui-ci pouvait les toucher, c'était par accident davantage que par intention. On a certes pu dire que grâce à l'intercession de cet article, aucune restriction d'ordre juridique n'était venue entraver l'étonnant développement des meubles, consécutif à la révolution industrielle. Néanmoins, le revers de

cette absence de régulation juridique a été que cet incontestable dynamisme mobilier s'est réalisé à l'écart du droit, et n'a pas pu contribuer à une modernisation de la matière. Aussi bien l'évident glissement de l'immeuble vers le meuble s'est-il borné à entraîner le dépérissement de la matière, sans enrichissement d'aucune sorte.

À ce premier facteur, pour ainsi dire originaire, s'en est ajouté un second. Plus pernicieux encore, ses effets ne sont pas encore mesurés. Protégeant les droits des inventeurs et ceux des auteurs, la Révolution avait accepté la prise en compte juridique de certaines choses dénuées de *corpus* : l'invention brevetable et l'œuvre originale. Sur cette base, deux corps de règles se développèrent par strates : un droit tourné vers l'activité artistique et l'épanouissement de la créativité individuelle, regroupé ensuite dans la « propriété littéraire et artistique »⁴; un autre orienté vers l'exploitation économique d'inventions à caractère technique, qui constituera plus tard la « propriété industrielle »⁵. Réunis depuis le premier juillet 1992 dans un Code de la propriété intellectuelle, ces corps de règles n'ont en rien contribué à la revitalisation du droit des biens : développés à l'écart de la vénérable matière, ils en ont constitué une sorte de contre-modèle alors même qu'ils en relevaient de plein droit. Quelles que soient les évolutions de la réglementation ou les analyses variées auxquelles les auteurs ont pu procéder, on ne peut faire autrement que de considérer l'œuvre ou l'invention comme des biens, devant en tant que tels contribuer à un corps de droit qui leur fasse leur juste place. C'est une évidence qu'ils ne doivent pas suivre le régime juridique des biens corporels, taillé sur les mesures de l'immeuble. Précisément : le droit des propriétés incorporelles offrait un axe original à une possible relance du droit des biens, une perspective propice à un développement d'autant plus fécond que le continent de l'immatériel n'a cessé depuis de démontrer son étendue. Hélas, l'arpentage de cet immense domaine encore peu exploré n'a en rien profité au droit des biens, la question du type de propriété en cause ayant occulté l'évidence des biens – première réalité pourtant à devoir être prise en considération.

Le dernier facteur d'empêchement d'un renouvellement du droit des biens tient à l'étroitesse des divisions académiques, ainsi qu'au manque de communication entre disciplines. Un certain nombre d'innovations sont apparues du côté du droit commercial, dont le droit des biens n'a pas même songé à faire son miel⁶. On peut les citer en insistant sur leurs modalités

4. Outre le droit d'auteur, on a organisé la protection des droits voisins du droit d'auteur, portant sur l'interprétation des œuvres d'art par des musiciens ou des acteurs (L. 3 juillet 1985), ainsi que celle des logiciels (L. 3 juillet 1985 et L. 10 mai 1994).

5. C'est sur le modèle du brevet qu'ont été réglementés les dessins et modèles (L. 18 mars 1806, abrogée par L. 14 juillet 1909), les marques (L. 23 juin 1857, puis L. 31 décembre 1964, et aujourd'hui L. 4 janvier 1991), les obtentions végétales (L. 11 juin 1970), ou encore récemment les topographies de produits semi-conducteurs (L. 4 novembre 1987).

6. Un encouragement n'a pourtant pas manqué : D.-R. Martin, « L'apport du droit de l'entreprise au droit des biens », *JCP É*, 1997, CDE n° 2, p. 15.

d'apparition : multiplication de fonds divers constituant autant d'universalités, qui plaçaient au cœur de la réflexion juridique la singularité de la clientèle; développement des biens produits en série par l'industrie, stimulant les questions liées à la consomptibilité et à la fongibilité des choses; réglementation législative de la clause de réserve de propriété, confirmant la présence d'une fiducie en droit français; évolutions convergentes du statut des baux les plus divers, incitant à renouveler l'ancienne question de la nature juridique des droits du preneur. Évoquées à la diable, ces questions nouvelles témoignent *a priori* de la même capacité à régénérer le droit des biens. Encore fallait-il pour cela qu'une doctrine inspirée eût accepté de les prendre en considération, en les réinsérant dans la problématique générale d'un droit centré autour des biens, plutôt qu'affecté à la contemplation quasi-exclusive de l'immeuble.

De l'examen des raisons de ce manque de dynamisme, une évidence jaillit : la prétendue stagnation du droit des biens n'est qu'un trompe-l'œil. Les problèmes nouveaux n'ont jamais cessé d'apparaître, et d'être résolus; mais en ordre dispersé⁷. Il en résulte que ces différentes confrontations n'ont permis la réalisation d'aucun apport à cette étrange synthèse, en quoi consiste la matière. Pour la décrire, on dirait volontiers qu'elle s'est trouvée pulvérisée entre : un droit mobilier spécial, que des auteurs ont appelé de leurs vœux sans qu'il voie le jour; le droit de la propriété intellectuelle, qui n'a pas voulu reconnaître sa parenté avec les biens; et le droit commercial, qui n'avait aucune raison de s'en soucier. N'est-il pas temps d'essayer de réaliser la synthèse que l'évolution n'a pas favorisée?

5.- **La triple nouveauté du droit des biens.** Évoquer la recodification du droit des biens, c'est faire l'hypothèse que l'ensemble de ces questions peu à peu apparues recèle une commune structure interne, pour l'heure inédite. C'est aussi penser que l'époque est propice à l'élaboration d'une organisation intellectuelle nouvelle, à même de rendre compte du fonctionnement actuel des biens, meubles ou immeubles, corporels ou non. On ne pourra l'entreprendre qu'à la condition de ne pas s'épuiser dans la description spécifique d'objets ou de régimes juridiques disparates, pour s'efforcer de repérer les grandes régularités que la confrontation ne manquera pas de faire apparaître. À ce titre, on pourrait s'essayer à une présentation analytique des renouvellements de la matière, qui ferait apparaître les principales ruptures dont elle est le lieu. Pour le dire de façon abrupte, un droit régénéré des biens se présente sous les auspices d'une triple nouveauté : nouveaux concepts, nouveaux objets, nouvelles techniques.

Au rang des nouveaux concepts, on évoquerait le maintien inaltéré de la propriété individuelle, voisinant avec l'essor d'une propriété collective dont la réalité s'est imposée malgré son refoulement dans le Code civil de 1804;

7. V., notamment P. Catala, « Exposé de synthèse », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées René Savatier, PUF, 1991, p. 181.

la perte d'influence d'une possession devenue presque inutile avec le dépérissement de l'immeuble, compensée par l'accroissement des effets de la détention, bien plus utilisée qu'autrefois en raison de l'accélération de la circulation précaire des meubles. Dans un second mouvement, on convoquerait les nouveaux objets du droit des biens – autant de nœuds de difficultés à l'entrecroisement desquels sont apparues les questions essentielles à l'actualisation de la matière : le fonds de commerce, les valeurs mobilières – considérées *ut singuli* ou réunies en portefeuille –, les clientèles, la monnaie, l'information, la valeur même, peut-être, pour ne citer que les exemples les plus caractéristiques. Enfin, les nouvelles techniques mettraient en évidence les moyens par lesquels la perpétuation des biens est assurée, au hasard des vicissitudes du cours de leur existence. Techniques demeurées dans l'ombre en raison de l'étonnante stabilité des immeubles dans le temps, qui n'ont fait l'objet d'aucune théorie satisfaisante depuis la constatation de leur déclin : la subrogation réelle, c'est-à-dire l'organisation de la transfusion des caractères d'un bien dans un autre, qu'elle soit ou non médiatisée par la monnaie; mais aussi les divers modes de transformation par voie d'accession que mobilisent aujourd'hui l'industrie ou les propriétés incorporelles : incorporation, spécification, mélanges...

Procédant par description de massifs inconnus dans le jardin du droit des biens, une telle étude ne permettrait sans doute pas de saisir l'ensemble des transformations de la matière. Elle en donnerait une vision partielle : trop axée sur la nouveauté, délaissant la continuité; elle ne ferait pas apparaître les profondes lignes de force qui continuent de régir notre droit des biens.

6.- **Actualité de la structure des biens du Code civil.** C'est pourquoi on préférera suivre la division inscrite dans le Code. Le droit des biens s'y divise en trois ensembles – si l'on veut bien admettre que la transmission et les modifications de la propriété relèvent principalement du droit des contrats : la classification des biens, la notion de propriété, et la théorie des droits réels. C'est en suivant le fil de cette organisation intellectuelle que l'on pourra tenter un bilan des renouvellements de la matière, mais dans la filiation du Code.

S'il y a trois questions à distinguer, elles ont un facteur commun : la propriété, épine dorsale de l'ensemble de la question. C'est elle qu'il faut envisager en premier et que l'on ne perdra jamais de vue, parce qu'elle est le pilier porteur de la notion même de biens – ces choses toujours déjà appropriées –, et parce que c'est à partir d'elle que l'on peut envisager les droits réels – que l'on qualifiait autrefois de démembrements. Tel est du reste l'étonnant paradoxe de la matière : le détail s'est sclérosé, quoique la structure ait admirablement résisté; et dans cette charpente, la propriété demeure la poutre maîtresse – une pièce sur laquelle le temps semble n'avoir pas de prise. La propriété individuelle persiste dans son être de manière exemplaire, comme si sa conception avait été parfaite dès son émergence dans le Code civil. C'est à partir d'elle, et dans son prolongement, que l'on pourra apprécier le potentiel de rénovation dont le vieux droit des biens est porteur.

Ces réflexions fournissent un guide suffisant pour l'étude des renouvellements de la matière. Parce qu'elle joue un rôle central, c'est la question de la propriété qui devra être examinée d'emblée (I); après avoir assuré la clef de voûte, le reste de l'édifice pourra être érigé, en évoquant d'abord la distinction des biens (II), puis la diversité des situations réelles (III).

I. — LA PROPRIÉTÉ, CLEF DE VOÛTE DU SYSTÈME DES BIENS

7.— L'invention de LA propriété : retour à 1804. En matière de biens, le Code civil a introduit une rupture profonde dans la continuité du droit français, qui ne réside pas seulement dans la lettre de l'article 544. Il était certes fondamental qu'en 1804, on ait proclamé que « 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 ». Renouant avec une conception de la propriété à laquelle le droit romain avait été sensible, cette formule aurait pu convenir à des formes de propriété connues du passé. L'innovation tenait surtout à l'extension formidable qui lui était donnée : ces propriétés passées avaient toujours été limitées à certains biens ou à certaines personnes ; avec l'article 544, le droit français se dotait d'un mode unique de relation entre les personnes et les biens. Quels que soient le bien considéré et la personne qui le désire, la relation juridique de base qui permettra l'assouvissement de ce désir sera la propriété.

Cela passe aujourd'hui pour un truisme, mais mérite d'être explicité. Le système des biens de l'ancien droit était marqué, dans le fondamental domaine immobilier, par un constant principe de dissociation⁸ : dissociation à l'intérieur du statut des terres ; dissociation entre le domaine éminent et le domaine utile ; dissociation entre les utilités très diverses par lesquelles un même immeuble pouvait être considéré comme partagé. Une page de Marc Bloch lève le voile sur cette situation mal connue : « Aussi bien le mot de propriété, appliqué à un immeuble, eût-il été à peu près vide de sens. Ou du moins aurait-il fallu dire propriété ou saisine de tel ou tel droit sur le fonds. Sur presque toute terre, en effet, et sur beaucoup d'hommes, pesaient, en ces temps, une multiplicité de droits, divers par leur nature, mais dont chacun, dans sa sphère, paraissait également respectable. Aucun ne représentait cette rigide exclusivité, caractéristique de la propriété, du type romain. Le tenancier qui — de père en fils généralement —, laboure et récolte ; son seigneur direct, auquel il paie redevances et qui, en certains cas, saura remettre la main sur la glèbe ; le seigneur de ce seigneur et ainsi de suite, tout le long de

8. Pour une très claire synthèse du système de l'Ancien droit, v. A.-M. Parault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989 ; v. aussi Ed. Meynial, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé », in *Mélanges Fitting*, 1908, t. II, p. 409 ; Fr. Garrisson, « Le concept de propriété à l'époque médiévale », *Études de droit contemporain*, Cujas 1962, p. 73.

l'échelle féodale : que de personnages qui, avec autant de raison l'un que l'autre, peuvent dire « mon champ » ! Encore est-ce compter trop peu. Car les ramifications s'étendaient horizontalement aussi bien que de haut en bas et il conviendrait de faire place aussi à la communauté villageoise, qui ordinairement récupère l'usage de son terroir entier, aussitôt celui-ci vide de moissons ; à la famille du tenancier, sans l'assentiment de laquelle le bien ne saurait être aliéné ; aux familles des seigneurs successifs... Une pareille compénétration des « saisines » sur une même chose n'avait rien pour heurter des esprits assez peu sensibles à la logique de la contradiction et, peut-être, pour définir cet état de droit et d'opinion, le mieux serait-il, empruntant à la sociologie une formule célèbre, de dire : mentalité de « participation juridique »⁹.

Quel que soit l'état de décomposition auquel ce système était parvenu en 1789, l'idée de propriété absolue n'y avait pas émergé¹⁰. D'où l'importance de la rupture introduite par le Code : à la diversité fondamentale des types de choses — alleux et fiefs, héritages et cateux, propres et acquêts —, il substituait la notion indifférenciée de bien ; aux variations innombrables des statuts individuels et des pouvoirs corrélatifs, il substituait l'indistincte notion de personne ; au partage institutionnel des choses selon leurs utilités les plus variées, il substituait le regroupement de leur potentiel tout entier dans le cadre d'un bien, dont l'appropriation était conçue comme un rapport de soumission totale entre une chose et son maître — *plena in re potestas*.

8.— Réception de la conception rénovée de la propriété. Cette élaboration de la propriété a-t-elle été reçue par le droit français ? Dès 1804, les malentendus s'installaient, qui devaient l'empêcher de recevoir son juste rayonnement. Ni la communauté juridique ni les tribunaux ne percurent ce qu'il y avait de révolutionnaire dans le retour aux sources de l'article 544. Aussi bien la rupture introduite par les codificateurs fut-elle esquivée, au profit d'une lecture qui se situait dans le prolongement des conceptions que les Romanistes avaient peu à peu développées tout au long de l'Ancien droit. Sur leurs brisées, elle a été enfermée dans les trois prérogatives sur lesquelles elle est censée ouvrir : l'*usus*, droit d'utiliser la chose à sa guise ; le *fructus*, permettant de bénéficier des fruits qu'elle produit ; l'*abusus* enfin, possibilité de céder la chose ou d'attenter à sa structure matérielle¹¹. C'est là une caracté-

9. M. Bloch, *La société féodale*, 1978, coll. « L'évolution de l'humanité », Albin Michel, p. 174.

10. V. néanmoins la célèbre définition donnée par Pothier : « Le domaine de propriété est ainsi appelé, parce que c'est le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tous autres. Ce droit de propriété, considéré par rapport à ses effets, doit se définir "le droit de droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux lois" », *Traité du droit de domaine de propriété*, in *Œuvres de Pothier*, par M. Bugnet, Paris 1846, t. IX, n° 4, p. 103.

11. Pour un exposé de cette conception classique, particulièrement brillant dans sa forme, v. J. Carbonnier, *Droit civil. t. 3. Les biens*, 19^e éd., PUF 2000, n° 68 et s., p. 128.

térisation en trompe-l'œil : non content de n'être pas compatible avec la lettre de l'article 544 qui ne parle que du droit de « jouir et disposer », elle repose sur des prérogatives floues qui ne peuvent pas être définies sans chevauchements.

Cette conception de la propriété n'est pas satisfaisante. Elle est d'abord regrettable par son inspiration : en ne définissant pas la propriété en soi pour lui préférer un cumul d'utilités partielles, les auteurs reconstituent l'esprit du domaine divisé avec lequel la Révolution et le Code civil avaient pourtant voulu rompre. De façon caricaturale, la tripartition de la lecture romaniste se donne volontiers pour une réunion de trois saisines abstraites qui reconstitueraient la propriété, ce qui dénature les conceptions de l'Ancien droit tout autant que celle du Code. Si la propriété est une relation, elle ne doit plus se définir par un contenu : celui-ci procédera de son actualisation par tout propriétaire, en fonction de chacun de ses biens. La logique de la définition nouvelle conduisait ainsi à une approche en termes de structure, le contenu étant abandonné à la double diversité concrète des biens et des personnes.

Cette conception classique est encore discutable par son subjectivisme, qui réduit la propriété à n'être qu'un réseau de pouvoirs et de prérogatives individuels, défini et garanti par la loi. Certes, l'article 544 qualifie la propriété au moyen du concept de droits : du point de vue du propriétaire, elle est le droit de jouir et disposer de la chose. S'ensuit-il qu'elle doive être réduite à un droit subjectif ? Car dans le même temps, la propriété peut être vue de façon objective, en l'examinant du côté de la chose : la propriété, c'est aussi l'appropriation, c'est-à-dire la soustraction à un usage collectif pour une affectation exclusive. Cette conception objective ne devrait pas voisiner avec la vision subjective, mais l'évincer. Car poser la propriété en termes de droit subjectif, c'est admettre que le principe et l'exercice de la propriété résident dans une autorisation de la loi, alors qu'on les concevrait mieux dans la dépendance des besoins individuels. Portalis le disait : « Le principe du droit (de propriété) est en nous ; il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive ; il est dans la constitution même de notre être, et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent »¹². Quant aux prérogatives sur lesquelles la propriété débouche – qui en constituent l'exercice même –, on ne voit pas qu'il soit besoin d'une loi pour les définir. Dès lors que la relation entre une personne et un bien est garantie par le droit objectif, le contenu de cette relation ne procède plus que de la liberté du propriétaire.

C'est d'ailleurs une autre critique que l'on peut adresser à la tripartition des Romanistes : quelle que soit l'ouverture du possible induite par ces

12. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, Paris 1836, p. 113 ; J. Locke, *Second traité sur le gouvernement civil*, chap. V ; dans la même ligne, v. l'article provocant de Fr. Bastiat, « Propriété et loi », repris dans *Les libéraux*, présenté par P. Manent, collection « Pluriel », t. 2, Hachette, 1986, p. 227.

caractéristiques, leur seule existence contraint une propriété que l'on ne saurait mieux décrire qu'en y voyant l'incarnation d'une liberté, hors de toute tutelle juridique. Il n'est d'ailleurs que de revenir à Michel Villey pour s'en persuader : « il se peut qu'en fait le *dominium* ait été pouvoir absolu ; seulement le droit romain s'abstient de consacrer cet absolutisme, de lui donner sa garantie ; ce n'est point son office ; il ne qualifie point des puissances ; n'en fait pas des *droits*. Il trace les limites des domaines, et ce qui se passe sur chaque domaine, les rapports du propriétaire avec le domaine qui lui échoit, ne le concerne pas. La puissance absolue qu'exerce le maître romain sur sa chose, ce n'est point le droit, c'est le silence du droit »¹³.

En revenant par l'article 544 aux conceptions romaines de la propriété, on ne doute pas que les codificateurs aient entendu renier celles des Romanistes¹⁴. Or la pensée juridique retarde, prise dans des habitudes qu'il lui est difficile d'abandonner. C'est ce qui explique peut-être le refus du XIX^e siècle de recevoir une conception rénovée de la propriété¹⁵ ; le moins que l'on puisse dire est qu'il ne devrait plus être de saison.

9. – Retour à l'article 544 : **jouissance et disposition**. Un retour à l'article 544 est le moyen de restituer à la propriété son rayonnement solaire. Le texte la définit comme « le droit de jouir et disposer des choses », où il faut voir deux aspects complémentaires, bien éloignés des conceptions romanistes¹⁶.

La jouissance ne doit pas être entendue comme une modalité de l'usage de la chose, qui doit être conçue comme une conséquence de sa situation de bien. Sous l'influence de Rousseau, un état de base de la société est postulé où toute chose doit profiter à la collectivité ; la jouissance s'inscrit en rupture avec ce communisme primitif, qui réside dans l'aptitude des choses en général à faire l'objet d'une appropriation privative. Selon la profonde formule de M. Zénati, « la propriété sort des entrailles de la communauté »¹⁷. Succédant à l'Ancien droit où la notion de bien juridique n'avait pas cours, le Code civil marquait ainsi les conséquences de son élaboration : si les biens

13. M. Villey, « Droit subjectif I. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 140, et spécial. p. 153.

14. V. la conception très orientée de B. Terrat, « Du régime de la propriété dans le Code civil », *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, Paris, 1904, p. 329.

15. Sur les conceptualisations de la propriété au XIX^e siècle, v. le très impressionnant travail de M. Xifaras, *Propriété et justice. Recherche sur les modes de conceptualisations de la propriété chez les commentateurs du Code Napoléon au XIX^e siècle*, th. Philo., Besançon, 2001 ; v. égal. M. Vidal, « La propriété dans l'école de l'exégèse en France », *Quaderni fiorentini* 1976-1977, p. 7.

16. Sur le renouvellement de la conception de la propriété, la référence essentielle est : Fr. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon 1981 ; l'expression de la thèse est plus accessible dans Fr. Zénati et Th. Revet, *Les biens*, 2^e éd., PUF, 1997, n^{os} 89 et s., p. 115. Sans oublier, auparavant, S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

17. Fr. Zénati, *Les biens*, 1^{re} éd., PUF, 1988, n^o 92, p. 106.

existent désormais en tant que totalités, c'est d'abord pour être objets d'appropriation. De cette aptitude sortent les prérogatives du propriétaire : parce qu'il soustrait la chose à une jouissance commune pour l'affecter à son seul profit, il est libre à son endroit. Faut-il décrire cette relation dans le détail ? Cela ne se pourrait pas, faute de parvenir à faire le tour des satisfactions qu'une personne tirerait idéalement d'une chose. Le contenu de la propriété est indescriptible, qui ouvre à son titulaire une véritable souveraineté sur la chose, en tant que telle soustraite à l'empire d'un droit qui se borne à la constater. Encore cette souveraineté n'est-elle pas pour autant toute puissance¹⁸ : le propriétaire a vocation à profiter de toutes les utilités disponibles de la chose, quoique des règles positives ou des conventions puissent les restreindre – ce qu'indique l'article 544, qui soumet ce droit de jouir et de disposer à la réserve d'un « usage prohibé par les lois et les règlements ». Ces possibles restrictions sont devenues la règle en matière immobilière¹⁹ ; pour autant, elles ne modifient pas l'empire de la propriété : la souveraineté est son principe, quoiqu'elle ne soit pas à tout moment actualisée par des pouvoirs absolus. D'où une réalité à double face, synthétisée par l'idée d'exclusivisme. Dans la relation à la chose, la propriété exclusive est presque de l'ordre du non-droit : elle est liberté absolue de faire ce que l'on veut d'une chose – pour autant que cela ne soit pas interdit –, au point que cette chose finisse par se dissoudre dans la personne du propriétaire, dont elle ne constitue bientôt plus que le prolongement. Dans la relation aux autres, la propriété est également exclusive au sens où le propriétaire peut exclure les tiers de la jouissance de sa chose, ce qui garantit juridiquement l'efficacité de sa propriété.

La propriété ne tient pas seulement à la jouissance : le droit de disposer est aussi évoqué par l'article 544, qui est le droit de modifier la structure juridique du bien. Le véritable « tête-à-tête » du propriétaire avec sa chose débouche sur une totale liberté dans les prérogatives matérielles, qui lui permet d'en modifier l'état ; mais pour pouvoir attenter à la structure juridique du bien, une habilitation est nécessaire. Tel est l'intérêt de la seconde précision de l'article 544 : le propriétaire ne borne pas ses pouvoirs à une jouis-

18. Marquis de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905.443.

19. Ce fut d'ailleurs, à partir du milieu du siècle dernier, une antienne de la doctrine de droit privé que de déplorer un abaissement constant du droit de propriété tout au long du XX^e siècle, qui se bornait en réalité à constater le dépérissement de l'immeuble : E. Agostini, « L'étiollement du droit de propriété en France (1804-1985) », in *Mélanges G. Flatten*, Lausanne, 1985, p. 3 ; J. Carbonnier, « Le droit de propriété depuis 1914 », *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 352 ; G. Morin, « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », *Études G. Ripert*, t. 2, p. 5 ; P. Ourliac, « Propriété et droit rural : l'évolution du droit français depuis 1945 », *Quaderni Fiorentini* 1976-1977.723 ; A. Rouast, « Problème de l'évolution du droit de propriété », *Travaux de l'Association Capitant* 1947, p. 110 ; Fr. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits* n° 1, p. 33 ; M. Vasseur, « L'évolution du droit de propriété », in *Divisia*, Dupin et Roy, *À la recherche du franc perdu*, annexe 1, p. 89.

sance égoïste, certes reconnue par le droit ; sa situation lui permet aussi de disposer de la chose, c'est-à-dire de l'insérer dans les relations commerciales pouvant aller jusqu'à perturber le rapport d'appartenance dont elle est le siège. Les prérogatives inhérentes à cette seconde caractéristique sont diffuses, qui s'égrènent tout au long du Code civil. On peut essayer de les rassembler, en élaborant du coup les critères qui permettent d'identifier la présence d'un bien. Le premier de ces pouvoirs du propriétaire, le plus traditionnel, tient à la possibilité de transférer la propriété du bien : dans la perspective ainsi développée, il ne s'agit pas de transmettre un introuvable droit subjectif, mais de faire cesser le rapport exclusif que la chose entretient avec le vendeur, pour qu'un autre renaisse au profit de l'acquéreur. La seconde prérogative inhérente à la disposition réside dans la possibilité de faire des remises temporaires de la chose à des tiers, par le biais de contrats impliquant une restitution : prêt, location ou dépôt, pour ne prendre que ces exemples. Il faut aller au-delà : on doit intégrer à l'empire de la propriété le droit de la démembrer, comme on le disait autrefois. En termes plus exacts, le démembrement n'est pas une scission à l'intérieur de la propriété, qui laisserait en présence de deux fragments désarticulés : elle consiste dans l'amputation temporaire de certaines des utilités du bien au détriment du propriétaire, mais au profit des titulaires de droits réels qui jouissent alors de la possibilité d'accéder directement à ces utilités. En aucun cas le droit réel – dont l'usufruit est l'exemple le plus complet, et le plus connu –, n'emporte de modification ou de diminution dans la situation juridique du propriétaire : s'il arrive alors qu'on qualifie celui-ci de nu, c'est pour illustrer le dépouillement intervenu dans ses prérogatives concrètes et non pour caractériser une propriété transformée. Enfin, on devrait ajouter à la liste de ces éléments identificateurs de la disposition la possibilité radicale de faire cesser volontairement l'appropriation de la chose, en renonçant tout uniment à la propriété : l'abandon. On doit apprécier avec exactitude cette prérogative, incontestable dans son principe quoique dangereuse dans son application aux choses corporelles. C'est pourquoi l'abandon de propriété existe, de façon encadrée : de principe pour les biens sans substance, il est réglementé pour les meubles par la voie du recyclage des déchets, et se révèle impossible pour les immeubles.

Les deux aspects complémentaires de l'article 544 ne constituent pas deux prérogatives qui se cumuleraient pour constituer la propriété, mais deux types différents d'identification. Par le biais de la jouissance, la propriété s'incarne d'abord dans l'exclusivisme, tant à l'endroit de la chose qu'au regard des tiers qui y prétendraient sans droit. Par l'intermédiaire de la disposition, la propriété ouvre à son titulaire des possibilités d'ordre juridique, dont les conséquences tiendront dans la circulation du bien et le partage de ses utilités : cession et abandon d'un côté ; remises temporaires et constitution de droits réels de l'autre.

10.— **L'encadrement de la propriété par les principes essentiels du Code.** La propriété de l'article 544 est en rupture avec ce que l'ancien droit avait connu dans la relation aux choses. En 1804, le reversement ne se limitait pas à de simples façons de voir : à la propriété ainsi élaborée, tout un chacun pourrait accéder au long du siècle. En multipliant ses objets par l'émancipation du domaine utile et la vente des biens du clergé, la Révolution avait préparé une ère de la petite propriété individuelle. Le Code civil l'avait parachevée par une série de ruptures, dont la cohérence individualiste et libérale est évidente. Ouverture du domaine de la propriété aux meubles et aux immeubles, soit à tous les biens possibles. Affirmation d'un fondamental principe de libre circulation des biens dans l'article 537, aux effets considérables : rompant avec le statisme de l'immeuble dans l'Ancien droit, il devait dynamiser les transmissions et accroître la facilité à devenir propriétaire. Adoption d'un principe de partage en nature des successions entre héritiers de rang égal, généralisant la propriété au fur et à mesure du renouvellement des générations. Choix, enfin, de la règle du consensualisme comme ressort de la vente et du transfert de propriété, évitant le formalisme paralysant qui avait longtemps eu cours en la matière. L'ensemble de ces transformations permettait à chaque personne d'être propriétaire ou de le devenir, fût-ce modestement, et mettait en application concrète les principes hérités de la Révolution. Par la multiplication inouïe de la richesse mobilière à laquelle elle conduira en quelques années, l'industrialisation achèvera de donner un contenu effectif aux possibilités ouvertes par l'article 544 du Code civil.

Néanmoins, le moins que l'on puisse dire est que le message des codificateurs ne fut pas entendu. Cet échec inaugural n'a pas encore été surmonté ; les inconvénients nombreux auxquels il a conduit demeurent présents dans nos conceptions. Par défaut tout d'abord, la propriété dut à ces lectures imparfaites de s'engager dans une voie restrictive, marquée par son étroitesse. Parce que la compréhension que l'on en avait était féodale, on la vit avant tout comme un droit portant sur des choses corporelles, et non comme la relation générale des personnes aux biens, fussent-ils immatériels. Ce qui introduisait de regrettables clivages dans le droit des biens, désormais incapable d'accueillir en son sein le développement des biens incorporels. C'est sur cette fermeture de la propriété à l'immatériel qu'il faut aujourd'hui revenir, en s'efforçant de la rétablir dans son essence inaltérée : indépendamment de son contenu effectif, la propriété n'est pas un droit mais le modèle de la relation aux biens, quelle qu'en soit la diversité ; partant, ce n'est qu'en revenant aux principes de 1804 qu'on pourra la restaurer dans sa dignité conceptuelle (A).

Un retour aux principes de 1804 présente aussi des inconvénients. La conception qui s'y établit était individuelle — individualiste même. Or le passage du temps a montré qu'elle n'était pas la mieux à même de s'appliquer au développement des sources de richesses nouvelles, constitutives de biens dont la valeur est trop importante pour tenir dans les patrimoines indi-

viduels. D'où l'intervention de la personnalité morale et le recours à la propriété collective, l'une et l'autre issues d'une même nécessité de dépasser l'étroitesse de ces patrimoines. Le besoin hier à l'œuvre dans cette double évolution des personnes et de la propriété s'analyse sans peine ; on en a plus en envisageant le résultat, moins facile à traiter. La propriété collective s'est toujours opposée à la logique individuelle de 1804, mais son développement s'impose aujourd'hui avec évidence. Toute entreprise de rénovation du droit des biens se voit donc contrainte d'en situer la juste place, dans le cadre de la propriété comme dans celui du droit des personnes (B).

11.—
11.—
11.—
11.—

A. — L'ESSENCE INALTÉRÉE DE LA PROPRIÉTÉ INDIVIDUELLE

11.— **La propriété : paradigme de la relation aux biens.** Sous l'empire du Code civil, la propriété est devenue le paradigme des relations entre personnes et biens²⁰. Ce terme de paradigme n'est pas employé à la légère : si tous les types de chose ne sont pas susceptibles d'être appropriés, c'est du moins par une constante référence à la propriété que leur mise en jeu sociale sera gouvernée. Cette surdétermination de la relation aux biens va jouer à la façon d'un modèle, allant jusqu'à soumettre à son empire des situations qui auraient eu quelques raisons d'y échapper.

11.— Du caractère central de cette notion, on peut donner de nombreux exemples. La propriété publique tout d'abord, qui est aux antipodes de l'appropriation, puisque de nature collective. Pothier le disait autrefois : « propre et commun sont deux choses contradictoires »²¹. Il sera néanmoins progressivement admis que la propriété publique relève de l'article 544, alors qu'elle est la propriété de tout un chacun dès lors qu'il est citoyen. Ce qui se fera au prix d'un détournement de la notion de propriété, déclarée *privée* pour marquer sa spécificité²². On peut faire des observations semblables avec la propriété des personnes morales : ce qu'il y avait de révolutionnaire dans l'article 544, qui permettait de considérer la propriété comme un droit de l'homme inscrit à l'article 17 de la Déclaration, c'était un affranchissement, une libération individuelle que rendait effectifs la notion de personne. En admettant la propriété des personnes morales, c'est-à-dire celle des groupements, on mit sur le même plan une propriété à finalité protectrice de l'individu et une propriété de type capitaliste, capable par sa puissance de reconstituer certains privilèges abolis.

11.— Dans ces deux cas, c'est par le relais de la notion de personne que la propriété de 1804 a pu être détournée ; dans d'autres hypothèses, on a essayé de

20. J.-M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

21. Pothier, *op. cit.*, n° 15, p. 107.

22. P. Delvolvé, « Droit de propriété et droit public », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 149.

considérer comme biens des objets qui auraient dû rester en dehors de la propriété. Ainsi du patronyme par exemple : en tant qu'institution de police, il n'était certainement pas un objet de nature privative, et en tout cas pas un bien cessible ; mais il fut parfois ainsi considéré parce que donnant lieu à une sorte d'acquisition par usage prolongé, qui l'identifiait aux immeubles. Ainsi encore de certains privilèges contractuels, tels les droits au renouvellement des baux, commercial ou rural, qui basculèrent au moins de façon nominale dans la sphère de la propriété en étant qualifiés de propriété commerciale ou agricole. On est bien là dans un fonctionnement paradigmatique, à considérer l'attraction de la notion de propriété sur ce qui devrait lui échapper.

12.— **Résistances à l'article 544 : la propriété intellectuelle.** Ce pouvoir d'attraction ne s'est trouvé en échec que devant les biens incorporels alors connus, inventions techniques ou œuvres esthétiques. Si la réglementation qui en a été proposée a été baptisée de propriété industrielle dans un cas, de propriété littéraire et artistique dans l'autre, les modes de protection mis en œuvre échappaient au droit commun. La multiplication alors rare des statuts spéciaux dissimulait la difficulté à admettre qu'un objet non corporel puisse être le siège d'une propriété, au plein sens du terme, quelles que soient par ailleurs les caractéristiques des droits du titulaire²³.

Plutôt que d'un refus de principe d'admettre la propriété des choses incorporelles, on peut former une hypothèse plus simple. Succédant au système des privilèges d'Ancien régime, l'établissement de modalités de réservation des travaux des auteurs et des inventeurs a pu apparaître sous le seul angle personnel : la volonté de protéger certaines catégories a masqué l'émergence de certains biens, qui n'en était pas perçue comme le corollaire. Les lois évoquées portent la trace d'une volonté de préservation des intérêts de gens longtemps spoliés des fruits de leur travail : les auteurs joués ou publiés sans redevance, les inventeurs aux idées copiées sans indemnisation. On n'a peut-être pas vu qu'en protégeant certaines personnes par le titre de propriétaire, c'étaient aussi certaines choses que l'on constituait en biens spécifiques : derrière l'auteur, l'œuvre devenue autonome ; et l'invention brevetée derrière l'inventeur. La preuve en est que ces diverses législations ne se sont jamais contentées, dans une perspective inspirée de Locke, de garantir à chacun le droit aux bénéfices de son travail : indirectement, c'était aussi un statut des choses incorporelles qui était établi, leur permettant de circuler après rupture du lien avec celui qui les avait engendrées. Dans tous ces domaines, c'est sous l'angle des pouvoirs du propriétaire que la situation a été réglementée, quand l'objet de cette propriété demeurait dans une ombre peu propice à la systématisation intellectuelle.

Il ne serait pas convenable de traiter par l'ironie ce manque d'audace. C'était déjà un beau résultat que de mettre sur pied une législation protec-

23. Sur les liens entre les propriétés intellectuelles *in nucleo* et la propriété de l'article 544, v. Xifaras, *op. cit.*, pp. 461 et s.

trice des auteurs d'œuvres intellectuelles, reposant implicitement sur l'idée de propriété. Conformément au fonctionnement épistémologique du droit, il revenait ensuite aux auteurs de faire apparaître les arêtes vives de conceptions qui n'avaient pas été explicitées : de mettre en évidence l'objet particulier dont cette législation constituait la propriété, et d'adapter en retour les modalités de la propriété de manière à ce qu'elle fasse leur place à ces singuliers objets. Ce qui n'allait pas de soi : les choses incorporelles sont d'autant plus dissimulées aux yeux des juristes qu'elles ne jouent qu'un rôle mineur dans leur tradition. Grand inspirateur du droit français émergent de la codification, le droit romain — tel que reconstitué par les compilations de Justinien —, n'avait pas fait grand cas de l'existence de ces biens ; et l'Ancien droit pas davantage. Il aurait donc fallu faire l'audacieuse théorie d'une pratique législative neuve, ce qui allait d'autant moins de soi qu'après tout, elle n'est pas faite deux siècles après...

13.— **Résistances à l'article 544 : la propriété des droits.** La fermeture de la propriété aux biens incorporels partait de plus loin : si l'on pouvait hésiter sur les jeunes propriétés intellectuelles, il n'y avait aucune raison que les juristes se sentent mal à l'aise avec les vénérables droits patrimoniaux, qui étaient depuis longtemps leur pain quotidien. Les droits sont-ils des biens, en tant que tels soumis à la propriété ? Peuvent-ils en être, alors qu'ils sont incorporels et que la propriété était réputée s'être donnée pour seule carrière la corporéité des choses ? Et comment pourraient-ils l'être, dès lors que l'on analyse la propriété elle-même comme un droit réel, archétype de toute réalité ? L'ensemble de ces incertitudes a conduit la doctrine à dresser une cloison étanche entre les droits — qu'ils soient réels ou personnels —, et les biens. D'où l'intervention d'une *doxa* inexprimée : les droits ne sont pas des biens ; ils ne font l'objet d'aucune appropriation, mais d'une simple titularité ; la branche du droit qui les concerne en propre, le droit des obligations, est tout autre chose que le droit des biens et n'entretient aucune problématique commune avec lui.

Cette idée est aujourd'hui tellement ancrée qu'il ne sera pas facile de la révoquer ; et ce sera du reste d'autant plus ardu qu'elle résulte d'une construction intellectuelle, qui a pris ses distances à l'égard du Code — de sa lettre comme de son esprit. Il n'y a en effet aucun doute que les droits figurent parmi les biens, tels que le Code civil se les représentait. L'article 526 réunit expressément à la catégorie immobilière trois choses incorporelles : l'usufruit des immeubles, les servitudes et les actions en revendication immobilière, soit des droits réels ou assimilés. Quant à l'article 529, il tient pour meubles les créances, les titres, et les rentes, soit d'incertaines droits personnels. Ces deux articles démontrent sans l'ombre d'un doute qu'en 1804, la sphère des biens s'étendait à toutes les choses, corporelles comme incorporelles, et que les droits en faisaient partie intégrante.

Rien d'étonnant à cela. Pour peu qu'on les examine sans préjugé, les droits apparaissent comme des objets très ordinaires de propriété. Pour s'en

persuader, il convient d'abord de surmonter leur apparente hétérogénéité : personnels ou réels, ils sont taillés sur un même patron. Ils mettent en présence un créancier et un débiteur – soit un sujet actif, qui peut exiger quelque chose, et un sujet passif qui répond de cette exigence –, reliés par un objet : ce à quoi l'un peut prétendre à l'égard de l'autre. À partir de cette commune matrice, les différences sont de deux ordres. D'une part, l'objet d'un droit réel est nécessairement une certaine utilité d'une chose, de quelque façon qu'on l'isole : elle peut être prélevée dans la matérialité de la chose – tels la superficie ou le tréfonds –, dans les droits sur lesquels elle débouche – ainsi du *fructus*, droit de tirer les revenus produits par un bien –, ou même dans la mise en jeu sociale du bien : ainsi de la valeur vénale, mobilisée par le titulaire d'une sûreté réelle, constitutive d'un droit réel accessoire. D'autre part, le sujet passif du droit réel est toujours le propriétaire de la chose dont l'utilité est concédée au bénéficiaire du droit ; ce qui ne signifie pas seulement qu'il faut être propriétaire pour concéder un droit réel, mais surtout qu'il grève ses prérogatives en sa qualité de propriétaire – et qu'il le fera donc identiquement de toute personne qui le deviendra à sa suite. Une fois établie la communauté des deux types de droits patrimoniaux, il ne reste plus qu'à constater que le créancier, véritable propriétaire du droit, peut tout à la fois en jouir et en disposer. La jouissance réside dans l'exercice du droit contre le débiteur : injonction de payer sa dette personnelle, ou de subir les empiétements d'un droit réel. Par ailleurs, en tant que propriétaire, le créancier disposera de toutes les prérogatives qui se résument dans l'idée de disposition. Il pourra librement céder sa créance ou son droit réel, pour peu qu'un certain nombre de règles soient respectées. De la même façon, il pourra les prêter ou les louer à temps, encore que ces contrats précaires soient plus rares, faute d'utilité sans doute ; on les retrouve néanmoins dans certaines figures réglementées, par exemple le prêt ou le dépôt de titres. À l'évidence, le propriétaire de droits pourra les démembrer : il y a des usufruits ou des gages sur créance, de même que des usufruits ou des hypothèques sur l'usufruit lui-même ; la preuve est ainsi rapportée que le démembrement d'un droit est possible, quand bien même il serait personnel. Parce qu'ils sont incorporels, les droits peuvent être abandonnés facilement : cela peut se faire par une remise de dette en matière de droit personnel, qui présente la singularité apparente d'être de nature conventionnelle, ou une renonciation du titulaire en matière de droit réel – bien distincte de ce que l'on nomme l'abandon libératoire, ou le déguerpiement.

Présente à l'état latent dans l'organisation du Code civil, cette propriété des droits n'a été conceptualisée que dans les années 60²⁴ ; le moins que l'on puisse dire est qu'elle n'est pas encore acceptée de la plupart des auteurs.

24. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

14. – **Pour un retour aux sources de la propriété.** Il n'est que temps de rendre à la propriété tout ce qui lui revient, en sortant d'une vision romainiste qui, depuis deux siècles, n'est plus de saison. En tant que relation de principe entre les personnes et les biens, la propriété est apte à saisir les obligations comme les œuvres de l'esprit²⁵. À condition de ne pas tomber dans l'erreur fréquente qui consiste à assigner un régime fixe, prédéterminé, aux effets de cette propriété : on l'a dit, le droit des biens que nous connaissons est un droit immobilier ; revenir à une conception radicale de la propriété, c'est aussi sortir de la tyrannie de l'immeuble. Parce que la propriété est avant tout un cadre de référence, elle peut gouverner les relations aux biens les plus divers ; parce que ses objets diffèrent entre eux, le régime juridique de la propriété variera pour s'adapter spécifiquement à chacun d'eux. La reconnaissance d'une propriété des créances n'entraîne pas plus l'abolition du régime des obligations, que celle des œuvres de l'esprit ne marque l'abrogation du Code de la propriété intellectuelle. Toute considération de régime juridique mise à part, ces reconnaissances se borneront à confronter le droit civil à des réalités qu'il dissimule actuellement derrière des apparences plus que discutables.

En devenant ce qu'elle est par essence, la propriété permettra au droit des biens de sortir de la caverne pour affronter le plein soleil : celui des conceptions qui éclairent depuis deux siècles la relation des personnes aux biens.

B. – LES DÉVELOPPEMENTS DE LA PROPRIÉTÉ COLLECTIVE

15. – **Refolement de principe des propriétés collectives.** La propriété collective a fait l'objet d'un étonnant refolement en 1804. Ayant exalté la propriété individuelle qu'il mettait au cœur de son dispositif, le Code civil n'accordait plus aucune place, presque par contrecoup, aux formes de propriété susceptibles d'investir simultanément plusieurs individus de la maîtrise d'une chose. Les raisons de ce refolement ne se laissent pas deviner avec facilité, dès lors que les arguments de façade sont écartés. Dans ces appréhensions collectives de biens, il y avait certes de quoi raviver certains souvenirs de l'Ancien droit, notamment sur le plan foncier. Copropriétés familiales ou solidarités villageoises, ces formes se conciliaient pour asservir l'individu à la collectivité, ce qui était l'apanage du droit pré-révolutionnaire. Plus grave encore, ces formes d'appréhension des biens faisaient le lien avec les organisations foncières les plus primitives, ce communisme originel auquel la raison philosophique faisait remonter la société. Or la propriété individuelle était une notion moderne, consubstantielle à la notion de personne : il n'est presque aucune proclamation des droits de l'Homme ou

25. Fr. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993.305.

du citoyen qui n'ait fait une place notable à la propriété; c'est manifeste pour celle de 1789, dont l'article 2 place la propriété au cœur même des raisons d'être de toute société – « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » –, disposition que l'article 17 vient *in fine* actualiser avec éclat : « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé... ». Et le succès de cette propriété, exaltante pour l'individu, devait se payer de l'abolition des propriétés collectives, quelque nécessaires qu'elles fussent encore au maintien d'un certain nombre de structures rurales.

Encore le terme d'abolition est-il inexact : il suggère une suppression qui ne correspond pas à la démarche du Code. Loin d'avoir interdit quoi que ce soit, les rédacteurs se sont contentés de régler le sort de la propriété collective par prétérition. En évitant d'en consacrer ou même d'en reconnaître l'existence, ils la faisaient disparaître dans les limbes du non-dit, du non-droit, d'où ils souhaitaient peut-être qu'elle ne sorte jamais²⁶.

16.– **Dissimulation des propriétés collectives maintenues.** Ce programme butait néanmoins sur la résistance de la réalité, c'est-à-dire sur le maintien d'un certain nombre de formes juridiques qu'il n'était pas facile d'escamoter. Parce que la propriété collective était inévitable dans un certain nombre de ses modalités, elle devait malgré tout être tolérée. Fallait-il l'avouer? Le Code fit le choix de la dissimuler quand il ne pouvait la nier; et de la refouler aussitôt qu'elle aurait cessé de produire ses effets.

Ce que l'on nomme ici la dissimulation, ce sont un certain nombre d'habillages de la propriété collective qui permettent de ne pas la qualifier comme telle, et d'autant moins que ses manifestations en seront dispersées au hasard du Code civil. Le meilleur exemple de dissimulation se retrouve dans le contrat de société, présenté avec les autres contrats nommés sans rien qui le relie à la question de la propriété. Certes, à l'article 1832 ancien, sa définition attirait l'attention sur le fait qu'il s'agissait de « mettre quelque chose en commun », ce que l'article suivant explicitait en précisant que ce pouvait être de l'argent ou d'autres biens, ou encore une industrie; et l'article 1837 mettait mieux encore en cause la présence d'une propriété collective, en organisant la *société de tous biens présents* par laquelle les parties rendaient communs tous les meubles et immeubles qu'elles possédaient. Cette

26. V. les difficultés de définition que rencontre le marquis de Vareilles-Sommières, « De la copropriété », *Rev. crit. leg. jrsp.* 1907.530. Lors du centenaire du Code, un gros effort fut fait pour rénover la propriété collective, mais sans lendemain : L. Josserand, « Essai sur la propriété collective », *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, Paris 1904, p. 370. Plus près de nous, la définition est plus facile à donner, sans que l'analyse juridique soit plus convaincante : A. Ionasco, « La nature juridique de la copropriété », in *Mélanges Michel de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 21. Encore faut-il distinguer la propriété collective d'autres situations qui ne lui ressemblent guère : R. Nerson, « Observations sur quelques espèces particulières d'indivision », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 707.

collectivisation des biens n'était pas mise en avant, les apports réalisés étant asservis à un objectif commun. Dans l'esprit du Code, la société a en effet pour objet de faire ensemble, bien davantage qu'elle ne vise à un exercice collectif de la propriété; si elle le permet parfois, c'est à la façon d'un moyen et non d'une fin. Au surplus, l'accès à la personnalité morale deviendra un moyen d'étouffer le scandale de la propriété collective, surtout quand la société n'aura été créée que dans le but de mobiliser un patrimoine d'un montant tel qu'il excède les possibilités individuelles. Mais quand les sociétés n'auront pas la personnalité morale, ou une personnalité tellement instrumentaire qu'elle en devient transparente?

Cette propriété collective que permet le contrat de société – malgré que les rédacteurs du Code en aient eu –, on la retrouve à l'échelon domestique avec la communauté conjugale²⁷. Il n'entre pas dans nos intentions de reprendre le vieux débat toujours ouvert concernant sa personnalité : il est probable qu'on ne puisse pas y mettre un point final, et d'autant moins qu'on gagnerait à le reformuler dans le cadre d'ensemble de la propriété collective. À considérer la communauté, il apparaît qu'elle est une forme de copropriété qui ne dit pas son nom : il suffit de lire les articles qui évoquent sa composition pour saisir qu'elle n'est qu'un moyen d'approprier à deux les biens essentiels à la famille. Où le non-dit apparaît d'ailleurs le plus manifestement, puisque le Code s'est bien gardé d'explicitier les conséquences de cet état sur le terrain de la nature juridique des biens communs. Approprier à deux, cela ne signifie pas que chaque époux soit considéré comme titulaire de la moitié de la masse commune, mais plutôt que l'un et l'autre sont ensemble propriétaires de la totalité des biens, quoique la gestion puisse être réservée à l'un d'entre eux. S'il a composé des masses, le Code s'est refusé à décrire leur insertion dans les patrimoines individuels, laissant cette difficulté aux siècles suivants qui buteront sur la singularité de la communauté – cette organisation prétendument coutumière des biens, dont les principes du droit civil seraient en conséquence incapables de rendre compte²⁸.

Cette propriété collective s'est encore manifestée dans les structures foncières : l'héritage du passé ne pouvait se dissiper d'un seul coup, et le Code a conservé certaines formes qu'il ne pouvait ni faire disparaître, ni travestir²⁹. On peut ainsi évoquer la mitoyenneté des murs ou des fossés, qui est pré-

27. V. l'analyse la plus approfondie de la communauté, replacée dans le cadre général des régimes matrimoniaux et des propriétés collectives, dans la thèse de : J. Carbonnier, *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, th. Bordeaux 1932; v. aussi Ed. Meynial, « Le caractère juridique de la communauté entre époux », *RTD civ.* 1903.811.

28. M. Planiol et G. Ripert, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, t. 1, par J. Boulanger, n° 155-1, p. 323.

29. Le travestissement apparaît nettement dans le cadre des anciennes saisines villageoises, qui n'étaient pas véritablement des propriétés communes, mais plutôt des modes d'exercice en commun de certaines prérogatives réelles. On les retrouvera presque toutes recyclées en

sentée au titre des servitudes. Le principe n'en est pas exposé contrairement aux règles de gestion, particulièrement explicites. C'est presque par hasard que l'on apprend qu'un mur mitoyen fait l'objet d'une copropriété, ce qui induit l'existence d'une propriété collective qui ne dit pas son nom. Et l'on peut faire la même observation pour l'ancienne copropriété des immeubles, également présentée dans le cadre des servitudes. Aux termes de l'article 664, « lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite ». Le Code n'a pas recours à l'idée de partie commune, qui suggérerait par trop la propriété collective ; et là même où cela s'imposerait, pour le toit et les murs porteurs, on ne songe pas à évoquer le caractère collectif de l'appropriation alors même qu'on en applique le régime par le biais d'une contribution proportionnelle aux dépenses d'entretien.

La dissimulation s'opère ainsi presque partout de la même façon : contrairement à sa manière analytique, le Code civil laisse la nature des biens collectifs dans l'ombre, et se contente de préciser que le régime juri-

droits réels innommés, vivant une vie quasi clandestine à l'abri des usages ruraux ou campagnards. On constate ainsi une kyrielle de petits droits réels locaux, dont le maintien s'est poursuivi au long du XIX^e siècle, et qui se constatent parfois aujourd'hui encore. Droits d'évotage et d'assec des étangs ou marais, permettant d'alterner les droits sur des surfaces qui sont en eau quelques années, puis vidées pour une période de temps (v. récemment : L. du 3 janvier 1967, organisant la suppression de ces droits ; et CE, 9 novembre 1977, *JCP* 79, éd. N, prat., n° 7223, n° 13, p. 393). Droit aux secondes herbes, qui, dans certaines pâtures, permet à un premier propriétaire de troupeau de le faire paître une partie de l'année, après quoi il doit retirer ses bêtes au profit d'un second propriétaire de troupeau, au moment où viennent les secondes herbes (v. récemment *Civ.* 3^e, 25 mars 1992, *Rev. dr. immob.* 1992.177, obs. J.-L. Bergel, *D.* 1993.65, note E. Sallé de la Marnière). Droit de bandite dans la région de Nice, permettant le pâturage de bêtes pendant l'hiver, notamment dans les bois communaux (D. Perney, *Une institution originale : les droits de bandite*, Trav. de la faculté de Nice, juin 1978). Droit de dépaiissance ou de vaine pâture, permettant aux propriétaires de troupeaux d'envoyer leurs animaux paître sur les champs communaux entre la récolte et l'ensemencement. Droit de Tréjet, permettant, en plaine de Vilaine, la jouissance alternée et périodique des parcelles après inondation, par roulement entre les propriétaires des parcelles (R. Lenoan, « La coutume du Tréjet en prairie de Vilaine », *Études H. Capitant*, p. 441). Droit d'usage sur les sources, utilisé par exemple pour en partager l'utilisation entre divers utilisateurs (Req. 25 octobre 1886, S. 1887.1.373, qui aurait pu servir de modèle à ce que l'on a nommé la multi-propriété, c'est à dire la jouissance à temps partagé d'un bien immobilier pendant certaines saisons). Droits de pêche sur un étang ou un lac, réservés à titre de droit réel à certaines personnes (v. par ex : *Civ.* 3^e, 18 juillet 1973, *JCP* 1974.II.17672, note G. Goubeaux). Sans oublier les droits forestiers, encore très actuels, puisque prévus par le Code forestier aux articles L. 138-1 et suivants.

dique impose des contributions communes, qui ne sont pas autrement justifiées.

17. — **Évidence de certaines propriétés collectives.** Il arrive aussi que l'on ne puisse pas dissimuler la propriété collective, parce que sa présence est inévitable. Il en va ainsi dans la dévolution des biens d'une personne après son décès : sauf à passer d'un système de succession à la personne à un système de succession aux biens, on ne peut éviter que le patrimoine du défunt soit appréhendé par la cohérite, en attendant qu'elle se défasse pour ouvrir la voie à des appropriations individuelles. On peut faire la même observation à propos de la dissolution de la communauté ou de la société : une forme de propriété collective, à finalité à tout le moins technique, est instituée en attendant le partage qui y mettra fin. Si l'on peut tenter de prévenir l'achat en commun, c'est-à-dire l'entrée volontaire en indivision, on peut difficilement éviter que le dénouement de certaines institutions n'en passe par là. Le Code a donc été contraint d'admettre une propriété collective, au moins à l'état latent ; encore s'est-il aussitôt empressé de la gommer, de l'évincer par deux méthodes convergentes : d'abord, en faisant en sorte que ce passage soit instable et précaire ; ensuite, en effaçant derrière elle les traces de l'indivision, sitôt qu'elle a disparue³⁰.

La précarité de l'indivision procède du seul article qui la concernait en propre, abstraction faite du phénomène successoral, l'article 815 ancien. Dans sa rédaction originale, il disposait : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ; et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires ». On comprend bien le rôle stratégique que cette pièce était amenée à jouer dans le dispositif d'éviction de la propriété collective. En l'absence de toute règle d'organisation particulière, la technique de l'unanimité était destinée à dominer l'indivision : les cohéritiers doivent être d'accord sur chaque décision à tout moment de leur vie commune, sauf à voir l'indivision voler en éclats à l'initiative d'un seul mécontent. L'indivision ne survit ainsi qu'à la condition d'être unifiée, et que la disparité des personnes s'efface derrière l'unité d'un comportement commun. Qui renforce d'ailleurs la mise à l'écart de l'indivision, en anticipant sur l'idée de personnalité reconstituée à l'abri de cette volonté unitaire.

L'indivision n'est pas un état stable, puisque le premier désaccord la met en péril. Cela ne suffisait pas encore aux rédacteurs du Code civil : son effacement est parfait grâce à la nature juridique de l'opération qui permet d'en sortir, le partage. Aux termes de l'article 883 : « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets

³⁰. Sur le régime de l'indivision avant la loi de 1976, v. Fr. Delhay, *La nature juridique de l'indivision*, préf. J. Patarin, LGDJ, 1968.

de la succession ». Et la jurisprudence décidera vite que ce partage est de nature déclarative, et non translatif³¹. Il suit de là qu'à travers l'opération, la propriété individuelle n'est pas reconstituée par des transferts mutuels de parts entre indivisaires : le propriétaire d'une chose n'est jamais l'ayant droit d'autres indivisaires. Le partage étant de nature déclarative, l'opération révèle des propriétés privatives réputées nées un instant de raison avant l'entrée en indivision : elles ont directement succédé à la propriété privée de l'auteur commun, sans solution de continuité. Tout se passe comme si la présence de l'indivision était rétroactivement effacée : on est passé d'une propriété privative à une autre, sans médiation d'aucune sorte par une phase collective – qui eût été une tache sur le dispositif de l'article 544.

18.– Renaissance de la propriété collective : l'indivision. Combattue dans son principe, dissimulée dans ses manifestations rémanentes, évincée toutes les fois qu'elle accède malgré tout à une existence apparente, la propriété collective est mal aimée du Code civil. Ne faudrait-il pas aujourd'hui revenir sur cette ancienne proscription ?

À l'évidence, le droit français a fait un pas déterminant en ce sens, avec la loi du 31 décembre 1976, qui contient une véritable théorie de l'indivision. Certes, la copropriété des immeubles bâtis l'avait précédée, la loi du 28 juin 1938 ayant été remplacée par celle du 10 juillet 1965. Cette organisation s'est toujours efforcée de dissimuler le phénomène collectif derrière les principes individuels, de telle manière que les lois ne peuvent passer pour avoir franchement acclimaté la propriété collective au droit français. Telle fut la mission historique de la réforme de 1976, qui s'appuie sur deux grands principes. D'une part, l'abolition de toute trace de défaveur : la propriété collective a prouvé qu'elle ne mettait pas en péril le système individualiste du Code, et démontré qu'elle était nécessaire à la satisfaction d'un certain nombre de besoins sociaux³². Utilisée comme moyen de faire ensemble des choses dépassant les moyens de l'individu – copropriété de bateaux, de maisons de vacances, de chevaux –, elle est aussi une pièce essentielle à la protection du conjoint survivant, les enfants convenant souvent de demeurer dans l'indivision tant qu'il survit. Les indivisions se pérennisant, s'institutionnalisant parfois, il fallait s'en accommoder : ce fut le rôle d'une réforme qui marquait la fin d'une conception restrictive – à la vérité déjà quelque peu abolie dans les décisions de justice. Mieux encore, la loi ne s'est pas contentée de subir l'indivision ; elle l'a aussi acceptée par une réglemen-

31. A. Wahl, « Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage », *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, Paris, 1904, p. 443 ; de façon moins profonde, v. J. Vincent, « Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage », *Reu. crit. leg. jrsp.* 1932.284.

32. V. l'article hélas inachevé de P. Catala, « L'indivision », *Rép. Defrénois* 1979.3 et s., pour l'introduction où figure une remarquable théorie de la propriété collective, suivie d'une explicitation impressionnante des intentions du législateur.

tation spéciale, qui permet à ceux qui en font le choix de disposer d'un modèle opératoire et efficace d'indivision conventionnelle. Signe d'appartenance, cette réglementation fut insérée dans le Code juste après celle des sociétés, aux articles 1873-1 et suivants – ce qui explicite la conception sociétaire qui l'anime en réalité.

Sur le plan de l'organisation, l'indivision est prise en tension entre une conception individualiste qui exalte les droits de chaque indivisaire, et une conception collective qui la rapproche de la société³³. Faute d'une théorie de la propriété collective, l'indivision continue d'être régie par le principe de l'unanimité, survivance de 1804 ; quoique les indivisaires puissent choisir un mode de gestion souple et plus dynamique, grâce à la nomination d'un gérant. Intervient dès lors un véritable intérêt commun, que l'on gagne peut-être à envisager comme collectif : l'*affectio communio*, qui transforme la conception traditionnelle de l'indivision. Certes, l'individualisme ressurgit dans les droits des indivisaires sur leur quote-part, qui confinent à un véritable droit de propriété – sur un objet dont on ne saurait prétendre qu'il est un bien. Telle est bien l'ambiguïté fondamentale de l'indivision, qui est tout ensemble une société sans personnalité, et un agrégat de propriétés individuelles portant sur des quotes-parts – ce qui aboutit à pulvériser le bien.

19.– Pour une reconnaissance de principe des propriétés collectives. N'est-il pas temps d'aller plus loin, en admettant la notion même de propriété collective et en reconnaissant que si l'indivision est une espèce de la propriété collective, le genre est plus vaste et mérite enfin d'être reconnu³⁴. On peut être d'autant plus tenté par cette extension que l'on observe la multiplication des propriétés collectives progressivement apparues ou montées en puissance : jeu de la clause d'accroissement – hélas aujourd'hui entravée par la fiscalité –, œuvres de collaboration, fonds communs de créances ou de placements, sociétés de gestion de droits d'auteur...

Quels sont les traits communs à cette étrange famille, d'autant moins consciente d'elle-même que les membres en sont dispersés ? Ce qu'il y a d'invariant dans chacune de ses actualisations, c'est l'existence d'un cumul de prérogatives identiques portant sur un même bien – qui du coup se trouve en totalité soumis à plusieurs maîtres. Comme il est d'usage en matière de propriété, le portrait n'est pas le même selon que l'on considère le bien commun en soi, ou qu'on l'appréhende du point de vue des droits des copropriétaires. Ce qui caractérise le bien approprié, c'est qu'il tend spontanément vers le patrimoine d'affectation. Sans que cela soit jamais bien explicité, le bien commun est presque toujours soustrait au pouvoir direct des créanciers

33. J. Patarin, « La double face du régime juridique de l'indivision », in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 331.

34. C. Duvert, « La propriété collective », *Les Petites Affiches*, 6 mai 2002, p. 4.

de chaque propriétaire : en résulte une situation étrange, où, de façon abstraite, le bien figure en totalité dans chacun des patrimoines des copropriétaires, sans résider dans aucun au regard des voies d'exécution. Cette affectation patrimoniale fonctionne comme une sorte de substitut à une introuvable personne, qui s'approprierait le bien en le soustrayant à chaque patrimoine individuel – et donc au pouvoir des créanciers –, en même temps qu'elle reconstituerait partiellement l'économie de l'article 544. Exclusive à l'égard des tiers, cette propriété ne l'est pas dans les relations entre copropriétaires qui jouissent et disposent collectivement de la chose. Chacun d'eux étant propriétaire de l'ensemble, il a droit au tout; mais par là même, les prérogatives individuelles exercent une pression mutuelle qui rend introuvable l'exclusivisme traditionnellement entendu. Encore faut-il appréhender plus finement ces droits individuels.

Si l'effet de patrimoine d'affectation constitue une sorte d'air de famille, les droits des copropriétaires présentent des traits distincts selon les situations, qui ne sont pas faciles à décrire de façon globale. Il en va d'abord ainsi parce que la vocation des copropriétaires est variable selon les hypothèses : elle peut être limitée par une quote-part, ou s'étendre au contraire à l'intégralité des biens collectifs. L'indivision ou la société *in bonis* débouchent sur une répartition des droits cantonnée à une part mathématique; d'autres modalités manifestent un véritable droit au tout, par le truchement d'une notion romaine que le droit civil n'a pas recueillie comme telle, mais qu'il fait jouer à l'occasion : l'accroissement. Ce droit au tout s'exprime parfois spontanément, comme dans la clause de tontine qui ne vise qu'à l'obtention originaire de la totalité de la propriété du bien par le copropriétaire survivant, comme s'il l'avait toujours eue. Il n'est d'autres fois qu'une option dans la vie de l'institution : ainsi dans la communauté, qui peut être attribuée au survivant sans qu'intervienne de mutation, ou dans la mitoyenneté qui peut être abandonnée à l'un des copropriétaires par l'autre, à condition qu'il accepte d'entretenir la chose. Il reste qu'à l'état résiduel, le mécanisme de l'accroissement est toujours présent : parce que chacun est propriétaire de l'ensemble, toute défaillance dans les droits d'un propriétaire diminue le nombre de maîtres de la chose, et augmente par là même les droits abstraits que chacun détient sur elle.

Les propriétaires collectifs n'ont pas la même vocation : s'il arrive qu'ils puissent recueillir l'ensemble du bien, il se peut aussi qu'ils soient tenus dans les strictes limites d'une portion prédéfinie, comme en matière de part sociale. Ce qui ne fait que mettre l'accent sur la singularité de la quote-part : sur une échelle, on pourrait en faire varier la rigidité en partant de la société – dans laquelle elle constitue une assignation préfixe de droits –, pour aller jusqu'à la tontine, où elle ne joue qu'un rôle provisoire, ne servant guère qu'à la ventilation des charges d'entretien de la chose. Sur cette échelle, la situation de la communauté et de l'indivision sera plus difficile à préciser : celle-ci est plus proche de la société, où l'accroissement ne joue qu'en cas de

perte des droits d'un indivisaire; celle-là est plus proche de la tontine, car l'attribution intégrale de la communauté sans mutation constatée est un élément fondamental de son régime, fort important hier mais qui survit aujourd'hui.

C'est donc dans la quote-part, dans le rôle qu'on lui fait jouer, que se trouve la clef de la compréhension intime de la propriété collective : sous toutes ses formes, elle a besoin d'une quote-part qui représente les droits individuels, au moins par projection; encore celle-ci n'est-elle pas la même chose selon les situations, qui oscille entre une conception réifiée qui la constitue comme bien, et une autre plus fluctuante où elle n'est que l'ombre portée de droits abstraits. Cette plasticité de la notion ne doit pas être réduite par une rationalisation hâtive, qui consacrerait implicitement la personnalité fugace des propriétaires. Certes, c'est là une tentation à laquelle aucune des lois votées n'a échappé, celle de 1976 pas plus que les réglementations de la copropriété des immeubles bâtis. Mais la personnalité est la négation de la propriété collective : sauf à y objecter, il ne faut pas l'organiser de façon rigide; mais laisser le plus de flexibilité à l'idée de quote-part, clef de la diversité de ces propriétés.

20. – La propriété collective : une analyse juridique nécessairement délicate. À l'état latent, les linéaments d'un régime de la propriété collective sont présents dans le droit français. Faut-il qu'une codification en élève le principe à la dignité des concepts? Jusqu'à présent, notre droit a fait contre mauvaise fortune bon cœur; il importe aujourd'hui de reconnaître un procédé que l'on ne refoulera plus. Pour autant, on ne saurait se masquer les très réelles ambivalences de la construction théorique de cette forme collective de la propriété. Faut-il faire exister les propriétés collectives en les réglementant mieux qu'elles ne le sont aujourd'hui, ou les subsumer sous l'idée de personne, en les organisant sur le modèle de la société? L'un et l'autre partis présentent des avantages. La sagesse est plutôt, dans le cadre d'une éventuelle recodification, de les examiner tous deux de manière à mieux saisir les besoins à l'œuvre. De toutes façons, la propriété collective ne peut entretenir que des relations difficiles avec la propriété privée et la personnalité, parce qu'elle joue sur ce double clavier : au XXI^e siècle d'inventer une synthèse qui lui permette d'assumer la part qui lui revient dans l'évolution des propriétés, sans pour autant mettre en danger les concepts du droit civil.

II. – LA COMPLEXITÉ DE LA QUESTION DES BIENS

21. – Définition des biens. Le Code civil avait traité de la classification des biens avant d'évoquer la propriété et les droits réels. Sur le plan conceptuel, la démarche s'inverse car la diversité des biens doit être envisagée dans la dépendance de la propriété.

Comment définir les biens ? Historiquement, comme le second pilier porteur de l'ordre juridique privé, le premier étant la notion de personne, Anthropologiquement, par leur extériorité radicale aux personnes³⁵ : les personnes ne sont pas des biens ; mieux, c'est par rapport à elles que les biens peuvent se définir. Ils sont faits de tous les objets dont elles peuvent licitement avoir le désir. Ainsi appréhendés, ils sont en nombre presque illimité, et aucune liste ne saurait en être dressée. Ils émergent à la conscience du droit au gré de la diversité des désirs individuels ; ils ne sont reconnus comme biens qu'à l'instant où il est admis que ces derniers peuvent être assouvis. À la subjectivité de la notion de personne répond le caractère objectif de celle de biens ; le lien tendu entre les deux n'est autre que la propriété, relation privilégiée par laquelle les individus assouvisent juridiquement leurs désirs.

Si les biens procèdent de désirs individuels, ils ne sont pas réductibles aux choses désirées. Celles-ci forment une réalité brute, ordinairement matérielle, qui relève du monde sensible. En raison de cette évidence, ces choses ne participent pas au monde du droit qui est un ensemble construit, et non pas naturel. Elles y accèdent par le truchement de l'article 544, c'est-à-dire qu'elles ne deviennent des biens qu'à condition d'être susceptibles d'appropriation, et d'une circulation de type juridique. C'est alors que se produit la transmutation de la chose : d'objet sensible elle devient bien, ce terme désignant la saisie de la chose par le droit, aboutissant à un élément juridique indifférencié constitutif du système des échanges patrimoniaux. Si les biens sont parfois pensés comme l'ombre portée des objets réels sur le système juridique, il ne faut pas se méprendre sur leur situation : autant les choses sont du côté du monde réel, autant les biens sont du côté du droit.

22.— **Relations dialectiques entre biens et choses.** Encore cette distinction tranchée est-elle excessive : toute la dynamique de la notion tient à ce que le bien ne cesse jamais d'entretenir des liens étroits et complexes avec les choses sous-jacentes. On connaît la célèbre formule du doyen Carbonnier : « le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction »³⁶ ; force est de constater qu'ils rejettent souvent ce capuchon pour imposer au droit la nature de la chose qui leur sert de substrat. On n'en prendra qu'un exemple élémentaire, celui de la classification des biens. À l'évidence, c'est tel bâtiment qui est corporel, et immeuble : les caractéristiques sont celles de la chose. Quant au bien, créature juridique par excellence, en tant que telle dépourvue de toute matérialité, il ne saurait être concerné par elles. En classant les biens, ce sont les choses que l'on cerne en réalité.

35. Pour la constitution de cette limitation, v. Y. Thomas, « *Res, chose et patrimoine* (note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *Archives de philosophie du droit*, 1980. 413.

36. J. Carbonnier, *Les biens*, précité, n° 45, p. 80.

Des précautions de méthode sont donc essentielles à l'instant d'entreprendre l'examen des biens. Dans le miroir qu'ils tendent au monde réel, il est facile de prendre le reflet pour la chose et de raisonner à contre-sens. Pour s'efforcer d'éviter les erreurs, il faut avant tout mettre de côté le considérable pouvoir d'attraction de l'immeuble, qui égare ici plus encore qu'ailleurs. C'est en effet la contemplation de l'immeuble qui a conduit au sentiment d'une sorte d'immutabilité des biens. L'immeuble, c'est d'abord une portion concrète de terrain, aussi immortelle que la section d'écorce terrestre abstraite qu'elle représente. Réalité impossible à transposer aux biens en général, qui relèvent de la grande règle du vivant : ils sont mortels, naissent un jour au droit et peuvent se transformer au cours de leur vie. Contrairement à l'immeuble³⁷, les biens croissent et évoluent : au cours d'une existence aventureuse, ils changent de cap comme de peau. Avec l'abandon de l'immeuble, c'est le flux de la vie qui les fait soudain palpiter. C'est à cette vie qu'il faut s'intéresser, en considérant le monde entier des biens dans sa variété.

23.— **La vie des biens : apparition et disparition.** Ce soudain aperçu de l'existence d'une vie des biens mérite quelques lumières, qui éclaireront sur la perspective des renouvellements envisagés.

L'idée de disparition des biens est celle qui soulève le moins de difficultés, faute de rigueur. Les bâtiments tombent en ruine, quoique la terre leur survive ; les meubles corporels se brisent ou cessent de fonctionner, et se retrouvent de façon très ordinaire à l'état de déchet. Le phénomène de la disparition apparaît avec évidence ; mais de quelle disparition s'agit-il ? Un rapprochement avec les propriétés intellectuelles se révèle fort éclairant. La vie de ces biens est également limitée dans le temps ; ce qui n'empêche pas que certaines idées puissent dépérir avant terme, leur originalité s'étant épuisée ; ou au contraire que celle-ci s'accuse avec le temps, contrariant la destinée du bien en ce qu'il tombera dans le domaine public en dépit de la vivacité de l'idée. Il suit de là que le phénomène de dépérissement n'est pas du même ordre, et mérite d'être différencié. Si la mort des biens corporels se conçoit aisément, c'est en réalité pour de mauvaises raisons : c'est la disparition matérielle des choses qui nous frappe, non celle des biens ; un vase brisé n'en continue pas moins d'exister comme bien, puisque la propriété s'est alors reportée sur les morceaux — qui peuvent encore être de grande valeur. À l'inverse, la disparition des biens intellectuels procède de la cessation de leur protection par le droit : s'il arrive que l'idée sous-jacente soit épuisée et nous confronte à la mort de la chose, il est aussi bien possible qu'elle survive et prospère, et que l'on soit en présence de la mort juridique du seul bien.

La même illusion se retrouve à leur naissance, comme à rebours. En matière corporelle, nous avons souvent l'impression d'assister à la naissance

37. En matière immobilière, la question ne s'était vraiment posée qu'une fois, avec l'affaire de l'étang Napoléon, dont la solution n'est guère convaincante : Ass. plén., 23 juin 1972, *JCP* 1973.II.17331, note G. Goubeaux et Y. Jégouzo.

de biens nouveaux, alors que c'est de l'apparition de choses nouvelles qu'il s'agit : en tant que biens, aucune nouveauté n'est intervenue, et l'on se trouve dans le prolongement de propriétés antérieures. Un immeuble sort de terre, et sa nouveauté nous frappe; en tant que bien, l'article 552 avait de toute éternité préparé son avènement : la propriété du sol s'est continuée dans ce qui s'y est incorporé, de telle manière que la composition interne du bien a changé sans que son enveloppe abstraite varie. De la même façon, un meuble corporel n'est jamais nouveau en tant que bien, puisqu'il est toujours le produit de composantes matérielles antérieures, additionnées d'un travail qui les a faites tenir ensemble. À nouveau, les règles de l'accession, mobilière cette fois, permettront de remonter à un propriétaire originaire, qui inscrit le meuble dans la dépendance des éléments constitutifs qui l'ont précédé. On touche ici à une évidence paradoxale : en matière corporelle, la nouveauté est rare parce que la matière appropriée préexiste toujours à son élaboration par un travail; un seul domaine révèle des créations matérielles pures : les cultures de la terre, et le croît des animaux. Le panorama se transforme avec les biens incorporels, pour lesquels la question de la naissance prend un relief particulier : ces biens sont en effet des créations absolues puisqu'ils naissent de la seule imagination d'un concepteur; sauf transformation, ils ne procèdent d'aucun bien qui leur ait préexisté – sinon d'une force de travail intellectuelle où s'inscrit leur rattachement. La question de l'appropriation originaire se pose, que l'on peut résoudre en considérant qu'elle résulte de techniques de réservation adaptées à la consistance de ces biens, qui tiennent souvent à quelque dépôt, voire à la seule existence d'une œuvre protégée *per se* aussitôt qu'apparue. La question mérite d'être considérée en amont : les moyens permettant de se réserver les utilités de la chose excluent les tiers de ces mêmes utilités, sans justifier le droit originaire qui porte sur elle. Cette facette primaire de l'idée d'appropriation tient dans le fait que l'idée est un prolongement de celui qui l'a eue, et qu'indépendamment des formes juridiques de sa réservation, il importe de reconnaître les droits de celui dont elle est issue. On voit ainsi la traduction directe de la force de travail mise en œuvre dans l'appropriation primaire des biens, qui en sortent en droite ligne : « la réservation d'un produit du seul travail s'opère, en principe, au profit de la personne l'ayant créé »³⁸.

24.– **La vie des biens : les transformations matérielles.** Les biens apparaissent et disparaissent; dans cet entre-deux, demeurent-ils constants en persistant dans leur être? À nouveau, la stabilité de l'immeuble entrave tout raisonnement : son considérable pouvoir d'attraction est connu, qui lui permet de tout fondre en lui par incorporation. Sitôt que l'on change de référence, cette stabilité est perdue : les évolutions dans la structure des meubles sont de nature à rompre la continuité de leur existence. Où apparaît d'ailleurs un

38. Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, préf. Fr. Zénati, Litec, 1992, n° 494 et s., p. 546.

élément essentiel à l'économie des biens, subitement doté d'un impact considérable : le travail – qu'il serve à faire évoluer un bien sans adjonction de matière, à attacher l'un à l'autre deux biens préexistants, ou à fondre ensemble plusieurs matières de sorte qu'elles ne soient plus reconnaissables. Ces évolutions assurent-elles la perpétuation du bien, ou sa transmutation dans un bien autre? Un artiste qui crée un *ready-made* en exposant un bien ordinaire l'a-t-il transformé dans son être, et nové en tant que bien? Et le joaillier qui fond un lingot pour le couler en bijou, voire l'informaticien qui développe un logiciel préexistant en étendant sa capacité de départ dans des directions inattendues? En matière mobilière, cette question est celle de l'accession, ou plus exactement de la spécification : à partir de quel moment le travail sur une ou plusieurs choses est-il constitutif de la création d'une espèce renouvelée? Le Code civil apporta quelques réponses de principe aux articles 565 et suivants, « entièrement subordonnées aux principes de l'équité naturelle »; elles méritent aujourd'hui d'être tirées du relatif oubli à l'abri duquel elles n'ont guère prospéré³⁹.

Pour autant, il semble que les solutions du Code conservent une validité de principe, qu'il faut ressusciter à l'instant de les appliquer à des objets neufs. Si l'on reprend son analyse, trois procédés différents apparaissent dans l'élaboration de choses nouvelles. Au plus bas niveau, la spécification se présente comme l'effet d'un travail sur une chose, qu'elle soit corporelle ou non. De façon plus raffinée, l'adjonction apparaît lorsque deux choses sont l'une à l'autre unies au moyen d'un certain travail, à la condition toutefois que le résultat soit détachable de sorte que l'on puisse revenir aux choses initiales. L'élaboration la plus poussée se manifeste dans le phénomène du mélange, qui confond ensemble des choses en nombre illimité grâce à l'application d'un certain travail, étant entendu que le résultat est un mixte insécable qui interdit le retour aux composantes initiales. Face à ces trois modes de transformation des choses, le Code adopte une attitude empreinte d'un profond matérialisme, à double détente. D'une part, il traite le travail comme une substance, c'est-à-dire comme une chose appropriée par le travailleur. Ce matérialisme se redouble par le mode de résolution des conflits de propriété entre le travailleur et les propriétaires éventuels des choses : la propriété du tout sera attribuée à celui qui aura apporté la substance la plus importante, en valeur. On retrouve une application de l'adage général *major pars trahit ad se minorem*, ce qui n'a rien de bien surprenant. En creux, l'application de cet adage démontre que la propriété de certaines composantes s'est perdue, parce qu'elles ont disparu comme biens après incorporation; et que celle du bien principal s'est maintenue, alors même que sa structure matérielle se trouvait transformée en profondeur.

25.– **La vie des biens : les transformations juridiques.** Les meubles se transforment, et ces métamorphoses produisent d'importantes répercus-

39. V. le point complet et très actuel réalisé par : S. Becquet, *La spécification. Essai sur le bien industriel*, th. Lyon-III, 2002.

sions sur la vie des biens. À la limite de ces évolutions, il convient d'évoquer le phénomène de la subrogation réelle, qui apparaît comme une pièce nécessaire à l'examen du cours de leur vie. Hors de toute transformation matérielle, il arrive en effet que le cadre des biens soit perturbé, et que la fonction juridique qu'ils assumaient doive se reporter sur un bien différent pour être assurée. La notion de subrogation réelle intervient alors pour prendre en charge ces transformations particulières : vue sous l'angle des fonctions du bien, elle apparaît comme permettant la perpétuation de la fonction malgré l'hétérogénéité des biens ; considérée à travers le prisme de leur existence, la subrogation apparaît davantage comme un remplacement. Selon l'adage latin, *subrogatum capit naturam subrogati*.

Comme toutes les notions qui assurent la résurrection du droit des biens, la subrogation n'a pas encore achevé le cycle des transformations dont elle est grosse. Apparue chez les romanistes dans le cadre des universalités, de droit comme de fait⁴⁰, elle y a eu pour premier rôle de garantir l'homogénéité du tout malgré les transformations des parties : *in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei et res loco pretii*. En revanche, le jeu de la subrogation dans les biens considérés *ut singuli* n'était pas admis, par renversement de la maxime précédente. Cette dernière position cède vers le début du XX^e siècle, en raison d'une forte pression doctrinale⁴¹ : la limitation de la subrogation aux seules universalités la contraint inutilement ; et pour relancer son rôle dans les biens isolés, il suffit de raisonner en termes de fonctions du bien, donc d'affectation⁴². Du coup, la subrogation tend à assurer la substitution d'un bien à un autre dans une relation juridique : une sûreté portant sur un bien accidentellement détruit se reporte sur l'indemnité d'assurance ; en cas de vente, les parties à un démembrement peuvent le reporter sur le bien acquis grâce au prix recueilli. Encore faut-il signaler que le Code avait anticipé sur les auteurs, puisqu'un certain nombre de ses dispositions faisait une allusion directe aux effets de la subrogation réelle⁴³. Une seconde transformation, plus importante, est apparue avec les réformes récentes du droit de la famille, et l'introduction de la dette de valeur comme mode de conservation de l'homogénéité des biens à fin de restitution, qu'il s'agisse de rapport ou de réduction des libéralités ou de l'évaluation des récompenses. La subrogation a alors quelque peu changé de nature, en ce qu'elle est passée d'une transfusion des fonctions d'un bien dans un autre à une transmutation en

40. La subrogation réelle apparaît ainsi comme une pièce décisive dans la construction du patrimoine, chez Aubry et Rau., *Droit civil français*, t. IX, par P. Esmein, § 576 p. 313.

41. R. Demogue, « Essai sur la subrogation réelle », *Rev. crit. leg. jrsp.* 1901.296.

H. Capitant, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *RTD civ.* 1919.385.

42. S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, 1976.

43. La liste de ces applications est donnée par Zénati et Revet, *op. cit.*, n° 87, p. 108, au milieu d'un développement particulièrement érudit et complet sur la subrogation réelle.

valeur : certains auteurs ont alors pris l'habitude de la qualifier d'imparfaite, pour signifier l'évolution dont elle était le lieu⁴⁴.

La subrogation réelle a-t-elle achevé sa mue ? Il ne semble que ce ne sera le cas que lorsqu'elle aura opéré son rattachement de principe à la vie des biens. À l'heure actuelle, elle est encore vue sous un angle subjectif : elle est ce qui permet à une personne de jouir pleinement de ses droits sur un bien, en dépit de sa disparition comme tel. Ne faudrait-il pas à présent la considérer davantage du côté des biens, comme un élément nécessaire à leur vie juridique ?

26.— **Nouvelles questions relatives aux biens.** Contrairement à celle des immeubles, la vie des meubles est heurtée. Si la quête de l'identité de l'immeuble n'a jamais été un enjeu substantiel du droit passé des biens, nul doute qu'elle ne soit amenée à le devenir avec la prise en compte de la pleine variété des biens. Le premier effort d'une réflexion générale sur les biens consiste à revenir sur sa prééminence, assurée par la proclamation qui ouvre la description des choses, à l'article 516 du Code civil : « tous les biens sont meubles ou immeubles » — à laquelle on aurait pu ajouter : et seuls les immeubles importent. Une telle vision n'est plus de mise : c'est par un élargissement de la réflexion à leur diversité que l'on pourra s'interroger sur la possibilité d'une classification adéquate des biens (A). Mais prétendre classer les biens, c'est estimer que leur inventaire est achevé, que leur diversité est épuisée. Il semble pourtant que des choses nouvelles frappent à notre porte, qui demandent leur consécration par le droit. Rien d'étonnant à cela : le droit change avec le monde qui l'entoure, et le renouvellement des biens est une revendication de tous les temps. Reste à savoir si elle est légitime, et dans quelle mesure : faut-il accepter de consacrer tout désir d'appropriation, ou admettre à l'inverse qu'il y a des bornes à la reconnaissance des biens ? Ce sera une seconde tâche que d'évoquer quelques éléments problématiques de cette génétique des biens (B).

A. — LA CLASSIFICATION DES BIENS

27.— **La division des biens en 1804.** Le Code civil n'a pas classé les biens : il les a divisés. Entre une catégorie favorisée par sa réglementation, celle des immeubles, et une autre abandonnée aux hasards de la fortune : les meubles. D'où un déséquilibre inaugural, auquel le droit français n'a pas remédié : il y a un secteur immobilier fermé, répondant d'une conception stricte et protégé par des dispositions de faveur ; et un domaine mobilier ouvert, apte à recevoir la diversité du monde car aucun statut déterminé n'y est associé. Pourquoi cette radicale césure ? Parce qu'en 1804, les immeubles faisaient

44. V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. Ph. Malaurie, LGDJ, 1985.

l'objet d'une protection juridique particulière, qui les singularisait par rapport aux meubles⁴⁵. Demeurant le siège d'un prestige particulier, le Code avait tout fait pour que leur appropriation soit le moins possible menacée. *Res mobilis, res vilis*? Telle qu'on l'entend habituellement, la maxime stigmatise la médiocre valeur des meubles, ce qui ne leur rend pas justice : en 1804, elle n'était pas dérisoire, ce qui aurait justifié qu'on les négligeât. Il est plus exact de rappeler une autre formule – *vilis mobilium possessio* –, qui révèle que c'est la possession des meubles qui est vile, non leur valeur. Et vile, elle l'était à tout le moins par tradition historique : les immeubles avaient été la clef de la structuration de l'organisation féodale, alors que la fortune mobilière n'intéressait que la bourgeoisie. Certes, tout était changé après l'abolition des privilèges ; mais presque par nature, le droit retarde sur la société, et les rédacteurs du Code ne purent tirer les leçons de ce qu'ils construisaient. Aussi bien l'ancienne protection immobilière fut-elle prorogée, quand les meubles étaient livrés à un sort aventureux.

Cette structuration des relations s'est projetée sur l'entière organisation des biens : faut-il la conserver aujourd'hui? Une réponse négative s'impose de quelque façon que nous envisagions les choses : parce que l'immeuble a perdu son ancienne prééminence, et que l'importance juridique acquise par les meubles ne peut plus se satisfaire de l'état d'abandon où le Code civil les a laissés. Alors, comment la renouveler? En partant des régularités juridiques qui se constatent, sans se laisser arrêter par les catégories sensibles. C'est la diversité des modalités de l'appropriation des biens qu'il faut scruter, pour y repérer les régularités sur la base desquelles la classification des biens pourra s'édifier.

28.— **Singularités de l'appropriation : les immeubles.** Cette diversité est manifeste : l'appropriation des immeubles diffère de celle des meubles ; et de la même façon, celle des *corpora* de celle des biens incorporels. Si l'on part de l'appropriation immobilière, la mieux structurée par le temps et la réglementation, les traits saillants apparaissent avec évidence. Les droits du propriétaire y sont garantis par des titres notariés toujours présents à la vie du droit, et renforcés par l'existence de la publicité immobilière. En relais, cette opposabilité est flanquée de l'effet induit par les limites naturelles et artificielles de l'immeuble : il occupe une portion fixe de l'écorce terrestre ou un volume déterminé, et son appropriation a parfois l'évidence d'une manifestation : tel est le rôle des clôtures et des limites extérieures, par lesquelles le propriétaire foncier isole ce qui lui appartient en propre. Propriété préservée par son apparence comme par ses incontestables titres, qui facilitent le jeu de la revendication toutes les fois que le propriétaire a temporairement perdu le *corpus* de la chose. Et si les titres sont tout, qui garantissent une jouissance paisible et sans risque, c'est que la possession n'est rien. Elle joue

45. R. Libchaber, *Rép. Dalloz*, V° *Biens*, n° 100 et s.

certes un incontestable rôle défensif, par le biais des actions possessoires ; mais les risques de perte de la propriété inhérents à la prescription acquiescitive sont presque nuls, compte tenu de la durée nécessaire à une possession opérante. Par tout ce jeu de dispositions convergentes, la propriété immobilière se manifeste, s'oppose et se protège – sans jamais se perdre par accident.

Tout un régime juridique, enté sur l'incontestable identité matérielle de l'immeuble, et l'existence de techniques éprouvées de protection. Rien de tout cela ne se retrouve dans la propriété des meubles corporels.

29.— **Singularités de l'appropriation : les biens meubles.** La nature physique des choses a pesé lourd dans les difficultés du droit à garantir les effets de leur appropriation, qui dérivent de trois différences avec l'immeuble. Les bâtiments n'existeront pas toujours, au contraire de l'indication cadastrale des terrains qui leur servent d'assise, ce qui assure à l'immeuble une formidable stabilité dans le temps⁴⁶ ; tandis que le meuble est fragile, dont la matière ne résiste pas au passage du temps. De plus, l'immeuble est stable dans l'espace, ce qui en rend la propriété facile à garantir ; tel n'est pas le cas des meubles, mobiles par étymologie, mal contrôlables par un droit qui ne se soucie pas d'en identifier les propriétaires au moyen de titres sûrs. Enfin, à l'unicité de l'immeuble s'oppose une possible ubiquité des meubles : les plus nombreux aujourd'hui sont des produits de l'industrie, fabriqués en série, qui se ressemblent jusqu'à pouvoir se confondre. Ces caractéristiques des meubles laissent présager que le régime de la propriété immobilière ne s'adaptera pas sans mal aux particularités mobilières, alors qu'il sert de matrice à l'appropriation.

La propriété des meubles est dépourvue de titres, que rien ne manifeste au regard des tiers. Sauf à ce qu'ils soient immatriculés, ce qui est parfois réalisé à fin de protection⁴⁷, les meubles ne peuvent pas décliner par eux-mêmes leur situation juridique. À tous moments, la propriété doit en être prouvée, difficilement : on ne conserve pas de traces de l'acquisition des meubles ; et s'ils se trouvent entre les mains de tiers, il est douteux que l'on puisse reconnaître les siens des leurs. Sans avoir entrepris de surmonter ces difficultés, le droit les a esquivées par une fuite radicale dans la possession, qui constitue une présomption de propriété aux effets drastiques. Ce qui est d'autant plus saisissant que la possession est moins bien dessinée qu'en matière immobilière. Elle y ressort du cumul du *corpus* et de l'*animus domini* : au contact direct avec la chose s'ajoute l'apparence d'une propriété, réelle ou supposée.

46. R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.* 1958.1.

47. Les meubles considérés comme immatriculés par le droit civil sont les bateaux, les navires et les aéronefs. Les véhicules font certes l'objet d'une immatriculation, mais de nature administrative, qui ne produit pas les mêmes effets civils. Pour une présentation du problème, v. R. Jambu-Merlin, « Le navire, hybride de meuble et d'immeuble? », in *Mélanges J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 305.

En matière mobilière, on se satisfait en pratique d'un simple *corpus*, l'*animus* n'étant pas toujours contrôlable dans le cadre de l'article 2279. Et le fait que la possession s'y réduise souvent à une simple détention de fait expose plus encore les droits du propriétaire. À celui qui désire acquérir un immeuble, il n'est que d'interroger la publicité foncière ; s'agissant d'un meuble, la détention du vendeur, jointe à une immédiate entrée en possession, suffira à garantir la vente. La possession est ainsi l'incontestable clef de voûte de l'appropriation mobilière, en vertu du fondamental article 2279. « En fait de meubles, la possession vaut titre », où il faut intercaler quelques mots : en fait de meubles (corporels), la possession (de bonne foi) vaut titre (de propriété). Dès lors, il était prévisible que la dépossession des meubles débouchât sur une situation scabreuse. On revendique toujours contre le détenteur, qui sera aisément considéré comme possesseur du meuble. Sans entrer dans les méandres d'une casuistique par trop subtile développée sur le terrain de l'article 2279, il apparaît que le propriétaire ne pourra presque jamais récupérer son bien, que le possesseur l'ait reçu de lui ou d'un tiers peu scrupuleux. L'action en revendication, incarnation suprême de l'exclusivisme de la propriété, est presque par nature paralysée en matière de meubles par l'article 2279 – ce corps de solutions antérieur au Code civil, qui fait un peu figure de coutume mobilière⁴⁸.

En abordant les meubles après les immeubles, une rupture brutale est intervenue : la propriété a cessé de jouer un rôle attendu, car une possession confinante à la détention s'y est insidieusement substituée.

30. – Singularités de l'appropriation : les biens incorporels. Si l'on passe des meubles corporels aux biens incorporels, les difficultés se diversifient. Encore faut-il rompre avec certaines idées préconçues : chaque fois que ces biens sont reconnus par le droit, c'est sous l'angle de l'appropriation qu'on les voit se manifester, quel que soit le vocabulaire en usage⁴⁹. Il est d'abord évident que le titulaire a sur eux un véritable droit de jouissance, qui se manifeste dans sa vocation à profiter des utilités disponibles de la chose. La faculté d'en disposer lui est de même acquise : les mêmes possibilités de céder de façon définitive le bien ou de le concéder de façon précaire se retrouvent ici ; les droits réels mobiliers leur sont étendus, que ce soit le gage à titre de sûreté ou l'usufruit dans une perspective successorale ou financière ;

48. La règle semble être apparue dans la jurisprudence du Châtelet de Paris, au début du XVIII^e siècle. Bigot de Préameneu s'y réfère dans les travaux préparatoires du Code civil : « Le droit français a ... même regardé le seul fait de la possession comme un titre ; on n'en a pas ordinairement d'autres pour les choses mobilières. Il est d'ailleurs plus souvent impossible d'en constater l'identité et de les suivre dans leur circulation de main en main. Il faut éviter des procédures qui seraient sans nombre et qui le plus souvent excéderaient la valeur des objets de la contestation. Ces motifs ont dû faire maintenir la règle générale suivant laquelle « En fait de meubles possession vaut titre » ». (P. A. Fenet, *op. cit.*, t. xv, p. 600).

49. Pour un point de vue stimulant et original sur cette forme de propriété, v. M. Vivant : « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415.

sans oublier que l'abandon de propriété est plus facile à admettre que pour les biens corporels, puisqu'il n'y a nul besoin que l'État s'occupe du retraitement des biens délaissés. Le régime d'ensemble de la propriété leur est transposable, jusqu'à l'idée de possession : raisonnant par référence à celle des biens corporels, où elle est caractérisée par une maîtrise effective sur la chose, on considère parfois qu'elle ne saurait exister dans la relation aux biens incorporels, faute de *corpus*. Évidente méprise : définie par l'article 2228 du Code civil, la possession s'applique aux choses aussi bien qu'aux droits ; du reste, on la voit à l'œuvre en jurisprudence⁵⁰ : possession des créances, des noms patronymiques, des techniques, des droits de propriété littéraire et artistique...

Il ne faut pas sous-estimer les conséquences de ce défaut de *corpus* : il induit le besoin d'un régime adapté. Parce qu'ils ne tombent pas sous le sens, ces biens suscitent des difficultés de repérage considérables qui n'existent pas pour les biens matériels. Résidant souvent en information, *lato sensu*, ils sont reproductibles sans altération du modèle original, ce qui tranche sur l'unicité des biens corporels – sauf à constater que la fongibilité des meubles industriels produit certains effets comparables. Enfin ceux que l'on connaît donnent prise à des utilisations fragmentaires, comme si l'on avait recréé dans leur maniement les saisines de l'Ancien droit, partielles et limitées. Ces singularités ne doivent être ni dissimulées, ni négligées ; il n'en demeure pas moins que l'idée d'appropriation n'a rien d'inouï, encore que par son régime elle soit distincte de celle des biens corporels – si tant est qu'un tel régime existe de façon absolue et indifférenciée.

Une autre difficulté a pu paraître plus redoutable encore : la propriété intellectuelle serait temporaire, quand la propriété est perpétuelle⁵¹. Cette propriété abrégée heurterait les principes, et plaiderait pour une soustraction des biens incorporels à son empire. On pourrait écarter l'objection en signalant que cela se retrouve aussi avec certains biens corporels : la propriété du locataire sur ses constructions est temporaire, qui en jouit le temps qu'une accession différée produise ses effets. Surtout, le diagnostic est erroné, car trop hâtif : la propriété intellectuelle est perpétuelle ; mais les biens incorporels ne sont reconnus que pour une durée limitée, quelle que soit celle de l'idée sous-jacente. Limitation qui n'a du reste rien de choquant, puisque justifiée par les exigences de la concurrence comme par l'absence de difficultés liées à leur passage au domaine public. Cette durée de vie limitée n'altère pas la perpétuité d'une appropriation qui dure autant que le bien, et se monnaie en deux constats ordinaires : la propriété ne se perd pas par le non-

50. A. Pélessier, *Possession et meubles incorporels*, préf. M. Cabrillac, Dalloz, 2001.

51. V. Bonnet, « La durée de la propriété », *RRJ* 2002.1.273 ; J.-F. Barbiéri, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, th. Toulouse 1977 ; plus ancien, M. Chauffardet, *Le problème de la perpétuité de la propriété. Étude de sociologie juridique et de droit positif*, th. Aix-en-Provence 1933.

usage, et se transmet par voie de succession. À ces deux titres, les propriétés incorporelles sont orthodoxes. Certes, il peut y avoir utilisation forcée de la chose en cas de non-usage, contrairement à ce qui s'observe en matière corporelle. Encore ne faut-il pas s'exagérer ce point : à l'encontre des prérogatives individuelles, l'intérêt social milite pour un emploi extensif de toutes les choses utiles ; et si l'on ne le remarque plus en matière corporelle, c'est parce que tous les biens précieux ont fait l'objet de réglementations particulières, contrecarrant la liberté résultant de leur appropriation⁵². Ces exigences à l'égard des biens laissés en friche n'ont jamais cessé : devenues moins pressantes, elles resurgissent à chaque besoin nouveau, ce qu'illustre dans l'actualité la possible réquisition des logements vides, ainsi que la loi contre l'exclusion.

31.— **Singularités de l'appropriation : les biens inhérents à la personne.** Pour peu que l'on passe du concept même de propriété à sa mise en œuvre concrète, on quitte l'unité de la notion pour la diversité des contraintes, reflet de la nature physique des choses appropriées. Propriété des immeubles, propriété des meubles corporels, actuelles propriétés incorporelles : autant de réponses différentes à l'unique question de l'appropriation des choses.

Notre époque est encore confrontée à une forme particulière d'objets, faite d'attributs de la personne entrant dans le circuit patrimonial, sur lesquels le paradigme de la propriété va aussi faire peser sa loi. Ces objets la confrontent à un défi nouveau, consistant à établir les modalités d'une appropriation de ce qui fait corps avec la personne. Le nom patronymique, dont les utilisations commerciales deviennent habituelles ; l'image des gens notoires saisie par la photographie, comme les voix singulières le sont par les ondes radiodiffusées et le doublage ; l'imagination et la créativité individuelles, prises dans des œuvres d'art ; la force de travail de l'individu, évidemment, qui est l'objet même du contrat de travail. Ces biens ne sont certes pas également nouveaux ; la prise en compte que nous en avons l'est, ainsi que la conscience de certaines convergences. Que l'individu se commercialise lui-même, certains le déploreront ; mais il faut le constater comme un fait acquis. Or cette valorisation emporte des dangers pour la personne : ces utilités d'elle-même qui sont mises en circulation, elle ne saurait les aliéner sauf à se perdre elle-même, ce que sa dignité interdit. C'est pour l'éviter que sous des formes différentes, il lui a été chaque fois reconnu une sorte de droit moral sur ces attributs, qui n'est baptisé ainsi que dans la

52. Napoléon ne « souffrait pas qu'un particulier frappât de stérilité vingt lieues de terre dans un département fromenteux, pour s'en former un parc » ; en application de cette conception, la loi du 16 septembre 1807 impose des procédures autoritaires de dessèchement des marais appartenant aux particuliers, celle du 8 mars 1810 réglemente l'expropriation pour cause d'utilité publique, celle du 21 avril 1810 prévoit des modalités de surveillance de l'exploitation des mines, réglementées de façon rigide le 3 janvier 1813. De la même façon, en matière de meubles, les biens d'approvisionnement font l'objet d'un commerce étroitement surveillé.

propriété littéraire et artistique — où il se révèle d'ailleurs le moins fondamental. La personne peut ainsi concéder à temps ces utilités, non les céder ; et quand elle les concéderait, le droit moral lui permettrait de revenir sur son accord. Est-on encore en présence d'une véritable propriété, alors que ces biens ne sont pas cessibles et que la personne conserve un droit de regard sur l'utilisation qui en est faite ? L'existence d'un droit moral est le tribut payé à la patrimonialisation de biens trop liés à la personne pour une complète indépendance⁵³, et non une contradiction à la notion de propriété.

À l'évidence, ni le nom, ni l'image, ni la voix, ni la force de travail ne peuvent en soi être considérés comme des biens, sans repentir. Pour autant, ce qui est ainsi mis en circulation dans le circuit patrimonial devient en quelque sorte objet de propriété. La notion reconstitue son économie sur des droits tissés de personnalité, alors que la personne n'est ni appropriable ni appropriée.

32.— **Le constat : la variété des régimes juridiques de l'appropriation.** La propriété est une, quoique les régimes concrets qui l'actualisent soient multiples. En évoquant certains spécimens, nous n'avons pas encore fait le tour des régimes concevables. Le doyen Carbonnier avait autrefois souhaité la promotion de droits mobiliers spéciaux, adaptés à des biens aux particularités dérogoatoires : l'animal, l'automobile, l'or, les bijoux, l'objet d'art, les déchets — autant de meubles qui gagneraient à une réglementation autonome⁵⁴. La diversification va au-delà : si nous avons envisagé la propriété intellectuelle de façon globale, c'est en faisant l'impasse sur les particularités de chacune de ses applications, finement ciselée autour du bien consacré.

Cette dispersion pourrait paraître excessive ; elle n'est que révélatrice, et exemplaire. Révélatrice de l'étonnante diversité des régimes de la propriété ; exemplaire de la multiplicité des ressorts juridiques sur lesquels ils reposent. C'est sur cette diversité qu'il convient à présent de faire fond, pour expliciter un certain nombre de paramètres à l'œuvre dans les variations de la sensibilité du droit qui suggèrent des regroupements utiles⁵⁵. Sans constituer des divisions nouvelles, ils marquent les biens de traits distinctifs qui peuvent se cumuler, en tirant chacun vers certaines caractéristiques de l'appropriation. De là des régimes juridiques taillés sur les mesures particulières de chaque bien, et sur les intentions que le système nourrit à leur endroit. Sinon une division ou une classification des biens, ces paramètres cumulés constituent une sorte d'analytique des biens, adaptée aux besoins d'aujourd'hui comme aux techniques du droit civil.

53. Voire trop liés à la notion de famille, dans le cas des souvenirs de famille ou des tombeaux, pour lesquels une sorte de droit moral familial vient flanquer la propriété collective dont ils font l'objet.

54. J. Carbonnier, *Les biens*, précité, n° 225 et s., p. 353.

55. Un certain nombre de ces paramètres ont été détectés et exposés par G. Cornu, *Introduction. Les personnes. Les biens*, 10^e éd., Montchrestien, 2001, pp. 370 et s.

33.— Une technique en soi : la propriété par les fichiers. Les divisions connues n'ont pas de raison de perdre leur validité de principe. Si la distinction entre meubles et immeubles a perdu son ancienne généralité, elle n'en est pas moins inhérente à notre vision des biens de sorte qu'elle ne pourrait pas être abandonnée. On en dira presque autant de la distinction entre *corporea* et biens incorporels⁵⁶ : plus récemment exploitée que la précédente, elle est certes un peu moins bien inscrite dans les gènes du droit français ; il reste qu'elle n'occupe pas une moindre place dans les conceptions en usage.

À l'instant d'évoquer d'autres paramètres pesant sur l'appropriation, on peut faire une observation commune à ces deux catégories, qui suggère un régime juridique partiellement commun. Soit que l'on désire assurer la protection juridique d'un bien — l'immeuble, les meubles immatriculés —, soit que l'on veuille que la détermination de leur *corpus* soit mise à l'abri du doute — valeurs mobilières, brevets, marques —, le régime de l'appropriation utilise un fichier identificateur des biens. Ce qui permet de renforcer les titres, et d'éviter le défaut d'opposabilité d'un certain nombre de prérogatives constituées sur les biens. Du coup, l'utilisation d'un fichier apparaît comme une modalité pertinente de l'appropriation des biens, puisqu'elle secrète un régime juridique d'ensemble.

Si l'on voulait examiner ce régime *in statu nascendi*, il suffirait d'examiner dans son ensemble le processus de dématérialisation des valeurs mobilières, réalisé par l'article 94-II de la loi du 31 décembre 1981. La montée en puissance de la monnaie scripturale avait doté le droit français d'une certaine expérience en la matière⁵⁷ ; le droit des valeurs mobilières l'a éprouvée sur une échelle tout à fait inattendue. Dès lors qu'il y avait détitrisation de ces valeurs, il importait de pouvoir continuer à identifier le *corpus*. D'où l'intervention de fichiers, celui de la SICOVAM notamment, à fin d'identification des valeurs mobilières et de leurs propriétaires⁵⁸. L'impact du fichier va bien au-delà, qui modifie toutes les règles du droit des biens en les ressuscitant sous des formes inattendues : modalités de cession, de démembrement, de dépôts, autant de nouveautés qui se modèlent autour du fichier, qui va même jusqu'à permettre une certaine reconstitution des effets de l'article 2279⁵⁹.

Il suit de là que le modèle du fichier devient disponible pour réorganiser les modalités de l'appropriation des biens, pour peu qu'une particulière volonté de protection soit à l'œuvre. Peu importe que son efficacité soit pro-

56. Sur laquelle, on verra : « Le droit et l'immatériel », *Archives de philosophie du droit*, 1999.

57. R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, LGDJ, 1992.

58. Pour les valeurs mobilières, v. par ex. A. Raynouard, *La dématérialisation des titres, étude sur la forme scripturale*, th. Paris-II 1998 ; S. Moïsdon-Chatagnier, *La propriété des valeurs mobilières*, th. Paris-IX 1999.

59. Pour un échantillon, v. R. Libchaber, « Le dépôt d'instruments financiers », *Droit & Patrimoine* n° 82, mai 2000, p. 89.

batoire ou substantielle : l'essentiel est que l'existence même du fichier dépasse la nature des biens identifiés pour sécréter des techniques spécifiques d'appropriation. Au-delà de la nature propre de chacun de ces biens, c'est la technique juridique qui reconstitue une catégorie pertinente de l'appropriation : dès lors que le *corpus* est identifié par un fichier, des biens d'apparences fort diverses vont se trouver soumis à des caractéristiques de fonctionnement communes, que rien n'annonçait dans leur nature.

34.— Les nouveaux critères : biens élémentaires et biens complexes. Il est d'autres paramètres que l'on peut songer à exploiter, davantage fondés sur la nature des biens. À titre d'exemple, on pourrait faire le départ entre les biens élémentaires — qui sont d'une seule pièce —, et les biens complexes qui s'analysent dans le regroupement de plusieurs composantes, plus ou moins autonomes. Ces derniers sont encore quelque peu clandestins, qui ne se signalaient guère à l'attention du droit. Certes, les universalités de fait sont des réalités connues. Particulièrement illustrées par l'exemple des troupeaux et des forêts dans le Code civil, elles ont récemment fleuri : dans la législation, avec la promotion successive de fonds divers, attracteurs de clientèle ; dans la jurisprudence contemporaine, que ce soit par la reconnaissance d'un fonds libéral ou l'assouplissement du régime de gestion du portefeuille de valeurs mobilières. Caractérisées par le regroupement de biens divers, elles présentent une véritable singularité par la diversité de leurs niveaux : si l'universalité est constitutive d'un bien nouveau qui se substitue à ceux qui le composent, l'effet de remplacement n'est pas uniforme. D'où un va-et-vient toujours possible entre le bien de synthèse, et les différents biens composants, toujours à même de retrouver une provisoire autonomie. Il faut aussi comprendre parmi les biens complexes ceux qui sont issus de l'adjonction ou du mélange de biens antérieurs, demeurés néanmoins détachables. Certes, le bien de synthèse oppose une plus grande résistance à ce va-et-vient entre les niveaux, caractéristique de l'universalité. Pour autant, les processus de constitution leur imposent certaines particularités liées à l'identification du propriétaire, qui demeure toujours libre de désarticuler le bien final pour faire revivre ceux qui le composent. D'où une certaine similitude avec l'universalité, avec des effets atténués.

En marge de la catégorie, il faut faire sa place à la singularité des biens frugifères, c'est-à-dire aux biens dotés d'une fécondité propre qui les rend aptes à engendrer des fruits, qui deviendront autant de biens nouveaux après détachement⁶⁰. Sans que ces biens ressuscitent un strict phénomène d'universalité, ils aboutissent à multiplier les choses qui prospèrent à l'abri d'une même enveloppe. Qu'il y ait ou non capitalisation — c'est-à-dire accroisse-

60. Sur les fruits, v. Ch. Croizat, *De la notion de fruit en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, th. Lyon 1926 ; plus récemment, A. Gouttenoire-Cornut, « La richesse des fruits », *RRJ* 2001.1225 ; plus spécifique, S. Piédelièvre, « Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille », *RRJ* 1994.75.

ment de la chose par la réunion des fruits non détachés –, les biens frugifères reconstituent la dialectique de l'un et du multiple, caractéristique des choses composites.

35.– **Les nouveaux critères : biens objectifs et subjectifs.** Un second paramètre entrant dans la diversification des biens est celui qui conduit à distinguer les biens objectifs – au sens où ils ne sont le support d'aucun investissement affectif, particulier ou général –, des biens à forte teneur subjective : pour le dire simplement, il s'agit de ceux qui, dans l'esprit de leur propriétaire, ne se réduisent pas à leur seule valeur vénale. À l'évidence, le droit des biens a été construit pour la première catégorie : on a souvent reproché à la codification son abstraction, son caractère désincarné ; cette constatation est vraie jusque dans le régime des biens, pour lesquels le Code n'a éprouvé le besoin d'aucune protection liée à la mise en cause de certains affects. Pourtant, il semble que ces biens se multiplient sous nos yeux : on voit de plus en plus distinctement apparaître une forme d'*intuitus rei* dans le droit des biens – qui s'analyserait dans l'exacte contrepartie de l'*intuitus persona*, et non en une relation d'accessoire. Cette considération des biens avait jadis donné lieu à un bel article de principe, quelque peu dépourvu d'applications⁶¹. On pourrait le renouveler en évoquant, de façon générique, le sort de l'animal, des créations artistiques, des bijoux ou plus généralement celui des souvenirs de famille. Au-delà, on ne peut manquer de penser que le régime de tous les biens liés au corps humain, à supposer qu'on les reconnaisse en tant que tels, relèvera de près ou de loin de cette catégorie. Ce qui caractérise ces biens affectifs tient dans une certaine inaptitude à intégrer le circuit marchand. Reste que l'on n'est pas dans l'extra-commercialité, *stricto sensu*, car ce n'est pas leur nature propre qui oblige à cette soustraction : c'est l'investissement affectif dont leur propriétaire les a chargés. De là une difficulté particulière, que le droit n'a pas l'habitude de prendre en charge : ces biens ont besoin d'un régulateur juridique qui permette d'exprimer l'attachement dont ils sont l'objet, tout en les prévenant d'une soumission excessive au régime des biens. Une forme de droit moral pourra constituer ce régulateur, qui fonctionne tantôt comme un droit de repentir, tantôt comme une forme de collectivisation de la propriété. D'autres techniques pourraient être mobilisées : une clause d'inaliénabilité aux effets plus limités, par laquelle la personne ou son auteur s'interdit de pouvoir jamais disposer du bien ; des formes d'insaisissabilité aussi bien, qui interdisent les atteintes des tiers lorsque la valeur vénale de la chose est par trop inférieure à sa valeur d'usage ; ou même la constitution d'une universalité de fait, pour tenir serrés des biens que l'on ne concevrait pas séparés.

36.– **Les nouveaux critères : biens durables et précaires.** De même, il importerait de distinguer le sort des biens durables de ceux qui ne le sont

61. Sur cette dimension toujours quelque peu affective des biens, v. A. David, « Les biens et leur évolution », *Archives de philosophie du droit*, 1963.165.

pas. Certes, on est ici en présence d'une catégorie connue du droit français, puisque la notion de consomptibilité est pratiquée depuis longtemps. Encore faut-il prendre garde à ce qu'en droit civil, la notion ne s'attache qu'à ce qui se consume par le premier usage, et non aux biens dont la durée de vie est limitée dans le temps, quoique le premier usage ne les détruise pas. À nouveau, la considération de l'immeuble fait obstacle à une bonne perception de ces biens : l'immeuble est immortel, sinon dans son bâti, du moins dans ses limites géographiques qui ne seront jamais ébranlées. Or les biens aussi durables sont rares, qui sont capables de défier les siècles à venir ; à quoi s'ajoute que, or ou pierres précieuses, leur valeur est souvent fort élevée. Ces biens durables ne doivent pas occulter le sort ordinaire : la plupart des biens sont précaires ; et si l'on peut assigner un régime particulier à ceux que le premier usage détruit – transformation du prêt à usage en prêt de consommation, de l'usufruit en quasi-usufruit –, il est plus difficile de préciser le sort de ceux qu'un usage plus durable atteint, qui n'ont d'espérance de vie que moyenne. L'article 589 a saisi leur singularité, au regard de l'usufruit ; elle va au-delà. Le droit comptable de l'amortissement leur est destiné, et c'est en se fondant sur eux que l'on a pu éprouver la tentation d'une notion de propriété de la valeur : ils présentent la singularité de voir leur substance progressivement épuisée par celui qui n'en a que l'usage⁶². La jurisprudence s'en est saisie il y a peu, à propos de l'application de la dette de valeur⁶³ : acquérir un bien non durable, qui n'est pas consomptible pour autant, est-ce un emploi dans un bien nouveau permettant le jeu d'une subrogation réelle imparfaite, ou une dépense qui exclut tout raisonnement en ce sens ? De telles difficultés doivent être envisagées, car les biens issus de l'industrie se généralisent, qui ne sont pas destinés à durer. Comment le droit doit-il traiter ces biens intermédiaires, ces biens que l'on acquiert avec la conscience de leur caractère provisoire, qui déjoue quelque peu la construction des principes de la propriété ?

37.– **Les nouveaux critères : biens uniques et biens duplicables.** Enfin le dernier paramètre auquel le droit français se montre de plus en plus sensible procède de la nécessaire distinction entre les biens uniques et ceux qui peuvent être dupliqués : les biens dont le *corpus* peut se multiplier sans que l'identité en soit altérée. Il ne s'agit pas de régénérer la vieille différence entre les corps certains et les choses de genre, mais de faire fond sur le caractère original, unique, de certains biens, tandis que d'autres ne constituent que des variations sur un même modèle. Pourquoi faut-il relever cette dernière caractéristique ? Parce que le droit civil des biens n'est attentif qu'à la singularité de chaque objet d'appropriation, ce qui est de plus en plus rare.

62. G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ, 1999.

63. Civ. 1, 27 juin 2000, *Bull. I*, n° 202, p. 131, à propos du rapport à succession d'une automobile donnée, puis vendue.

Les biens qui peuvent se dupliquer interrogent le phénomène de l'appropriation, en ce qu'ils introduisent une brutale distance entre le propriétaire et sa chose. On sait que les droits d'un auteur ne portent pas sur les divers exemplaires de son œuvre. Or ce rapport peut aller en se complexifiant : un brevet peut sans doute être octroyé à différentes personnes sans perdre son intégrité ; l'épuisement des droits du licencié se marquera par une cessation d'usage, exempte de toute restitution : le rapport du propriétaire à chaque *corpus* du bien dupliqué est devenu un rapport contingent, où l'on ne retrouve que partiellement les exigences traditionnelles du droit des biens. Bien sûr, on placera d'emblée dans cette catégorie les propriétés intellectuelles, dont l'objet a la particularité de pouvoir se multiplier sans porter atteinte à la chose protégée. Caractéristique au sens propre extraordinaire, et qui justifie une appropriation sur mesure. Qui se retrouve en matière corporelle avec les déplacements normaux : la fongibilité des biens en constitue une autre incarnation. Les biens fongibles répondent en effet d'un principe unique, mais sont substituables les uns aux autres. Certes, ils le sont tout autrement que les propriétés intellectuelles : pour être échangeables, les actualisations d'un bien produit en série n'en constituent pas moins autant de corps certains pour leurs propriétaires. À nouveau, le rapport à la chose appropriée semble se déliter : le propriétaire de choses fongibles qui les a cédées avec une clause de réserve de propriété peut revendiquer n'importe quelle chose qui lui serait substituable. Prise dans une acception positive, dynamique, la fongibilité crée une sorte de propriété flottante, de telle manière que le principe de la propriété se substitue à la maîtrise souveraine sur la chose même qui fut appropriée⁶⁴.

Les biens duplicables ou substituables dévoilent un écart entre le propriétaire et son bien, qui n'a plus grand chose à voir avec le tête-à-tête où s'incarne l'essence de la propriété. Parce qu'ils sont destinés à se multiplier à l'avenir, le droit gagnerait à être plus sensible qu'il ne l'était à leur singularité.

38.— **L'appropriation des biens, produit d'un cumul de qualifications.** Une considération attentive du droit positif montre qu'il n'y a plus guère de classification des biens qui puisse se présenter comme générale et absolue — de *divisio* qui puisse être qualifiée de *summa*. En revanche, différents paramètres sont apparus, qui ordonnent de façon régulière les caractéristiques de l'appropriation des biens, et pèsent sur ses modalités. Certes, il n'y a rien de mécanique dans le régime associé à chacun d'eux ; mais on ne peut manquer d'être saisi par un certain effet de catégorie. D'autant plus difficile à aborder, d'ailleurs, que ces paramètres peuvent se cumuler sur tel ou tel bien, aboutissant à modeler leur régime par une sorte de concrétion des spécificités attachées à chaque paramètre. Une recodification des biens pourrait être sen-

64. Libchaber, « Le dépôt d'instruments financiers », précité, p. 93.

sible à ces différents régimes, pour les consacrer en législation ou les écarter comme non pertinents ; pour les aménager, de toutes façons, en déterminant mieux qu'en 1804 les contraintes dont l'appropriation des biens doit être tributaire.

B. — ÉLÉMENTS DE GÉNÉTIQUE DES BIENS

39.— **Le problème général de la consécration des biens nouveaux.** Y a-t-il un problème juridique des biens nouveaux ? Encore une fois, l'évidence de l'immeuble nous empêche d'envisager la question ; pour être plus exact, c'est l'évidence des choses corporelles qui nous gêne : si grande est notre habitude de les considérer comme des biens, quitte à restreindre les possibilités d'une circulation par trop dangereuse, que nous ne parvenons qu'à peine à envisager les problèmes qui peuvent résider dans le phénomène même de leur consécration.

Les difficultés ne peuvent pas être identiques s'agissant des *corpora* et des biens incorporels. Pour ces derniers, la difficulté procède de l'organisation même des propriétés intellectuelles, et plus exactement de leur substrat législatif : il faut une loi pour garantir l'appropriation de tel ou tel bien ; et il ne saurait y avoir de reconnaissance en l'absence d'un commandement législatif. Que faire lorsque le marché est prêt à valoriser des biens, des idées ou des informations, qui ne sont pas protégées ? On touche du doigt la principale différence entre biens corporels et incorporels : pour ceux-là, c'est l'évidence sensible qui commande l'identification des biens, par le désir que suscitent les choses ; pour ceux-ci, à défaut de toute reconnaissance *propriis sensibus*, c'est le marché qui fait office de révélateur : le commerce de fait appelle une reconnaissance du droit, qui n'a néanmoins rien d'obligatoire.

D'où une situation déséquilibrée. En matière corporelle, la seule difficulté aujourd'hui repérable touche à l'origine anthropologique des biens : toutes les choses du monde, toutes les choses tangibles, sont aptes à devenir des biens, hors les personnes et ce qui relève de leur corps ; or les développements des biotechnologies incitent à « réaliser » les produits du corps humains. Faut-il céder à cette pression en les reconnaissant comme biens ? En matière incorporelle, la difficulté est moins fondamentale mais plus pressante : le système législatif de protection est discontinu par nature, qui ne garantit que les biens reconnus. Peut-on en déduire que le principe d'une appropriation a été refusé pour tous les autres, ou admettre au contraire qu'il y a des gisements de biens en puissance, pour lesquels l'éventualité d'une réception doit être chaque fois envisagée — que ce soit par un examen au cas par cas, ou une admission d'ensemble formulée par principe ? Deux questions de génétique des biens, qui appellent des types d'examen différents.

40.— **Problèmes éthiques : le corps humain face au droit des biens.** Le mouvement actuel d'affaiblissement de la distinction des personnes et des choses conduit à voir le corps humain comme un composé de produits et d'organes, sur lesquels la personne disposerait d'une sorte de droit de propriété⁶⁵. Le principe de l'intangibilité du corps humain interdit à quiconque de porter atteinte à une personne humaine, sans son accord exprès. Sur son versant négatif, ce principe consacre du même coup sinon une propriété *stricto sensu* de l'homme sur lui-même, du moins une souveraineté effective à laquelle se joint la possibilité d'exclure tout autre des utilités éventuelles de ces produits. À l'état latent, on retrouve ainsi ce qui fait l'essence même de la propriété : une forme de maîtrise souveraine sur des biens, dont la circulation est quelque peu entravée. Encore faut-il que le droit passe par là⁶⁶.

Longtemps, les produits ou les organes humains n'ont eu d'utilité qu'*in situ*, leur conservation en dehors du corps étant impossible. Depuis le premier quart du siècle dernier les moyens se sont multipliés qui permettent de les prélever, de les conserver pendant d'assez longues périodes, de les réutiliser enfin, au point que l'on soit parvenu à une sorte d'ingénierie corporelle dont le rythme de développement s'est emballé. Si les produits du corps humain deviennent autonomes — voire certaines « personnes », dans le cas des embryons développés *ex utero* —, il faut en conclure à une possible qualification de biens. Ce qui ne signifie ni que cette qualification soit d'ores et déjà acquise, ni que la pression des faits soit telle qu'il ne reste plus au droit qu'à s'incliner, par une reddition sans condition. Il y a là un problème d'éthique, qui doit être convenablement posé : la reconnaissance de l'existence de biens corporels ne signifierait pas qu'ils soient abandonnés à une hypothétique condition réelle, qui permettrait que tout un chacun puisse en faire n'importe quoi, à sa guise. De la constatation de l'existence d'un bien, on ne peut en aucun cas déduire qu'il est de libre parcours, qu'aucun encadrement de son régime juridique n'est possible ni souhaitable. S'il peut être judicieux de reconnaître qu'il y a des biens marqués d'une forte affectivité, c'est d'abord parce que cette caractéristique est protectrice de leur régime. Du reste, le droit positif s'est un peu orienté en ce sens avec la loi du 29 juillet 1994. Les produits du corps humain touchent à la catégorie des biens, auxquels l'article 16-1, alinéa 3, accorde un statut particulier : « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Encore la portée de cette extra-patrimonialité est-elle mal définie : ces produits ne sont certes pas intransmissibles ; la seule contrainte qui les marque tient dans l'impossibilité de leur auteur physique à les transmettre à titre onéreux. Cette extra-patrimonialité dans la transmission initiale est-elle compatible avec une qualification de bien ? Rien ne l'exclut, et

65. H. Batiffol, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Archives de philosophie du droit*, 1979.9.

66. Ce qui n'est pas encore le cas ; v. M.-A. Hermitte, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Archives de philosophie du droit*, 1988.323.

c'est dans cette direction qu'il faut s'orienter. Si la gratuité est protectrice de la personne en lui évitant la tentation de se commercialiser elle-même, elle n'empêche pas les produits du corps humain, une fois prélevés et traités, de suivre le régime des biens : neutralisée dans la relation entre la personne et celui qui les prélève, cette patrimonialité ressuscitera dans le circuit subséquent. À fin de protection individuelle, l'extra-patrimonialité est limitée à celui qui pourrait faire de son corps une source de richesse ; sitôt détachés, les produits corporels peuvent acquérir le statut de biens, et être contrôlés comme tels.

On peut certes déplorer cette commercialisation progressive du corps humain, la fin de la distinction rigide des personnes et de choses, et l'affaiblissement du principe d'intangibilité du corps humain. Encore ne faut-il pas oublier que cette réification limitée est peut-être la meilleure réaction que le droit puisse opposer aux dangers des techniques médicales. Les principes éthiques hérités du passé ne conduisent qu'à jeter le voile sur la réalité des transactions, qui prospèrent à l'ombre du droit. L'introduction de la propriété de chacun sur soi est, par nature, protectrice de l'individu — à condition que le marché n'exerce pas sur lui une excessive pression. Cette protection procède d'une responsabilité accrue : il appartient à chacun de considérer ce qu'il veut faire de lui-même, dans le cadre des possibilités laissées par le droit. Elle découle aussi de ce qu'en sortant du non-droit, les transactions humaines tombent dans la régulation juridique, qui permet de mieux les contrôler qu'elles ne le sont actuellement.

41.— **Problèmes éthiques : l'animal face au droit des biens.** En matière d'éthique, la confusion est à son comble qui menace à tout moment de submerger le droit. D'un côté, le réalisme pousse à envisager un rapprochement entre les personnes et les choses, du moins sur le terrain des produits corporels ; d'un autre côté, certaines choses font l'objet d'une pression inverse, que d'aucuns voudraient faire échapper au monde des biens : les animaux⁶⁷. Le droit civil a résisté à la personnification civile de l'animal, quoiqu'il ait entamé le processus d'une déréalisation. En 1804, l'article 528 portait : « sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées » ; avec la loi du 6 janvier 1999, sa formulation s'est modifiée : « sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre... ». L'animal demeure un meuble sans pour autant être un corps, ce qui est incohérent. Cette incohérence en dit long sur le désir de singularisation de l'animal, et la culpabilité qui l'anime : que les hommes aient des devoirs envers les animaux comme à l'égard du vivant ne justifie aucun renversement, et surtout pas d'octroyer des droits à des intervenants qui, *lato sensu*, relèvent du monde des biens.

67. J.-P. Marguénaud, *L'animal en droit privé*, préf. Cl. Lombois, PUF, 1992.

Dans la confusion juridique qui a présidé à cette réforme se lit un bilan de forces contradictoires, qui est la marque même de la bioéthique.

À la vérité, les catégories juridiques actuelles n'aident guère. Pris dans l'alternative stricte entre personne et bien, l'animal occupe une position incertaine. Si l'on admet qu'il y a des biens marqués d'une forte composante affective, que l'on ne peut traiter en choses ordinaires, soumises à la toute puissance d'un maître, le débat s'apaise par élargissement des catégories. Faut-il personnifier l'animal? À l'évidence, il ne saurait être une personne humaine; au-delà, on peut douter que l'octroi d'une personnalité juridique à des fins instrumentaires apporte quelque avantage que ce soit à sa protection. Il faut laisser l'animal du côté des biens, sans pour autant qu'il doive être traité comme de la matière morte ou indifférenciée. On peut avoir égard au vivant, jusque du côté des biens; ne pas l'admettre, c'est faire fond sur l'existence d'un régime réel unique, de l'existence duquel on peut pourtant douter.

42.- Les « concepts » à la recherche d'une protection : le droit commun. Le problème de la naissance de biens nouveaux se pose aussi en matière incorporelle. Le droit de la propriété intellectuelle est doté d'une structure discontinue : la protection juridique procède de la sollicitude du législateur et non de l'expression d'un besoin; un bien est exclu de toute protection si le législateur ne l'a pas expressément visé dans la loi⁶⁸. D'où une situation de tout ou rien : les biens pris en compte par le législateur sont efficacement protégés grâce à des techniques éprouvées; ceux qui échappent à ses prévisions ne bénéficient d'aucune garantie. Comme la procédure législative est lourde et précautionneuse, ces derniers ne peuvent escompter qu'une amélioration à tous petits pas; curieusement, le pas prudent de la loi est un saut de géant pour le bien considéré, qui accède aussitôt à une pleine protection. La procédure de reconnaissance est donc embarrassée, et le diagnostic de cette inadaptation avait été posé par une proposition de loi sans lendemain, du 30 juin 1992⁶⁹, qui prévoyait le principe d'une garantie de base pour tous les biens incorporels non protégés. Sans doute y avait-il quelque contradiction à solliciter du législateur une protection, qu'il avait exclue par prétérition. La proposition témoignait néanmoins de l'insuffisance de la structure de la propriété intellectuelle, de son incapacité à faire face au flot montant des besoins.

Car le droit commun est inadapté face à ces biens nouveaux, qui frappent à la porte. Certains mécanismes de base permettent de restituer un *ersatz* de protection, en substituant des modalités indirectes de garantie à une prise en compte expresse de ces biens. Cette protection de base est aujourd'hui

68. J. Azéma, « La protection juridique des nouvelles techniques », in *Mélanges. P. Mathé*, Litec, 1990, p. 43.

69. Proposition de loi *Godfrain* du 30 juin 1992, *JOAN* n° 2858; v. le commentaire de Chr. Le Stanc, « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste », *D.* 1993.4.

sollicitée par ces biens qu'une certaine outrance médiatique a baptisé « concepts » : idées publicitaires ou commerciales, formules inédites de voyages ou de vacances, architectures nouvelles de réseaux informatiques ou de systèmes de paiement électronique, informations ou simple savoir-faire... Trois techniques de droit commun peuvent contribuer à les garantir, dont l'efficacité est loin d'équivaloir à celle des propriétés intellectuelles. La première protection est de nature contractuelle : si ces idées n'apparaissent pas au grand jour, des clauses de confidentialité ou de non exploitation pourront suffire à en prévenir la diffusion; leur efficacité ne vaudra qu'autant que la parole donnée. Aussi bien l'énergie du droit pénal est-elle appelée en renfort : le droit pénal du travail, puisqu'il y a corruption à révéler contre argent le contenu d'idées auxquelles on a un accès professionnel, et qu'existe le délit de violation de secret de fabrique; le droit pénal général également, puisque la photocopie de documents contenant de telles idées est considérée par les tribunaux comme un vol d'information⁷⁰, leur transmission temporaire à des personnes intéressées comme un abus de confiance, et qu'a été prévu un délit de violation de secret professionnel. Ces règles n'apportent toutefois qu'une protection indirecte : elles permettent d'incriminer les défaillances individuelles, sans empêcher les idées de circuler; surtout, elles n'ont d'efficacité que si elles n'étaient communiquées qu'à quelques détenteurs, tenus au silence. Lorsque leur diffusion est telle que chacun peut en prendre connaissance, c'est le droit de la responsabilité civile qui intervient en dernier recours. Un opérateur économique qui profite de biens immatériels élaborés par un autre commet un acte de concurrence déloyale. La constatation qu'il n'a pas affecté le temps, les moyens ou les investissements nécessaires à l'obtention d'idées est analysée par les tribunaux en un avantage illégitime, constitutif d'une faute dans les moyens concurrentiels mis en œuvre⁷¹. Au-delà, les tribunaux considèrent que le seul fait de se situer dans le sillage d'une entreprise suffit à caractériser un agissement parasitaire⁷², dès lors qu'il y a captation d'une image ou d'une réputation. Ces irrégularités dans les moyens concurrentiels mis en œuvre pourront déboucher sur une véritable réparation judiciaire, qui aura lieu soit en nature – mesures d'interdiction d'utilisation des biens immatériels concernés –, soit en argent, au moyen d'une allocation de dommages-intérêts destinée à compenser le préjudice subi par l'utilisateur légitime du bien.

43.- Limites à la reconnaissance des biens : commercialité et affectation générale. Le droit commun de la protection n'est qu'un pis-aller; quant à la reconnaissance légale, elle se révèle trop lente pour satisfaire les besoins des

70. Pour l'arrêt inaugural, v. Crim. 8 janvier 1979, *Logabax*, *D.* 1979.509, note P. Corlay; pour les développements, v. par exemple M.-P. Lucas de Leyssac, « L'arrêt *Bourquin*, une double révolution », *Rev. sc. crim.* 1990.505.

71. J. Schmidt-Szalewski, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », *RTD com.* 1994.455.

72. Ph. Le Tourneau, *Le parasitisme*, Litec, 1998.

opérateurs économiques. On atteint ainsi à une vraie difficulté : le besoin est manifeste ; la façon de le satisfaire entravée. Dans le cadre de l'examen d'une éventuelle recodification, il ne s'agit pas d'avancer des conclusions hâtives en se substituant au législateur pour proposer de consacrer tel ou tel bien, mais d'identifier les contraintes qui pèsent sur le phénomène de la reconnaissance.

L'examen du Code civil témoigne de deux types de limitations à l'existence des biens. Certaines choses ne sauraient acquérir cette qualité, parce qu'elles répugnent par leur nature même à toute appropriation : leur destin est d'être affectées à la collectivité, de sorte que chacun puisse en profiter à sa guise : ce sont les choses communes de l'article 714, qui reprend le fil de la notion romaine de *res communes*. D'autres choses peuvent être soumises à un maître unique, dont la circulation sera empêchée par l'article 1128 qui refuse qu'elles soient l'objet des conventions : ce sont les choses exclues du commerce juridique, notion qui renoue avec le *commercium* du droit romain. Cette seconde limitation est la plus ordinairement rencontrée, car l'extra-commercialité⁷³ est la borne séparatrice des valeurs de fait et des biens juridiques. Sur un marché, tout a vocation à s'échanger au gré de la rencontre des offres et des demandes ; mais le commerce économique n'est pas un commerce juridique : parmi les choses susceptibles d'échanges, il en est auxquelles le droit dénie la qualité de biens, et interdit en conséquence l'accès au circuit patrimonial. On l'a vu, cette extra-commercialité est sollicitée en matière éthique ; elle l'est encore chaque fois qu'un bien présente des particularités qui le placent légitimement à l'abri des convoitises habituelles – ainsi par exemple des biens culturels⁷⁴, ou plus précisément des œuvres d'art⁷⁵. Elle n'intéresse que marginalement la protection des biens immatériels nouveaux, qui s'insèrent en général dans le commerce juridique.

44. – **Les choses communes.** La seconde limitation est plus précieuse. Aux termes de l'article 714, « il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Depuis le droit romain, celles qui ressortissent à cette catégorie n'ont guère varié, sinon marginalement⁷⁶ : la mer, l'air, l'eau de pluie, auxquels on ajoute parfois, selon les époques et les conceptions, les biens administrés par l'État pour le profit de la collectivité – ce que rassemble l'idée de domaine public.

Les raisons de cette inappropriabilité de principe ne sont pas élucidées.

73. I. Moine, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, préf. É. Loquin, LGDJ, 1997 ; de façon plus technique, Libchaber, *V° Biens*, précité, n° 84 et s.

74. M. Cornu, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, 1996 ; V. Parisot, *Essai sur la notion de bien culturel*, th. reprogr., Dijon 1993 ; C. Saujot, « Biens culturels et droit civil. Problèmes de qualification », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 79 ;

75. G. Lhuillier, « Les œuvres d'art, *res sacrae*? », *RRJ*, 1998, 513.

76. W. G. Vegting, *Domaine public et res extra-commercium*, préf. R. Pelloux, Sirey, 1948.

Pour certains, c'est par leur globalité que ces biens échappent à une privatisation impossible. D'autres l'excluent en raison de l'abondance des biens, qui s'oppose à ce que chacun en prélève plus que la part nécessaire à ses besoins. Ces deux conceptions aboutissent à un même résultat : il ne peut y avoir d'appropriation d'ensemble, par impossibilité ou par inutilité, encore qu'une appropriation par fractions soit envisageable. La pluie répand ses bienfaits sur les champs et les nappes phréatiques, ce qui n'a jamais empêché de la recueillir dans des citernes ; l'atmosphère échappe de soi à toute emprise, mais des industriels peuvent prélever de l'air qu'ils revendront en bouteilles après conditionnement. Ces explications se rejoignent : l'appropriation des *res communes* n'est pas exclue par principe, qui est davantage considérée comme impossible ou inutile pour la totalité.

À l'écart de ces analyses, peut-être vaut-il mieux considérer que la limitation est dictée par des considérations substantielles. Certaines choses ne doivent pas être appropriées parce qu'il est de leur nature de profiter à tous, ce que seul permet un usage collectif conforme à l'intérêt général⁷⁷. L'inappropriabilité ne tiendrait ainsi ni à l'impossibilité de l'entreprise ni à son inutilité, mais à la vocation générale de ces biens. Ce qui traduit la différence entre biens et choses : celles-ci existent, et se prêtent aux désirs individuels ; en les excluant parfois de la catégorie des biens, le droit manifeste son refus qu'ils soient assouvies de manière exclusive, au moyen d'un véritable monopole. C'est à l'aune de cette seconde limitation dans la génération des biens qu'il faut examiner certaines revendications actuelles.

45. – **Choses communes : le dévoilement du donné naturel.** La notion de choses communes a été définie une fois pour toutes, sans que la liste dressée ait été fixée *ne varietur*. Comme pour l'extra-commercialité, il appartient à chaque système de distinguer ce qui est appropriable de ce qui ne l'est pas. Aussi bien isolera-t-on ici trois éléments qui, susceptibles d'être rattachés aux choses communes, viendraient limiter la reconnaissance de biens nouveaux.

Tout d'abord, il semble que l'on doive considérer comme communes toutes les découvertes qui consistent dans le dévoilement du donné naturel. Dans le passé, elles ont souvent résisté à l'attraction de la réservation privée – ce qui ne va pas jusqu'à exclure un droit à la paternité de la découverte, dépourvu d'incidences patrimoniales. Ce refus ancien procède de ce que les découvertes n'apportent rien qui ne leur ait préexisté : au contraire des inventions qui ajoutent au monde, elles se bornent dans son explicitation et ne dévoilent pas autre chose que ce qui existait en puissance. S'il y a un apport d'originalité dans les moyens mis en œuvre, il ne se retrouve pas dans le produit fini qui redouble l'idée de nature. L'appropriation doit

77. A. Sériaux, « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », *Droit et Environnement*, PU d'Aix-Marseille 1995, p. 23.

ainsi être refusée pour la raison que la nature est l'apanage principal des *res communes*, ce qui doit s'étendre à l'énoncé des lois qui la régissent.

Ce refus de l'appropriation de la nature a pu faire l'objet de quelques transgressions sur le terrain du vivant : certificats d'obtention végétale hier, brevetabilité du vivant aujourd'hui, qui grignotent le caractère non appropriable de la nature. Ces précédents incitent à penser que la pression exercée par certains groupes parviendra à faire accepter l'appropriation des séquences du génome humain, ainsi que de toutes les identifications débouchant sur d'éventuelles thérapies géniques. Il ne s'agit pas ici de s'y opposer par des imprécations agitant l'improbable idée de nature, si facile à manipuler⁷⁸, mais de rappeler que la notion de chose commune est un garde-fou efficace, qui pourrait préserver des conséquences d'une forme d'*hybris*. Il appartient au législateur, garant de l'intérêt collectif, de dire comment l'on doit tracer la limite qui lui est inhérente.

46.— **Choses communes : l'information.** On peut encore s'interroger sur le rattachement aux choses communes de ce que l'on peut baptiser du terme d'information. À la vérité, cette appellation est si générale, désigne des choses si différentes, qu'il est bien difficile d'envisager l'information en tant qu'objet d'une éventuelle appropriation⁷⁹. Tant que l'on définit l'information par ses apparences extérieures, par l'idée de forme communicable, il est presque impossible de dire si elle peut ou doit faire l'objet d'un droit privatif. En revanche, si l'on en restreint l'acception à ce qui est constitué de données du monde réel, certes reflétées dans une certaine forme, on se rapproche des choses communes à proportion de l'absence d'originalité. Si celui qui met une information en circulation s'est borné à paraphraser ce qui existait, sans rien avoir ajouté d'autre qu'une technique de mise en forme : pourquoi se l'approprierait-il ? En dehors de la propriété littéraire ou artistique, l'originalité ne saurait être, à soi seul, le ressort d'un monopole. Le monde où nous vivons est commun, tout comme son reflet dans le miroir que nous lui tendons. L'appropriation des choses incorporelles doit ainsi se limiter à la reconnaissance d'une élaboration intellectuelle. Autrement, on en fait l'équivalent d'une sorte d'occupation des choses sans maîtres, à ceci près que ce ne sont pas les choses qui sont vacantes, mais leur description. Sans profit, cela livrerait le monde à une frénésie de paraphrase à fin d'information.

Ce rattachement de l'information aux choses communes va à contre-courant de l'évolution : la reconnaissance récente de droit privatif sur les bases

78. V. par exemple : Y. Thomas, « *Imago naturae*. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, collection de l'École française de Rome, n° 147, 1991, p. 201.

79. P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984.97, « La "propriété" de l'information », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97 ; J.-Chr. Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994.229 ; N. Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997.330 ; E. Daragon, « Étude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998.63.

de données démontre que cette logique est à l'œuvre. Encore a-t-on recours à l'artifice consistant à protéger non l'information en son principe, l'information nue, mais ce qui résulte d'un travail de mise en œuvre : collecte des informations et constitution d'une universalité, la base de données. On peut gager que cette protection des moyens disparaîtra à mesure que les informations entreront mieux, en droit, dans le circuit patrimonial⁸⁰. C'est pourquoi il faut se demander aujourd'hui si, au rebours d'une perception économique dominante, elles ne devraient pas être considérées par leur nature comme des *res communes*.

47.— **Choses communes : les idées.** Le dernier rattachement possible aux choses communes concerne les idées, envisagées comme objets spécifiques d'appropriation. Telles que les propriétés incorporelles se sont développées jusqu'à présent, on n'a jamais accepté de les protéger en tant que telles, mais parce qu'elles débouchaient sur des applications concrètes : c'est le roman qui est garanti, et non la trame romanesque ; l'invention, non le principe de fonctionnement. Il y a du reste là une bonne dose d'ambiguïté, puisque l'objet de l'appropriation est toujours immatériel : on protège un bien sans consistance, parce qu'il a fait la preuve de ses applications possibles, qui ont elles-mêmes signalé l'opportunité d'une protection. Faut-il se passer de cette précaution, en considérant tout uniment que les idées peuvent être protégées en elles-mêmes, indépendamment des réalisations matérielles auxquelles elles conduiraient ? C'est ce qui est proposé lorsque l'on demande la protection d'un réseau de distribution original, ou d'une technique de vente nouvelle. Il est bien difficile de dire s'il convient de faire droit à de telles revendications, surtout lorsqu'on considère les enjeux inhérents à chacune d'elles. On peut toutefois observer que consacrer la protection des idées, ce serait tout à la fois accepter des restrictions dans le processus de créativité, et bloquer pour l'avenir la reprise de ces idées, fussent-elles envisagées dans d'autres prolongements. Cette réticence traditionnelle à l'endroit de la monopolisation des idées s'est coulée dans la formule d'un auteur, qui a aussitôt acquis le statut d'adage : *les idées sont de libre parcours*⁸¹. Si l'on en considère l'enseignement comme valable, c'est par l'idée de choses communes qu'on pourra le justifier et le fonder en droit.

48.— **Développement des choses nouvelles.** Paul Valéry menait un développement sur l'épuisement du monde moderne en employant une formule qui fit *florès* : « le temps du monde fini commence »⁸². Cette alliance de mots touche juste, qui déçoit quelque peu l'esprit juridique. Il est très apparent que le monde des choses corporelles est exténué, puisqu'il en est peu sur lesquelles le droit des biens n'exerce pas son empire. Du coup, au rebours de

80. M. Vivant, « An 2000 : l'information appropriée », in *Mélanges J.-J. Burst*, Litec, 1987, p. 651.

81. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz 1978, pp. 22 et s.

82. P. Valéry, *Regards sur le monde actuel*, Œuvres II, Bibliothèque de la Pléiade, p. 923.

ses règles constitutives, c'est vers l'intérieur de la personne que se tourne la concupiscence de notre droit. Curieusement, l'homme devient tout ensemble Prométhée et son aigle, qui lui dévore les entrailles. Si cette conquête de l'intérieur de l'homme ne peut être envisagée sans angoisse, le regard que le droit tourne vers l'immatériel paraît moins inquiétant. La tertiarisation de l'économie ouvre au droit des biens une immense carrière, qui n'a été exploitée que dans ses dimensions les plus anciennes. Jusqu'où faudra-t-il aller dans la réalisation de ces « concepts » marchands ? La question est au fond trop politique pour concerner les juristes, qui ne peuvent avoir leur mot à dire qu'en ce qui concerne les moyens de la consécration de biens nouveaux. À cet égard, c'est la notion de *res communes* qui pourrait servir de pierre de touche aux volontés de conquêtes du droit des biens : s'il est peut-être opportun qu'il couvre des étendues nouvelles, cela ne saurait être par une politique de la terre brûlée, qui apporterait beaucoup à quelques uns tout en faisant perdre l'essentiel au plus grand nombre.

III. — LE SYSTÈME DES DROITS ET SITUATIONS RÉELS

49.— **Problèmes d'ensemble des droits réels.** Les droits réels constituent la dernière composante de l'exposition des biens, dans l'ordre du Code civil. La question n'est pas la plus vivante du droit des biens ; et par la composante fortement rurale dont ils sont empreints, ces droits peuvent nous apparaître comme des vieilleries qu'une société industrielle et fortement urbanisée mettrait volontiers au rebut. On évitera de se hâter à tirer de telles conclusions : par un apparent paradoxe, la notion de droit réel demeure la plus controversée du droit des biens, la plus déchirée entre des conceptions adverses où se joue une part de l'actualité des biens. Le feu des droits réels couve sous la cendre : cela appelle un examen plus prudent que pour tout autre question.

La fièvre qui inquiète la matière se reconnaît à un ensemble de questions, laissées dans l'indécision par la doctrine. Elles portent évidemment sur la conception des droits réels : faut-il y comprendre la propriété elle-même, ou n'avoir égard qu'aux droits réels sur la chose d'autrui ? Ce qui emporte d'immédiates conséquences sur leur définition ; au fait, cette prétendue définition, l'a-t-on jamais énoncée avec une suffisante clarté ? L'héritage doctrinal nous laisse en présence d'une étonnante variété de critères d'identification, excessive pour une notion dont la conception irait de soi. Le droit réel est tantôt caractérisé par sa structure : un lien juridique direct et immédiat entre une personne et une chose, qui s'oppose au lien interpersonnel caractéristique du droit personnel où le créancier attend sa satisfaction du débiteur sans possibilité de satisfaction directe. Il est aussi bien caractérisé par ses attributs fondamentaux : un incontestable droit de suite, qui permet au titulaire d'exercer ses prérogatives entre toutes les mains par lesquelles la chose peut passer ; un incertain droit de préférence hors des sûretés, qui lui

assurerait une exécution privilégiée. Pour d'autres auteurs, le droit réel se reconnaît à son rayonnement : il serait par nature opposable *erga omnes*, ce qui signifie qu'aussitôt constitué, chacun serait obligé de le respecter — sans que l'on sache bien si cette opposabilité est native, ou procède de la mise en œuvre de mesures de publicité. Selon d'autres encore, il pourrait être singularisé par ses modalités dérogatoires d'exécution : incapable d'assumer les obligations liées à la chose, le titulaire d'un droit pourrait l'abandonner pour se dérober à cette charge, d'où une substitution à l'exécution par un déguerpissement, un abandon véritablement libératoire.

Il n'est pas question de se livrer à un examen détaillé de ces différents critères. Leur diversité témoigne à la fois d'une étonnante confusion des esprits, et de conceptions sous-jacentes mal stabilisées. Ce que bien d'autres questions confirment avec évidence : les droits réels sont-ils une famille unie, dont les différentes pièces auraient été taillées dans la même étoffe, ou faut-il accepter le disparate de leur composition ? À ce titre, en reprenant les termes du Code civil, on pourrait par exemple distinguer les droits de jouissance des services fonciers, comme y incite l'article 543 ; et sur cette lancée, pourquoi ne pas faire une place à part aux obligations réelles, non présentées par lui mais dont la nécessité a fini par apparaître ? Et puisque l'on a évoqué l'article 543, comment ne pas rappeler la querelle dont cette disposition fut jadis grosse, et qui n'est peut-être pas apaisée : la liste des droits réels est-elle limitée à ses prévisions, ou peut-elle être étendue en fonction des désirs de chacun ?

Il y a des inconnus célèbres, comme il y a de brûlantes questions qui ne se posent jamais. Le droit réel fait partie de ces notions dissimulées, qui cachent bien leur jeu. C'est le moment de le dévoiler, en essayant de comprendre comment une notion aussi centrale a pu résister au travail intellectuel de deux siècles, sans recevoir de la doctrine les décisives lumières qui auraient apaisé les incertitudes entrant dans sa conception.

50.— **Système des droits réels en 1804.** Une partie du mystère des droits réels se dissipe pour peu que l'on revienne aux conditions de leur naissance, c'est-à-dire à la secrète tension qui les a pour toujours empêchés de trouver une assise stable. On peut la représenter simplement : la catégorie est intervenue en 1804 pour servir de contrepoids à une propriété exclusive, capable de déséquilibrer toute l'organisation foncière existante ; mais si ces droits réels sauvaient le principe des saisines médiévales en les recyclant dans une construction juridique nouvelle, ils menaçaient aussi bien l'exclusivisme de la propriété de l'article 544, où s'incarnait pourtant l'idéologie libérale et individualiste du Code.

En constituant la propriété comme un droit fondamental de la personne, comme un droit solitaire pur de toute immixtion d'autrui, les codificateurs créaient autant qu'ils détruisaient. Ils ressuscitaient une notion romaine oubliée, en même temps qu'ils menaçaient les moyens d'existence de l'es-

sentiel d'une population, demeurée rurale. L'organisation foncière de l'Ancien droit avait survécu à la Révolution, qui reposait sur une incroyable diversité de moyens d'accéder aux utilités les plus diverses du sol⁸³. Une clairière forestière nouvellement défrichée ne doit pas être considérée comme appropriée, car elle n'est à aucun titre éligible au rang de bien : au lieu que l'ensemble de ses utilités potentielles soient réunies entre les mains d'un propriétaire, elles sont concrètement dispersées aux quatre vents, appréhendées par les personnes les plus diverses. Tel aura le droit d'en cultiver une partie, et tel autre de construire une habitation sur le reste; un troisième pourra poser des ruches à miel dont les abeilles l'enrichiront grâce à la forêt environnante, tandis qu'un quatrième installera un pigeonnier dont les oiseaux picoreront les semences, mais fertiliseront en retour les champs; et quand le cultivateur aura moissonné, il quittera le champ en laissant le résultat d'un imparfait travail à celui qui aura reçu le droit de glaner; quelques mois après, le regain appartiendra encore à un autre, tout aussi précisément institué que les précédents; enfin quand le regain aura été moissonné, par l'effet de solidarités villageoises, une ou plusieurs personnes utiliseront légitimement la surface cultivable à titre de pâture. Au total, une clairière sans propriétaire exclusif, mais dont les utilités, dénommées saisines, auront été étonnamment distribuées; et un ensemble de bénéficiaires, chacun titulaire d'une saisine qui est pour lui source d'enrichissement au quotidien, et une richesse propre en ce qu'elle se transmet à ses héritiers. L'absence de propriété exclusive, jointe à l'étonnante multiplicité des saisines et à leur diversité, débouchait sur un système d'utilisation du sol au rendement optimal : chacun pouvait profiter d'une partie de la terre cultivable selon des modalités spécifiques et imbriquées; et toutes les utilités concevables s'en trouvaient dûment appropriées. La survie de l'immense majorité de la population était ainsi conditionnée par l'exploitation sans déperdition de la terre – ce bien fondamental, source pure de l'accroissement des richesses.

Avec la codification, la propriété exclusive fait soudain irruption dans ce monde de compénétrations solidaires. D'un seul coup, toutes les utilités potentielles des champs sont non seulement réunies au sein de la notion théorique de bien, mais brutalement monopolisées par un propriétaire exclusif. Partant, chaque portion de terre agricole fait l'objet d'une réserve exclusive, qui exclut la survie de ce tissu de saisines imbriquées. S'il n'y eut pas pour autant de restriction dramatique des possibilités d'accès aux champs, c'est notamment grâce à l'invention concomitante de correctifs au monopole, permettant d'apporter une justification nouvelle à la redistribution de l'usage de certaines de ces utilités foncières. Avec d'autres régulateurs, d'ordre contractuel, les droits réels sur la chose d'autrui permirent de maintenir l'économie d'ensemble du partage de la terre, en recyclant les anciennes saisines : par la possibilité de concéder certaines utilités du sol, le

83. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, précité.

droit des biens se donnait les moyens de concilier les principes théoriques nouveaux avec la sauvegarde des besoins fondamentaux de ceux qui tiraient des champs l'essentiel de leur subsistance.

51.- **Système des droits réels et caractère limitatif.** La nécessité à l'œuvre dans les droits réels justifie la façon dont les principes juridiques vont pouvoir se développer. Parce que la terre était demeurée le bien économique par excellence, les droits réels se multiplièrent en matière immobilière pour permettre une meilleure distribution de ses utilités : certaines des saisines anciennes refirent peu à peu surface sous l'empire du Code civil, avec la garantie juridique de cette nouvelle qualification. Mais dans le temps même où l'on constatait cette souplesse dans la pratique des droits réels, une particulière rigidité se révélait sur le plan de la théorie. En effet, sur le fondement de l'article 543 – « on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre » –, les auteurs prétendirent que les droits réels étaient en nombre limité, et qu'ils avaient été une fois pour toutes énoncés. On ne cesse de s'étonner d'une telle déduction : dans l'économie du Code, l'article 543 annonçait manifestement la structure de la réglementation à venir. Une fois de plus, une annonce de plan s'est muée en règle positive, pour sortir des effets qu'aucun de ses rédacteurs n'avait pu imaginer. C'est pourquoi il ne faut pas s'arrêter à la lettre de l'article, mais à la règle déduite. Pourquoi limiter les situations réelles? Parce que l'on voyait dans cette limitation un moyen de protéger la propriété exclusive, qu'une excessive prolifération eût menacée. C'est parce que les droits réels ont été conçus comme un nécessaire contrepois à l'exclusivisme qu'ils ont été strictement limités, en intention au moins : à la façon des exceptions, il ne fallait les consacrer que dans une perspective stricte, sauf à mettre en péril cet apport fondamental du Code civil que fut la propriété.

On le voit, ces motivations sont datées, et l'on s'étonne de la révérence qui continue d'entourer la règle du *numerus clausus* des droits réels. En reprenant la question aujourd'hui, il semble que l'on puisse aisément faire évoluer ces conceptions, pour une double raison : le retour de la féodalité ne nous paraît guère menaçant, et l'immeuble a perdu son ancienne prééminence. Ces deux observations devraient permettre un accord sur les traits essentiels des situations réelles, et un renouvellement de la réflexion pour en adapter les possibilités aux besoins présents.

52.- **Définition des droits réels et incertitudes.** Comment faut-il concevoir la catégorie des droits réels : en y versant tout le contenu de l'article 543, ou en la limitant aux droits réels sur la chose d'autrui? La réponse est d'abord affaire de terminologie, et l'on peut réserver le terme de droits réels à ces prérogatives d'un titulaire sur des choses appropriées par un autre, en vertu desquelles le propriétaire doit respecter une ou plusieurs utilités qui lui ont été concédées. De telle sorte que propriétaire et titulaire du droit se retrouvent sujets passif et actif d'un même droit, dont l'objet permet au titu-

laire de jouir des utilités de la chose, ce que le propriétaire est contraint à subir. Structure évidemment obligationnelle, qui ne se réduit pas pour autant au droit personnel : en ce que l'objet n'est pas donné par la tripartition de l'article 1101, mais consiste dans la jouissance directe et immédiate d'une ou plusieurs utilités de la chose considérée ; en ce que le propriétaire n'est pas tenu en tant que personne mais en qualité de propriétaire du bien ; s'il venait à perdre cette qualité, c'est son ayant droit – le nouveau propriétaire –, qui serait identiquement tenu au respect du droit réel, car il lui serait substitué dans la qualité de débiteur.

Il est possible que des désaccords portent sur cette analyse du droit réel. Il convient néanmoins d'éviter les fausses querelles : quoi que l'on pense de cette structure obligationnelle unificatrice de la structure des droits patrimoniaux, on peut au moins s'accorder pour reconnaître la singularité des droits réels sur la chose d'autrui. Car il est crucial d'isoler la concession des utilités d'une chose, de l'ensemble des situations réelles évoquées par l'article 543 : en évoquant le caractère limitatif des droits réels, nul ne sait au juste si l'on veut dire que l'accès aux biens se limite aux trois catégories génériques de cette disposition – propriété, droits réels sur la chose d'autrui, servitudes –, ou si l'on entend que le nombre des droits réels sur la chose d'autrui est restreint à ceux que l'on connaît aujourd'hui. Et s'il importe de poser cette question avec exactitude, c'est parce que ce caractère limitatif peut se justifier dans l'une et l'autre perspective. Il semble tout à la fois que les situations réelles débordent légèrement le champ strictement délimité par l'article 543 (A), et que l'on ait aujourd'hui intérêt à consacrer de nouveaux droits réels sur la chose d'autrui, sous la poussée d'une nécessité chaque jour plus sensible (B).

A. – LA DIVERSITÉ DES SITUATIONS RÉELLES

53.– **Le tableau des situations réelles.** Si l'on fait abstraction de la propriété, comment peut-on rendre compte de la diversité des situations réelles ? Peut-être en l'abordant de biais, en tirant parti de la structure obligationnelle inhérente aux droits patrimoniaux – qu'ils soient réels ou personnels. Le monde des droits est doté d'une structure unique, qui met en scène un sujet actif aux prises avec un sujet passif, à qui il demande de respecter ou d'exécuter l'objet du droit. Si la structure est unique, la diversité se manifeste dans la personne même de ces intervenants : c'est en exploitant cette diversité que l'on parvient à rendre compte de la variété des situations réelles.

Dans la relation obligatoire, créancier et débiteur peuvent se manifester sous deux qualités nettement différenciées : soit en ce qu'ils sont des individus, des personnes physiques ou morales titulaires d'un patrimoine ; soit en

tant que propriétaires d'un bien, c'est-à-dire abstraction faite du reste de leur patrimoine, dans la seule considération de cette qualité de propriétaire. Cette alternative dans les modalités d'intervention pourrait paraître marginale ; elle produit en réalité les plus grands effets parce qu'elle ouvre sur quatre situations obligatoires, toutes réalisables. En effet, le créancier et le débiteur peuvent tous deux y intervenir comme titulaires d'un patrimoine, ou comme propriétaires d'un bien : de là un tableau à quatre cases, qui représentent la diversité des rapports d'obligation. Il se peut que le titulaire d'un patrimoine attende quelque chose d'un débiteur, qui doit lui-même le tirer de son patrimoine – donner, faire ou ne pas faire ; ou encore, que le débiteur soit tenu à raison d'une chose qui lui appartient : en dépit de ses prérogatives de propriétaire, il doit subir les empiètements du créancier, titulaire du droit. Mais il se peut aussi que le créancier ne soit défini qu'en tant que propriétaire d'un bien, auquel cas il escompte tantôt sa satisfaction d'une personne physique obligée à l'égard de sa propre chose – si tant est que cela soit possible –, tantôt d'un autre propriétaire d'un bien, lui-même tenu en tant que propriétaire à l'égard d'un autre bien.

Si l'on voulait user du vocabulaire imagé du droit romain, on dirait volontiers que derrière le créancier ou le débiteur, il y a tantôt une personne et tantôt une chose. Ce qui permet de représenter autrement les quatre cases déjà évoquées : la personne doit à la personne, la chose doit à la personne, la personne doit à la chose, ou enfin, dernière possibilité, la chose doit à la chose. Tel est le tableau des obligations dont il importe à présent d'examiner le détail.

54.– **Relations élémentaires : créances et servitudes.** À l'évidence, la première et la dernière situation sont les plus simples : celles où créancier et débiteur interviennent sous la même qualité – en tant que titulaires d'un patrimoine ou propriétaires d'un bien.

La première hypothèse est la plus banale, puisqu'il ne s'agit guère que du droit personnel. La créance est en effet la relation de base qui unit sujets actifs et passifs, lorsque les individus n'interviennent qu'en tant que personnes, sous l'angle du patrimoine dont ils sont titulaires. On parle précisément de droit personnel parce que le créancier attend un bénéfice qu'il pourra exiger de la personne de son débiteur, et au besoin faire exécuter contre son patrimoine. D'où un double constat, précieux pour la compréhension du droit civil. Une créance s'analyse en un rapport interpersonnel, tout comme les autres types d'obligations ; mais c'est le seul qui soit totalement exempt de rattachement aux biens, le seul qui se limite aux patrimoines des intervenants. Par ailleurs, en tant qu'obligation, une créance est aussi un bien approprié par son créancier ; pour autant, elle n'est pas constitutive d'une situation réelle. Elle doit en conséquence être soumise au droit des biens, ce qui ne retire rien à la compétence simultanée du droit des obligations, étant entendu qu'il faut délimiter leurs domaines d'application. Ce dernier gouverne la naissance et la vie des créances, *inter partes* ; celui-là les relations

entre le créancier et les tiers, en tant qu'elles portent sur cet objet de propriété spécifique.

La première case du tableau est facile à remplir ; la dernière l'est un peu moins, faute de parvenir à déterminer tout ce qui peut y entrer. D'un point de vue positif, on identifie aisément la relation qui se forme entre deux choses – c'est-à-dire entre les propriétaires de deux choses, mais à raison de celles-ci. Aux termes de l'article 637, la servitude est la relation qui se noue entre deux fonds : elle est « une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». Cette quatrième case s'ouvre-t-elle aussi bien à d'autres droits qu'immobiliers ? À considérer les situations actuelles, une réponse négative s'impose ; mais il y a quelques raisons de dépasser le constat. Certes, il n'est pas facile d'imaginer qu'un semblable rapport lie deux meubles, car on ne devine pas le type de proximité qui justifierait qu'ils puissent se trouver pris dans un rapport obligatoire. Encore faut-il être prudent dans l'affirmation : les discussions relatives à la servitude de non-concurrence ont permis de faire émerger la possibilité d'une relation obligatoire entre deux fonds de commerce, l'un s'assurant réellement contre une absence de concurrence émanant de l'autre⁸⁴. À supposer qu'on en admette la légitimité, faudrait-il élever cette relation au rang de servitude mobilière ? Et n'est-elle pas susceptible de se concevoir en matière incorporelle, lorsque le titulaire de droits sur un personnage figuré accepte qu'il intervienne dans un programme développé par un autre propriétaire : n'est-on pas alors dans une relation mobilière, qualifiable dans une perspective réelle ? L'imagination des juristes n'étant jamais en repos, on pourrait peut-être même agiter la possibilité de relations réelles entre meubles et immeubles : l'immobilisation par affectation au service d'un fonds ou par attache à perpétuelle demeure présente un certain rapport obligatoire du meuble au fonds qui s'en réserve les utilités ; si les propriétaires étaient distincts, cette piste pourrait déboucher sur une relation entre deux choses. Tout cela est prospectif : pour l'heure, la servitude demeure l'unique représentant de la catégorie, la seule modalité positive de rapport entre deux biens.

Telle qu'elle est définie, la servitude entretient sans doute quelques relations avec les droits réels sur la chose d'autrui, notamment du point de vue de son objet : ce sont toujours des utilités du fonds servant qui sont concédées au fonds dominant, mais des utilités limitées, plus circonscrites que dans les droits réels. S'il y a une certaine parenté d'objet avec ces derniers, la servitude ne se réduit pas à ce modèle. D'abord, parce que les deux protagonistes qui y interviennent sont des propriétaires, liés chacun à leur bien ; les utilités concernées par la servitude resteront attachés aux fonds en cas de

84. E. Moreau, « La "servitude de non-concurrence", étude critique », *D.* 1994.331. V. les réflexions de Fr. Zénati, sous Com., 15 juillet 1987, *RTD civ.* 1989.351, et Civ. 3^e, 24 mars 1993, *RTD civ.* 1993.853.

cession de l'un ou l'autre, de telle manière que le lien de servitude continuera de réunir les deux propriétaires en cette seule qualité. La servitude s'écarte encore des droits réels par l'inscription dans le temps : parce qu'elle est un service foncier et garantit l'exercice de la propriété du fonds dominant, elle est aussi perpétuelle que la propriété ; tandis que le droit réel sur la chose d'autrui objecte par principe aux prérogatives du propriétaire assujéti, si bien qu'il ne peut être que temporaire.

55. – **Relation complexe : les droits réels *stricto sensu*.** La typologie des droits est plus inattendue lorsque les sujets actif et passif s'y manifestent sous des qualités différentes. La relation à laquelle on est le plus habitué, notamment parce qu'elle avait joué un rôle séminal chez Ginossar⁸⁵, c'est le droit réel *stricto sensu* – que l'on nomme parfois droit réel sur la chose d'autrui pour le distinguer du terme générique de droit réel, auquel on préfère ici celui de situation réelle. Il s'agit du rapport juridique qui relie un créancier – pris comme titulaire d'un patrimoine –, à un débiteur qui intervient sous sa seule qualité de propriétaire d'un bien, support du droit réel. Dans cette conception, le droit réel ne se limite évidemment pas à être un droit sur une chose, comme l'énonce la doctrine classique ; il s'agit plus exactement d'un droit circonscrit par les utilités concédées, que le titulaire exercera contre le propriétaire de la chose pris en cette seule qualité, et qui se conservera contre tous les propriétaires successifs tant que le droit se maintiendra.

Quant à l'objet de ce droit, ce sont les utilités qui auront été neutralisées pour le propriétaire, de façon à être mises à la disposition du titulaire. Ainsi de l'*usus* et du *fructus*, pour faire simple, dans le cas de l'usufruit. D'autres découpages sont possibles dans l'économie des biens : le droit d'usage y isole la jouissance nue, à l'exclusion de tout autre prérogative, et le droit d'habitation va moins loin encore ; la superficie temporaire crée un découpage horizontal dans l'épaisseur du sol, le tréfonds ou la surface faisant alors l'objet d'une concession particulière ; les sûretés réelles affectent à leur titulaire un droit sur la valeur de la chose, qui leur permet de la faire vendre et de se payer par préférence sur le prix. Mais si l'on veut au mieux saisir toutes les utilités dont la concession est envisageable, on ne peut faire mieux que se référer aux usages ruraux et forestiers, qui illustrent jusqu'à la caricature l'idée de concession des utilités, en même temps qu'ils témoignent de ce qu'a pu être l'ancien système des saisines. Ces droits forestiers demeurent actuels, qui sont réglementés par le Code forestier⁸⁶ : droit d'affouage, autorisant les titulaires à prélever du bois de chauffage dans certaines forêts ; droit de pâturage, permettant d'y faire paître toutes espèces de bestiaux ; droit de pacage, qui est le droit de dépouillage dans les forêts des bêtes aumailles et chevalines ; droits de panage, de païsson ou de glandée, consistant à faire parcourir les forêts par les porcs pour qu'ils s'y nourrissent selon des modalités diverses.

85. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, précité.

86. Art. L. 138-1 et s. C. forestier.

Issus d'anciennes saisines, ces usages forestiers forment une limite naturelle aux droits réels. C'est moins par l'identité de la chose asservie ou la nature de son propriétaire qu'ils gênent, que par le caractère circonscrit des utilités qu'ils confèrent au titulaire. Elles sont en effet si étroitement conçues que par leur objet, ces droits évoquent fortement les servitudes. Ce qui se comprend : les fonds étant autonomes, les relations entre eux se monnaient par des concessions limitées, qui n'accomplissent qu'à la marge les besoins du fonds dominant. L'économie des droits réels est tout autre, qui permet à leur titulaire de bénéficier d'utilités principales sur la chose en cause, ou une partie de celle-ci. Aussi bien certains refusent-ils d'admettre que n'importe quelle utilité puisse en constituer l'objet, pour réserver cette possibilité à des prérogatives essentielles – qui font quasiment du droit réel une forme tolérée de propriété temporaire. Dans cette vision extrême, le droit réel ne se distingue plus de la propriété que par sa durée : il est temporaire quand la propriété ne l'est pas ; mais du point de vue des prérogatives, rien n'est différent, jusqu'à l'*abusus* : possibilité de disposer de la chose pour le propriétaire, du droit réel pour le titulaire.

Cette conception limitative n'est peut-être plus souhaitable, et l'on serait davantage partisan d'ouvrir convenablement l'objet de ces droits réels, mais à la condition essentielle que ce soit de façon temporaire : à ce titre, un droit d'affichage devrait fort bien pouvoir s'analyser ainsi⁸⁷, mais pas un droit de rétention, qui ne donne à son titulaire aucun droit de jouissance sur la chose⁸⁸. Au fond, on ne voit pas de raison décisive pour écarter tel ou tel objet du droit réel, fût-il excessivement circonscrit⁸⁹. Si l'on devait identifier le droit réel, c'est un peu à la façon des Romains que l'on souhaiterait le faire : relèvent de cette qualification toutes les situations où l'on peut dire que c'est la chose qui doit à une personne, en ce qu'elle offre d'elle-même certaines de ses utilités aux pouvoirs du titulaire du droit. Certes, à l'écart de tout anthropomorphisme, il est plus exact d'estimer que c'est le propriétaire de la chose qui est débiteur – mais débiteur strictement limité à une obligation temporaire de ne pas faire, dont l'objet porte précisément sur les utilités auxquelles il a renoncées dans l'intérêt exclusif du titulaire du droit.

56.– **Relation complexe : les obligations à l'égard des choses.** La situation symétrique de la précédente apparaît comme le parent pauvre du droit des biens, puisque l'obligation ainsi constituée n'a trouvé ni son statut, ni son

87. *Contra* : Civ. 3^e, 18 janvier 1984, *Bull. III*, n° 16, p. 12, *D.* 1985.504, et la remarquable note approbative de Fr. Zénati ; plus incertain, Civ. 3^e, 19 novembre 1985, *D.* 1986.497, note Fr. Zénati.

88. *Contra* : Civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, *JCP* 1992.II.21971, note Ramarolanto-Ratiaray, *RTD civ.* 1992.586, note P.-Y. Gautier.

89. Cette libre création des droits réels est parfois justifiée par l'invocation de l'arrêt *Caquelard* ; mais il est si difficile d'interprétation que l'on préfère le laisser de côté, plutôt que de le forcer en y trouvant un principe que l'espèce dément peut-être (Req., 13 février 1834, *DP* 1834.1.218 ; S. 1834.1.205).

appellation, au point que l'on puisse se demander si la catégorie existe. Structuellement, il s'agirait du rapport de droit où la chose serait comme créancière – c'est-à-dire son propriétaire –, à l'égard d'un débiteur personnellement engagé à son endroit. Sitôt que l'on a formulé cette possibilité, des difficultés se présentent qu'il n'est facile ni d'écarter ni de traiter. On admet en effet qu'une chose soit débitrice envers une personne, mais non qu'une personne se trouve soumise à un bien. Une part de tradition se dissimule derrière cette réserve : la féodalité courbait le front des serfs devant ses exigences foncières, ce qui a pu alimenter l'idée qu'une soumission personnelle ressusciterait le spectre de l'Ancien Régime. Mais il y a plus : selon l'article 686, il est permis aux propriétaires d'établir toute servitude en faveur de leur propriétés, pourvu néanmoins que le service ne soit pas imposé à une personne mais à un fonds ; l'interdiction des servitudes *in faciendo* constitue l'argument textuel qui justifie la prohibition des obligations en faveur d'une chose – ce qui empêche de remplir la dernière case du tableau, demeurée vacante.

21. Cette ancienne prohibition doit-elle se maintenir ? Ne faudrait-il pas plutôt constater que le droit positif l'a pour partie abolie ? Ainsi de l'hypothèque où, par l'effet de la loi, le propriétaire d'un bien acquis dispose d'un droit direct – en garantie par exemple –, contre le constructeur, le vendeur ou l'importateur de la chose, alors qu'il n'est pas son ayant cause et qu'il n'y a pas eu de transmission particulière. Ainsi encore de l'acquéreur d'un immeuble assuré qui, en tant que nouveau propriétaire et hors de toute stipulation contractuelle, bénéficie du droit à garantie constitué par le propriétaire précédent contre l'assureur. Dans ces diverses hypothèses, on constate qu'à l'écart de la notion de servitude – qui n'a jamais été sollicitée pour les reconnaître –, une personne se trouve personnellement engagée envers une chose, ce qui garantit à son propriétaire une jouissance juridique améliorée. Peut-on déduire de là que la réglementation du Code civil a été débordée par la pratique, et qu'il ne reste plus qu'à envisager la consécration de ces obligations à l'égard des choses ?

57.– **Diversité des situations relevant de l'obligation réelle.** Si le principe de ces situations réelles ne nous trouble plus guère, au moins dans ces exemples, il reste à en faire une analyse exacte. Car il ne faudrait pas confondre les droits ou les obligations à l'égard des choses, avec ce que l'on appelle communément les obligations réelles, ou *propter rem*. Le flou qui gouverne ces notions est tel qu'on ne peut guère les appréhender sans craindre de se fourvoyer⁹⁰. Et du reste, ces obligations sont-elles d'une seule espèce ? À l'observation, quatre cas de figures apparaissent, qui peuvent apparemment relever d'une communauté de perception.

90. L. Michon, *Des obligations propter rem dans le Code civil*, th. Nancy 1891 ; M. de Juglart, *Obligation réelle et servitude en droit français*, th. Bordeaux 1937 ; H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, LGDJ, 1957 ; J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, th. Paris I, 2002.

Au titre de ces obligations, on peut d'abord évoquer le revers des situations réelles répertoriées : si le titulaire d'un droit réel ou d'une servitude se trouve dans une relation obligationnelle en tant que sujet actif, c'est qu'il y a chaque fois un propriétaire qui intervient en tant que sujet passif. Peut ainsi être considéré comme débiteur à raison de son bien le propriétaire qui subit le droit réel, ou le propriétaire du fonds servant. Il y a alors obligation à raison de la propriété d'une chose, mais celle-ci n'apparaît pas en situation de créancière : son propriétaire n'est que débiteur d'une obligation de ne pas faire, au sens où il doit subir des empiètements des bénéficiaires de prérogatives réelles. Et s'il est vrai que le propriétaire est débiteur à l'égard du droit réel ou du fonds dominant, il n'est pas question d'y voir l'obligation d'une personne à l'égard d'une chose : c'est dans la qualité de propriétaire que l'assujettissement a lieu.

Une deuxième situation mérite mieux le qualificatif d'obligation réelle : les créances ou les dettes accessoires à la propriété d'une chose ou à la titularité d'un droit réel. L'article 605 fournit un excellent exemple de la catégorie, ainsi que de son caractère ambigu : « l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire... ». Il suit de là que l'usufruitier comme le propriétaire subissent l'un et l'autre des charges accessoires à la propriété ou à l'usufruit de l'immeuble : l'un doit entretenir la chose de façon ordinaire, l'autre extraordinaire ; mais ils sont l'un et l'autre tenus *propter rem*, c'est-à-dire qu'ils le sont à cause de la chose sur laquelle ils exercent leurs prérogatives. S'agit-il d'une situation réelle comparable à la précédente ? On hésite d'autant plus à le reconnaître que ce type de dette, inhérent à l'existence d'une situation réelle, ne présente en soi aucun caractère réel. Si la dette ou la créance sont suscitées par la chose, celle-ci n'intervient ni comme créancière ni comme débitrice. S'agissant la plupart du temps de charges d'entretien, elles se présentent comme d'ordinaires obligations de somme d'argent, à deux éléments près. D'une part, ces charges sont placées sous le contrôle d'un titulaire de situations réelles, qui peut exiger qu'elles soient honorées sans pour autant en être créancier : le copropriétaire du mur mitoyen s'assure que les travaux ont bien été exécutés, comme le propriétaire du fonds servant ou le titulaire de l'usufruit ; pour autant, rien ne leur est personnellement dû, sinon le principe de ces travaux. Par ailleurs, en cas d'impossibilité d'exécution, le débiteur a le loisir d'abandonner son droit ou ses prérogatives en faveur de cette personne, qui, en contrepartie, aura tout l'entretien à sa charge⁹¹. Ces obligations ne sont donc singulières que par la situation accessoire où elles s'insèrent, et la possibilité d'un déguerpissement. Par leur régime juridique,

91. V. A. Breton, « Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français », *RTD civ.* 1928.261, qui a une conception très large du déguerpissement, et qui l'assimile à toute renonciation à un droit de l'article 543 ; B. Boubli, « La fonction libératoire du déguerpissement », *JCP* 1973.I.2518.

elles ne présentent guère de trait saillant puisqu'aussi bien elles apparaissent comme des droits personnels communs⁹².

C'est parce que l'obligation réelle est ordinaire en tant que *vinculum juris* qu'il faut la distinguer d'autres types d'obligations accessoires à des situations réelles, dont la typologie est décidément fort délicate. Et tout d'abord, de l'obligation *scripta in rem*. Le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué ou le propriétaire d'un bien grevé d'une sûreté réelle donnée pour autrui ne deviennent pas personnellement débiteurs de la dette garantie ; pour autant, ils peuvent décider de la payer plutôt que de subir la saisie du bien. Ils ont intérêt à acquitter une dette inscrite dans le cadre de la propriété, mais qui n'est pas une dette *propter rem* puisqu'ils n'en sont à aucun égard débiteur. Si l'on s'écarte ainsi quelque peu de la situation précédente, on observe qu'une faculté de délaissement est ouverte au détenteur de l'immeuble hypothéqué, qui évoque l'abandon libératoire sans s'identifier à lui : le délaissement est certes un abandon de propriété, mais relatif à un immeuble compromis ; c'est une facilité pour le propriétaire, qui abandonne à un curateur le soin d'apurer les dettes dont l'immeuble est le siège.

Les obligations réelles doivent encore être distinguées de la charge réelle, qui présente de notables particularités du point de vue de sa structure. En effet, la charge réelle grève un fonds – ce qui signifie qu'elle pèse sur son propriétaire –, mais sans bénéficiaire désigné à l'avance. Plutôt qu'une dette à l'égard d'un créancier, plutôt qu'une servitude à l'égard d'un fond voisin, elle constitue une charge nette inhérente à la propriété – c'est-à-dire une cause certaine de passif accessoire à la chose, mais en attente d'un bénéficiaire qui viendra la constituer en dette. On en trouve un bon exemple dans l'article 1386, aux termes duquel « le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction » : c'est le propriétaire qui est tenu, ès-qualité, et non le gardien de l'immeuble comme l'eussent exigé les règles de la responsabilité du fait des choses. La fécondité de la notion de charge réelle est certaine, quoique les auteurs y aient rarement recours. C'est à une telle analyse que l'on peut essayer de référer la théorie des troubles du voisinage, qui oblige d'en subir les inconvénients normaux de quelque source qu'ils procèdent⁹³. C'est encore à elle qu'il faut soumettre une situation encore peu explorée, qui va néanmoins se développant sans que l'on sache clairement la traiter : celle des biens à valeur vénale négative. Comment faut-il considérer le propriétaire d'un terrain pollué, ou sur lequel un bâtiment s'est effondré, qui se trouve confronté à un coût d'aménagement supérieur à la valeur vénale qui sera celle du terrain une fois réhabilité ? Si l'on avance qu'il est propriétaire d'un terrain dont le prix est négatif, la

92. J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, th. Paris I, 2002.

93. R. Libchaber, « Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles du voisinage », in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, t. 1, p. 421.

compétence du droit civil s'alarme devant l'anormalité de la situation, tant du point de vue des biens – qui ont nécessairement une valeur positive, seule à même de les insérer dans le commerce juridique –, que de celui des obligations : on ne conçoit pas une vente dans laquelle il revienne au vendeur de payer le prix ! C'est encore la notion de charge réelle qui vient donner la solution : le terrain est compté pour sa valeur abstraite, étant entendue que le propriétaire subit une charge accessoire, c'est-à-dire un passif qui reste en attente d'un créancier destiné à l'actualiser.

58.– **L'obligation d'une personne envers une chose.** Ce n'est ni la charge réelle, ni l'obligation réelle ou *propter rem* qui pourrait constituer la quatrième case de notre tableau, celle que l'évolution historique a laissée en blanc. Si certaines obligations sont susceptibles d'y entrer, ce sont celles qui relient une personne débitrice au propriétaire d'une chose, considéré en cette qualité : tous les sous-acquéreurs de la chose seront en conséquence immédiatement créanciers, tandis que le débiteur restera tenu sur son patrimoine tant que la jouissance de la chose l'exigera. À titre d'exemple, on a déjà évoqué la garantie des vices cachés dans la vente ; on pourrait également alléguer de l'obligation de non-concurrence dans les cessions successives de fonds de commerce ; peut-être encore de l'obligation souscrite par l'assureur de chose, tenu à indemnisation quel qu'en soit le propriétaire, selon les stipulations du contrat. Dans ces hypothèses, le propriétaire de la chose considérée se trouve par nature créancier à l'endroit d'un titulaire originaire, qui ne peut pas s'exonérer de sa dette en excipant de l'absence de lien contractuel qui les relierait. Pour autant, une certaine gêne nous prévient de remplir tout uniment cette case vide. Car ces situations ont toujours été envisagées dans le cadre du droit des obligations, sans jamais avoir été conçues sous l'angle du droit des biens : aussi bien n'apparaissent-elles pas comme des obligations à l'égard d'une chose, mais davantage comme des incarnations de la notion d'action directe dans les chaînes de contrat, ce qui vient brouiller l'analyse que l'on pourrait en faire. Pour les établir dans leur dignité de situation réelle, il convient d'argumenter à contre-courant du droit positif, ce qui laisse inquiet des possibilités de convaincre.

Les raisonnements qui ont été développés dans le cadre des chaînes de contrat ont abouti, en doctrine comme en jurisprudence, à l'idée qu'une créance donnée se transmettait à tous les sous-acquéreurs, accessoirement au bien cédé : c'est le critère de l'*intuitus rei*, particulièrement illustré par une formule célèbre d'Aubry et Rau⁹⁴. Si l'on admet à présent que l'on se trouve plutôt dans le cadre d'une situation réelle, l'énigme des conditions de la transmission du droit est résolue par la disparition de l'idée même de trans-

94. « Le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualités actives, ou qui en sont devenus des accessoires » (Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. II, 7^e éd. par P. Esmein, § 176, n° 69, p. 104).

mission. Entre le premier acquéreur et le sous-acquéreur, il n'y a ni cession ni report légal du droit à garantie : celui-ci renaît dans chacun des patrimoines accessoirement à la chose, car tout se passe comme si cette dernière était la véritable créancière de la garantie – c'est-à-dire son propriétaire, quel qu'il soit, car c'est pour lui la condition même d'une jouissance paisible.

En admettant ces nouvelles situations réelles, on retrouverait la structure des droits réels, mais inversée. Du point de vue des modes de constitution, les choses seraient bien plus simples : le droit réel contrarie la souveraineté du propriétaire, qui doit tolérer l'immixtion d'une personne qui lui apparaît fondamentalement comme un intrus ; au lieu qu'en la matière, la créance garantit les droits du propriétaire, en l'assurant d'un mode de jouissance toujours satisfaisant. Ce qui implique une constitution facilitée : au lieu de fonctionner au rebours des intérêts du propriétaire, ces obligations se situent dans son prolongement, ce qui les rend plus faciles à concevoir.

59.– **Situations réelles : droits réels et assujettissements aux biens.** S'agit-il pour autant de situations réelles ? On peut hésiter devant le terme. Ce qui est certain, c'est que l'article 543 définit de façon limitative les prérogatives réelles qui peuvent profiter à une personne. On peut être propriétaire d'un bien, situation privilégiée dans laquelle la personne s'en réserve par principe toutes les utilités. En dehors de la propriété, on peut avoir des prérogatives limitées dans leur étendue comme dans le temps, par le biais de droits réels : concession des utilités de la chose, le droit réel peut aller jusqu'à l'équivalent d'une propriété temporaire, quand les utilités dévolues sont prises dans une acception extensive. Le dernier type de prérogative réelle s'incarne dans la servitude, c'est-à-dire la situation où une personne jouit de certaines utilités d'un fonds dans sa seule qualité de propriétaire d'un autre fonds. L'article 543 avait donc fait le tour des prérogatives d'une personne sur un bien ; et si l'on doit lui reconnaître un caractère limitatif, c'est parce que l'imagination humaine est impuissante à concevoir d'autres structures de prérogative que celles que l'on vient d'évoquer.

D'un autre côté, pourquoi limiter les situations réelles aux seules prérogatives sur les biens : pourquoi ne pas y intégrer les assujettissements réels, qui ne nous font plus si peur ? À cet égard, la servitude peut sans conteste jouer le rôle de passeur entre les deux rives : si elle révèle une face active de prérogative au profit du propriétaire du fonds dominant, elle dissimule une face passive qui consiste dans l'assujettissement subi par le propriétaire du fonds servant. Or il existe d'autres situations d'assujettissement à un bien, qui présentent d'incontestables aspects réels, quoiqu'on les traite habituellement sous l'angle personnel, c'est-à-dire contractuel. À ce titre, il y a un certain nombre de questions que l'on éviterait de se poser si l'on raisonnait de cette façon renouvelée, et notamment toutes celles qui ont trait à la transmission.

Le temps n'est-il pas venu d'ouvrir nos conceptions à la totalité du champ

obligatoire, et à la diversité des relations aux biens? Cela ne remettrait pas en cause le caractère limitatif des prérogatives réelles, puisque l'on se bornerait à constituer en catégorie de principe les assujettissements à une chose. Ce faisant, on épanouirait la variété des relations entre les personnes et les biens – si proches par leur structure.

B. – *LE RENOUVELLEMENT DES DROITS RÉELS*

60. – *État actuel des droits réels.* Pour des raisons historiques, le Code civil a traité les droits réels sur la chose d'autrui – c'est-à-dire les droits réels *stricto sensu* –, de façon restrictive. Parce qu'ils permettaient de sauver l'économie des relations rurales, ils ont été marqués de deux caractéristiques fortes. D'abord, ils n'avaient droit de cité qu'en matière immobilière – foncière, pour être plus exact, puisqu'ils prenaient le relais des anciennes saisines en les limitant dans la durée. Pour leur part, les meubles ne pouvaient être démembrés que selon deux droits réels : l'usufruit, assurant le maintien des conditions de vie du conjoint survivant ; le gage, permettant au propriétaire de trouver du crédit. Ces droits conduisaient moins à une utilisation optimale des meubles concernés qu'ils n'assouissaient de besoins particuliers. La perspective était donc toute différente de celle qui s'offrait au propriétaire d'un immeuble. Par ailleurs, les droits réels ne devaient être consacrés qu'en nombre limité, de manière à éviter d'empiéter excessivement sur le domaine de la propriété : si leur nombre s'accrut de façon significative après 1804, au fur et à mesure de la manifestation des besoins et de la remontée des souvenirs des utilités de l'Ancien droit, ce fut toujours sous le couvert d'un *numerus clausus* chaque fois invoqué – qui est à lui seul fort significatif d'un persistant malaise à l'égard du démembrement.

De cet ensemble d'éléments résulte une conception doublement restrictive des droits réels : non seulement ils sont nécessairement immobiliers, mais leur nombre est fort limité. À ces deux points de vue, notre époque pourrait aisément évoluer. Pour des raisons plusieurs fois invoquées : les craintes d'un retour de la féodalité nous ont quittés, et la propriété privée est suffisamment bien assise dans son principe pour que l'on n'ait rien à redouter d'une multiplication des démembrements. De plus, les raisons de limiter ces droits à la matière immobilière se sont dissipées avec le temps : les droits réels ne visent plus à répartir largement les utilités du sol, et l'absolue primauté de l'immeuble représente un état de droit dépassé dont on ne cesse de constater les inconvénients. Suffit-il de ces arguments pour considérer que la sphère des droits réels devrait s'ouvrir? Encore faudrait-il avoir déterminé quelle fonction spécifique ils occuperaient aujourd'hui.

61. – *Utilité actuelle de la catégorie des droits réels.* Avant d'évoquer quelque renouvellement des droits réels que ce soit, une question préalable

se présente : si l'on admet la nécessité d'une rupture avec le droit napoléonien, ne faut-il pas aussi bien s'interroger sur les raisons d'une survie de la catégorie des droits réels? Nés d'une volonté de recycler une part de l'organisation foncière ancienne dans le droit nouveau, ces derniers n'auraient-ils pas épuisé leur mission historique au point que l'on puisse désormais s'en passer – ou à tout le moins conserver ceux qui ont prouvé leur utilité, sans songer à en créer de nouveaux?

Par rapport à de simples droits personnels, qu'est-ce que la technique des droits réels est aujourd'hui susceptible d'apporter? La réponse tient en un simple mot : la stabilité; mais les acceptions dans lesquelles il faut prendre ce terme sont variées. Cette stabilité procède par excellence de l'opposabilité du droit réel, garantie en toutes matières pour peu que les formalités qui la permettent aient été respectées : inscription sur un fichier, pour les immeubles, les meubles immatriculés ou certaines propriétés incorporelles; possession du titulaire en matière mobilière corporelle; information du débiteur pour ce qui concerne les droits personnels. Une fois acquise, cette opposabilité n'empêche nullement le propriétaire de céder sa chose; mais le droit réel se maintient contre l'acquéreur, obligé de subir les mêmes empiètements parce qu'il avait les moyens de les connaître avant d'acquiescer. De plus, le titulaire d'un droit réel est protégé dans sa jouissance, puisqu'il peut lui-même se défendre en justice contre des menaces venues de tiers ou du propriétaire lui-même. En matière immobilière, ce sont les actions possessoires qui le permettent; elles sont exclues en matière mobilière, ce qui ne prive pas le titulaire de possibilités de défense : contre les tiers, il pourra faire valoir ses droits par une action confessoire; contre le propriétaire, il garantira sa jouissance par une extrapolation de l'article 599, règle spéciale à l'usufruit mais dont le principe de fonctionnement doit être conçu de façon plus vaste. Il semble enfin que dans la durée, les droits réels soient plus stables que les droits personnels, parce que leur composante contractuelle s'affaiblit devant la rigidité de la structure réelle. S'ils sont constitués à titre onéreux et procèdent d'un contrat à exécution successive, le défaut de paiement donne moins facilement prise à une exception d'inexécution⁹⁵ : le juge sera plus souvent conduit à prononcer l'exécution forcée contre les velléités du propriétaire de retrouver la jouissance de son bien, en dépit de l'existence du contrat. Cette stabilité dans le temps pourrait enfin déboucher sur un autre effet, mais qui n'a rien de certain : toutes les fois que la chose sur laquelle porte le droit est plus essentielle au titulaire qu'à son propriétaire, on peut se demander si l'on ne déduira pas à l'existence d'un droit au renouvellement, suscité par l'empreinte matérielle du titulaire dans la jouissance de la chose.

Si l'on voulait en renouveler le champ d'application, les droits réels que l'on consacrerait aujourd'hui seraient asservis à un besoin de stabilité du titulaire, dirigé tout autant contre le propriétaire que les tiers. Faut-il déve-

95. Civ. 3, 21 janvier 1998, *Bull. III*, n° 18, p., D. 1999.571, note Bl. Mallet-Bricout.

lopper des droits ainsi conçus? On se demandera plutôt si le droit positif ne s'est pas orienté en ce sens, en renforçant certains droits personnels d'une façon surprenante. D'abord, lors de la réforme opérée par la loi du 9 juillet 1975, en octroyant la protection possessoire aux simples détenteurs, alors qu'elle était traditionnellement réservée aux possesseurs. De plus, on constate que la revendication du propriétaire bute de plus en plus souvent sur la résistance de la détention : non seulement l'exécution forcée se généralise en matière de droits personnels supposant l'intervention de choses, mais l'efficacité du droit de rétention a été spectaculairement accrue par la qualification de droit réel : discutable du point de vue de l'analyse, elle aboutit néanmoins à faire efficacement pièce à la revendication du propriétaire, qui en est traditionnellement l'incarnation essentielle.

62.— **Renouvellements des droits réels : la « réalisation » des droits personnels.** Ces remarques induisent une première tentation dans le renforcement de la sphère des droits réels : la « réalisation » des droits personnels portant sur des choses. Encore le seul fait de parler de droits portant sur des choses est-il déjà révélateur d'une fondamentale ambiguïté, en ce qu'il suppose une réalité larvée, que le droit se refuse à reconnaître. Si le droit est personnel, il ne réside que dans un service ; mais si l'*usus* traditionnellement entendu est en cause, c'est que l'on est dans la réalité. Dans le cas du bail, du prêt de choses, du dépôt, comment faut-il qualifier les liens tissés entre le détenteur et la chose? Idéalement, il ne devrait pas y en avoir : le locataire, l'emprunteur ou le dépositaire jouissent d'un service ou le rendent : ils n'ont aucun accès direct et immédiat à la chose. Si l'on voulait pousser cette logique à son terme, il faudrait estimer que le locataire d'un immeuble inscrit sa vie quotidienne à l'intérieur d'un volume d'air, mais que toute atteinte d'ordre réel lui est interdite : peut-il seulement planter un clou de sa propre autorité, sans passer d'un service rendu à une jouissance réelle? De même, le dépositaire effectue une prestation en faveur d'un propriétaire en conservant sa chose ; mais il est entendu qu'il n'a aucun accès à ses utilités, et pas même aux prérogatives matérielles immédiates qui lui permettraient de la conserver. Dans cette conception du droit personnel appliqué à des situations mettant en jeu des choses, n'y a-t-il pas une forte part de mensonge, à bien des égards regrettable?

C'est à l'épreuve de la revendication qu'il faudrait soumettre cette « réalisation » des droits personnels. La revendication est à juste titre considérée comme l'incarnation suprême des pouvoirs du propriétaire : elle lui permet de faire pièce à une dépossession non désirée comme telle, en excipant de la puissance de la propriété. Cette revendication doit-elle encore être admise lorsqu'un contrat est intervenu? Certes, en revendiquant malgré les effets du contrat, le propriétaire se prépare à violer sa parole. Mais après tout, l'absolutisme de la propriété devrait le lui permettre — sous réserve des dommages-intérêts contractuels qui lui seront légitimement infligés, alourdis à proportion de sa mauvaise foi dans l'exécution de ses obligations. En pra-

tique, un juge confronté à la revendication aura peut-être la tentation de prononcer l'exécution forcée du contrat, en nature. Mais ce n'est là qu'une échappatoire commode, sur le terrain contractuel. La question de principe est davantage de déterminer si les droits de l'emprunteur, du locataire ou du dépositaire ne devraient pas opposer à la revendication une résistance propre, qui serait du même ordre que celle que le titulaire d'un droit réel serait fondé à opposer. Et sinon à une « réalisation » au sens propre, peut-être faudrait-il aboutir à une situation intermédiaire, qui interdise au propriétaire de mettre fin à un contrat même s'il ne fait que rendre service au détenteur.

63.— **La « réalisation » des droits personnels : le cas du bail.** À suivre l'évolution du bail, il apparaît que cette interprétation strictement personnaliste ne peut être maintenue qu'à coup d'efforts répétés. Si la thèse personnelle est acquise en droit positif⁹⁶, la réalité du bail est un très vieux problème, qui n'a au fond jamais cessé de se poser⁹⁷. Pourquoi? Parce que le régime du bail s'est trouvé dès l'origine fortement teinté de réalité. Si l'on convient de ce qu'un droit réel est d'abord un droit sur une chose, il faut bien constater que tout locataire dispose d'un accès direct à la chose, qui va loin puisqu'il exerce sur elle un véritable droit de jouissance : faut-il considérer qu'elle n'est que de fait? Il restera alors à justifier l'existence de prérogatives véritablement extravagantes dans le cadre d'un droit personnel ; ainsi de la perception par le locataire des fruits du jardin loué avec la maison, quoiqu'il ne soit pas détenteur du *fructus*. Par ailleurs, le Code civil a doté le bail immobilier d'une opposabilité native, qui n'est rien d'autre que l'image même d'un droit de suite : si le bail n'est qu'un service, il devrait s'éteindre en cas de vente de la chose louée, sauf clause contractuelle, le propriétaire n'étant plus à même de le rendre ; en admettant dans l'article 1743 que le bail s'impose à l'acquéreur, le Code fit le choix de le doter de l'attribut essentiel du *jus in re*, en lui évitant la précarité du *jus ad rem*. Enfin, si l'on confronte le bail au prêt, on constate qu'une délivrance est prévue dans le premier cas, délivrance qui ne se conçoit que dans une perspective essentiellement réelle, puisqu'elle doit être ici entendue comme le « transport de la chose [louée] en la puissance et possession du [locataire] ». De plus, la garantie des vices cachés est prévue au profit du locataire, ce qui montre mieux encore à quel point ses droits s'in-

96. L'analyse inaugurale se trouve dans : Req., 6 mars 1861, DP 1861.1.418, S. 1861.1.713, arrêt d'autant plus important que Troplong était alors Premier président de la Cour de cassation, et qu'il avait été un ardent défenseur de la thèse réaliste dans son traité (R.-T. Troplong, *Droit civil. L'échange et du louage*, Paris, 1840, n° 473 et s., p. 269). C'est avec l'arrêt du 21 février 1865 que la Cour de cassation prend définitivement son parti, sur lequel elle n'est toujours pas expressément revenue : Civ., 21 février 1865, DP 1865.1.133, S. 1865.1.113.

97. J. Derrupé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952 ; pour une actualisation de la thèse, v. J. Derrupé, « Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire », in *Mélanges Louis Boyer*, Université de sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 169. Zénati et Revet, *op. cit.*, n° 212, p. 248.

carnent dans la chose louée. À cette réalité inscrite dans la structure du bail devaient s'ajouter les effets induits par la reconnaissance progressive de la réalité de certains baux spéciaux : bail emphytéotique, bail à réhabilitation, ou concession immobilière. Est-ce leur durée qui y conduit, ou quelque chose d'inhérent à tout bail, sur lequel on a spécialement fait fond mais qui est susceptible de resurgir dans toute situation comparable ? Devait encore s'ajouter à cela une autre forme de réalisation, avec la reconnaissance de diverses propriétés entées sur des baux : propriété commerciale, propriété culturelle.

Il suit de là que le bail est l'illustration caricaturale des contradictions de la matière : la pression à la réalité y est saisissante, tout autant que les résistances du droit positif, qui maintient une analyse ancienne dont on finit par ne plus saisir la raison d'être. Le bail est ainsi la pierre de touche de la réalité des droits personnels portant sur des choses : si l'on convient de sa réalité, il pourra entraîner tous les autres droits derrière lui ; si l'on estime qu'il y a avantage à maintenir une analyse personnelle, elle sera *a fortiori* conservée ailleurs.

64.— **Renouvellements des droits réels : le cas de l'usufruit.** Une deuxième ligne de renouvellement des droits réels s'est d'ores et déjà manifestée avec les difficultés de plus en plus nombreuses suscitées par l'usufruit. Tel qu'il a été prévu par le Code civil, l'usufruit est le droit réel par excellence. Non seulement les prérogatives sur lesquelles il ouvre sont particulièrement étendues, mais il est le seul droit à pouvoir s'appliquer indifféremment à tous les biens : aux termes de l'article 581, « il peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles ». Cette universalité de l'usufruit a entraîné un effet pervers, que l'on a déjà constaté avec la propriété. La notion est unitaire, dont la définition est d'ailleurs calquée sur le modèle de l'article 544 : le propriétaire peut « jouir et disposer » de la chose, mais la disposition n'entre pas dans les prérogatives de l'usufruitier qui peut seulement en jouir de la chose, le propriétaire peut « jouir et disposer de la manière la plus absolue », tandis que l'usufruitier ne peut en profiter que « comme le propriétaire lui-même » ; les restrictions imposées au propriétaire tiennent enfin au nécessaire respect des lois et des règlements, alors que l'usufruitier a la charge de « conserver la substance de la chose ». Mais si les traits de l'usufruit sont fermement dessinés, son application aux biens les plus divers emporte d'étonnantes variations de régime, qui conduisent parfois à se demander si l'on n'a pas tout simplement changé de droit réel. Usufruit des créances et des droits sociaux, des droits intellectuels et des universalités, des choses consommables et de celles qui ne s'épuisent que dans le temps : autant d'étonnantes variations sur un thème unique, qui mettent en cause l'homogénéité de la notion.

Cette adaptabilité de l'usufruit s'explique aisément. Parce qu'il est traditionnellement conçu dans une perspective successorale, parce qu'il a toujours permis le maintien des conditions de vie du conjoint survivant

l'usufruit s'est modelé par nécessité sur tous les biens pouvant figurer dans la succession du *de cuius*. Cette plasticité est notable, qui a fini par offrir des modèles de réglementation différents, que la pratique a pu exploiter dans le cadre de montages patrimoniaux variés. Au point que l'on en arrive aujourd'hui à devoir distinguer l'utilisation normale de l'usufruit, asservie à des finalités familiales, d'un droit réel qui lui ressemble comme une ombre dans sa technique, mais non dans ses finalités : l'usufruit est aussi un moyen économique de démembrer les éléments du patrimoine, dans une perspective notamment fiscale. Il n'y a rien à objecter à cette utilisation nouvelle de ce droit réel, qui n'en suscite pas moins deux causes d'étonnement. D'une part, on peut se demander s'il est légitime de détourner dans une perspective économique un régime prévu pour une maintenance successorale — perspective dans laquelle on constate d'actuelles mutations, peut-être à fin d'adaptation⁹⁸. D'autre part, le développement de ce nouvel usufruit manifeste le besoin d'un démembrement nouveau, purement économique, dont le droit français pourrait envisager la consécration.

C'est avec le quasi-usufruit que le divorce entre les perspectives familiale et économique aboutit à la caricature⁹⁹. Le quasi-usufruit fut d'abord prévu pour s'adapter aux biens matériellement consommables, ceux que le premier usage détruisait. En l'étendant aux deniers, qui sont juridiquement et non matériellement consommables, le Code civil suscitait une déformation singulière du quasi-usufruit, qui sortait des contraintes infligées par la nature des choses pour s'apparenter à une technique de gestion des biens. Lorsque la volonté des parties aboutit à l'appliquer à tous les types de biens, comme s'il était un modèle juridique disponible, on augmente encore l'écart entre la perspective familiale première et la composante économique devenue décisive. Surtout, on utilise par la bande un procédé de type fiduciaire, qui ouvre sur une troisième ligne de renouvellement des droits réels.

65.— **Renouvellements des droits réels : le besoin d'une fiducie.** Les droits étrangers nous ont montré toute la souplesse que la fiducie permettait d'obtenir dans diverses situations juridiques : la gestion de biens, les libéralités ou les sûretés¹⁰⁰. Jusqu'à présent, le droit français s'est montré réfractaire à une reconnaissance officielle : la fiducie ne s'y manifeste que par effraction. On la surprend à l'œuvre dans les institutions irrégulières, qui reposent sur la consommabilité ou la fongibilité des biens concernés (dépôt irrégulier et

98. Ainsi dans la loi du 3 décembre 2001, où l'objectif de maintenance du conjoint survivant passe par un droit au logement, temporaire (art. 763, al. 1) ou viager (art. 764, al. 1), qui prend ses distances avec l'usufruit successoral traditionnel, et manifeste peut-être son épuisement.

99. En doctrine, la redécouverte du quasi-usufruit est dans P. Sirinelli, « Le quasi-usufruit », *Les Petites Affiches* 1993, n° 87 p. 30 et n° 89, p. 4. ; v. surtout les profondes réflexions de Pr. Zénati, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la mététempycose de la valeur) », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 605.

100. Cf. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, Economica, 1981.

gage translatif de propriété; quasi-usufruit et prêt de consommation), dans les substitutions fidéicommissaires, les conventions de portage, la clause de réserve de propriété ou encore la cession Dailly utilisée en lieu et place du nantissement. Faut-il aller au-delà, en admettant ouvertement le principe de la fiducie, qui deviendrait disponible pour les propriétaires de biens? Des projets ont été formés, qui n'ont pas abouti¹⁰¹. En dehors de la préoccupation législative, on peut se demander si le problème a été bien posé. Car si l'on désire une fiducie inspirée du trust, il faudra tout de même l'adapter aux contraintes du droit français, ce dont on n'a jamais vraiment examiné la possibilité.

Que l'on évoque la fiducie ou le trust, on est en présence d'une même structure fondamentale : un propriétaire remet des biens à un fiduciaire, chargé d'une mission déterminée; une fois celle-ci accomplie, le fiduciaire devra à son tour les transférer à un bénéficiaire désigné d'emblée. Pour acclimater cette fiducie au droit civil, certains droits étrangers ont eu recours à l'idée de patrimoine d'affectation : le fiduciaire deviendrait propriétaire des biens, qui seraient néanmoins isolés de son patrimoine; ils lui appartiendraient, sans pour autant relever de l'article 2093. Il reste que cette analyse est boiteuse : en ce qu'elle déroge à la conception positive du patrimoine, bien sûr; mais également parce qu'elle ne rend pas vraiment compte des pouvoirs du fiduciaire : non seulement sa propriété est temporaire, par hypothèse, mais ses prérogatives sont encadrées par l'acte constitutif. Il en résulte que la propriété fiduciaire ne peut en aucune manière répondre des exigences de l'article 544, ni le fiduciaire se considérer comme un souverain maître de choses, qui lui ont été confiées de façon précaire.

Toute autre difficulté mise à part, il est particulièrement ardu de déterminer l'identité du propriétaire, au sens du droit français, des biens faisant l'objet d'une fiducie. Le droit anglais ignore la difficulté, qui déclare simultanément le fiduciaire titulaire d'une *legal ownership*, et le bénéficiaire d'une *equitable ownership*. La répartition de la propriété sur deux têtes étant exclue en droit français, il reste à déterminer lequel des deux rassemble les prérogatives de l'article 544. À cet égard, il semble évident que seul le bénéficiaire peut y prétendre. Certes, il ne dispose d'aucune prérogative matérielle, toutes actuellement détenues par le fiduciaire. Mais celles dont il jouit ne sont que temporaires et encadrées, qui dénaturent jusqu'à l'idée de propriété exclusive. Tandis que le bénéficiaire dispose, *stricto sensu*, d'une propriété nue : lui seul est apte à consolider dans son patrimoine les utilités de la chose; à mesure qu'elles deviendront disponibles à l'avenir; lui seul est maître dans le futur, ce qui suffit à incarner le principe de la propriété. Mais si on le déclare propriétaire au sens de l'article 544, la logique du droit civil oblige à

101 M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Rép. Defrénois* 1991.961.

considérer le fiduciaire comme titulaire d'un droit réel, en vertu duquel il est autorisé à détenir les biens et à les gérer, selon l'acte constitutif et pour le temps prévu. Encore ce droit réel devra-t-il être consacré par la loi. On pourrait certes le concevoir comme une variété d'usufruit – entendu au sens d'une véritable propriété temporaire –, s'il se bornait à la simple gestion des biens. Mais les droits du fiduciaire vont au-delà, puisqu'il peut être amené à disposer des biens qu'il remplacerait par d'autres, sans qu'il y ait d'altération de principe dans les droits du propriétaire. Cette conception d'un droit réel qui ne sauvegarde pas la substance de la chose a de quoi surprendre; encore l'effet de surprise se réduit-il dès lors que l'on estime que la chose est vendue au nom et pour le compte du propriétaire, comme si elle l'était par un représentant¹⁰².

La volonté de transposer le trust en droit français, ou d'y instaurer une fiducie, nous amène aux limites de ses possibilités techniques. En opérant trait pour trait un décalque de la figure, ce n'est pas sur une double mutation que l'on débouche, mais sur un droit réel strictement proportionné à la mission du fiduciaire, qui supposera toujours la nécessité de pouvoir céder la chose. Le droit français gagnerait-il à en prévoir la validité? Peut-être, à la condition d'admettre que cette fiducie à la française serait tout autre chose que le trust. Car le droit réel ainsi constitué sera limité dans sa durée, de manière à ne pas dévorer les prérogatives de principe du propriétaire. Ainsi, dans les conditions actuelles, le droit français pourrait au mieux se doter d'un droit réel extrêmement complet, qui lui donnerait certains avantages de la fiducie en lui permettant par exemple une gestion facilitée du patrimoine d'autrui – mais sans la souplesse de principe du trust.

* *
*

66. – **Besoins d'une recodification et limites nécessaires.** Cette dernière hypothèse nous conduit aux frontières du droit des biens. À l'instant d'abandonner l'ipséité de la chose pour mieux garantir l'administration du patrimoine d'autrui, il risque de s'abîmer dans une sorte d'indifférence à la matérialité des biens, où se détecterait en creux la primauté de leur valeur. En retour, le règne de la valeur signerait la disparition même du droit des biens, ce droit attaché à la singularité des choses, et donc menacé par l'expansion indéfinie des effets de la fongibilité – véritable équivalence généralisée entre les biens, niant toute possibilité de distinction. Ce qui désigne deux bornes naturelles, essentielles à son existence. D'une part, le droit des biens est lié à l'identification des choses, condition même de l'exercice du droit de pro-

102. B. Lotti, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, th. Paris XI 1999.

priété. Par ailleurs, il doit demeurer à distance du droit des personnes. De même que la personne perd sa singularité en se rapprochant des biens, en devenant elle-même un bien, de même le droit des biens ne peut survivre qu'à la condition de ne pas trop se soumettre aux intérêts des personnes, de ne pas infléchir ses règles de fonctionnement à seule fin de devenir un mode privilégié d'administration des patrimoines.

On espère l'avoir montré, le renouvellement du droit des biens est une nécessité suscitée aussi bien par la sclérose du droit de l'immeuble, que par les possibilités dues aux révolutions secrètes dont la matière n'a jamais cessé d'être le lieu. Mais une refonte ne résulte pas d'un simple *imperium* normatif, de la seule volonté du législateur : celui-ci est tenu par l'organisation intellectuelle d'un système, qui ne laisse à la création qu'une marge somme toute étroite. C'est cette structure souterraine que l'on a ici essayé de faire apparaître, de déployer dans ses lignes de force profondes. S'il devait demain y avoir une recodification, on souhaiterait qu'elle soit respectueuse de cette organisation intellectuelle qui a subi l'épreuve du temps sans démeriter. L'heure est sans doute venue de reconsidérer la diversité des biens, d'élargir le spectre des situations réelles; mais ces diverses évolutions sont dans la dépendance nécessaire d'une conception radicale de la propriété, dont la théorie a été faite une fois pour toutes par le droit romain. C'est cette propriété, et non l'immeuble, qui constitue la véritable épine dorsale de notre droit; c'est en fonction d'elle seule que devront s'organiser des projets de réforme devenus nécessaires. Un législateur n'est pas un démiurge : on peut former le vœu augural que confronté à la recodification des biens, il ne se laisse pas gagner par l'*hybris* et prenne appui sur ce qu'il y a d'intangible dans notre droit, pour accepter tous les renouvellements qui apparaîtront à la charnière du possible et du souhaitable.

CODIFIER OU RECODIFIER LE DROIT DES SÛRETÉS PERSONNELLES ?

Philippe SIMLER

Professeur à l'Université Robert-Schuman, Strasbourg
Doyen honoraire de la Faculté de droit,
de sciences politiques et de gestion
Membre de l'Institut universitaire de France

Peu de matières ont connu, depuis 1804, dans un contexte législatif aussi stable, des évolutions aussi profondes dans la pratique que celle des sûretés personnelles. Sous réserve de quelques ajouts opportunistes récents, qui n'en ont pas amélioré la qualité, le titre XIV du Livre III du Code civil – *Du cautionnement* – est resté inchangé. Flanqué aujourd'hui d'un certain nombre de satellites gravitant sur des orbites plus ou moins rapprochées, le cautionnement demeure la sûreté le plus massivement mise en œuvre. Le contentieux est révélateur à cet égard. Alors que, jusque vers le milieu du XX^e siècle, les recueils ne livraient, en cette matière que quelques rares décisions, la seule Cour de cassation en rend actuellement plusieurs centaines chaque année.

On n'épiloguera pas ici sur les raisons de ce formidable succès du cautionnement. Est rituellement évoqué un déclin corrélatif des sûretés réelles, qui auraient été laminées par les réformes successives du droit des procédures collectives. L'hypothèse est pourtant sujette à... caution. Les sûretés réelles ont elles aussi connu un succès croissant, quoique plus linéaire, accompagné d'une remarquable diversification. Il n'apparaît pas, par exemple, que ce que l'on a joliment appelé, en 1994, le « printemps des sûretés réelles »¹ se soit

1. Cf., sous ce titre, à propos de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994, M. Cabrillac et Ph. Pétel, *D.* 1994, chron. p. 243.