page 1 bl

page 2 bl

LA PROPRIÉTÉ
ÉTUDE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Fondements de la politique

Collection dirigée par Yves Charles Zarka
Directeur de recherche au CNRS

Série Essais

Mikhaïl Xifaras

La propriété
Étude
de philosophie du droit

Publié avec le soutien de
l'Université de Franche-Comté

Presses Universitaires de France

À mon grand-père, Dorel Handman, *in memoriam*

ISBN 2 13 053791 X
ISSN 1242-8124

Dépôt légal — 1re édition : 2004, janvier

© Presses Universitaires de France, 2004
6, avenue Reille, 75014 Paris

Introduction

1. Dans le langage ordinaire, le mot propriété désigne le droit de posséder exclusivement quelque chose et d'en user à sa guise, une intuition très générale, et par conséquent très indéterminée, du *mien*. Cette intuition, certainement fort utile dans la vie quotidienne pour distinguer ma voiture ou mon parapluie de celui du voisin, est cependant passablement confuse. Ainsi, lorsqu'en 1848, pour ainsi dire sous le feu des barricades, Victor Cousin emploie ses talents à défendre l'ordre social et la propriété privée contre l'insurrection parisienne, il écrit :

> « La propriété est sacrée parce qu'elle représente le droit de la personne elle-même. Le premier acte de pensée libre et personnelle est déjà un acte de propriété. Notre première propriété, c'est nous-mêmes, c'est notre moi, c'est notre liberté, c'est notre pensée ; toutes les autres dérivent de là et la réfléchissent. »[1]

Faut-il prendre au sérieux une telle affirmation ? Suis-je, *au sens propre,* propriétaire de mes pensées, de ma liberté, de ma personne ? Celles-ci sont indubitablement *miennes,* mais comment ne pas accorder alors que je suis libre de me faire esclave ou de vendre mes reins, puisqu'en tant que propriétaire j'en ai le libre usage ? Bien entendu,

1. Victor Cousin, *Justice et Charité,* Paris, Didot, 1848, p. 27.

dans la citation précédente, Cousin a simplement défendu l'idée selon laquelle chacun d'entre nous a droit à la propriété en tant que personne libre, mais l'ambiguïté de la formulation montre l'impossibilité de s'en tenir à des intuitions générales dans une matière décidément subtile. On peut chercher alors à corriger notre auteur en distinguant une propriété qui serait « première », d'essence psychologique et philosophique puisqu'elle porte sur la personne elle-même, des « autres propriétés » désignant les propriétés juridiques, ayant une chose matérielle pour objet. On énoncera alors l'intuition précédente sous la forme de la définition suivante : le droit de propriété est celui par lequel une personne dispose d'une chose matérielle de manière absolue.

Plus précis, et déjà plus technique, cet énoncé est cependant loin de pouvoir prétendre décrire avec rigueur la complexité des diverses pratiques d'appropriation, telles qu'elles se donnent à voir dans le monde contemporain. C'est la raison pour laquelle les spécialistes n'ont jamais pu s'en tenir là. Pourtant, alors que dans son sens technique le terme est riche de très nombreuses déterminations, le langage commun est longtemps resté l'horizon de la science juridique en matière de droit des biens. Les grands auteurs classiques, qu'ils s'inscrivent dans la tradition de la *Common Law,* comme Blackstone ou Austin, ou dans celle du droit civil, comme Pothier ou Savigny, ont conçu une définition du droit de propriété assez proche de l'idée d'un « pouvoir absolu d'une personne sur une chose matérielle », destinée à ramener la foissonnante diversité des rapports juridiques de propriété à un archétype unique, à savoir un droit complet et unitaire sur lequel devait reposer la cohérence de la théorie générale du droit des biens.

L'ambition de faire coïncider le langage courant et la langue juridique en hissant cette dernière au même degré de simplicité paraît désormais hors de portée. S'il arrive que l'on rencontre encore parfois cette définition dans les manuels, la doctrine juridique contemporaine s'accorde en général à reconnaître que le droit des biens est en crise, et qu'aucune définition de la propriété ne parvient à décrire correctement l'ensemble du droit actuel. Fort de ce constat, on est allé jus-

qu'à parler d' « extinction »[1], ou encore de « désintégration de la propriété »[2] pour décrire l'abandon progressif de l'idée d'un pouvoir absolu d'une personne sur une chose, au profit d'une autre notion, plus obscure, celle de faisceau de droits *(bundle of rights),* divisibles et superposables, n'ayant pas nécessairement des choses tangibles pour objet, mais désignant l'irréductible hétérogénéité des objets appropriés et des régimes juridiques auxquels ceux-ci sont soumis. La définition traditionnelle, restée en vigueur dans le langage commun, est désormais jugée ténébreuse ou contradictoire par les juristes qui préfèrent parler de *secret,* de *droit de regard,* de *protection,* d'*exclusivité*[3]. Il faut en faire son deuil : nous ne savons plus avec exactitude ce que désigne le terme « propriété ».

2. Cette désintégration de la forme classique de la propriété serait le fruit de sa propre histoire, une conséquence du développement interne du capitalisme moderne, devenu en quelque sorte « postpropriétaire » en vieillissant. Efficace pour désigner le face-à-face de l'artisan et de ses outils, du paysan et de son champ, à la rigueur de l'entrepreneur et de son usine, la définition absolutiste et matérielle de la propriété serait incapable de rendre compte des objets de l'économie contemporaine, de la propriété des créances (actions, obligations, etc.) ou des biens immatériels (marques, brevets, œuvres...), mais aussi des droits sociaux, des considérations environnementales, de la protection des consommateurs, des politiques d'aménagement du territoire, bref, des rapports de droit qui unissent actuellement les hommes et leurs richesses, devenus trop irréductiblement complexes pour être ramenés à un paradigme unique.

S'esquisse ainsi le scénario d'une histoire de la forme classique de la propriété. On sait, grâce à de nombreux travaux historiques récents,

1. Ejan Mackaay, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? » in *Nouvelles technologies et propriété,* Actes du Colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 novembre 1989, Montréal, Thémis - Paris, Litec, 1991, p. 217-247.

2. Thomas C. Grey, « The Desintegration of Property », *Nomos (Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy),* XXII, J. R. Pennock and J. W. (eds), New York, New York University Press, 1980, p. 69-87.

3. Cf. Mackaay, *op. cit,* p. 218.

que nous devons la possibilité métaphysique de sa conception aux audaces des théologiens de la seconde scolastique et aux jusnaturalistes hollandais et anglais du XVIIe siècle[1]. Nous savons encore que le droit naturel de propriété est déclaré par les grands textes fondateurs de notre modernité juridique, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,* ou encore le *Bill of Rights* de la Constitution américaine, et qu'il est devenu une norme positive en trouvant consécration dans les législations modernes, à l'instar du Code civil français. Nous savons enfin qu'il est revenu aux juristes, théoriciens et praticiens, de faire entrer cette norme dans la vie du droit tout au long du XIXe siècle.

De ce point de vue, l'exemple français est tout à fait instructif : en 1789, l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* protège « les propriétés », expression qui fleure encore bon l'enchevêtrement des maîtrises foncières de l'Ancien Régime. En 1791, on fait corriger cet énoncé au nom des lois de l'orthographe[2], et le texte garantit désormais « la » propriété, mais ce n'est que dans la formulation du Code civil, en 1804, que celle-ci trouve sa configuration définitive comme « droit le plus absolu de jouir et de disposer » d'un bien matériel. La faculté métaphysique d'exercer un empire individuel sans borne sur les créatures inférieures chère à la théologie est ainsi identifiée à une forme juridique concrète, vraisemblablement née de la rencontre doctrinale entre le *domaine utile* de la théorie du domaine divisé et le *dominium in plena potestas* des théologiens-juristes[3]. Désormais, toutes les maîtrises foncières, tous les « droits réels », tous les régimes juridiques qui font le droit des biens doivent être compris comme des manifestations, plus ou moins complètes ou plus ou moins parfaites, d'une essence unique : la propriété au singulier, forme archétypique de toutes

1. Marie-France Renoux-Zagamé, *Les origines théologiques du concept moderne de propriété,* Genève, Droz, 1986.

2. Cf. Stéphane Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,* Paris, Hachette, 1988, et, sur les enjeux de cette correction, M. Suel, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir », *Revue de droit public,* Paris, 1974, p. 1295-1318.

3. Sur ce point, cf. R. Feenstra, « Les origines du domaine utile chez les glossateurs », in *Fata Juris romani. Études d'histoire du droit,* Leyde, Presses Universitaires de Leyde, 1974, p. 215-260.

les propriétés réelles, devient l'horizon exclusif de l'ensemble des rapports juridiques d'appropriation. La science juridique du XIXe siècle, qu'on désignera ensuite comme « classique », en hissant une de ses catégories au rang des concepts de la théologie rationnelle, fait d'une forme contingente de propriété un droit éternel et sacré, sur lequel est censée reposer la législation moderne. La Révolution française déchirée quant à la nature politique du nouveau régime, acquiert rapidement la certitude que celui-ci sera en tout état de cause fondé sur la propriété. Un consensus politique se cristallise autour du nouveau dogme, assez solide pour garantir la continuité de la Nation, tandis que périssent les régimes constitutionnels. En 1850, un vieillard aura connu trois Révolutions, un Empire et deux Restaurations, mais un seul Code civil, une seule définition de la propriété.

Ce consensus politique tiendra à peu près jusqu'au milieu du XIXe siècle. En 1840, Proudhon peut encore le constater[1] et revendiquer d'avoir été le premier à lui jeter l'anathème[2] en inaugurant par son célèbre pamphlet *Qu'est-ce que la propriété ?* un cycle nouveau, celui de l'irruption violente de la question sociale sur la scène publique. Huit ans plus tard, le pays est à feu et à sang, et la pomme de discorde est la propriété. La fin du consensus politique ne sonne pourtant pas le glas de l'autorité du dogme. Tout au contraire, c'est parce que les différents protagonistes de la terrible querelle s'accordent sur une même définition de la propriété qu'ils s'affrontent sur le terrain de sa légitimité et de son inviolabilité. De Thiers à Leroux, de Cousin à Considérant, de

1. « Le peuple enfin consacra la propriété... Dieu lui pardonne car il n'a su ce qu'il faisait. Voilà cinquante ans qu'il expie une misérable équivoque [...]. Le peuple voulut que la condition de propriétaire fût la même pour tous ; que chacun pût jouir et disposer librement de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie. Le peuple n'inventa pas la propriété mais comme elle n'existait pas pour lui au même titre que pour les nobles et pour les tonsurés, il décréta l'uniformité du droit [...] Il y eut progrès dans l'évolution du droit, il n'y eut pas de révolution. » Pierre-Joseph Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ? ou recherche sur le principe du droit et du gouvernement, Premier mémoire,* Paris, Garnier Frères, 1848 (1840), p. 25.

2. « La propriété est-elle juste ? Tout le monde répond sans hésiter : oui, la propriété est juste. Je dis tout le monde, car personne jusqu'à présent ne me paraît avoir répondu avec pleine connaissance : non. » Pierre-Joseph Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?... Premier mémoire, op. cit.,* p. 26.

Dunoyer à Proudhon, on trouve l'institution juste ou injuste, naturelle ou conventionnelle, généreuse ou égoïste, on y voit le droit ou l'abus du droit, voire même le vol, le pilier de l'ordre social ou celui de la tyrannie ploutocrate, on dispute donc de ses fondements, de ses origines et de ses fins, mais jamais de ce qu'elle *est,* tant sa définition reste évidente pour tous. Proudhon le dit d'ailleurs fort bien :

> « La notion la plus exacte de la propriété, c'est le domaine absolu, exclusif, autocratique de l'homme sur la chose ; domaine qui commence par l'usucapion, se continue par la possession et trouve enfin, à l'aide de la prescription, sa sanction dans la loi civile ; domaine qui identifie l'homme et la chose de telle sorte qu'il peut dire : celui qui exploite mon champ est comme celui qui me ferait travailler moi-même, donc il me doit récompense. »[1]

Portalis, Guizot et Thiers ne disent pas autre chose ; la seule différence, c'est que, eux, sont *pour.* Le consensus dogmatique, né de la cristallisation d'un consensus politique relativement éphémère, a résisté à l'éclatement de ce dernier, pour finir par s'échouer à nos pieds dans la seconde moitié du XXe siècle. La critique de la propriété n'est ainsi jamais parvenue à remettre en question sa définition dogmatique. Pour le dire autrement, en empruntant cette fois au vocabulaire de Jacques Rancière, la question de la propriété a bien été la grande *question sociale* du XIXe siècle, les questions sociales étant de celles qui reposent sur un *désaccord* ; mais, faute de porter sur sa nature même, elle n'a jamais réussi à se hisser au rang des *questions politiques,* qui, elles, reposent sur une *mésentente,* qu'on reconnaît à ce que les protagonistes ne parlent jamais de la même chose[2].

Ce n'est donc pas la contestation politique de l'ordre propriétaire qui est venue à bout de la propriété classique, mais l'évolution du capitalisme lui-même, emportant dans ses transformations le dogme qui lui a donné naissance, et les idéologies qui – *pro* ou *contra* – firent fond sur ce dogme.

1. Pierre-Joseph Proudhon, *Deuxième mémoire sur la propriété,* in *Œuvres complètes,* Paris, Rivière, 1935 (1840), t. XI, p. 80.
2. Jacques Rancière, *La mésentente. Politique et philosophie,* Paris, Galilée, 1995.

3. La philosophie a enregistré cet événement. La justification du capitalisme, en tant qu'il se présente comme l'institution de la liberté, est désormais cherchée du côté des rapports entre les personnes, dans une théorie des droits individuels et des libres conventions, plutôt que dans une déduction rationnelle de l'empire humain sur les choses. En cessant d'être la pierre angulaire de la théorie générale du droit des biens, la propriété a du même coup cessé d'être la matrice théorique du libéralisme, politique et économique. Ainsi s'explique le peu d'intérêt actuel pour la notion, sa dilution dans des problématiques plus vastes, celles de la Justice ou des micro-pouvoirs.

Cette disgrâce philosophique mérite toutefois qu'on s'y arrête. Sans aucun doute, la désintégration du dogme propriétaire et des idéologies afférentes peut être reçue comme une incitation à penser à autre chose, à libérer les questions sociales et politiques d'un prisme mutilant parce que trop étroit. Mais ce pourrait être aussi bien une invite à reprendre à nouveaux frais la question de la propriété, dans une perspective dégagée du dogme propriétaire. Ce dogme, comme on l'a vu, repose sur l'identification du droit naturel théo-philosophique et d'une forme juridique contingente, suffisamment générale pour s'être imposée, aux yeux de la pensée juridique classique, comme l'archétype de toutes les formes concrètes d'appropriation. Le geste théorique qui consiste à prendre acte de la mort du dogme pour conclure au décès conjoint de la propriété elle-même, accorde en fait une dernière fois cette identification de l'essence du droit et d'une configuration juridique privilégiée, et reconduit pour ainsi dire le dogme en l'enterrant. Ainsi, on préférera voir dans l'incapacité présente des spécialistes à proposer une définition synthétique de la propriété qui corresponde à celle en vigueur dans le langage courant une occasion inespérée de parvenir à appréhender l'institution elle-même, dans la réalité de toutes ses configurations concrètes, sans la confondre avec le montage idéologique qui la réduit à l'une d'entre elles.

Autrement dit, si sur le plan de l'histoire de l'idéologie libérale et de ses contestations la désintégration du dogme propriétaire est un événement considérable, ce n'est pas le cas sur le plan de l'histoire de la propriété elle-même, qui n'est pas réductible à une idéologie. Tout au

plus cette désintégration, en déchirant le voile, pousse moins à déserter la matière qu'à renoncer à la traiter en s'appuyant sur un dogme devenu introuvable, pour lui préférer la chose elle-même. La fin de ce dogme permet enfin d'envisager une critique philosophique des conceptualisations *réelles* de la propriété.

4. Non pas que la « réalité » des rapports de propriété puisse être indépendante de l'idée que s'en font les acteurs et les juristes. Que serait la « propriété réelle » hors du cadre mental que tracent nos conceptions, sinon le chaos de pratiques humaines indescriptibles parce qu'impensées ? Pourtant, toutes ces conceptions ne sont pas également réelles, pour la raison qu'elles ne sont pas également efficaces. Certaines d'entre elles en effet sont assez effilées, assez rigoureusement déterminées, pour convenir précisément aux pratiques qu'elles décrivent et quelles règlent, assez convaincantes, donc, pour s'imposer dans la vie du droit. On pourrait dire, pour parodier une formule célèbre, que certaines idées juridiques deviennent des forces matérielles lorsqu'elles s'emparent des acteurs du droit, particulièrement de ces acteurs privilégiés que sont les juristes praticiens. Ainsi, certaines conceptions ne sont pas seulement plus objectives que d'autres, elles jouent un rôle actif dans la production des institutions en fournissant le lexique et la grammaire dans lesquels se disent les rapports de la vie réelle et les montages normatifs qui leur sont directement applicables.

Ce constat pourrait bien conduire à réévaluer l'apport de la pensée juridique à l'histoire conceptuelle de la propriété. Dans les traités de jurisprudence, on ne trouvera sans doute pas l'origine de l'idéologie propriétaire et de ses alternatives, qui structurent encore les discours politiques contemporains, ni même les prodromes de l'idée métaphysique d'un droit naturel de propriété, que la doctrine se contente d'emprunter aux jusnaturalistes. Mais faut-il que l'histoire conceptuelle soit exclusivement celle des purs concepts et des discours, laissant de côté l'étude de l'élément conceptuel des institutions, leur esprit objectif ?

Si l'on se tourne vers les modes de production de cet élément, le rôle de la doctrine juridique n'apparaît plus du tout comme secon-

daire[1]. Sans doute ne choisit-elle pas son objet, sans doute reçoit-elle le droit existant comme un donné, mais outre qu'elle à son mot à dire sur ce qui est du droit et ce qui ne l'est pas, cette soumission s'arrête au respect, plus ou moins scrupuleux, de la lettre des textes, le reste étant affaire de créativité herméneutique. Ainsi, sous couvert de glose de l'article 544 du Code civil, les juristes théoriciens donnent à la notion de propriété un contenu effectif qui déborde largement l'énoncé que ce contenu est censé « appliquer » inventent, des modèles théoriques inédits de l'institution qui prennent en charge la richesse de ses multiples déterminations concrètes. Ainsi, il n'y a pas véritablement de conception de la propriété selon le Code civil, mais bien plutôt l'usage de diverses conceptions qui peuvent toutes s'en réclamer.

Dès lors, on comprend qu'il est difficile de considérer que l'histoire du concept de propriété moderne s'arrête en 1804 avec le triomphe du dogme propriétaire. Tout au contraire, cette histoire est relancée par le défi que représente l'inscription, dans la vie du droit, de dispositions du Code qui comptent parmi les plus abstraites qui soient. Ce défi fut relevé par les juristes praticiens pour ce qui concerne l'application des normes, et par la doctrine, qui s'est chargée d'inventer les catégories sans lesquelles ces montages normatifs inédits eussent été inconcevables. La tâche, pour être plus discrète, n'est peut être pas moins stratégique que celle qui consiste à déclarer des droits universels : il s'agit de produire les fondations d'un monde juridique nouveau. Ce travail titanesque peut être considéré comme achevé en 1870. Ainsi, en même temps que la science juridique se gargarisait de la propriété comme « pouvoir absolu d'une personne sur une chose matérielle », elle inventait, dans le silence des ateliers où se pratique *l'ars juris,* les échafaudages catégoriels requis par les diverses manifestations positives du droit de propriété.

La doctrine juridique ne se contente donc pas de produire une vulgate, elle agence des règles et s'attelle à les penser. Ce dernier aspect de

1. L'apport, pourtant considérable, des juristes à l'histoire sociale et intellectuelle de cette période a été largement occulté par l'historiographie moderne. On trouve une bonne mise au point dans Donald Kelley et Bonnie Smith, « What was Property ? Legal dimension of the social question in France (1789-1848) », in *Proceedings of the American Philosophical Society,* Philadelphia, 1984, vol. 128/3, p. 200-230.

son activité est souvent passé inaperçu au point qu'on estime encore aujourd'hui que les premières générations de commentateurs du Code furent de simples « exégètes », scientifiquement stériles et politiquement conservateurs, qui se seraient contentés de réciter le Code, sans talent ni originalité. Il est vrai que les préfaces de ces ouvrages sont généralement l'occasion de défendre et d'illustrer emphatiquement l'infinie sagesse du législateur, et qu'elles méritent rarement le mal qu'on s'est donné pour les écrire. Mais la créativité conceptuelle des juristes ne doit pas être cherchée dans les préfaces, où se lisent plutôt les allégeances politiques et les préjugés idéologiques, mais bien dans le corps des traités, là où sont examinés les cas difficiles, où faits et choses trouvent leur qualification technique, où s'affrontent les opinions divergentes, bref : dans l'élément technique du droit. Au demeurant, n'y aurait-il pas quelque naïveté à faire crédit aux préfaciers lorsque ces derniers affichent leur entière soumission à la volonté politique que manifeste la loi ? N'est-ce pas leur faire trop confiance que d'en conclure que l'élément technique du droit est assez neutre pour transmettre la volonté politique du législateur dans la pratique, assez transparent pour ne pas mériter l'attention critique des historiens et des philosophes ?

5. Ce livre traitera donc de l'élément conceptuel du droit, des élaborations catégorielles de la doctrine, dans la mesure où elles dessinent les figures théoriques de la propriété moderne, la réponse à la question un peu vertigineuse : *Qu'est-ce que la propriété ?* On ne se demandera pas si la propriété est juste ou injuste, légitime ou usurpée, utile ou nuisible, efficace ou dispendieuse, ou encore si sa forme privée est préférable à sa forme publique, sa forme sociale à sa forme légale, si elle est plus vertueuse lorsqu'elle est foncière ou plus pernicieuse lorsqu'elle est mobilière, si elle protège plutôt la production ou la consommation, l'usage ou le pouvoir, ni même si elle est d'origine romaine ou coutumière, toutes questions qui supposent qu'on sache déjà de quoi il est question, mais, plus simplement, ce qu'elle *est* lorsqu'elle est considérée en elle-même dans ses déterminations essentielles.

Certes, il y a un parti pris un peu austère dans cette résolution. On attend ordinairement des livres consacrés à la propriété qu'ils nous

disent quelles sont les justifications rationnelles du droit de propriété, de ses conditions et de ses limites ; ce qui fait que la propriété est comme elle est, dans quels phénomènes elle trouve ses causes ; enfin à quoi elle peut servir, quelles fonctions elle remplit[1]. Sans aucun doute, ces questions, celles du fondement, des origines et des fins de l'institution, sont celles qui nous intéressent le plus, ce sont elles qui font l'objet de conflits politiques et sociaux, à propos desquels se prennent les décisions, ce sont elles qui fournissent les arguments dans les débats publics. Toutes ces questions, hélas, sont suspendues à la possibilité de répondre à celle de savoir ce qu'*est* la propriété, et l'on accordera que ce préalable forme le projet d'une étude assez écrasante pour qu'un livre lui soit entièrement consacrée.

Mais un tel détour est-il bien nécessaire ? N'est-il pas inutile de connaître les diverses configurations techniques d'un concept légal pour discuter de sa rationalité, de ses causes ou de ses fonctions ? Ne pourrait-on considérer que la propriété est le *sien* de chacun, et que les formes juridiques qu'il revêt dans tel ou tel État, à telle ou telle époque, sont sans rapport avec les principes qui gouvernent sa juste allocation ? Il est vrai que les disciplines du devoir être peuvent se satisfaire d'un concept général et abstrait de l'avoir, ou plus exactement s'inscrire dans une division théorique du travail où il revient à la doctrine juridique de donner un contenu empirique à ce concept. Il est donc parfaitement possible (et d'ailleurs passionnant) de raisonner sur l'avoir en général. Mais cette généralité se paie du renoncement à la prétention de procéder à l'application des principes aux règles positives, dont l'existence et le contenu sont délibérément ignorés. On ne saurait en effet réformer des institutions existantes, ou vouloir en créer de nouvelles, en confondant l'idéal qu'elles produisent d'elles-mêmes et les principes réels qui gouvernent leur organisation, en prenant leur légitimation idéologique pour leur esprit objectif. Autrement dit, la propriété « en général » existe bien, mais c'est un concept normatif vide de tout contenu, et par conséquent inconnu du droit. Il est, au sens strict « irréalisable ».

1. Cette présentation est suggérée par David Bleich, « Hegel's answer to questions we know not how to ask », *Cardozo Law Review,* New York, 1989, vol. 10, p. 1073 *sq*.

On objectera encore que la désintégration du dogme propriétaire nous offre le spectacle d'un droit des biens désormais orphelin de l'intuition théorique qui lui donnait l'apparence de l'unité, déployant l'irréductible diversité empirique de ses objets et de ses régimes, diversité dans laquelle s'épuisent les significations du terme propriété, devenu « faisceau de droits ». Le point de vue du praticien peut se satisfaire d'une situation dans laquelle l'absence de toute conceptualisation générale permet de jouir, sans entraves théoriques, de la souplesse empirique de montages normatifs livrés à eux-mêmes, pour le plus grand profit de ceux qui savent en user. Mais si la propriété n'est pas son abstraction érigée en dogme, est-elle pour autant condamnée à désigner la juxtaposition des pièces d'un mécano juridique sans ordre, qu'on devrait infiniment décrire sans jamais réussir à les penser ? Du moins ne saurait-on répondre à cette question sans avoir essayé, sans avoir par conséquent postulé qu'il est possible de rendre compte de l'élément conceptuel de l'institution réelle de propriété sans dogmatiser, ni se perdre dans le marais de l'empiricité.

6. On se risquera donc dans la pénombre des traités, là où se donne à lire la genèse conceptuelle des déterminations les plus concrètes de la propriété moderne. Bien entendu, cette lecture n'est pas un simple rapport, elle doit procéder à la reconstruction des arguments et des catégories, dès lors que, à de notables exceptions près, la doctrine – par vocation professionnelle autant que par choix littéraire – n'expose guère ses productions théoriques pour elles-mêmes, mais dans la mesure où celles-ci intéressent la solution d'un problème de droit. La science juridique se donne en effet pour objet de clarifier et d'exposer l'état du droit dans la perspective pratique de son bon fonctionnement. C'est donc presque toujours dans une posture de soumission à la réalisation des montages normatifs que se forgent les configurations conceptuelles de la propriété. Ces dernières ne sont ainsi pas exposées pour elles-mêmes, dans leur cohérence propre, et leur exposition est d'ailleurs largement indifférente à la finalité ultime de la discipline. Ce qui intéresse la doctrine en effet, c'est la cohérence des normes elles-mêmes, pas celle des catégories qui les enchâssent. C'est bien pourquoi règne le

plus souvent, en matière d'élaboration conceptuelle, un éclectisme d'autant plus impénitent qu'il s'ignore, propre à faire sursauter les philosophes les mieux disposés à l'endroit des matières juridiques. Autrement dit, la science juridique, et c'est son génie propre, n'a pas vraiment pour objet de nous apprendre ce qu'est la propriété, mais plutôt de la mettre en œuvre après lui avoir donné naissance. Elle n'est pas éclectique par ignorance de la notion de système ou par défaut de rigueur, mais parce que, science pratique tournée vers la résolution de problèmes pratiques, elle trouve sa systématicité dans la cohérence des normes qu'elle décrit, pas dans celle des concepts qu'elle utilise. En ce sens, on peut dire d'elle qu'elle est architectoniquement dogmatique.

On ne peut donc envisager une reprise proprement philosophique des élaborations catégorielles de la doctrine que comme une réinscription de ces catégories dans une systématicité qui ne serait pas celle dans laquelle elles ont été conçues, mais celle de leur logique interne, indépendamment de ses finalités pratiques, proprement normatives. Ce travail passe par la décomposition analytique des diverses conceptualisations dogmatiques des rapports de propriété, dans le but d'isoler les déterminations techniques qui leurs sont essentielles, et par la recomposition de ces déterminations techniques en fonction de leur cohérence propre. Apparaissent ainsi, dans leur pluralité (que l'approche dogmatique a pour objet de ramener à l'unité d'un concept légal archétypique), divers *modes de conceptualisation* de la propriété dans lesquels se donnent à penser les diverses configurations juridiques concrètes de l'institution. L'abandon de la perspective dogmatique condamne ainsi l'usage du singulier : il n'existe pas UN concept de propriété, mais DES modes de conceptualisation possibles, qui correspondent à un nombre limité de configurations juridiques possibles, toutes assez cohérentes et assez générales pour prétendre fournir l'assise d'une théorie générale du droit des biens.

7. Dans les chapitres qui vont suivre, il est essentiellement question du cas français, dans lequel il m'a semblé que ces modes de conceptualisation étaient au nombre de trois, que l'on peut baptiser la *maîtrise souveraine,* l'*appartenance patrimoniale* et la *réservation de jouissance*. Pourquoi

trois, et pas deux ou quatre ? Parce que toutes les formes concrètes d'appropriation que j'ai rencontrées dans le droit tel qu'il est décrit par la doctrine trouvent leur place dans un de ces lieux théoriques, et que ceux-ci sont irréductibles les uns aux autres. Bien entendu, ils n'apparaissent jamais séparément dans la pratique du droit, et le même montage normatif peut fort bien les mettre tous en scène au même moment. Il reste qu'un souci de clarté impose que ces modes de conceptualisation soient exposés dans trois parties distinctes, malgré l'inconvénient qu'il y a de les présenter comme des blocs étanches, et au risque de sous-estimer leurs interférences réciproques.

8. Le présent travail est la reprise d'une thèse de Doctorat soutenue à l'Université de Franche-Comté en décembre 2001. Il a été honoré du prix de thèse de cette Université. Sa conception, son écriture et sa publication sont redevables de nombreux soutiens.

Ma reconnaissance va en premier lieu à Robert Damien qui en a assuré, avec bienveillance et fermeté, la direction, ainsi qu'à Jean-François Kervégan pour l'attention constante avec laquelle il a suivi et encouragé mes recherches, à Louis Assier-Andrieu, dont les conseils ont nourri l'orientation de mes études, et à Yves Charles Zarka qui me fait l'honneur d'accueillir ce livre dans la collection qu'il dirige.

Charles Donahue Jr, Yves Duroux, Duncan Kennedy, Thomas Scanlon ont bien voulu discuter certains passages de ce travail et m'ont, par leurs encouragements et leurs commentaires, aidé à clarifier certaines questions et orientations.

J'ai pu profiter du savoir de Michel Vivant, qui m'a offert la chance d'être accueilli dans son laboratoire, Équipe de recherche création immatérielle de droit CNRS-GDR 1173, où j'ai pu m'initier aux arcanes du droit des propriétés intellectuelles grâce à la gentillesse de Nathalie Mallet-Poujol et d'Aurélie Bertrand-Doulat.

Philippe Audegean, Marie-Claire Beauregardt, Florence Bellivier, Caroline Callard, Anne Foubert, Nikitas Hatzimihaïl, Philippe Jouary et Kenta Ohji, avec une patience que seule l'amitié explique, ont bien voulu lire et corriger des versions antérieures du présent travail, contribuant ainsi grandement à son amélioration.

Je dois à Marie-Élisabeth Handman d'avoir compris qu'on peut certes mal écrire et mal penser, mais qu'on ne saurait espérer bien penser en écrivant mal. Je ne sais si le présent travail est digne de cette leçon, mais je sais que s'il devait être jugé tel, ce serait grâce à ses efforts opiniâtres.

Dorel et Lucille Handman, Rose-Marie Jansen, Jomble, Paolo Napoli, Jules Owen, le Panousse, Patrick Tenoudji, Petros Xifaras, Annecoos Wiersman, et tout particulièrement Mika Momma, m'ont apporté, d'une manière ou d'une autre et à des titres divers, une aide matérielle et morale précieuse.

À tous ces soutiens personnels, j'exprime ma profonde gratitude.

Cette recherche a bénéficié du soutien institutionnel du Département de philosophie de l'Université de Franche-Comté, du Laboratoire de recherches philosophiques sur les logiques de l'agir CNRS-GDR 1197, de la Faculté de droit de l'Université de Cergy-Pontoise, du laboratoire Droit politique et histoire dans la pensée de langue allemande, CNRS-GDR 456, du Département de droit public de l'Université de Paris II - Panthéon-Assas, de la Fondation Thiers et de son président Raymond Polin, de la Fondation Fulbright, du Harvard Club de France et de son président Douglas Carver, de la Harvard Law School où Charles Donahue Jr a bien voulu suivre mes travaux, du Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte de Francfort, où je dois à l'attention du Pr Heinz Mohnhaupt d'avoir pu séjourner, et de l'Université de Franche-Comté qui a contribué à rendre possible la publication du présent ouvrage.

page 22 bl

Première partie

LA MAÎTRISE SOUVERAINE

page 24 bl

CHAPITRE I

Des personnes et des choses

1. LA *SUMMA DIVISIO,* OU LE CODE À LA LETTRE

Pour les jurisconsultes de la première moitié du XIXe siècle, le droit de propriété est le droit exclusif et absolu d'une personne sur des choses matérielles. C'est cette conception de la propriété qu'ils s'attachent à défendre contre ceux qui en contestent la légitimité tout en en reconduisant les déterminations techniques. Cette première caractérisation trace les contours d'un mode de conceptualisation de l'institution qu'encadre rigoureusement la lettre de l'article 544 du Code civil. Elle reste confuse cependant, dans la mesure même où elle engage des notions aussi vagues que celle de personnalité et de réalité.

La centralité de ce mode de conceptualisation, on pourrait dire son hégémonie, oblige à en faire le point de départ de l'analyse, l'objet de la première partie de cette recherche dans laquelle je tenterai d'établir ce qu'est la propriété dans ce mode de conceptualisation en m'efforçant de dégager le sens et la portée de ses catégories constitutives à partir de leur fonctionnement concret dans les doctrines proposées par les auteurs, c'est-à-dire en renversant la perspective qui est celle des auteurs étudiés : pour ces derniers, en effet, les catégories constitutives de cette conception de la propriété (personne, chose, réalité, etc.) apparaissent comme des données préalables et non critiquées, de sorte

qu'y faire référence revêt une valeur explicative alors que c'est précisément l'inverse qui se passe dans leurs écrits où c'est l'usage de ces catégories dans des doctrines précises ou dans l'élaboration des solutions à des questions de droit qui en déterminent la signification et la portée.

Aussi, en adoptant comme point de départ la très problématique *summa divisio* des personnes et des choses, qu'impose au demeurant l'architecture du Code civil[1] et qu'accorde la doctrine unanime, je ne chercherai pas à suivre les raisonnements des auteurs qui, l'ayant posée comme un principe intangible et clair en lui-même, se proposent d'en déduire une définition du droit de propriété, mais plutôt à mettre au jour la manière dont ces mêmes auteurs produisent cette *summa divisio* en la mettant en œuvre dans la résolution des questions techniques qu'ils affrontent.

On l'aura compris, la démarche de la doctrine est avant tout politique et peut se résumer de la manière suivante : parvenir à la construction d'un ordre juridique moderne, fondé sur l'institution du principe de la liberté de la personne, qui exige à la fois que cette personne ait un accès inconditionné à la propriété et qu'elle n'en soit pas l'objet. De la personne propriétaire à la chose appropriée, il faut par conséquent instituer une discontinuité radicale, qu'opère une vigoureuse réactualisation de la *summa divisio,* érigée en prémisse et en fondement de l'ensemble du système des droits : c'est parce qu'il faut asseoir, du côté de la personne individuelle, la plus absolue des libertés, qu'il convient de lui reconnaître le droit d'exercer sur les choses la plus absolue des dominations.

Parce que cette démarche politique a été consacrée par l'article 544 du Code civil, qui dispose 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 », ce modèle théorique est élaboré par la doctrine à travers des commentaires qui peuvent se réclamer de la lettre du texte, raison pour laquelle on a parfois pensé qu'elle se contentait de la copier servilement, alors qu'elle ne faisait

1. Livre I : des personnes ; Livre II : des biens et des différentes modifications de la propriété ; Livre III : des différentes manières dont on acquiert la propriété.

qu'user avec intelligence du bénéfice rhétorique que procure à l'herméneute le fait d'avoir les textes pour soi. D'ailleurs, qu'il se présente comme le simple relevé documentaire de la lettre, qu'il prétende l'animer ou même ne pas trop s'en soucier, ce n'est pas la nature du commentaire qui varie, mais la stratégie du commentateur. En l'occurrence, dès la prémisse posée, et malgré la grande autorité de la lettre du Code, les ennuis commencent. Quel est le statut juridique du manuscrit d'un écrivain décédé ? N'est-ce pas un objet trop personnel pour pouvoir faire l'objet d'un droit de propriété comme une simple « chose matérielle » ? À l'inverse, faut-il considérer que rien de ce qui est incorporel et intérieur à la personne ne saurait être considéré par le droit comme un bien appropriable ? Faut-il alors en conclure que la protection de la liberté de la personne interdit que l'on vende son travail, ou pire, que l'on mette à la disposition d'un tiers sa faculté de travail, comme c'est le cas dans le contrat par lequel un domestique s'engage à servir son maître ? Faut-il en déduire que la protection de la liberté personnelle exige l'interdiction du salariat ? Ce que la doctrine allemande appelle les « biens innés », le contrat de louage d'industrie et de service sont, parmi quelques autres, deux cas où l'application de la thèse de la stricte division des personnes et des choses s'avère particulièrement difficile à tenir. C'est la raison pour laquelle l'un et l'autre ont été de véritables points de cristallisation des querelles doctrinales, autour desquels se sont élaborées différentes conceptions de la propriété. On ne s'étonnera donc pas d'avoir à les croiser tout au long de cette étude.

2. DROITS RÉELS ET PERSONNELS : DE L'OBJET À LA CAUSE DES DROITS

Charles Demolombe (1804-1887) fut avocat et doyen de l'Université de Caen.

Selon lui, le monde du droit est constitué à l'image du monde naturel, dans lequel se rencontrent deux substances, la pensante et l'étendue. De même, dans le monde du droit – qui est celui du Code

civil – la *summa divisio* est celle des personnes et des choses, qui se prolonge dans celle des droits réels et personnels. C'est dans cette notion de réalité qu'il faut donc chercher le fondement ontologique du droit de propriété. La propriété est en effet l'archétype des droits réels : « La propriété est évidemment le premier et le plus complet des droits réels ; c'est le droit réel par excellence. »[1]

Le monde des Romains étant ontologiquement ternaire, il y a lieu de s'expliquer sur la disparition du troisième terme :

> « Nous ne mentionnons ici que les personnes et les biens.
>
> Les jurisconsultes romains ajoutaient les actions ; et le droit avait ainsi trois objets : *personæ, res, actiones* (Inst. Lib. I, tit. II, § 12).
>
> « [...] S'agit-il des actions considérées comme garantie des droits de la personne, comme mode d'exercice et de réclamation judiciaire de ces droits ?
>
> « [...] chez nous, ce troisième objet du droit n'est pas traité dans le Code Napoléon ; il fait l'objet d'un code spécial (le Code de la procédure).
>
> « [...] si au contraire, on emploie le mot action dans le sens où il représente le droit de la personne sur un bien, alors les actions ne forment plus un objet spécial et distinct des biens auxquels elles s'appliquent ; elles s'y confondent, ou du moins elles ne constituent elles-mêmes qu'une espèce de biens, les biens incorporels.
>
> « Il est donc vrai de dire que le Code Napoléon n'a que deux objets : les personnes et les choses. »[2]

Ce passage de trois à deux grandes classes d'êtres juridiques mérite qu'on s'y arrête. Ce choix dévoile en effet l'axiome suivant : la mise en œuvre d'un droit ne transforme pas sa nature juridique, il n'est pas nécessaire pour parvenir à l'intelligibilité de l'essence même des droits de les saisir *in actu,* ou pragmatiquement. Ce choix méthodologique est impliqué par les subdivisions ultérieures du classement ontologique lui-même : les droits sont certes des biens, mais des biens incorporels, êtres intangibles qui ne sauraient par conséquent être transformés par la pra-

1. Charles Demolombe, *Traité de la distinction des personnes et des biens,* in *Cours de Code Napoléon,* t. IX, Paris, Durand, 1870, n° 471, p. 352. Sauf exception, je cite cette quatrième édition qui ne diffère pas notablement de la première, en date de 1852. L'ouvrage sera noté C. D., *CCN* (4), IX.

2. C. D., *CCN* (4), IX, p. 3.

tique, ce sont des êtres pensables indépendamment de leur réalité phénoménologique. Sur le plan ontologique, l'escamotage de la catégorie des actions trouve donc son fondement dans une proposition étonnante : *la réalité du droit n'est pas dans le droit lui-même, elle est dans son objet*.

Un second commentaire s'impose, qui confirme l'ordre de lecture adopté dans ce chapitre. Comme le remarque Christophe Grzegorczyk[1], pour les commentateurs du Code civil c'est la théorie du droit de propriété qui offre de substantielles précisions à la définition du sujet de droit et non l'inverse : c'est le propriétaire qui caractérise le sujet de droit, et non la subjectivité juridique qui caractérise le propriétaire.

Qu'est-ce donc qu'un sujet de droit pour Demolombe ? C'est un être *actif* – ou plus exactement un être capable d'activité, au sens juridique du terme s'entend –, c'est-à-dire un être libre. Nous tenons là le critère de la distinction des personnes et des choses, qui ne saurait être leur nature matérielle ou étendue (un bien peut être incorporel comme le sont les droits), même si le critère de l'activité présuppose le dualisme ontologique de la matière et de la pensée : le sujet de droit est potentiellement actif, l'objet est nécessairement passif, incapable d'activité. Il devient possible de préciser la notion de réalité :

> « Le droit réel est celui qui crée entre la personne et la chose une relation directe et immédiate ; de telle sorte qu'on ne trouve que deux éléments, savoir : la personne, qui est le sujet actif du droit, et la chose, qui en est l'objet.
>
> « On appelle au contraire droit personnel, celui qui crée seulement une relation entre la personne, à laquelle le droit appartient, et une autre personne qui est obligée envers elle, à raison d'une chose ou d'un fait quelconque ; de telle sorte que l'on trouve trois éléments, savoir : la personne qui est le sujet actif du droit (le créancier) ; la personne qui en est le sujet passif (le débiteur) : et la chose (ou le fait) qui en est l'objet. »[2]

Le droit réel est donc un droit direct et immédiat d'une personne sur une chose : rien ne vient troubler ce rapport qui, parce qu'il met en

1. Christophe Grzegorczyk, « Le sujet de droit : trois hypostases », *Archives de philosophie du droit,* 34 : *Le sujet de droit,* 1989, p. 9-24.
2. C. D., *CCN* (4), IX, n° 464, p. 339.

regard un sujet actif et une chose passive, est un rapport de toute-puissance. À l'inverse, le droit personnel est par essence ternaire : rapport entre deux personnes, considérées l'une comme active et l'autre comme passive à propos d'un troisième terme, l'objet de droit.

On sait que cette doctrine a été attaquée dès la fin du XVIIIe siècle, par Kant par exemple, au titre qu'elle serait en elle-même contradictoire : comment, en effet, un rapport juridique pourrait-il unir directement une personne avec une chose, incapable par définition de quelque rapport juridique que ce soit[1] ? De manière à conserver la distinction, importante sur le plan pratique, il conviendrait donc de la reformuler : le droit réel est un rapport entre personnes à propos des choses, et le droit personnel un rapport entre personnes à propos des obligations[2]. Nous sommes dans l'œil du cyclone de la grande querelle du droit réel[3].

Les tenants de la thèse du droit réel comme droit direct et immédiat sur la chose même ne sont pas animistes, ils n'entendent pas affirmer que la personne entretient des relations juridiques (mutuelles, réciproques) avec une chose, que la chose serait l'obligée de la personne. Surtout, le critère de la distinction du droit réel et du droit personnel n'est pas l'objet du droit, c'est la cause du droit[4].

Ainsi, quoique les droits ne puissent être protégés en eux-mêmes, indépendamment de l'objet auquel ils s'appliquent, et quoique les objets comme les droits soient exhaustivement classables en réels et personnels, on peut trouver des droits personnels ayant des choses pour objet et des droits réels ayant des personnes pour objet, cette dernière catégorie ne se trouvant qu'en théorie et hors de France métropoli-

1. Cf. Kant, Introduction, § III, *Doctrine du droit, Métaphysique des mœurs,* trad. fr. A. Renaut, Paris, GF, 1994 (1795), p. 29.

2. « Au point de vue de la matière (de l'objet), j'acquiers ou bien une chose corporelle (substance) ou bien la prestation (causalité) d'un autre ou encore cette autre personne elle-même, c'est-à-dire son état, dans la mesure où j'obtiens un droit de disposer de son état (j'obtiens le *commercium* avec elle). » Kant, *Doctrine du droit, Métaphysique des mœurs, op. cit.,* § 10, p. 54.

3. On trouve un excellent résumé de la version française de la dispute dans Jean Carbonnier, *Droit civil,* t. III, Paris (PUF), nº 43, p. 75. Cet ouvrage sera noté J. C., *DC,* III par la suite.

4. C. D., *CCN* (4), IX, nº 465, p. 341.

taine, où l'esclavage une fois aboli a été rétabli. L'essentiel, ici, est la détermination du concept de droit réel, qui trouve donc son fondement dans sa « cause efficiente » :

> « La cause efficiente du droit personnel, c'est *l'obligation,* toujours et uniquement l'obligation, de quelque source d'ailleurs qu'elle dérive, d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, ou de la loi.
>
> « La cause efficiente du droit réel, c'est *l'aliénation,* ou plus généralement les modes légitimes, par lesquels s'accomplit la transmission, en tout ou en partie, de la propriété. »[1]

C'est donc bien un rapport juridique qui est au fondement des droits réels et personnels, plus exactement la légitimité du mode d'acquisition d'une chose ou d'une créance. C'est à ce point du raisonnement que se pose à nouveau l'objection de facture kantienne selon laquelle l'aliénation est aussi un rapport juridique personnel, dans la mesure où l'on aliène certes des choses, mais toujours en faveur de personnes. Ainsi reformulée, l'objection doit être reçue, mais elle est faible. Demolombe n'a en effet jamais envisagé qu'il soit possible d'aliéner en faveur d'une chose[2], ce n'est pas à ce niveau que se pose la question de la réalité ou de la personnalité du droit, mais en regard de son mode d'acquisition : on acquiert un droit réel par aliénation, un droit personnel par obligation.

3. DROITS RÉELS ET PERSONNELS : DE LA CAUSE À L'OBJET DES DROITS

On n'a fait cependant que déplacer, le problème : qu'est-ce qui distingue une aliénation d'une obligation ? Comme on le sait, le Code civil, en son article 1583, consacre le principe de la clandestinité des échanges : « La vente est parfaite entre les parties et la propriété est

1. C. D., *CCN* (4), IX, nº 464, p. 339.
2. L'aliénation *postmortem* en faveur d'un but, ou aliénation avec affectation, n'est pas étrangère au droit, comme on le verra à propos des fondations dans la deuxième partie de cette étude.

acquise de droit, dès que l'on est convenu de la chose et du prix. » Un transfert de propriété ne requiert que l'échange (manifeste mais pas forcément public) de consentements, et non plus – comme dans le droit ancien – la remise (publique, voire solennelle) de la chose[1]. Comment distingue-t-on désormais une aliénation d'une obligation ?

La réponse de Demolombe est classique : le droit réel est absolu, opposable *erga omnes,* l'obligation est relative à une personne déterminée[2]. À argument classique, objection classique (mais c'est une nouvelle formulation de la précédente) : on dira que l'obligation personnelle n'est pas moins absolue que le droit réel, et que le respect qu'on doit aux droits d'autrui s'entend des droits aussi bien personnels que réels. Sans doute, et en utilisant l'expression de droit relatif, Demolombe n'entend pas dire que le droit personnel n'engage que le débiteur[3].

Dans un sens donc, tous les droits sont absolus et l'on peut parler d'une obligation passive universelle de les respecter, mais dans un autre sens, seuls les droits réels sont absolus.

> « Dans quel sens est-il vrai de dire que le droit réel est absolu et le droit personnel relatif ?
>
> « [...] En deux mots, votre droit est-il tel, que vous n'avez jamais entre vous et la chose, qui en est l'objet, aucun intermédiaire, et qu'il existe indépendamment de toute obligation spéciale d'une personne envers vous ?
>
> « Ce droit est réel.
>
> « Votre droit au contraire est-il tel que vous ne puissiez pas vous porter directement et recta via, sur la chose elle-même, et qu'il faille vous adresser à une personne spécialement obligée envers vous à raison de cette chose ?
>
> « Votre droit est personnel. »[4]

Pour Demolombe, il n'est donc pas possible de considérer l'idée même de droit en dehors de celle d'obligation absolue de ne pas y attenter, mais cette tautologie n'interdit pas de distinguer les droits selon qu'ils sont opposables relativement ou absolument.

1. Anne-Marie Patault, *Introduction historique au droit des biens,* Paris, PUF, 1989, chap. 4, particulièrement n° 179, p. 210. Cet ouvrage sera noté A.-M. P., *IHDB* par la suite.
2. C. D., *CCN* (4), IX, n° 464, p. 339-340.
3. *Ibid.,* p. 340.
4. *Ibid.,* n° 464, p. 341.

Ce point doit être souligné. Il est assez inexact de soutenir que la conception dite « classique »[1] du droit réel établit l'existence d'un rapport direct et immédiat de la personne sur la chose sans considération des obligations qui s'attachent à cette personne. Tout au contraire, la théorie proposée par Demolombe souligne la nécessité d'une garantie, mais trouve cette garantie dans la loi, dans une obligation impersonnelle, universalisée. Ce n'est pas l'absence d'obligation qui rend le droit réel, c'est l'absence de toute autre obligation que celle, impersonnelle et passive, d'obéir à la loi. Il en résulte que la propriété est un droit réel opposable *erga omnes,* ou encore que la propriété est inconcevable sans la loi. Les juristes de la première moitié du XIXe siècle, même les apologistes les plus fervents de la toute-puissance du droit de propriété, n'ont jamais considéré le propriétaire comme une monade isolée de ses semblables, mais comme un sujet assujetti à la loi[2].

Il y a donc selon Demolombe deux sortes d'obligations : l'obligation passive d'obéir à la loi, et les obligations personnelles, volontaires et déterminées ; et par ailleurs une espèce d'aliénation qui suppose la première sorte d'obligation et s'oppose à la seconde par son caractère constamment absolu. La définition par la cause fait donc intervenir la distinction entre l'obligation et l'aliénation, considérée *stricto sensu,* c'est-à-dire entre un rapport juridique général et un rapport juridique spécial, né d'une relation avec une personne déterminée. C'est dire que la clarification du propos force à distinguer une opposabilité absolue (des droits) et une opposabilité relative, quant à ses effets, à la nature de ces droits : indéterminée *(erga omnes)* si le droit est réel, déterminée s'il est personnel. Nous voilà de nouveau en train de faire le tour du cercle : nous avions cru éviter la métaphysique en fondant le critère de la distinction entre droit personnel et droit réel sur leur cause, l'obligation et l'aliénation, le critère de la distinction des causes étant la nature de l'opposabilité ; or cette dernière, définie par la nature de ses effets, s'appuie sur l'impossibilité de s'obliger spécialement vis-à-vis des

1. On trouve ce qualificatif chez S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* Paris, LGDJ, 1960.

2. Sur ce point, Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804,* Paris, PUF, 1996, n° 10, p. 25 et n° 72, p. 119. Cet ouvrage sera noté *HDPF* par la suite.

choses, affirmation qui suppose la distinction objective, ontologique, des choses et des personnes. Il n'est donc pas nécessaire de caricaturer la thèse dite classique pour conclure à la circularité du raisonnement qui la fonde. La division des droits en personnels et réels en appelle bien à la nécessaire et préalable distinction substantielle de l'objet du droit, des personnes et des choses.

4. DROITS RÉELS ET PERSONNELS : PEUT-ON CONSTATER LA LIBERTÉ ?

Selon les principes, il n'y a là rien qui puisse prêter à confusion. Les personnes se distinguent des choses en ce qu'elles sont titulaires de droits, en ce qu'elles sont capables d'agir, même si elles peuvent tout aussi bien être en position de sujet passif d'un rapport de droit, tandis que les choses sont nécessairement passives, elles ne peuvent avoir de droit puisqu'elles ne peuvent les exercer[1]. Ces principes s'appuient sur la distinction métaphysique de deux ordres : celui de la liberté et celui de la nécessité[2].

Le dualisme métaphysique constitue le fond commun de la grande majorité des jurisconsultes sous la Restauration. Mais dès lors qu'on passe des principes légitimateurs à ceux qui régissent la technique, les choses se compliquent substantiellement. On vient de le voir, l'obligation (spéciale) est un rapport juridique interpersonnel qui engage donc deux sujets de droit, l'un actif et l'autre passif. La passivité de la personne ne pose aucun problème théorique, car une personne n'est jamais seulement passive. On pourrait même dire que c'est un attribut distinctif des personnes vis-à-vis des choses que d'avoir des devoirs de droit vis-à-vis d'autres personnes. En ce sens, la passivité du sujet passif de l'obligation n'est pas celle de l'objet d'une aliénation, qui est une

1. Encore que cette assertion fasse fi du possible recours à la technique de la représentation.

2. C. D., *CCN* (4), IX, n° 467, p. 345-346.

passivité totale, absolue et nécessaire, celle de la matière réduite à une pure étendue.

Il n'en va pas de même dans le cas où la personne est considérée comme objet non pas d'un rapport d'obligation personnelle (spéciale) mais d'un droit réel : peut-on imaginer qu'un sujet détienne sur une personne un droit direct et immédiat, opposable *erga omnes* ? La réponse est non, parce que ce rapport imposerait à l'objet une passivité substantielle qui contredirait la définition de la personne comme capacité d'action. Non seulement, parce qu'elle est libre, la personne ne devra donc être soumise qu'à des obligations librement consenties, mais ces obligations devront être telles qu'elles ne remettent pas en cause durablement le principe de sa liberté, ce qui serait bien évidemment le cas si la personne elle-même était la propriété d'un tiers. On dira donc que la liberté de la personne est inaliénable.

On ne sera pas surpris de rencontrer le principe de l'inaliénabilité de la liberté au cœur de la *summa divisio* : parce que la personne est libre, et que la liberté est inaliénable, l'objet de la propriété ne peut être qu'une chose étendue. Dans ce sens, la proposition est inattaquable. Mais que se passe-t-il quand on l'aborde à l'envers : est-ce que tous les objets soumis à un droit de propriété sont nécessairement des choses étendues ? Les faits contredisent l'affirmation : ceux du passé (l'esclave antique), mais aussi ceux du présent (l'esclave des colonies, dont la personnalité est pourtant reconnue). Faut-il en déduire que l'énoncé « la liberté est inaliénable » doit être considéré comme prescriptif et non pas descriptif ? Si tel est le cas, il n'est plus possible de se demander ce qui est insusceptible de propriété pour en déduire une définition de la notion de personne, il faut à l'inverse savoir ce qu'est une personne pour interdire son aliénation. Le principe de l'inaliénabilité de la personne humaine organise le statut respectif des personnes et des choses, mais ne propose aucun critère de la distinction, aucune définition proprement juridique des unes et des autres. Nous ne savons toujours pas comment distinguer une personne d'une chose.

5. CE QUI SE CONSTATE : LA DISTINCTION DES CHOSES ET DES BIENS

Nous savons cependant qu'une personne ne *devrait* pas être considérée comme l'objet d'un droit réel, et nous pouvons inférer de cette proposition, au moins provisoirement, que les éléments constitutifs de la personnalité sont eux aussi inaliénables. Pourtant, ces éléments sont des choses – corporelles (le corps propre par exemple) ou incorporelles (des droits, comme celui de penser librement par exemple). Il y a là une piste que la lecture de Demolombe nous permet d'emprunter : comme il faut pouvoir nommer les choses qui ne sont pas susceptibles d'être l'objet d'un droit de propriété, c'est-à-dire les choses qui ne sont pas des biens, la distinction des personnes et des choses peut être en rapport avec celle des « choses-qui-ne-sont-pas-des-biens » et des biens. On accordera qu'une telle distinction constitue un détour puisqu'elle passe par la division des choses *(divisio rerum)* pour aller à la catégorie de personne, mais si l'on veut bien se rappeler que cette dernière n'est pas un donné naturel (ou transcendantal), on ne s'étonnera pas qu'il faille la construire négativement à partir de ce qu'elle n'est pas.

C'est dans cette perspective qu'il faut lire les paragraphes suivants :

> « On désigne sous le nom de biens, dans la langue des jurisconsultes, les choses qui sont susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir l'objet d'un droit de propriété.
>
> « Le mot chose, dans la flexibilité indéfinie de ses acceptions, comprend tout ce qui existe, non seulement les objets qui peuvent devenir la propriété de l'homme, mais même tout ce qui, dans la nature, échappe à cette appropriation exclusive : l'air, la mer, le soleil... Aussi tous les biens sont-ils des choses, quoique toutes les choses ne soient pas des biens. »[1]

La précision est importante : chose désigne tous les êtres possibles, et nous cherchons non pas à distinguer les personnes et les choses, mais les personnes en tant qu'elles sont sujets de droit, et les biens qui sont

1. *Ibid.,* n° 9, p. 5-6.

les objets du droit de propriété. Il y a donc des choses – des êtres – qui ne sont pas des biens parce qu'elles sont trop personnelles, au sens où elles sont trop intimement associées à une personne :

> « Il y a des droits [...] qui ne constituent pas, sous ce rapport, des biens.
> « Tels sont :
> « 1 / Certains droits qui ont leur principe dans l'existence même de l'individu auquel ils appartiennent ; les droits par exemple qui ont pour objet la liberté, l'honneur et le corps même de la personne.
> « 2 / Certains droits de puissance, et en quelque sorte de possession, qui appartiennent à une personne sur une autre personne, comme ceux qui résultent de la puissance maritale et de la puissance paternelle. »[1]

On notera que c'est la nature des objets eux-mêmes qui détermine le caractère précieux et important de ces droits : les droits qui ont pour objet des personnes ou des éléments de la personne ne sont pas des biens. Il reste à tracer la frontière entre les choses personnelles qui ne sont pas des biens et les choses qui, parce qu'elles ne sont pas intimement associées à une personne, sont des biens. Nous tenons notre critère : une personne, c'est un être humain libre, doté d'un corps et socialisé, qui se distingue des choses matérielles en ce que ses éléments ne sauraient être des biens juridiques. Il reste donc à définir la notion de bien, et sur ce terrain, le caractère polémique des lignes précédentes doit être souligné. On aura en effet sans peine reconnu dans la première catégorie les « droits personnels » et dans la seconde les « droits réels d'espèce personnelle », catégories qui sont l'une et l'autre considérée par certains jurisconsultes, à la suite de Kant, comme des biens. Demolombe est explicite :

> « Nous n'ignorons pas que l'on a rangé ces sortes de droits dans la catégorie des biens, que l'on a même appelé biens innés, ceux des droits qui se confondent avec l'existence de la personne, et qui ont pour objet son individualité même, et que l'on a été aussi jusqu'à enseigner que les personnes peuvent, tout autant que les choses, constituer des biens.
> « Un bien, a-t-on dit, est tout ce qui peut procurer à l'homme une utilité quelconque, non pas seulement une utilité matérielle, appréciable

1. *Ibid.*, n° 10, p. 6.

en argent et vénale, mais aussi une utilité morale, susceptible d'augmenter, sous quelque rapport que ce soit, son bien-être [...] (Zachariæ, t. I, p. 331, 332). »[1]

Nous aurons l'occasion de revenir sur la conception de la propriété que propose Karl Salomon Zachariæ (1769-1843), célèbre jurisconsulte allemand. Il importe plutôt ici de souligner que derrière l'auteur allemand, ce sont ses traducteurs français Charles Aubry (1803-1883) et Charles Rau (1803-1877) qui sont visés par la polémique[2]. Deux catégories d'arguments sont invoqués à l'appui de la thèse.

Ceux qui relèvent du Code civil lui-même, qui dispose en son article 516 que tous les biens sont soit meubles, soit immeubles, tandis qu'il « est clair que les droits dont il s'agit [...] ne sont ni meubles ni immeubles »[3], et en son article 2092 que tous les biens du débiteur forment le gage du créancier, tandis qu'il « est clair que les droits dont il s'agit ne forment pas le gage des créanciers [...] si la doctrine que nous venons d'examiner, était vraie, les créanciers pourraient s'en faire un puissant moyen pour soutenir qu'ils sont recevables à exercer, au nom de leur débiteur, ces sortes de droits, c'est-à-dire les droits plus exclusivement attachés à sa personne. »[4]

Il faut donc dire que ce qui relève de la personne n'est ni meuble ni immeuble et n'est pas saisissable, et ajouter avec Demolombe que tout cela est très clair. Vraiment ? La contrainte par corps a-t-elle été abolie depuis si longtemps qu'on puisse considérer comme un fait que les éléments constitutifs de la personne ne forment pas le gage des créanciers[5] ? Sans même en référer à l'état du droit, Aubry et Rau ne considèrent-ils pas les biens innés, ou biens corporels et incorporels constitutifs de la personnalité, comme patrimoniaux ? Ici encore, il semble que Demolombe confonde prescription et description, qu'il

1. *Ibid.,* n° 11, p. 7.
2. Ch. Aubry & Ch. Rau, *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de C. S. Zachariæ, revu et augmenté avec l'agrément de l'auteur,* Strasbourg, Lagier, 1839. L'ouvrage sera noté A. R., *CDCF* (1) par la suite.
3. *Ibid.,* n° 11, p. 7.
4. *Ibid.,* n° 12, p. 8.
5. L'institution est de droit positif jusqu'au 22 juillet 1867. On retrouvera cette question dans la deuxième partie.

aille de la prescription à la description en cherchant à tout prix à faire coïncider la catégorie de personne avec celle d'être humain libre, et celle de bien avec celle d'être qui n'est ni humain ni libre. Mais l'intelligence de ses arguments est donc à chercher du côté des principes plutôt que du côté du droit positif, qui ne propose nulle part de définition précise de la personne, ni même des biens. Or, dans le domaine des principes, l'évidence règne en marâtre, à peine troublée par quelques cas qu'on ne mentionne que pour les rejeter d'un revers de main :

> « Est-il besoin d'ajouter que l'homme lui-même, la personne elle-même ne saurait être considérée comme un bien ?
>
> « Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'esclavage, que nos lois ne reconnaissent pas, du moins sur le territoire continental de la France [...].
>
> « L'homme peut sans doute contracter des obligations personnelles, des obligations de faire ou de ne pas faire ; il peut louer son industrie ; il peut s'engager au service d'un autre, et les différents droits qui résultent de ces obligations, constituent des biens pour celui au profit duquel elles ont été contracté.
>
> « Mais ce n'est pas la personne même qui est l'objet de ce bien, quoique l'exécution de l'obligation puisse être réclamée personnellement contre lui ; aussi nos lois déclarent-elles nulle, comme contraire à l'ordre public, toute convention ou clause quelconque, dont le résultat serait de porter atteinte au principe sacré de la liberté de l'homme. »[1]

On ne sera pas surpris de voir mentionner ici le louage de services et d'industrie, au titre de cas limite, fût-ce pour le juger réglé. Plus encore que la contrainte par corps, qu'on peut analyser, dans une perspective historique, comme le reliquat d'une époque révolue, l'autre institution qui vient mettre en cause le bel ordonnancement théorique selon lequel les âmes maîtrisent la matière, est en effet celle du louage de travail humain : on ne peut louer que ce dont on est propriétaire, mais en accordant la propriété du travail, et plus encore de la faculté de travail, on met en danger le principe de l'inaliénabilité de la personne.

1. C. D., *CCN* (4), IX, n° 13, p. 8-9.

6. LA *SUMMA DIVISIO* À L'ÉPREUVE DU LOUAGE D'INDUSTRIE ET DE SERVICE

La location d'industrie, l'engagement de services domestiques sont des contrats licites, mais l'engagement de la personne, ou d'éléments constitutifs de la personne, est contraire au principe sacré de la liberté de l'homme. Est-ce à dire que le travail, voire la mise à disposition de la faculté de travail que constitue l'engagement de service, ne sont pas constitutifs de la personne ? Demolombe se voit acculé à une réponse positive parce qu'il défend le caractère extra-patrimonial des biens innés :

> « Le *travail* n'a jamais été rangé dans la classe des biens ; on en trouve la preuve dans la loi même, qui caractérise le louage. Il y a selon cette loi (art. 1708) deux espèces de louage, celui des choses et celui d'ouvrage ; donc, l'ouvrage et la chose diffèrent. Or, à la chose seule peut convenir la dénomination de bien. Assurément, celui qui loue tous ses biens meubles et immeubles n'y comprend point ses actions et ne compromet pas sa liberté (Des droits d'enregistr., t. II, n° 1478). »[1]

Ainsi, définir le droit de propriété comme réel, c'est définir le propriétaire comme juridiquement capable, mais aussi comme physiquement actif, capable « de faire servir la chose » aux usages auxquels elle se prête[2]. Il faut donc accorder que le détenteur d'un droit de propriété considéré comme un droit réel, direct et immédiat sur la chose matérielle est une personne capable de travailler, que la faculté industrieuse est une composante essentielle de la personnalité du propriétaire, qu'une personne dépourvue de toute faculté industrieuse ne pourrait exercer un droit dont le trait fondamental est de se confondre avec son exercice :

> « Puisque la personne ne saurait être considérée comme un bien, il faut en conclure que ses aptitudes, innées ou acquises par le travail, son talent, son industrie, ne sont pas non plus des biens ; car ses aptitudes sont des quali-

1. *Ibid.,* n° 14, p. 9.
2. A. R., *CDCF* (3), II, § 191, p. 155.

tés essentiellement inséparables de la personne, et qu'il est impossible de concevoir distinctes et en dehors d'elle ; ou plutôt c'est la personne elle-même, c'est son intelligence, son imagination, etc. »[1]

Mais alors, quel est l'objet du contrat de louage d'industrie et de services ? Faut-il en déduire que le travail, la mise à disposition des services n'est pas une « aptitude » au sens du paragraphe précédent ?

Demolombe accorderait volontiers que le travail est l'objet d'un droit, mais ajouterait que ce droit est une obligation personnelle de faire, pas un droit de propriété, croyant sauver la *summa divisio* des personnes et des choses en renvoyant ses lecteurs à la distinction de l'obligation et de l'aliénation. Nous avons vu pourtant que cette distinction renvoie elle-même à la nature même de l'objet. Or Demolombe ne peut accorder que le travail est une dimension de la personne et répondre que l'objet du contrat de louage d'industrie ou de service est l'industrie ou le service, sans se contredire. Aussi répond-il que l'objet du contrat est l'engagement personnel de faire. Il faudrait donc distinguer l'activité laborieuse (l'industrie) et l'engagement de l'activité laborieuse (l'obligation d'être industrieux). Cette distinction n'est pas seulement byzantine, elle est évidemment fausse en matière de louage de services, qui consiste non pas dans l'engagement à réaliser un travail déterminé, le produit du travail, mais dans la mise à disposition de la faculté laborieuse elle-même pour un temps donné (qu'on ne saurait confondre avec un engagement personnel de faire, puisque le travail n'est pas déterminé). Il apparaît ainsi qu'il n'est pas possible d'affirmer à la fois le principe absolu de l'inaliénabilité de la personne humaine, le caractère éminemment personnel du travail et la légitimité du louage d'industrie et de service sans se contredire. Faut-il en déduire que le principe de l'inaliénabilité de la personne humaine emporte celui de la condamnation de la condition des salariés et des domestiques ? Doit-on, au contraire, considérer que les éléments constitutifs de la personne humaine sont des biens, objets de propriété et de contrats, quitte à reconsidérer la portée du principe de l'inaliénabilité de la personne et son caractère absolu ?

1. C. D., *CCN* (4), IX, n° 14, p. 9.

Une chose est certaine : on ne peut définir la propriété comme un droit réel, direct et immédiat sur une chose matérielle, droit qui confère le pouvoir d'user et d'abuser physiquement de cette chose physique, sans nécessairement compter parmi les éléments constitutifs de la personnalité du propriétaire l'aptitude à exercer ces pouvoirs, la faculté industrieuse. Ce requisit interdit donc une définition *a minima* de la personnalité comme simple capacité juridique, détentrice de droits ; le sujet propriétaire selon Demolombe exerce aussi une maîtrise physique directe sur des choses corporelles, et c'est précisément la faculté d'exercer cette maîtrise qui est mise à la disposition d'un tiers dans le contrat de louage d'industrie et de service.

Demolombe, parce qu'il s'en tient aux déclarations d'intention, ne parvient pas à dégager rigoureusement le principe de la distinction des personnes et des choses, et la cohérence de sa théorie du droit réel, entièrement soutenue par cette distinction, vient échouer sur le cas limite qu'est le louage du labeur humain. Est-ce à dire que la théorie du droit réel est inconsistante ? Ce serait penser qu'il est impossible de réintroduire dans la sphère des biens la distinction mise à mal par le basculement, au moins partiel, de certains travaux, et dans certains cas (celui du louage de service), de la faculté industrieuse elle-même dans la catégorie des choses réelles. Comme nous allons le voir, Demolombe ne peut penser la réalité de la propriété faute d'avoir pensé correctement la notion de personne, non pas considérée abstraitement du point de vue de son inaliénabilité proclamée, mais en tant qu'elle est engagée dans un rapport de propriété qui met en jeu le travail humain. La définition de la propriété comme droit réel, parce qu'elle engage la distinction des personnes et des choses, oblige à penser le régime juridique du travail considéré à la fois dans sa dimension personnelle et comme objet de propriété.

Cet apparent paradoxe n'est pas sans solutions, et l'on verra que celles-ci sont théoriquement onéreuses. Aussi est-il temps de laisser Demolombe pour lui préférer un jurisconsulte à la veine plus spéculative, Raymond-Théodore Troplong (1795-1869).

CHAPITRE II

Le propriétaire

Demolombe avait toutes les peines du monde à définir la propriété comme le pouvoir d'une personne sur une chose, faute de savoir comment les distinguer. C'est que la détermination conceptuelle de la propriété ne se déduit pas de l'introuvable notion de personne et que, si l'on ose dire, l'anatomie de la personne c'est le propriétaire. Et le propriétaire ne se dévoile nulle part mieux que dans le feu de l'action, dans le louage d'industrie et de service.

1. LIBÉRER LE TRAVAIL ?

Il semble au premier abord incongru de considérer que le statut juridique de l'activité humaine puisse être le talon d'Achille de la pensée juridique postrévolutionnaire. N'est-ce pas au contraire une de ses plus belles réalisations que d'avoir « libéré le travail » ? Cette ambition se confond avec une violente critique de la féodalité, définie comme un rapport d'assujettissement personnel trouvant sa cause dans un droit de propriété. Cette critique est devenue un lieu commun à la fin du XVIIIe siècle, et conduit à l'abolition des droits féodaux dans la nuit du 4 août 1789.

La notion de droits féodaux est susceptible de deux interprétations. Au sens large, le plus politique, elle recouvre tous les droits des

seigneurs féodaux, et l'abolition de la féodalité signifie ici la volonté de changer d'ordre social. Au sens strict, elle désigne les droits de propriété qui confèrent à leur titulaire des obligations personnelles : les charges seigneuriales qui découlent du « domaine direct » (expression générique destinée à englober tous ces droits seigneuriaux de propriété) qui se superposent simultanément au « domaine utile », propriété de celui qui travaille la terre, sur qui pèsent ces charges seigneuriales. Dans ce sens strict, l'abolition de la féodalité est celle de la seule « féodalité dominante », en opposition à la « féodalité contractante » qui désigne les créances d'un seigneur qui trouvent leur cause dans un contrat et non dans un droit de propriété[1]. C'est dans la volonté d'abolir le régime féodal qu'il convient de chercher la signification proprement politique de la stricte distinction du droit réel et du droit personnel, laquelle doit par conséquent être entendue comme l'abolition des conséquences personnelles attachées à un droit réel. Mais si, sur le plan politique, c'est le premier sens du terme féodal qui s'impose, c'est le second qui guide les juristes et fait peser sur eux la lourde tâche de remonter à la cause des droits que revendiquent les seigneurs, pour découvrir s'ils sont de nature domaniale ou contractuelle.

Bien entendu, les sens technique et politique du terme féodalité sont le plus souvent confondus sous la plume des auteurs, et c'est sans doute ce qui explique que sa signification déborde largement le domaine de la propriété foncière pour s'étendre à celle du commerce et des fabriques. La libération du travail est ici identifiée à sa libéralisation, c'est-à-dire à la suppression du régime de police qui soumet le travail à l'octroi d'une autorisation préalable.

Il faut le souligner, cet aspect de la question intéresse infiniment moins la doctrine que ce qui concerne la propriété foncière, et rares sont les juristes « généralistes » qui y consacrent des développements substantiels. Aux côtés de Troplong émerge le nom d'Augustin-Charles Renouard (1794-1878) qui s'intéresse au droit industriel au

1. L'expression aurait été forgée par Firmin Lafferière, *Essai sur l'histoire du droit français,* Paris, Guillaumin, 1859, II, p. 112.

point d'y voir une branche nouvelle du droit. Il affirme tout d'abord le principe de la liberté du travail :

> « Interdire à un homme un certain travail, c'est (...) l'empêcher de penser, de vouloir, de se mouvoir. Dire que chacun a droit de travailler comme il le veut, c'est, en d'autres termes, affirmer que chacun a droit à user de sa liberté. »[1]

et, dans le même temps, considère le régime du privilège comme le trait juridique général de la féodalité :

> « Le régime du privilège [...] adopte pour principe la séparation de l'humanité en deux parts : aux uns force, puissance, commandement, honneurs, propriétés ; aux autres sujétions, charges, loisirs [...] Les chefs des vainqueurs [après la conquête barbare] et les compagnons des chefs n'entendaient pas être privés de puissance et de liberté ; ils en exigèrent une part, et démembrèrent à leur profit l'autorité souveraine, l'empêchèrent de se former. De là naquit la féodalité. »[2]

pour conclure que l'abolition de la féodalité se confond avec la libéralisation du travail :

> « Entre les deux principes d'octroi et de droit, aucune conciliation n'est possible. L'un dit : Tout ce qui n'est pas permis est défendu ; l'autre : Tout ce qui n'est pas défendu est permis. Il n'y a là place, ni pour tous les deux à la fois, ni pour un terme moyen cherchant à les concilier [...] La première de ces propositions régnait sous notre Ancien Régime du privilège. [...]
>
> « Sous un régime tel que le nôtre, où la liberté est la règle et existe par sa propre vertu, la liste à faire est celle des exceptions qui la restreignent. Cette liste reste trop longue ; notre progrès la rétrécira. »[3]

Jusqu'ici, le sens de la démarche est clair : il ne devrait pas être nécessaire d'être le vassal de quelqu'un pour devenir propriétaire de la terre, ou d'y être autorisé pour louer son travail. Aucune éminence, aucun domaine seigneurial ne saurait obliger les travailleurs libres. Mais

1. A.-Ch. Renouard, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil, sur les personnes et sur les choses,* Paris, Guillaumin, 1860, p. 96. Cet ouvrage sera noté A.-C. R., *DI* par la suite.
2. A.-C. R., *DI,* p. 37-38.
3. *Ibid.*, p. 97.

le principe de la séparation nette du droit réel et du droit personnel ne signifie pas seulement que le droit réel de propriété ne saurait se prolonger en des créances personnelles (la propriété se faisant domination dans la suzeraineté), il signifie aussi que les obligations personnelles librement contractées ne sauraient légitimement créer un droit réel sur la personne ou sur un élément de la personne d'une des parties contractantes. En effet, quoique, dans ce second cas, l'obligation soit consentie, elle entraînerait néanmoins l'assujettissement de la personne, sa soumission à un droit réel comme si elle était une chose.

Ce second aspect du problème, celui qui nous occupe présentement, n'est jamais traité par nos juristes sous la rubrique de la libération du travail, par quoi il convient donc d'entendre la liberté de procéder à des contrats de louage d'ouvrage et d'industrie sans autorisation préalable ou redevance due à une quelconque autorité « éminente », ce qu'on appelle aujourd'hui la *liberté d'entreprendre*. L'expression ne recouvre donc pas l'interdiction de faire du travail humain un bien, objet soumis à un droit réel de propriété. Tout au contraire, l'identification de la féodalité et du régime du privilège permet d'inférer que la libération du travail fait du travailleur le propriétaire de son travail, le détenteur d'un domaine utile sur son industrie, ou de ses facultés industrieuses (dans le louage de service), qu'il convient de libérer de la « directe » qui pèse sur lui.

Ainsi, le principe de la liberté du travail mène à la reconnaissance de l'aliénabilité du travail, ou encore de la liberté du travailleur, puisque ces termes sont, sous la plume de Renouard, synonymes.

Le principe même de la liberté des conventions milite en faveur de la reconnaissance aux parties de la faculté de créer des droits réels, et la liberté de contracter des louages d'ouvrage et d'industrie introduit la possibilité de donner à ces droits le travail humain pour objet. Il y a plus : le contrat de louage d'industrie, mais davantage encore celui de louage de services, est, par définition, un engagement personnel qui comporte une obligation d'obéir, un rapport de subordination. Cette obligation d'obéir est-elle séparable du droit réel que le contrat de louage serait susceptible de conférer à l'une des parties sur le travail de l'autre ? On voit que si la réponse est positive, non seulement la libéra-

tion du travail ne permet pas de prévenir la création de droits réels ayant la personne pour objet, comme conséquence d'une obligation personnelle, mais encore que ces droits réels peuvent être analysés comme la cause d'obligations de subordination personnelle, réintroduisant ainsi ce lien qui va de la propriété des biens à la sujétion des hommes, lien qui a fait de la féodalité un objet de haine. Ainsi, en accordant à Demolombe que le travail n'est pas un bien, on rend incompréhensible le contrat de louage d'industrie. Mais en refusant de lui accorder ce point, on pourrait contribuer à retisser les liens entre droits réels et personnels que l'on croyait avoir définitivement rompus, sauf à établir une nouvelle frontière entre les personnes et les choses. C'est cette voie, techniquement aride et philosophiquement sinueuse, qu'emprunte Troplong.

2. DE LA DIFFICULTÉ DE N'ÊTRE PAS ESCLAVE

2.1. Position du problème

Troplong n'infère pas du principe de la sacralité de la liberté pour considérer que le travail humain n'est en aucun cas un bien. C'est même, selon lui, tout le contraire qui se produit sous l'empire du Code Napoléon, qui dispose en son article 1710 que « le louage d'ouvrages est un contrat par lequel l'une des deux parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

Selon Troplong, la portée de cet article ne fait aucun doute :

> « L'industrie de l'homme est un bien qu'il peut mettre à la disposition de quelqu'un pour en tirer un profit légitime. »[1]

1. Troplong, *Droit civil expliqué. Commentaire des titres VII et VIII du livre II du Code civil, de l'échange et du louage,* Paris, Hingray, 1840, t. I, n° 63, p. 233. Cet ouvrage sera noté R.-T. T., *EL* (1), I par la suite.

L'article 1710 dispose qu'un ouvrage peut être l'objet d'une location. Sauf à donner aux termes un sens qu'ils n'ont pas dans la langue du droit, on ne peut louer que des biens, et plus exactement des biens que l'on possède propriétairement. Il faut donc dégager de ces dispositions, et c'est ce que fait Troplong, le principe selon lequel celui qui loue son industrie à un autre doit être propriétaire de l'industrie qu'il loue. Le bien loué n'est pas le produit achevé du travail, la chose produite, mais c'est le travail lui-même, l'industrie. En effet, si l'objet de la location était le produit, il n'y aurait qu'une sorte de louage, le louage de chose. Si le Code reconnaît pourtant aussi bien le louage d'ouvrage que de service, c'est que ces contrats ne portent pas sur des choses. Aussi, la doctrine unanime, dans la voie tracée par Pothier et par le droit romain, s'accorde à considérer que l'échange d'industrie ou de service est une forme de louage. En effet, le régime commun du louage est celui du louage de choses. Est-ce à dire qu'en devenant objet de louage l'activité humaine deviendrait une chose ? Ce serait aller un peu vite en besogne que de le déduire des seuls intitulés des sections du Code. La loi est en effet explicite sur ce point : le régime juridique du louage d'industrie est spécial, exorbitant du droit commun du louage. La question est donc de savoir si cette spécialité ne concerne pas la nature même de la chose louée, ou encore si le scalpel juridique est assez incisif pour opérer une séparation objective entre le louage de choses et celui d'industrie (humaine). Une manière éclairante d'aborder la question est de considérer en quoi consiste la différence entre le louage d'industrie et la vente, et de s'interroger sur le fondement du critère de la distinction.

2.2. Louage de chose, louage d'industrie, vente

La question est déjà chez Pothier ; elle trouve son origine dans l'analogie que proposent les jurisconsultes romains entre le louage de chose et la vente[1]. On voit, du point de vue qui nous occupe, les

1. *« Locatio et conductio proxima est venditioni et emptioni, iisdemque regulis juris consistit »,* L, 2 ; *D. Loc. conduct.,* cité par Troplong, R.-T. T., *EL* (1), I, n° 21, p. 112.

conséquences désastreuses que pourrait avoir une telle analogie si elle s'étendait non seulement au louage de chose mais à tous les contrats de louage en général. Une autre manière d'exprimer le caractère dérogatoire du louage d'industrie serait donc d'accorder le rapprochement entre louage de chose et vente, mais de le refuser pour le louage d'industrie. Le louage de chose se rapproche de la vente, selon Troplong qui suit fidèlement Pothier (qui lui-même suit Paul), en ce qu'il est de droit naturel et de droit des gens, consensuel, synallagmatique, commutatif et que, comme la vente, il exige « trois conditions fondamentales, *res, pretium et consensus* »[1]. Troplong ajoute :

> « Toute la différence entre ces deux contrats, c'est que la vente est un moyen d'aliénation et qu'elle déplace définitivement la propriété même ; tandis que le bail ne fait que communiquer temporairement à un tiers la jouissance matérielle de la chose, dont le propriétaire conserve la jouissance juridique et l'émolument civil. [...] Tout ce qu'on pourrait dire, c'est que le louage des choses qui rapporte des fruits naturels ou industriels contient une vente de ces fruits [n. 2 : Pothier, n° 4, Observ. de la Cour d'Agen, Fenet, t. 3, p. 24] ou de partie de ces fruits. »[2]

Il faut donc conclure que le louage de chose n'est pas une vente parce qu'il réalise une communication *temporaire* et non une aliénation définitive, que l'objet du contrat est *l'usage* de la chose et non la propriété de la chose, mais il faut ajouter que le louage contient une vente des fruits ou de partie de ces fruits et qu'il peut par conséquent s'analyser en un contrat de vente.

Si le louage des choses n'est pas une aliénation de la chose objet du louage, il implique cependant, d'après Troplong, au moins la vente de la jouissance et des fruits ou de partie de ces fruits et, d'après Pothier[3], la vente de l'usage lui-même, de sorte que, dans un cas comme dans l'autre, il n'est pas possible de s'appuyer sur le caractère temporaire de la communication de la chose, en opposition au caractère définitif de la

1. *Ibid. ;* cf. Robert-Joseph Pothier, *Traité du contrat de louage selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur,* Paris, Debur-Orléans, Rouzeau-Montaut, 1766, 2e éd., t. I, n° 1, p. 3. On trouve cette doctrine chez Paul comme chez Gaius sous *D. Loc. conduct.*

2. R.-T. T., *EL* (1), I, n° 21, p. 113.

3. Pothier, *Traité du contrat de louage…, op. cit.,* n° 3, p. 4.

vente, pour nier qu'il y ait quelque chose comme une aliénation dans le contrat de louage, même si nos auteurs ne définissent pas exactement de la même manière l'objet de l'aliénation contenu dans ce contrat.

On voit quels sont les dangers de l'extension de cette analogie au louage d'industrie pour l'établissement de la *summa divisio*. Dans la version qu'en propose Pothier, il faut convenir de l'aliénation temporaire de l'usage de l'industrie humaine, dans celle de Troplong, celle des fruits de l'industrie humaine : dans les deux cas le contrat de louage réalise en quelque sorte une aliénation, mais il reste à déterminer avec précision quel est son objet, si celui-ci est affecté de personnalité et à quel degré.

La difficulté n'a pas échappé à Troplong qui a le mérite de l'exposer entièrement sous l'article 1780 relatif au louage de services :

> « Nous avons vu le législateur considérer le travail de l'homme comme un capital commercial [...].
>
> « Tandis que le louage dont nous nous sommes occupés jusqu'à présent [le louage de chose] n'a pour objet que l'usage des choses matérielles, le louage d'ouvrage s'adresse à l'industrie humaine pour la mettre en valeur. Dès lors, il y a entre ces deux espèces de louage toute la distance qui sépare la matière inanimée de l'activité humaine et de l'intelligence industrieuse. [...] le louage de choses produit une action en délivrance, au bout de laquelle est la voie de la contrainte personnelle *(manu militari),* pour obliger le locateur à mettre le locataire en jouissance [...]. Ici, rien de semblable, la liberté humaine ne le permet pas. Le louage d'ouvrage engage dans une certaine mesure la personnalité, le travail, l'intelligence ; or la liberté serait anéantie si l'homme pouvait être contraint dans ce qu'il a de plus personnel, de plus indépendant, de plus intime. L'inexécution du louage d'ouvrage se résout donc en dommages et intérêts, et la maxime *nemo potest cogi ad factum* vient protester en faveur de la dignité de celui qui a contracté l'obligation.
>
> « C'est pourquoi, si on a pu comparer le louage des choses à une vente, à cause de l'objet qu'on livre et du droit de perception des fruits qu'on attribue au conducteur, il est impossible de tomber dans la même confusion pour le louage de services et d'ouvrages ; car il se traduit en purs faits ; il ne comporte pas une chose externe qui se puisse livrer et qu'on puisse matériellement détenir et appréhender. »[1]

1. *Ibid.*, n° 787, p. 5-6.

Si jusqu'ici Troplong semblait suivre Pothier fidèlement, au moins pour ce qui concerne les principes, la tonalité de son argumentation s'en sépare désormais nettement. Le principe (relativement nouveau) de l'inaliénabilité de la liberté de la personne interdit en effet strictement que tout, ou même partie de cette liberté, soit l'objet d'une aliénation, dès lors que la liberté est indivisible et que son aliénation, même partielle, ruinerait toute la personne : s'il est donc légitime de reconnaître avec les auteurs romains que le louage de choses comporte des éléments constitutifs de la vente, le louage d'industrie doit s'en distinguer.

Pour opérer cette distinction, Troplong excipe de l'argument selon lequel l'inexécution du louage d'ouvrage se résout en dommages-intérêts et n'ouvre pas à une action en restitution de la chose elle-même, une obligation de remettre le travail à la disposition de l'acheteur, une *traditio* forcée, ce qui reviendrait à forcer l'ouvrier au travail.

2.3. L'argument du travail forcé

L'argument du travail forcé est de grande portée, et surtout assez neuf. Contrairement à une opinion assez répandue, ce n'est pas le caractère volontaire de l'engagement, la nature consensuelle du contrat de louage d'industrie qui peut garantir que ce dernier soit vierge de toute aliénation d'éléments constitutifs de la personne humaine. On sait en effet depuis Grotius au moins qu'on peut toujours aliéner sa liberté, sa personnalité, volontairement. Le caractère illégitime de ces conventions, dénoncées avec force et talent par tant d'auteurs, au premier rang desquels Rousseau ou encore Kant, interdit de considérer qu'en lui-même le caractère consensuel du louage puisse constituer un critère de protection suffisant contre l'esclavage.

Aussi, lorsque Kant cherche à distinguer le contrat de société patronale de l'esclavage antique, symbole s'il en est de l'aliénation de la personnalité, il n'invoque pas le seul consentement du locataire, mais tient à préciser que le maître, s'il peut librement user et jouir de son domestique, ne saurait en abuser, faute de quoi le domestique serait

fondé à dénoncer le contrat devant le juge, et qu'en outre ce contrat ne saurait être perpétuel[1]. Ces deux arguments sont meilleurs que celui du consentement mais restent insuffisants.

Le premier reconnaît au domestique la faculté inaliénable d'ester en justice, ce qui revient sans aucun doute à placer en dehors de tout commerce juridique une dimension essentielle de la personnalité juridique, sa capacité d'exercer ses droits. Mais Kant lui-même exige que l'inaliénabilité de la personne soit entière ou ne soit pas, puisque toute aliénation, même partielle, de la personnalité, revient à son aliénation totale[2]. La démonstration reste donc incomplète tant qu'il n'a pas été montré, soit que la personnalité réside tout entière et exclusivement dans la faculté d'ester en justice, soit que les autres facultés qui la constituent, comme la faculté de travailler contre rémunération par exemple, sont elles aussi inaliénables. Dans la théorie de Kant, le droit inné qu'est la liberté se confond dans sa dimension extérieure avec la faculté de posséder des droits, la volonté juridiquement capable est le seul transcendantal de la personnalité juridique. Mais la définition du droit de propriété comme ouvrant à son titulaire des pouvoirs physiques directs et immédiats sur la chose ne peut se satisfaire d'une volonté purement subjective et nouménale. Pour accorder validité à cet argument, il faudrait donc, comme le font certains juristes, par exemple K.-S. Zachariæ, considérer que l'on est jamais propriétaire que d'un droit. Faisant échec à cette solution, le Code civil dispose en son article 546 que « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit... ».

Le second argument semble plus fondé, mais ne l'est pas. La vente réalise un transfert irréversible de propriété, le contrat patronal (le Code parlerait de louage de services) est nécessairement limité dans le temps. Mais il faut encore montrer que la durée limitée du contrat en change la nature, ce qui précisément n'est le cas ni dans la théorie de Kant, ni dans le Code civil, ni dans l'interprétation que Troplong fait de ce dernier.

1. Kant, *Doctrine du droit, op. cit.,* § 30, p. 86.

2. « L'acquisition d'un élément de l'être humain est en même temps acquisition de la personne tout entière, dans la mesure où celle-ci est une unité absolue » (*Doctrine du droit, op. cit.,* § 25, p. 79).

Selon Kant en effet, la durée du contrat ne transforme pas la nature de la relation patronale qui reste la soumission permanente et générale de la faculté de travailler à l'empire unilatéral du maître. Cette soumission est permanente, quoique non perpétuelle, en ce que pendant la durée du contrat le domestique s'engage à travailler pour le maître quand celui-ci le désire. Elle est générale en ce que le domestique ne s'engage pas pour un ouvrage déterminé (par l'étendue de l'ouvrage dans l'espace ou par la quantité de temps louée) et que sa rémunération n'est pas proportionnée à sa tâche. Ce caractère général et permanent de la soumission patronale est qualifié, en termes kantiens, de possession réelle, quoique d'espèce personnelle (dépourvue d'*abusus*). Pour Kant, le droit, même temporaire, du maître sur le domestique est bien un droit réel au sens le plus technique du terme, puisque le maître dispose d'un droit de suite sur sa possession, le droit d'user de la force pour ramener le domestique fuyard dans son giron[1]. Le caractère temporaire du contrat ne suffit pas à garantir l'inaliénabilité des éléments constitutifs de la personne (qui trouve son fondement ailleurs, dans la personnalité même de ces éléments).

En ce qui concerne le Code civil et l'interprétation qu'en propose Troplong, le critère de la perpétuité ne permet pas non plus de tracer une frontière ferme entre l'aliénation des choses et l'obligation des personnes. Si Troplong refuse de suivre Pothier quand ce dernier parle de vente temporaire de l'usage d'une chose, considérant sans doute que la vente est un transfert de propriété nécessairement définitif dès lors que la propriété est nécessairement perpétuelle, si donc le caractère temporaire de la convention permet de distinguer la vente du louage, il ne permet pas d'opposer le louage des choses et celui des personnes :

> « La perpétuité répugne à nos idées, elle est incompatible avec les principes de liberté que les lois modernes ont établis pour les choses comme pour les personnes. Le droit romain n'était pas aussi susceptible. Il admettait des baux à perpétuité, et ne croyait pas que l'essence du louage répugnât à une durée perpétuelle. »[2]

1. Cf. Kant, *Doctrine du droit*, *op. cit.*, § 30.
2. R.-T. T., *EL* (1), I, n° 4, p. 72.

Sur ce point, Troplong est pris en flagrant délit de manque de rigueur. Comme il ressort de la citation précédente, c'est l'ensemble du régime du louage qui est placé sous le signe de la précarité, et l'interdiction des engagements perpétuels ne saurait en aucun cas constituer le critère distinctif du régime spécial du louage d'industrie.

C'est pourtant ce critère que le même Troplong brandit pour estimer que la personne du domestique est toujours assez protégée d'une éventuelle aliénation :

> « ... dès l'instant que le contrat de services perpétuels a été par lui [le législateur] déclaré réductible, dès l'instant que le serviteur est toujours armé du droit de demander son affranchissement, par quelle étrange confusion vient-on parler de liberté menacée, d'ordre public attaqué, grandes choses fort étonnées de se retrouver en si petites places. Quoi ! Vous redoutez le retour de l'esclavage au préjudice de celui qui n'a qu'à ouvrir la bouche pour échapper à son engagement ! »[1]

S'il faut reconnaître à Troplong que le Code civil interdit le travail forcé, que le maître ne peut donc revendiquer un droit de suite sur son serviteur et que ce dernier, s'il peut payer les dommages-intérêts qui s'ensuivent, est donc libre de déguerpir quant il le souhaite, il faut également souligner que Troplong accorde que le louage des choses, tout aussi temporaire, contient une vente, et qu'il n'est donc pas possible de conclure de la non-perpétuité du contrat à l'inaliénation de la personne. Le critère de la perpétuité introduit certainement un élément de différenciation entre le contrat de louage et la vente, mais pas entre la chose et la personne, puisqu'il est commun au louage de chose et d'industrie. Autrement dit, ce critère ne protège pas contre l'esclavage à temps partiel.

Beaucoup plus intéressante est la première raison donnée par Troplong, qui interdit au locataire de la maîtrise d'ouvrage d'intenter une

1. R.-T. T., *EL* (1), III, nº 856, p. 98. La citation porte sur la discussion de la question suivante : la stipulation de la perpétuité du contrat est, en vertu de l'article 1780, une cause de nullité. Faut-il interdire qu'un maître s'engage à garder un domestique jusqu'à sa mort ? Troplong répond non et se défend, ce faisant, de réintroduire le servage. Cette discussion souligne, s'il en était besoin, combien peu le critère de la perpétuité du lien de subordination permet de distinguer le serf médiéval et le domestique moderne.

action en délivrance de la chose en cas d'inexécution du contrat. C'est la seule qui soit vraiment solide, c'est en elle que réside essentiellement la différence entre le louage de choses et le louage de services. Suffit-elle à établir la différence ontologique entre les personnes et les choses, à conclure que le contrat de louage d'industrie ou de service ne réalise pas l'aliénation d'éléments constitutifs de la personne ?

L'action *ex conductio* dont dispose le locataire contre le locateur qui aurait manqué à lui délivrer la chose, permet de revendiquer soit la résiliation du contrat de louage et des dommages-intérêts, soit une décision de justice imposant *manu militari* la délivrance forcée de la chose. La seule exception à cette règle semble bien être l'industrie humaine et les services. Une autre manière d'exprimer cette règle est de considérer que le locataire peut suivre la chose sur laquelle il a un droit dans les mains du locateur, et même dans les mains d'un tiers, ce qui lui confère un véritable droit de suite (constat qui permet à Troplong, contre tous ses contemporains, mais avec une certaine actualité, d'affirmer que le locataire possède un droit réel sur la chose louée), mais que cette règle ne s'appliquant pas au louage d'industrie, le travail est un bien, mais pas un bien *réel,* c'est-à-dire un bien susceptible d'être l'objet d'un droit réel.

La position est forte ; elle suppose cependant que l'essence de la personne réside dans sa seule faculté de consentir. L'interdiction du travail forcé n'interdit pas l'esclavage volontaire[1]. Mais cette réduction drastique des éléments constitutifs de la personnalité à la seule volonté ne saurait convenir à la définition de la propriété comme droit réel, direct et immédiat à user physiquement de la chose, puisque cette définition exige que la personne propriétaire soit en outre capable d'agir physiquement sur ses choses. Pour être soutenue victorieusement, cette position exigerait une définition de la propriété comme propriété de droits. Or, on l'a vu, la lettre du Code civil interdit à ses commentateurs de tels kantismes.

Concluons ce point : le louage d'industrie suppose le consentement du locataire, la non-perpétuité de l'engagement (ou le caractère

1. R.-T. T., *EL* (1), I, n° 164, p. 375.

déterminé de l'entreprise, selon l'article 1780 du Code civil), l'interdiction de l'action en délivrance de la chose en cas d'inexécution du contrat, mais aucun de ces principes n'est déterminant quant à la distinction des personnes et des choses, sauf à adopter une conception *a minima* de la personne dont aucun auteur, pas même Kant, ne se réclame explicitement. Ce n'est donc pas au niveau général de la nature de leurs objets respectifs que se distinguent le louage de chose et celui d'industrie. Ce constat oblige à changer de niveau d'analyse pour entrer dans les arcanes des diverses espèces de contrats de louage qu'on regroupe sous le terme générique de louage d'industrie, et y chercher le fondement substantiel de la distinction des personnes et des choses.

3. LES RÉGIMES DU LOUAGE D'INDUSTRIE, OU LA LUTTE DES CLASSEMENTS

3.1. Lutte des classements et mandat

Le régime spécial du louage d'industrie n'est pas homogène du point de vue de la *summa divisio* des personnes et des choses ; par conséquent, si certaines activités humaines revêtent en droit un caractère éminemment personnel, il en est d'autres dont le statut est assez analogue à celui des choses pour que le louage de ces activités puisse être qualifié d'aliénation et non pas seulement d'obligation.

Il ressort en effet de ce qui précède que le louage de choses et le louage d'ouvrages ont eux aussi en commun d'être de droit naturel, consensuels, synallagmatiques et commutatifs. De même, trois conditions sont requises pour l'un et l'autre contrats : *res, pretium et consensus*. Le travail loué est une chose *(res)* et il a un prix *(pretium)* ; le seul moyen de concilier ceci avec ce qui précède serait de donner au mot *res* le sens de bien juridique non matériel, intangible, et non celui de chose matérielle. Dans le cas contraire, le louage d'ouvrage ne serait guère qu'une espèce du louage de chose, et la *summa divisio* serait définitivement perdue. De même, Pothier écrit :

> « Nous avons vu qu'il y avait trois choses qui étaient de la substance du louage de choses, sans lesquelles on ne pouvait former ni même concevoir ce contrat : il y a pareillement trois choses nécessaires pour former le contrat de louage d'ouvrage ; savoir : 1 / un ouvrage à faire ; 2 / un prix ; 3 / le consentement des parties contractantes. »[1]

Le glissement sémantique est patent. La chose louée est une *res,* l'objet de la location d'ouvrage est aussi une *res,* mais, dans ce dernier cas, l'expression recouvre non pas une chose matérielle mais un « ouvrage à faire ». De deux choses l'une : ou bien ce glissement fait exploser la cohérence du terme *res,* qui devient alors une catégorie introuvable au même titre que celle de personne (qu'est-ce qu'une *res* intangible pour le Code civil ?), ou bien l'unité sémantique du terme est rétablie, pour ainsi dire *de l'extérieur,* par la notion de prix. Serait susceptible d'être loué tout ce qui aurait un prix, et le mot *res* serait alors synonyme de bien, ou encore de valeur vénale ; la notion de personne devant alors s'entendre, négativement, comme ce qui n'a pas de prix.

C'est bien ce que pense Troplong, pour qui il convient de distinguer les activités proprement humaines qui font l'objet d'un échange gratuit, le mandat, et celles qui font l'objet d'un salaire rémunéré, le prix du louage[2]. Pourtant, le contrat de mandat peut lui aussi faire l'objet d'une rémunération sous la forme d'honoraires. Dès lors, le problème est de distinguer le salaire des honoraires, distinction d'autant plus difficile que, dans les deux cas, il s'agit d'une contrepartie pour avoir mis « son travail au service de l'autre »[3]. Le critère, selon Troplong, réside dans la noblesse du mobile qui cause l'action promise par le mandataire[4]. Mais ce n'est là que repousser la question, car on peut légitimement se demander ce qui fait la noblesse des mobiles de ces actions que Troplong juge inestimables au point qu'on ne saurait les confondre avec celles qui sont assez viles pour avoir un prix.

1. Pothier, *Traité du contrat de louage…, op. cit.,* t. 1, n° 394, p. 305.
2. L'article 1986 du Code civil dispose que « le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire ».
3. R.-T. T., *EL* (1), III, n° 791, p. 9.
4. R.-T. T., *EL* (1), III, n° 794, p. 15.

On trouve dans le long développement que Troplong consacre à cette question deux éléments de réponse : l'action du mandataire trouve son origine dans l'amitié[1] ; elle est motivée par un but moral élevé :

> « L'homme ne travaille pas seulement pour l'argent, il travaille aussi pour la gloire, pour la patrie, pour l'humanité. C'est ce qui fait qu'il y a entre les professions des inégalités nécessaires comme dans les conditions. Les unes sont subalternes, ce sont en général celles qui spéculent sur les besoins physiques de l'homme ; elles ont le lucre pour but et c'est avec de l'argent qu'on les paie. Les autres, plus relevées, s'adressent aux besoins moraux de l'homme. »[2]

Il semble que nous soyons parvenus à l'orée de la solution du problème : la distinction entre l'activité humaine absolument inaliénable car constitutive de la personnalité, et l'activité humaine qualifiable de *res* et susceptible d'être un objet de louage, ne se trouve pas dans le principe du *consensus* mais dans la nature anthropologique même de cette activité, nature déterminée par le but de l'action, lui-même indissociable de la substance métaphysique (spirituelle ou physique) du besoin qu'elle satisfait, ou encore du genre métaphysique d'utilité qu'elle offre : l'utilité spirituelle qui satisfait des besoins moraux n'a pas de prix, l'utilité matérielle qui satisfait des besoins physiques est vénale. Où l'on reconnaît l'opposition classique des arts libéraux et des arts mécaniques. La thèse de Troplong se précise : il faut distinguer, au sein des activités humaines, celles qui sont libérales et que le droit ne saurait considérer comme des biens, et celles qui sont mécaniques et peuvent faire l'objet d'un contrat de louage.

Il convient donc de nuancer l'appréciation précédente : toutes les activités humaines ne sont pas des biens selon Troplong, puisque les activités spirituelles sont strictement inaliénables et ne peuvent faire l'objet d'aucun commerce vénal. *A contrario,* les activités mécaniques sont estimables à prix d'argent et peuvent être aliénées. Comment concilier cette dernière assertion avec le principe de l'inaliénabilité de

1. « Et pourquoi donc doit-il être gratuit ? Parce qu'il prend son origine dans l'amitié et que l'amitié ne peut être payée par un prix » (R.-T. T., *EL* (1), III, n° 792, p. 11).
2. R.-T. T., *EL* (1), III, n° 807, p. 32.

la personne humaine ? La seule issue possible est de montrer que ces activités n'engagent pas le principe de la personnalité de l'homme. La question se précise donc, et invite à chercher la spécificité du travail matériel humain dans ce qui sépare le régime juridique du louage de travail et celui du louage des choses matérielles.

3.2. Lutte des classements et louage d'ouvrage

La définition du louage d'ouvrage dans le Code civil est obscure. On trouve le terme à l'article 1709 où il désigne toutes les formes d'activités humaines susceptibles de louage[1]. Cet article est spécifié par l'article 1711, où le louage d'ouvrage désigne un contrat passé avec un entrepreneur par suite d'un devis ou marché, en quoi il se distingue du louage de travail ou de service[2]. Pourtant, l'article 1779 dispose qu'il existe trois espèces de louage d'ouvrage, à savoir : le louage des gens de travail, celui des voituriers et celui des entrepreneurs par suite de devis ou marché[3].

Pour ajouter à la confusion, il faut souligner que les articles 2271 et 2272, relatifs à certaines prescriptions particulières, évoquent plusieurs professions parmi lesquelles certaines louent leur industrie. Il est ainsi question « des maîtres et instituteurs des sciences et des arts, pour les leçons qu'ils donnent au mois » (art. 2271), des « ouvriers et gens de travail, pour le paiement de leurs journées, fournitures et salaires » (art. 2271), qui ne se confondent pas avec la catégorie des « domes-

1. « Il y a deux sortes de contrats de louage : celui des choses et celui d'ouvrages. »

2. « Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières : on appelle *bail à loyer,* le louage des maisons et celui des meubles ; *Bail à ferme,* celui des héritages ruraux ; *Loyer,* le louage du travail ou du service ; *Bail à cheptel,* celui des animaux dont le prix se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie ; Les *devis, marchés* ou *prix faits* pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un ouvrage lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait. Ces trois dernières espèces ont des règles particulières. »

3. « Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1 / Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ; 2 / Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes et des marchandises ; 3 / Celui des entrepreneurs d'ouvrage par suite de devis ou marchés. »

tiques qui se louent à l'année, pour le paiement de leur salaire » (art. 2272).

Ces derniers articles invitent donc à considérer que les maîtres et les ouvriers, ou gens de travail, ne sont pas, en tout cas pour ce qui concerne la prescription, soumis aux mêmes règles que les domestiques, et pourraient donner à penser que ces catégories se distinguent encore par l'objet du louage : les maîtres loueraient des leçons, les ouvriers loueraient du temps de travail (des journées) et les domestiques se loueraient eux-mêmes. Pourtant, le louage de travail et celui de services semblaient être des synonymes dans les articles précédents.

On accordera facilement à Troplong qu'avec toutes ces distinctions, « la clarté du langage n'y gagne rien »[1], et que le commentateur est autorisé à réorganiser cette typologie. C'est à quoi s'attelle notre jurisconsulte :

> « Ce qui doit dominer dans notre sujet, c'est la distinction capitale entre les domestiques et les autres individus qui louent leurs services. Les domestiques sont ceux qui sont attachés d'une manière particulière à la personne, au ménage, à la maison du maître. On les appelle domestiques parce qu'ils sont logés chez lui. Tous ceux qui ne sont pas domestiques rentrent dans la catégorie des ouvriers, dont parle la rubrique de notre section [la première de l'article 1779].
>
> « Les ouvriers se divisent en deux classes : ceux qui louent leurs services à tant par jour, comme les moissonneurs, les vendangeurs, les terrassiers, les maçons, les charpentiers, les ouvriers de fabrique, etc., et ceux avec qui l'on convient d'un travail à faire moyennant un prix fait. Ceux-ci contractent un louage d'ouvrage, appelé marché. [...] Ceux-là ordinairement connus sous le nom de journaliers, contractent plutôt un louage de service qu'un louage d'ouvrage (arg. de l'article 1780). »[2]

Résumons cette dernière proposition. La catégorie des voituriers disparaît (faute de portée anthropologique ?), celle des ouvriers apparaît, qui vient d'une part unifier le régime des entrepreneurs d'ouvrage à prix fait et des gens de peine, et d'autre part opposer ces régimes à celui des domestiques. Apparaît donc clairement l'enjeu de ces diverses

1. R.-T. T., *EL* (1), III, n° 842, p. 75.
2. R.-T. T., *EL* (1), III, n° 843, p. 76.

qualifications. D'une part, le Code civil ne reconnaît que deux catégories, celle des entrepreneurs d'ouvrage à prix fait et celle des domestiques et gens de peine (on peut en théorie négliger celle des voituriers). D'autre part, soit la loi fait pencher le régime des seconds vers celui des premiers, soit elle accentue la différence qui les sépare selon qu'on entend le mot ouvrage dans une acception large ou restreinte ; Troplong dissocie les domestiques des gens de peine, crée une catégorie juridique nouvelle, celle des ouvriers, et réunit de la sorte ces derniers aux entrepreneurs à prix fait. L'examen de la distribution de la *conductio,* forme juridique du rapport de subordination constitutif du louage, jette quelque lumière sur ces mystérieuses manœuvres.

3.3. Lutte des classements et conductio

La définition de la *conductio* n'est pas un problème nouveau, elle est largement présente chez les jurisconsultes romains[1]. L'horizon de la reprise moderne de cette dispute se trouve chez Pothier. Selon cet auteur, le contrat de louage d'ouvrage est passé entre un locateur qui donne à faire un ouvrage à celui qu'on appelle *conducteur* :

> « Le contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre, qui s'oblige envers elle de faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire, s'oblige de son côté de lui payer.
>
> « La partie qui donne à l'autre l'ouvrage à faire s'appelle locateur : *locator operis fasciendi* ; celle qui se charge de le faire s'appelle le conducteur, *conductor operis*. »[2]

Cette terminologie attire l'attention. On aurait pu s'attendre à ce que celui qui n'est pas le locateur soit appelé le locataire. Pothier préfère nommer celui sur qui pèse l'obligation de faire, et qui en recevra le

1. Sur la *locatio-conductio* en droit romain, Barry Nicholas, *An introduction to Roman Law,* Oxford, Oxford, Clarendon Press, 1975 (1962), p. 182-183. Pour une analyse détaillée, en langue française, Félix Olivier-Martin, « Des divisions du louage en droit romain », *Revue historique de droit français et étranger,* Paris, Sirey, 1936, p. 419-475, et Jacques Michel, *Gratuité en droit romain,* Bruxelles, Presses de l'ULB, 1962, p. 168-232.

2. Robert-Joseph Pothier, *Traité du contrat de louage, op. cit.,* t. I, n° 392, p. 350.

prix, *conducteur,* renvoyant à sa qualité de détenteur autonome et qualifié de la chose.

On comprend le choix de ce terme, emprunté au droit romain : dans la location de chose, le locateur, en même temps qu'il remet la chose au locataire, lui accorde le droit, moyennant un prix, d'user de la chose. C'est donc le locataire et non le locateur qui détient le pouvoir de faire servir la chose à divers usages moyennant – dans le cas d'un fonds de terre par exemple – un partage des fruits. C'est donc bien le locataire qui conduit les usages productifs de la chose. Dans la location d'ouvrage, le locateur paie quelqu'un pour réaliser un ouvrage qui sera sa propriété, pour conduire une entreprise jusqu'à la réalisation d'une chose matérielle qui lui sera remise contre un prix. Le prix versé par le locateur paie donc la conduite de cette entreprise ; on peut conclure que le conducteur *est toujours celui qui reçoit le prix*. La qualification de conducteur offre à celui à qui elle s'applique la possibilité d'intenter une action *ex conductio* contre le locateur, action en réclamation du prix de l'ouvrage fait. Il s'agit donc d'une action en délivrance de la chose ou en dommages-intérêts dans le cas du louage de chose, une action en seuls dommages-intérêts dans le cas du louage d'ouvrage ou d'industrie. L'action *ex conductio* a bien pour objet, dans le cas où un défaut dans la délivrance de la chose lui interdirait d'exercer légitimement son droit d'user de la chose, de revendiquer soit l'exécution du contrat (la délivrance de la chose), soit sa résiliation et la réparation du préjudice causé par son inexécution. Dans la location d'ouvrage, le locateur aura symétriquement une action *ex locati* en réclamation de la délivrance de l'ouvrage en temps. Il faut donc retenir que le locateur paie la conduite de la réalisation de l'ouvrage, et que le conducteur reçoit le prix de sa réalisation, pour laquelle il s'est engagé, et ajouter que dans le contrat de louage de chose le conducteur est considéré comme détenteur autonome de la chose, dans le sens où son intérêt se distingue de celui du locateur, y compris contre des tiers. Les exemples récurrents dans l'œuvre de Pothier sont ceux du tailleur et de l'entrepreneur, ou encore de l'architecte. Le tailleur est celui à qui l'on remet un tissu pour qu'il en fasse un habit, l'entrepreneur est celui à qui l'on remet un terrain pour qu'il en fasse une maison. Notons au passage que si le tissu

appartenait au tailleur, le contrat serait une vente, mais qu'il est qualifié de louage quand bien même le tailleur devrait fournir le fil, les boutons et les galons. Le principe est en effet le suivant : si la matière principale est apportée par celui qui a l'initiative de l'ouvrage, même si la matière accessoire est apportée par l'entrepreneur, c'est un contrat de louage, sinon c'est une vente. Il convient donc de se demander qui apporte la matière principale nécessaire à la réalisation de l'ouvrage (le tissu de l'habit, le terrain de la maison...) : si c'est par le locateur, il y a louage, même si la matière accessoire (les boutons, le fil ou les galons de l'habit, les matériaux de la maison) sont apportés par le conducteur[1].

La « location d'ouvrage » désigne donc chez Pothier les contrats passés avec une personne supposée capable de réaliser une entreprise déterminée et de remettre à son terme l'ouvrage en question. L'objet de la location est précisément cette réalisation, c'est-à-dire toute l'entreprise qui conduit de la remise de la matière principale par le locateur au conducteur à la remise de l'ouvrage achevé par le conducteur au locateur. C'est dans ce sens qu'est rédigé l'article 1709 du Code civil dont on a vu qu'il est copié de Pothier.

Pothier écrit en 1766, et les rédacteurs du Code civil dans les toutes premières années du XIXe siècle. En quarante ans, la catégorie des ouvriers journaliers a considérablement grossi, et son rôle économique est devenu central. C'est sans doute ce qui explique les diverses versions proposées de l'article 1710. Le Conseil d'État, reprenant fidèlement la formulation de Pothier, définissait le louage d'ouvrage comme un « contrat par lequel l'une des parties donne quelque chose à faire à l'autre ». Le Tribunat modifia cette rédaction, et la version définitive de l'article 1710 est la suivante : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose *pour* l'autre, moyennant un prix convenu entre elles » (je souligne). Cette nouvelle version, en tout cas selon l'interprétation qu'en propose Troplong, déborde le cadre conceptuel dans lequel s'inscrit Pothier, pour qui le conducteur est nécessairement celui qui reçoit le prix, puisque ce prix est celui de la conduite de l'entreprise qui mène de la matière brute à

1. *Ibid.*, n° 393, p. 353 et 354.

l'ouvrage fait. Mais dans la formulation proposée par le Tribunat, le prix n'est plus celui de la *conductio,* mais celui de l'obligation de faire quelque chose en faveur de celui qui paie, ce qui n'est plus du tout la même chose : la prestation n'est plus déterminée par l'ouvrage à faire, mais par la soumission à celui qui l'initie. Sans ce déplacement sémantique, le contrat de louage d'industrie ne pourrait s'appliquer à des cas comme celui du louage de l'industrie des ouvriers journaliers, ou gens de peine, ou à celle des services des domestiques, louages qui, en effet, ne portent pas sur un ouvrage déterminé mais sur la mise à disposition soit du travail (mesuré en temps) de l'ouvrier, soit de la faculté industrieuse du domestique (astreint à être présent chez le maître).

Ainsi, dans ces deux derniers cas, le contrat de louage d'industrie et de service se laisse analyser de la manière suivante : le locateur est celui qui met en location son travail (l'ouvrier) ou sa faculté industrieuse (le domestique) à un tiers (le patron) qui conduira le travail. Or, c'est ce conducteur qui paie le prix de la location du travail (le salaire, les gages), de sorte que la règle posée par Pothier selon laquelle le conducteur est nécessairement celui qui perçoit le prix ne tient plus, et la cause en est que, dans la nouvelle formulation du Code civil, le contrat de location d'ouvrage ne porte plus sur la conduite d'une entreprise déterminée (un ouvrage précis à faire, tailler un habit, construire une maison) mais sur le travail (mesuré en temps) ou la faculté industrieuse (la présence du corps disponible) du locateur désormais considéré comme un capital productif, un bien juridique.

Autrement dit, alors que chez Pothier le locateur est celui qui prend l'initiative, la commande du travail, mais qui laisse à l'entrepreneur le soin de le conduire et le rémunère pour ce faire, chez Troplong, d'après le Code civil, ce n'est pas le locateur – le terme désignant désormais l'ouvrier (ou le domestique) – qui prend l'initiative du travail, ou qui le conduit, mais il se contente de l'effectuer et d'en recevoir le prix. C'est dire que désormais, *c'est toujours celui qui paie qui conduit* : la location du travail ou de la faculté de travail devient strictement indissociable de la subordination au pouvoir de conduire du locataire.

Sans emphase, malgré l'importance théorique et pratique des enjeux, se joue la définition du salariat moderne comme activité rému-

nérée mais aussi et toujours subordonnée. Il n'est désormais plus possible d'exercer librement le travail qu'on loue.

Il ne faut pas moins que l'autorité de Cujas pour que Troplong parvienne à justifier une telle révolution :

> « En suivant cette idée que le travail est un capital productif, on doit appeler locateur, l'ouvrier qui le fournit à autrui en recevant un salaire ; et la partie adverse qui le paie, preneur ou conducteur [Paul, l. 22, § 2, D. Loc. cond., *Locat artifex operam suam*, Ducauroy, Inst. expliq., n° 1049].
>
> « [...] [P]our savoir [dit Cujas] qui est locateur ou conducteur, on ne doit s'attacher qu'à un seul point : c'est que le locateur est celui qui donne une chose à faire ou une chose pour en jouir, et que le conducteur est celui qui la reçoit. [...] Celui qui me donne ses services pour soigner mes vêtements est locateur et je suis conducteur. Mais il est évident aussi que celui qui reçoit mes vêtements pour les soigner est conducteur et je suis locateur ; car s'il me fait jouir de son industrie, ce qui me constitue conducteur, je lui donne une chose à faire, ce qui me constitue locateur. De même un professeur de droit qui donne ses soins pour l'enseignement de la jeunesse est locateur, il fait profiter ses élèves de la science de ses leçons, *dat aliquid fruendum*. Mais aussi le professeur qui reçoit des élèves pour les former aux lettres ou au droit est conducteur et ses élèves sont locateurs ; car ce sont eux qui lui donnent à faire leur éducation.
>
> « Mais, au milieu de cette double position, quelle est celle qui devra prévaloir ? Car il faut fixer les rôles pour déterminer la nature de l'action. La réponse est simple. On examinera comment l'affaire s'est engagée : on recherchera laquelle des deux a pris l'initiative et celle qui aura donné l'impulsion, celle qui aura sollicité l'autre [...] celle-là prend le nom de locateur et aura l'*actio locati* ; l'autre sera plutôt conducteur et aura l'*actio conducti*. Que si on ignore à qui appartient l'idée originaire du contrat [...]. Mais toujours il sera certain que louer, c'est *aliquid faciendum vel frundum dare,* et que cette règle est invariable. [...]
>
> « Ainsi, d'après la saine intelligence de notre article, on doit tenir pour certains que désormais c'est l'ouvrier qui est vraiment locateur, et que celui qui le paie est le véritable locataire ou conducteur. »[1]

Le nerf de cette démonstration est dans l'affirmation inaugurale : le travail est en tant que tel considéré comme un capital productif, c'est donc le travail en lui-même, ou la mise à disposition de la faculté

1. R.-T. T., *EL* (1), III, n° 64, p. 234 à 238.

industrieuse, et non pas l'ouvrage à faire, qui est l'objet principal de la location. Dès lors le terme de locateur ne désigne pas celui qui prend l'initiative, qui conçoit et commande l'ouvrage, mais bien plutôt l'ouvrier qui loue son travail, le domestique qui loue sa faculté industrielle. La location classique consistait à donner quelque chose à faire à autrui, moyennant tout ou partie des fruits ; la location moderne consiste en ce que l'ouvrier donne à autrui les fruits de son travail, et que celui qui prend l'initiative du contrat l'oblige à faire quelque chose pour son compte. On comprend que Troplong soit attaché à distinguer l'attribution de la *conductio* de celui qui reçoit le prix, puisque précisément, dans la version moderne du contrat de louage d'industrie, ce prix est celui de la soumission à l'initiateur de l'ouvrage, de l'engagement à faire cet ouvrage non seulement pour lui, mais encore sous sa conduite, et bien entendu celui de la remise de l'ouvrage achevé, le fruit du travail. En préférant Cujas à Pothier, et quoique l'on puisse raisonnablement douter que Cujas ait eu à l'esprit les mêmes préoccupations que lui, Troplong garantit à celui qui prend l'initiative du travail, au *libre entrepreneur,* la conservation de la conduite de l'entreprise, l'assurance de rester autonome, ou encore d'être toujours du bon côté du rapport de subordination alors même qu'il paie le locateur qui s'est engagé pour lui. Ce faisant, notre jurisconsulte invente une catégorie juridique nouvelle, celle de faiseur d'ouvrage qui ne conduit pas l'ouvrage qu'il fait, celle d'un travailleur qui perd le pouvoir d'user de manière autonome de son travail comme de sa faculté industrieuse, *le travailleur conduit*. Dans son versant de lumière, ce résultat revient à confondre deux figures : celle du propriétaire de la matière qui initie le contrat et celle de l'entrepreneur qui conduit les travaux. Dans son versant d'ombre, ce que le droit appelait « entrepreneur », le « maître d'œuvre », à qui l'on commandait un résultat sans lui retirer la liberté de déterminer les moyens d'y parvenir, rejoint la cohorte des subordonnés nécessaires, dont on va voir maintenant qu'ils incarnent, au moins dans l'esprit de Troplong, les damnés de la terre.

4. DES TRAVAUX ET DES HOMMES

Comment comprendre que certaines personnes, et nous savons qu'elles sont toutes égales en droit, qui sont de surcroît propriétaires, puisque toutes le sont au moins de leur faculté laborieuse dans laquelle le Code civil voit un bien, soient systématiquement inscrites dans un rapport unilatéral de subordination ? La question est particulièrement épineuse, car c'est celle de la justification du salariat. Elle est souvent traitée sur le plan économique, du point de vue de la justice des échanges. On met alors en évidence la justesse du prix du travail, ou inversement la plus-value que le locateur retirerait de l'opération. Mais ce point de vue économique manque, par-delà la question de la valeur du travail, le problème de la subordination du travailleur qui se joue dans l'unilatérale distribution de la *conductio*. Si la faculté laborieuse est une dimension de la personnalité, cette subordination rémunérée ne réalise-t-elle pas l'aliénation d'un élément constitutif de la personne du travailleur ? Pour Troplong, tout dépend de la nature même de la faculté laborieuse mise en jeu dans le contrat de louage. La typologie de ces contrats conduit donc à une typologie des travaux eux-mêmes au sein des arts mécaniques.

Au plus bas de l'échelle se trouvent les domestiques, qui ne conduisent jamais et louent leurs services à demeure. Cette dernière caractéristique les place à la base de la pyramide sociale dans la mesure où non seulement ils ne conduisent aucune entreprise, mais encore sont conduits en raison de leur seule présence dans la maison patronale et non en raison d'un ouvrage déterminé à faire. Viennent ensuite les gens de peine ou journaliers, qui ne conduisent jamais non plus. Puis les entrepreneurs d'ouvrages qui sont susceptibles d'être à la fois conducteurs et conduits, conduits vis-à-vis de l'initiateur de l'ouvrage et conducteurs vis-à-vis de ceux à qui ils le sous-louent le cas échéant. Enfin se trouvent ceux qui prennent l'initiative de l'ouvrage et qui sont à ce titre conducteurs. Ils paient les entrepreneurs pour la remise de la chose, et les ouvriers et domestiques pour la location de leur peine.

Ceux-là sont les propriétaires de la matière. Nous sommes au point où la science juridique se confond littéralement avec l'anthropologie, qui est aussi celui où le langage technique perd parfois en précision mais gagne souvent en intérêt : c'est là que se noue l'établissement de la *summa divisio* des personnes et des choses, c'est là aussi que se dévoile la nature juridique du propriétaire.

4.1. Des travaux et des domestiques

Il faut, en cette matière, savoir gré à Troplong d'appeler un chat un chat :

> « La domesticité, [...] classe vouée aux misères sociales est dans les états libres, celle qui rappelle le plus l'esclavage. Elle correspond à un besoin que la servitude est chargée de satisfaire chez les peuples où l'esclavage est établi. Elle est le degré inférieur de la société ; car de toutes les conditions, c'est celle qui suppose le moins d'indépendance et d'industrie. »[1]

C'est donc faute d'avoir de l'industrie que la domesticité est la plus basse des conditions. La proposition s'éclaire lorsqu'on se tourne vers la définition qu'Augustin-Charles Renouard propose de la notion :

> « *Industria,* en bonne latinité, s'entend de la souplesse de l'esprit et de l'adresse intellectuelle non moins que de la dextérité manuelle. Le mot français a commencé par être l'exacte reproduction de l'expression latine ; il a désigné une faculté, un talent. On a dit : l'industrie de l'amant ou du poète, tout comme de l'architecte ou du tourneur. Les expressions vivre d'industrie, chevalier d'industrie sont restées dans la langue, et n'appellent nullement la pensée sur la souplesse du corps ou l'habileté des doigts. C'est assez tard qu'industrie a signifié autre chose qu'une faculté de l'esprit ; industrie des laines, industrie des fers auraient offensé nos pères comme d'étranges barbarismes. »[2]

La position de Troplong s'éclaire : ce qui sépare le travail comme expression de la personnalité du travail comme bien vénal, c'est l'industrie comme faculté de l'esprit, talent, voire comme capacité d'ini-

1. R.-T. T., *EL,* III, nº 844, p. 78.
2. A.-C. R., *DI,* p. 7.

tiative, esprit d'entreprise, faculté de faire des projets, volonté et force de les réaliser. Tous ces éléments sont compris dans une définition large, mais techniquement recevable, de la *conductio* : celle-ci, comme on l'a vu, suppose l'initiative (selon Cujas), c'est-à-dire la réalisation du projet et l'accord conclu avec celui qui va le réaliser. Mais aussi (selon Pothier), le *conductor* doit mesurer ses forces au moment où il s'engage dans la réalisation de l'ouvrage, puisque s'il ne peut être tenu pour responsable de l'inexécution d'un ouvrage impossible, il doit l'être pour l'inexécution d'un ouvrage qu'il ne lui a pas été possible de réaliser. Devenir *conductor* suppose donc la faculté d'entreprendre, dont les domestiques sont dépourvus.

On trouvera l'argument circulaire : de ce que le service rendu par les domestiques ne requiert aucune industrie, faut-il conclure que la personnalité des domestiques est amputée de cette qualité ? Pour scandaleuse que puisse paraître la réponse, il semble bien qu'il faille répondre par l'affirmative. La *res* du contrat de louage de service n'est en effet pas le produit du travail, comme c'est le cas du louage d'ouvrage *stricto sensu,* ni même le travail mesuré par le temps de la location, comme c'est le cas pour les gens de peine, mais bien la mise à disposition de la faculté laborieuse des domestiques dont l'obligation consiste à faire, dans certaines limites, ce que veut le maître sous son toit. C'est donc bien parce que leur faculté industrieuse est dépourvue d'industrie qu'elle peut devenir un bien vénal, objet d'un contrat réalisant sa subordination consentie et temporaire, mais cependant générale (le travail est indéterminé) et permanente (à chaque instant de la période couverte par le contrat).

Apparaît ici le cœur du raisonnement de Troplong : si le contrat de louage de service est légitime, bien qu'il réalise l'aliénation d'un élément constitutif de la personnalité du travailleur, sa faculté laborieuse, c'est parce que *le labeur sans industrie ne comporte aucun élément personnel.*

C'est au demeurant cette dépersonnalisation qui permet d'échapper au parallèle avec l'institution de l'esclavage : la faculté laborieuse de l'esclave comme celle du domestique sont l'objet de la soumission générale et permanente au patron, mais la personnalité du domestique a déserté cette faculté laborieuse pour se réfugier dans la faculté de

contracter et de résilier unilatéralement le contrat, c'est-à-dire dans la seule capacité juridique. Autrement dit, un domestique est une personne qui, par son statut professionnel, voit sa personnalité réduite au strict minimum.

La traduction de cette réduction sur le terrain de la propriété est la suivante : un domestique est, par sa profession même, dépourvu de la qualité qui permet à d'autres de devenir et de demeurer propriétaires : l'industrie comprise comme faculté d'entreprendre. Non pas, bien sûr, que les domestiques ne puissent être propriétaires, ils le sont de la faculté laborieuse qu'ils louent au maître, mais leur propriété se réduit, comme leur personnalité, au minimum, à la propriété de leur corps, sans que cette propriété puisse s'étendre aux produits de leur travail, puisque, comme on le sait, les domestiques ne peuvent prétendre, sans autorisation patronale, devenir propriétaire des fruits de leur labeur.

Tout se passe donc comme si les domestiques se voyaient privés, tant qu'ils sont soumis à leur maître, du droit de s'approprier des biens extérieurs, d'étendre et de faire fructifier leur propriété autrement qu'en la louant, et comme si cette privation trouvait sa légitimité dans le fait que leur personnalité serait dépourvue de faculté industrielle.

On trouvera l'argumentaire de Troplong peu convainquant. L'essentiel ici est bien plutôt qu'il met en lumière le fait que l'accès à la propriété est juridiquement et anthropologiquement conditionné non seulement par la possession de la personnalité juridique mais encore par la possibilité d'exercer ses facultés industrielles, ou encore par le fait d'échapper à une condition incompatible avec cet exercice.

4.2. Des travaux et des gens de peine

Selon Troplong, ils sont un degré au-dessus, mais :

> « leur condition est inférieure à celle des premiers [les ouvriers qui passent devis et marchés]. Toujours en présence du besoin, toujours sans certitude du lendemain, "ils sont, dit M. de Sismondi, sans intérêt dans l'art auquel ils travaillent. Le bon ou le mauvais sort des récoltes ne leur importe

> point, et leur avantage est diamétralement opposé à celui des hommes qui les emploient, car ils désirent le haut prix de la main-d'œuvre, et le bas prix des denrées" (*Études sur l'économie politique,* I, p. 24). »[1]

Ici, ce n'est pas le défaut d'industrie, c'est le défaut d'intérêt qui est invoqué pour expliquer la basse condition des journaliers. Ce critère est d'apparence psychologique mais, encore une fois, sa version juridique technique est à chercher dans la distribution de la *conductio* au sens où l'entend Troplong, comme faculté d'initier et de réaliser des ouvrages. Du fait de l'absence de conduction, ces travaux, pour être humains, sont néanmoins dépourvus de toute dimension projective ou téléologique, ils sont inscrits dans une temporalité unidimensionnelle, sans futur. Ils peuvent à ce titre (mais à ce titre seulement) être considérés comme analogues aux travaux animaux, dont on sait que le droit les classe parmi les choses :

> « Le projet de Code civil avait, du reste, placé bien bas la classe des journaliers, et il semble qu'il eût voulu donner une sanction à cette idée de M. de Sismondi, que l'homme de journée est indifférent au résultat de son travail. Car il voulait qu'il ne fût pas responsable de sa malfaçon [art. 116, Fenet, II, p. 366-367]. Cette idée fut repoussée par plusieurs cours, et elle devait l'être ; tout homme doit répondre de ses actes ; ce serait trop ravaler le journalier que de l'affranchir, comme la brute, de l'imputabilité de ses œuvres. Il a une raison et une conscience. Parlons à l'une et à l'autre pour exciter son émulation ; évitons tout ce qui serait de nature à paralyser les mobiles de toute activité progressive. »[2]

L'argument est moral : la brute humaine est perfectible. Il souligne ce qui manque au contrat de louage journalier de l'industrie des gens de peine pour le distinguer clairement de celui des choses : ce contrat ne fait pas mention de résultats déterminés, de l'œuvre accomplie, elle ne porte que sur la durée d'une tâche indéterminée. Le lien avec ce qui précède est clair : c'est parce que ce travail est soumis à la *conductio* de l'initiateur qu'il n'est pas nécessaire de préciser ses déterminations, et c'est pour cette raison que se pose la question de la malfaçon et de sa sanction : la malfaçon suppose en effet la projection de l'œuvre telle

1. R.-T. T., *EL* (1), III, n° 843, p. 76.
2. R.-T. T., *EL* (1), III, n° 843, p. 78.

qu'elle devrait être accomplie, à laquelle il devient possible de comparer l'œuvre effectivement réalisée. Comment reprocher à un homme de peine de n'avoir pas réalisé un projet pour lequel il est incapable de s'intéresser, parce qu'il est incapable de le concevoir ? Il n'y a pas de réponse satisfaisante à cette question. La logique du raisonnement voudrait que l'incapacité du journalier se traduise juridiquement par son irresponsabilité, ce qui conduirait en toute logique à l'institution d'une tutelle sociale, par laquelle les propriétaires pourraient veiller sur les gens de peine comme les pères de famille veillent sur les mineurs incapables dont ils ont la charge, mais de puissants motifs moraux, et aussi politiques, s'opposent à cette conclusion. En effet, reconnaître que l'ouvrier n'est pas responsable pour sa malfaçon priverait le locateur d'un des moyens, et peut-être du moyen essentiel, de l'*actio in conductio,* ce qui affecterait considérablement son pouvoir juridique de diriger la réalisation de l'ouvrage, au point qu'une telle limitation de ses prérogatives ouvrirait la voie à cette absurdité juridique d'un contrat de louage sans véritable conducteur, et affaiblirait le pouvoir de l'initiateur précisément là où l'incapacité du journalier exige un renforcement de son empire. S'il est en effet une exigence pratique qui se déduit impérativement de l'anthropologie de Troplong, c'est qu'il faut que quelqu'un commande les brutes sans intérêts et les domestiques sans industrie, de même que dans la justification théologique de la propriété privée, l'homme – parce qu'il est rationnel et conscient – a le devoir de conduire les créatures inférieures vers le Royaume de Dieu, de les mener vers leur destination morale. La nuance – de taille – introduite par Troplong est que la ligne de démarcation ne sépare pas l'esprit et la matière, les hommes des animaux et des choses, mais passe, au sein de l'espèce humaine, entre ceux qui possèdent *actuellement* la faculté de conduire et ceux qui, par absence d'intérêt ou d'industrie, en sont incapables.

4.3. Des travaux et des entrepreneurs d'ouvrage

En arrivant à la catégorie des entrepreneurs d'ouvrage, nous approchons de la frontière qui sépare les conducteurs et les conduits.

Chez Pothier, le tailleur, l'architecte ou le précepteur est autonome, *conductor*. Dans le contexte de la doctrine moderne proposée par Troplong, on attendrait le raisonnement suivant : les entrepreneurs d'ouvrage, comme les gens de peine, seraient des ouvriers parce qu'ils n'ont pas l'initiative de la commande de l'ouvrage ; locataires dans le rapport juridique au locateur, ils ne conduiraient pas. Mais à la différence des gens de peine, et parce que l'ouvrage qui est commandé est déterminé, les entrepreneurs d'ouvrage pourraient sous-louer les tâches à accomplir et devenir par conséquent locateurs de leurs sous-locataires, conducteurs ou encore maîtres de l'ouvrage commandé dans le rapport juridique déterminé qui les unit aux ouvriers qu'ils auraient pris l'initiative d'embaucher. L'entrepreneur d'ouvrage, en tant qu'il serait locataire de la matière de l'ouvrage, serait donc soumis à la *conductio* du propriétaire de cette matière, mais en tant qu'il prendrait l'initiative de sous-louer l'ouvrage, conduirait le travail des sous-locataires (de la matière, ou encore sous-locateurs de leur travail ou faculté de travail). Autrement dit, dans le cas précis des entrepreneurs d'ouvrages déterminés, c'est le sens classique de la *conductio,* celui que défend Pothier, qui devrait s'imposer. Sur le plan sociologique, cette solution conduirait à reconnaître, entre les propriétaires et les prolétaires, la catégorie intermédiaire des artisans, voués aux arts mécaniques, mais sous un régime de liberté. Avec la catégorie des entrepreneurs d'ouvrage, c'est donc la portée de la signification moderne de la *conductio* qui est en jeu : est-ce que la définition nouvelle se juxtapose à l'ancienne pour rendre compte de l'émergence de ces nouveaux travaux sans industrie, ou bien remplace-t-elle l'ancienne au point de rendre impensables les cas pour lesquels cette dernière a été conçue ? On l'a vu, c'est la seconde réponse qui s'impose. Troplong accorde certes aux entrepreneurs d'ouvrages faits ou à prix la faculté de sous-louer le travail, mais il ne leur reconnaît pas l'*actio ex conductio* :

> « Quant aux professions mécaniques et à celles qui n'ont rien de littéraire ou de libéral, elles restent dans le droit commun. Le prix dû à l'ouvrier ne peut être réclamé par lui que par l'*actio locati*. Sans doute, entre les artisans et les ouvriers qui exercent ces professions, il y a des différences

> de talent naturel, d'adresse, d'application, de savoir-faire. Mais tous sont placés sur la même ligne, eu égard à l'objet sur lequel s'exerce leur aptitude. »[1]

De Pothier à Troplong (et du Conseil d'État au Tribunat), les arts mécaniques versent dans le champ du labeur, et la figure de l'artisan libre, parce qu'elle est soumise à la commande, tombe dans le « monde du travail », celui des prolétaires et des domestiques conduits. Les arts mécaniques paient ainsi le fait de n'être ni beaux ni libéraux du prix de leur déclassement. Le travail mécanique de l'artisan n'est certes pas celui du journalier, il est plus intéressant et réclame sans doute plus d'industrie que celui des domestiques, mais il est initié par un tiers et son objet reste matériel, ces deux conditions suffisent à opérer la réification de l'activité du travailleur.

Il ne reste plus qu'à tirer la conclusion générale de cette formidable typologie des travaux selon Troplong (dans l'exposition duquel un regard exercé pourrait lire une véritable sociologie du travail) :

> « L'homme qui exécute, qui travaille matériellement, est considéré comme inférieur à celui qui ne travaille que mentalement. Il en a toujours été ainsi. Dès la plus haute antiquité, il y avait des esclaves chargés des travaux. L'homme esclave était assimilé à la chose, à la machine ; comme elle on pouvait le louer. Il est resté une trace de ces façons de voir dans le Code civil, qui traite successivement, et sur le même plan, du louage de choses, d'animaux, de travail humain. »[2]

La référence à l'Antiquité éclaire la thèse défendue : tous les hommes sont par nature capables d'entreprendre des travaux, mais tous ne sont pas, par seconde nature, ou encore par habitude, capables de commander. Aussi, certains hommes sont-ils par *seconde nature,* ou encore par condition juridique, faits pour commander aux autres, pour conduire leurs travaux. Ces travaux peuvent être dits humains dans le sens où les travailleurs sont des hommes, mais ils sont dépourvus de l'industrie qui fait l'humanité des activités humaines dès lors qu'ils sont soumis à un régime juridique qui les confond presque avec les travaux

1. R.-T. T., *EL* (1), III, nº 800, p. 21.
2. R.-T. T., *EL* (1), III, p. 141.

de nature animale, les faisant ainsi pencher vers le statut des choses. Nous en savons maintenant assez pour conclure que c'est la définition de la personnalité du propriétaire comme *capacité d'industrie, d'entreprendre et de conduire,* qui organise la *summa divisio* des personnes et des choses, et pour apercevoir que cette définition détermine leur rapport juridique, ou encore le droit qu'ont les personnes sur les choses, c'est-à-dire la propriété.

5. DE L'ÂME PROPRIÉTAIRE ET DE SA DISTRIBUTION PARCIMONIEUSE PARMI LES HOMMES

Un propriétaire n'est pas, selon Troplong, simplement une capacité juridique considérée dans son rapport aux choses. C'est une capacité à exercer certains pouvoirs qu'on peut décomposer en pouvoir d'exercer des droits (celui de suivre la chose par exemple) et pouvoir de procéder à des actes protégés par le droit (celui de faire servir la chose à tous les usages possibles, par exemple la faire fructifier en la louant à un tiers ou la faire transformer par un tiers dont on louerait l'industrie).

Si la capacité juridique considérée *a minima* (capacité d'ester et de contracter) est le propre de toutes les personnes juridiques ; si la propriété de son corps, de sa faculté laborieuse, entendue comme force de travail purement matérielle, appartient à tous les hommes, la *pleine* capacité d'être propriétaire n'est pas également distribuée parmi ces derniers, ou plutôt elle pourrait l'être si la majorité d'entre eux n'étaient trop subordonnés pour acquérir une telle disposition. Cette capacité suppose en effet de l'industrie, le talent d'initier, la faculté de commander, de l'intérêt pour l'ouvrage, une disposition psychologique à réaliser des fins et la faculté de concevoir ces fins, tout ce qui fait qu'entreprendre n'est pas une activité mécanique et matérielle, mais volontaire et spirituelle. Au-delà, ou plutôt en deçà du principe de l'inaliénabilité de la personne humaine, c'est selon la distribution de cette capacité que s'opère la *summa divisio* des hommes et des choses.

Cette capacité est susceptible du plus et du moins, selon une gradation qui est celle de l'intérêt à l'ouvrage. À son plus haut degré, l'intérêt est tellement vaste qu'il est désintéressé, et le régime juridique adéquat pour les activités qui s'inscrivent dans cet horizon est le mandat. Qu'est-ce qu'un intérêt désintéressé ? C'est, selon Troplong, un intérêt moral qui n'est pas déterminé par la satisfaction d'un besoin matériel et qui, par conséquent, ne peut être évalué en argent. La tradition philosophique a beaucoup disputé pour savoir si le sujet de droit était volontaire ou intéressé. Selon Troplong, il est l'un et l'autre : c'est un être intentionnel, une âme. Empruntant à la théorie des bienfaits selon Sénèque, Troplong fait résider la valeur de l'action dans le principe actif de transformation de la matière, dans la puissance spirituelle qui en est la cause lorsqu'elle se donne pour détermination un besoin spirituel désintéressé.

De ce que le propriétaire est un être actif parce que spirituel, nous pouvons déterminer ce qu'est sa propriété : c'est un être mû, passif ou encore hétéronome, parce que matériel. Nous en savons assez pour revenir à la définition de ce que le droit appelle la réalité.

6. DE LA RÉALITÉ SELON RAYMOND-THÉODORE TROPLONG

Ce retour exige un détour par l'étude du statut du louage de choses, considéré du point de vue de la division des droits réels et personnels. En effet, pour que l'examen du régime juridique du louage d'ouvrage *(lato sensu)* puisse nous apprendre quelque chose sur la définition juridique de la réalité, il ne suffit pas d'établir que ce régime juridique est substantiellement assimilable à celui du louage de choses, dans la mesure où le labeur, ou la faculté laborieuse, y sont considérés comme des éléments dépersonnalisés de la personnalité du travailleur, il faut encore que la location de chose puisse être qualifiée de droit réel. Aucun auteur ne soutient une telle position en cette première moitié du XIXe siècle, excepté, justement, Raymond-Théodore Troplong.

6.1. Le louage de chose comme droit réel

Exposer et établir en détail l'opinion de Troplong selon laquelle le locataire d'une chose dispose d'un droit réel serait hors de propos. Il suffit d'en rappeler les lignes directrices, en ajoutant que pour isolée qu'elle ait été en son temps, cette doctrine est toujours d'actualité[1].

On définit le droit réel comme un droit de préférence sur une chose, assorti d'un droit de suivre cette chose, de la revendiquer *erga omnes*. L'ancien droit (le droit de l'Ancien Régime) considère que, dans le cas où le propriétaire vend son bien, lequel peut être un fonds de terre, le nouveau propriétaire n'est pas lié par un éventuel louage que le premier propriétaire aurait contracté, avec un fermier par exemple. Le locataire ne peut donc revendiquer la détention de la chose contre le nouveau propriétaire, son droit n'est opposable qu'à celui avec qui il a contracté, le louage n'est pas un droit réel.

Mais la législation a changé avec l'adoption du Code civil. L'article 1743 dispose en effet que « si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique, ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail ». Selon Troplong[2], cet article introduit une profonde transformation dans le droit du louage de chose : en conférant droit de suite au locataire, le droit du locataire, de personnel qu'il était dans l'ancien droit, est devenu réel dans le droit nouveau. L'argument est soumis à plusieurs objections, dont voici les deux principales :

1) D'une part, si le locataire dispose d'un droit réel, il faut conclure que le contrat de louage est un démembrement de la propriété, que le

1. « Troplong [...] avait analysé comme un véritable droit réel le droit des locataires et des fermiers. Il n'avait été suivi ni par la doctrine, ni par la jurisprudence. Mais la controverse a rebondi après les deux guerres mondiales, au fur et à mesure que les lois sont venues incruster plus fortement les preneurs dans les lieux loués. On peut se demander, pour finir, si la l. 9 juillet 1975 accordant aux détenteurs une protection possessoire [...] n'a pas apporté un nouvel appui (un peu flou) à la thèse de la réalité » (Jean Carbonnier, J. C., *DC,* III, n° 188, p. 301).

2. R.-T. T., *EL* (1), I, n°s 4 à 20, p. 75 à 112.

locataire dispose donc d'une fraction de la propriété, qu'il est en un certain sens (comme l'usufruitier) propriétaire et qu'il y a là une considérable atteinte à la propriété, ou plus exactement à son caractère exclusif, puisqu'il faudrait reconnaître que deux propriétaires se partagent d'une certaine manière une même chose. Mais, d'après Troplong, si le bail confère un droit réel au bailliste, il ne démembre cependant pas la propriété, comme l'usufruit ou les servitudes, parce que ce droit réel est consenti pour féconder la propriété et non pour la fractionner et l'amoindrir. Le fermier n'a qu'une possession d'emprunt et il reconnaît qu'il ne jouit que comme procureur du maître ; il possède, mais pas *animo domini,* son droit est précaire, tandis que l'usufruitier possède comme maître et non pour autrui, il ne doit rien au nu-propriétaire. Cette réplique mériterait un traitement à part entière, qui fasse justice à sa portée épistémologique : c'est parce que le louage est productif qu'il n'est pas un démembrement, ou encore, c'est le caractère productif ou improductif des modifications apportées à la propriété qui détermine leur nature juridique.

Ainsi le droit réel n'est pas incompatible avec le fait de jouir précairement, comme procureur d'un maître, ce qui ressemble beaucoup à un rapport de subordination personnelle. La chose n'est pas démembrée parce qu'elle est considérée comme un capital productif par le locateur et que le droit réel conféré contractuellement au locataire est subsumé sous un rapport de subordination économique général au maître, ce qui interdit de parler d'appauvrissement des pouvoirs propriétaires de ce dernier.

Autrement dit, l'essence de la propriété est dans le rapport de subordination qu'elle permet d'instituer quand la chose est mise en valeur *par procuration* ; tant que dure la subordination, la propriété est entière. Nous ne parlons ici que du louage de chose, mais il n'est pas difficile de constater que ce raisonnement s'applique à merveille au louage d'industrie et de services, et confirme l'analyse précédente.

2) D'autre part, si l'on reconnaît que le contrat de louage confère au locataire un droit réel sur la chose, il faut accorder qu'il est possible de créer des droits réels par convention, que la liste des droits réels qu'on trouve dans le Code (à l'article 543 qui dispose que l' « on peut

avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ») n'est pas limitative. Cette seconde objection est à elle seule un chapitre de l'histoire du droit civil au XIXe siècle. La dispute dépasse largement par sa portée la discussion présente, elle naît de l'affirmation simultanée et contradictoire du principe de la liberté absolue des conventions et du caractère exclusif de la propriété : contradictoire parce que si la liberté de convenir est absolue, rien n'interdit de grever contractuellement ses biens de droits de propriété ou de fractions de propriété au profit d'un tiers. Le problème est éminemment politique : si le trait caractéristique de la féodalité est le domaine divisé (la superposition d'un domaine utile et d'un domaine direct), a-t-on le droit de réintroduire la féodalité (la division du domaine) dans le droit des biens par le moyen du contrat, ou en quelque sorte, et pour parodier la Jacqueline de Molière : « Et s'il me plaît à moi d'être inféodée ? » Troplong répond par l'affirmative. Ici encore, la dispute porte sur le louage de chose et plus précisément encore sur le louage à ferme, mais on voit combien l'analogie avec le louage d'industrie et de services est stimulante. On peut, certes, interpréter la défense du principe de l'absolue liberté de convenir comme un signe de libéralisme[1] ; le contexte de la dispute incite cependant à la prudence : ce libéralisme-là défend un régime antérieur à la Révolution française.

6.2. Le louage d'industrie et de service comme droit réel ?

Accordons donc à Troplong, pour les besoins de la démonstration, que le louage de choses est un droit réel. Peut-on en déduire qu'il en va de même pour le louage d'ouvrages ? Au sens strict, sans doute pas. Le Code civil interdit le travail forcé, ce qui ne permet pas de considérer que le locataire dispose d'un droit de suite ; cependant, si la signifi-

1. Alphons Bürge, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *Revue trimestrielle de droit civil,* 1, janvier-mars 2000, p. 1-24.

cation ultime du louage n'est pas de démembrer la propriété mais de la faire fructifier par le travail d'autrui, alors le louage d'ouvrages remplit la même fonction que le louage de choses. Dans cette mesure, il y a bien des éléments de réalité dans le droit du locataire sur le travail d'autrui.

Ici apparaît une nouvelle signification de la notion de réalité qui confère toute sa cohérence aux développements précédents : la réalité d'un bien n'est pas seulement dans la possibilité de le suivre, elle n'est pas seulement une fraction soustractive de la propriété, elle peut être une fraction *additive* de la propriété, un droit qui s'ajoute à la plénitude des droits du propriétaire par le miracle du rapport général de subordination qui est sous-jacent au contrat de louage. Selon cette nouvelle acception, c'est le rapport de subordination – ce que la technique juridique exprime par la *conductio* – qui opère la *réalisation* de l'activité humaine dans le cas où le conducteur n'est pas le locateur. Formellement, le droit du locataire de l'industrie ou des services n'est donc pas réel *stricto sensu,* mais substantiellement la subordination confère *réalité* à l'objet du contrat. En bonne dogmatique, il faudrait donc parler de droit *quasi réel*, si la proposition ne faisait voler en éclat sa justification idéologique, le principe de l'inaliénabilité de la liberté humaine.

Nous pouvons maintenant reconstituer l'ensemble de l'argument de Troplong, qui s'avère être une véritable légitimation du salariat. Le rapport du propriétaire à sa chose est bien le rapport d'une personne à un bien réel, mais la personne ne se réduit pas à la seule capacité juridique, c'est aussi une faculté d'initier, d'être intéressé, de concevoir, en un mot de gouverner, et c'est l'application de cette faculté de gouverner à des objets qui *réalise* ces derniers, leur conférant le statut juridique de biens matériels économiquement productifs. Le propriétaire est, par essence, un être humain doté de la personnalité juridique, qui possède en outre la capacité de gouverner ses biens et ceux qui les fécondent. Le droit réel est un droit de préférence et de suite sur un objet subordonné, destiné à accueillir cette capacité de gouvernement, et celui qui loue le travail d'autrui détient par conséquent un droit *quasi réel* sur ce travail ou sur la faculté laborieuse du travailleur dans la mesure où cet objet est *réalisé* par sa soumission à la *conductio* du locataire. Ce droit

quasi réel est légitime parce que le travail, quoique humain et propriété du travailleur, est dépersonnalisé au point de n'être plus que matériel, caractère qui détermine sa vocation à servir la personnalité du conducteur, plus exactement l'élément actif de sa personnalité, sa faculté d'industrie. Ce droit quasi réel confère légitimement au locataire (du travail ou de la faculté laborieuse) un droit sur les fruits (de ce travail ou des usages de cette faculté laborieuse) puisque, par sa capacité de gouverner les biens, c'est sa personnalité qui initie (ou encore qui commande) et conduit (ou encore gouverne) les actions de fécondation économique de la chose, dont les produits lui appartiennent ainsi par droit naturel d'accession. Quoiqu'il soit ici question du travail ou des facultés laborieuses de tiers, ces tiers (ouvriers et domestiques) étant dépourvus de cet élément actif de la personnalité qui donne au travail (ou aux usages de la faculté laborieuse) sa dimension proprement humaine, ce travail (ou cette faculté), et par conséquent les fruits de ce travail (ou des usages de cette faculté), doivent être considérés comme *siens*.

Il n'est donc pas contradictoire d'affirmer que le travail est une dimension de la personne, que chacun est propriétaire de son travail et de ses facultés laborieuses comme d'un bien productif vénal et que la *summa divisio* du droit civil est la division des personnes (inaliénables en tout comme en partie) et des choses, à la condition d'ajouter qu'un rapport de subordination contractuel doit préalablement réaliser ce travail ou cette faculté laborieuse. Ultimement, la légitimité de cette réalisation est suspendue à la nécessité naturelle, au sens d'une seconde nature qui se contracte dans la stabilité des rapports juridiques de subordination, d'instituer la domination systématique de ceux qui ont la capacité de gouverner les biens et les hommes qui les fécondent, sur ceux qui n'en sont pas capables faute d'esprit industriel. La *summa divisio* des personnes et des choses est sauve. Autre chose est de savoir si le prix qu'il a fallu payer est compatible avec les idéaux du droit moderne dont se réclament tous nos auteurs.

7. LE GOUVERNEMENT DES BIENS COMME VERTU, OU L'APOTHÉOSE DU PROPRIÉTAIRE

Ce prix est celui de l'abandon d'une idée généreuse : l'égalité. Bien sûr, tous les hommes ont des droits, et tous les hommes sont propriétaires de leur travail, de leurs facultés laborieuses, mais tous ne sont pas *pleinement* propriétaires, l'expression désignant ici non un droit mais un *statut* indissociablement juridique et moral, ou plus exactement circulairement juridique et moral : la propriété de biens matériels est la preuve des qualités morales du propriétaire, ses qualités morales sont la cause juridique de ses prérogatives de propriétaire, de son statut personnel, familial et politique.

7.1. La parole propriétaire

Le premier effet juridique de l'éminente qualité morale du propriétaire se fait sentir jusque dans la définition de la capacité d'ester en justice. En effet, l'état de subordination, qui conditionne la faculté de gouverner, conditionne aussi, dans une certaine mesure, la capacité juridique. Non pas que l'ouvrier ou le domestique – en l'occurrence c'est du domestique qu'il s'agit – ne puissent rompre unilatéralement le contrat de louage d'industrie ou de services, ni agir en justice pour protéger les droits qui naissent de la signature de ce contrat, parce qu'ils ne sont pas capables de conduire leurs actions. Au contraire, il faut affirmer que, bien qu'ils ne soient pas *conductor,* ils disposent néanmoins de l'*actio locati* en recouvrement du prix de la chose, c'est-à-dire d'une action en justice pour être payé. Et pourtant, l'article 1781 du Code civil dispose que :

> « Le maître est cru sur son affirmation,
> Pour la quotité des gages,
> Pour le paiement du salaire de l'année échue,
> Et pour les acomptes donnés pour l'année courante. »

Cette disposition introduit une inégalité entre la parole assermentée du locateur et celle du locataire[1]. Une telle inégalité est justifiée par Troplong sur le terrain de l'efficacité procédurale : dès lors que l'usage veut que les contrats de louage de services soient pour l'essentiel passés par conventions orales et souvent sans témoin, l'établissement des preuves des allégations des parties se heurte à des difficultés matérielles insurmontables, et l'on comprend que le législateur, dans sa grande sagesse, ait voulu prévenir les troubles qui pourraient en résulter[2]. Dès lors que la preuve écrite est souvent incertaine et qu'il faut se contenter de la preuve orale, celle-ci doit s'appuyer sur le serment. On comprend donc que la parole jurée ait plus de poids que toute autre. Mais pourquoi de deux paroles jurées celle du maître l'emporte-t-elle ? Troplong apporte sur ce point les éclaircissements nécessaires[3] : l'éducation, les habitudes, la position sociale – ou encore les éléments constitutifs de la seconde nature du maître – confèrent à sa maîtrise toute sa légitimité. Il faut donc comprendre que tout le monde a la faculté d'agir en justice, mais que la parole jurée de ceux dont la position sociale est basse, et les mœurs conséquemment douteuses, ne vaut pas celle des propriétaires qui, par leur éducation, leur position sociale et leurs mœurs, ont la capacité de gouverner leurs biens et les travaux qui s'y rapportent. Aussi cette capacité de gouverner ses biens n'est-elle pas seulement juridique mais encore morale. C'est pourquoi le fait d'être un maître permet de présumer la foi de la parole donnée : la personne juridique ne s'accomplit pleinement que dans l'*ethos* propriétaire.

C'est dire que la propriété, dans ce mode de conceptualisation, n'est pas une pure faculté d'appropriation protégée par les lois, ce n'est pas non plus exercer sans contrainte la liberté négative de faire selon son plaisir à propos des choses. La propriété est une vertu qui s'acquiert par l'éducation, l'habitude et la position sociale qu'on occupe. En quoi

1. Cf. André Castaldo, « L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil "Le maître est cru sur son affirmation" », *Revue historique de droit français et étranger,* Paris, 1977, n° 5, p. 221-237.

2. R.-T. T., *EL* (1), III, n° 882, p. 122.

3. Troplong reconnaît que cette disposition « a été empruntée à l'ancienne jurisprudence », *ibid*., p. 121.

consiste cette vertu ? Comme nous le rappellent l'article 1781 et les lois électorales, la propriété non seulement conditionne la foi qu'on accorde à la parole jurée, mais encore donne accès aux charges publiques. Est-ce à dire que la richesse est considérée par nos auteurs comme une vertu éthique et politique ? Pas tout à fait, selon le doyen de la Faculté de Dijon, Jean-Baptiste Victor Proudhon (1758-1838) :

> « Quelle que soit l'influence du droit de propriété sur les qualités morales de l'homme, ce serait sans doute calomnier l'humanité que d'avancer qu'on ne peut trouver de vertus sociales que là où il y a des richesses, et que les hommes n'ont de talent et n'acquièrent de science que dans la proportion de leur fortune : trop d'exemples démentiraient une proposition aussi absurde ; il est heureusement bien des hommes qui n'ont pas besoin d'être riches pour être honorés, aimer leur patrie, et servir fidèlement leur prince ; mais quelque nombreuses que soient ces honorables exceptions, elles ne peuvent servir de règle aux yeux de la politique. »[1]

La propriété n'a donc pas l'universalité de la vertu morale, qui est celle de l'humanité elle-même, et ne saurait donc, considérée *en elle-même,* constituer un critère anthropologiquement discriminant. La propriété n'est donc pas forcément une vertu, mais elle est suffisamment associée à la vertu pour en être *le signe* :

> « Les talents éclatants sont rares, et sans la vertu ils ne sont que plus dangereux. Mais la vertu est un être invisible et impalpable [...] il faut donc, dans le système général de l'administration publique, se rattacher à un signe probable de moralité présumée, faute d'avoir une marque certaine de probité dans les hommes aux soins desquels doivent être confiées nos institutions sociales : or ce signe visible n'est que dans la propriété. »[2]

Le privilège accordé à la parole assermentée du maître, tout comme la limitation de l'accès aux charges publiques, trouvent ici leur sens. La propriété est l'expression juridique la plus incontestable que puisse revêtir l'honnêteté morale et politique, parce que l'état qu'elle confère *forme* celui qui l'acquiert, de sorte qu'il faut conclure qu'en

1. J.-B. V. Proudhon, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens, considérés principalement par rapport au domaine privé,* Dijon, Lagier, 1839, t. I, n° 50, p. 49. Ce volume sera noté J.-B. P., *TDPPr* (1), I par la suite.
2. *Ibid.*

règle générale, là où il y a la propriété est la moralité. On pourrait multiplier à loisir les références : l'apologie du propriétaire est un genre littéraire très prisé chez les juristes du XIXe siècle. Il faut savoir gré au doyen Proudhon d'avoir élevé ce genre à la perfection en consacrant plusieurs dizaines de pages à ce qu'il faut bien appeler l'élévation spirituelle et sociale de l'esprit propriétaire.

7.2. L'élévation du propriétaire

Selon cet auteur, la propriété est une condition matérielle de la moralité en ce qu'elle permet de relativiser les besoins du corps. À l'inverse, c'est la misère qui pousse à l'égoïsme et au crime :

> « Qui est-ce qui craint de porter du dommage à autrui ? C'est le propriétaire, parce qu'il sent très bien que la réparation du mal viendra s'appesantir sur son patrimoine. Mais pourvu que l'anarchiste prolétaire puisse sauver sa personne, c'est tout ce qu'il lui faut ; et c'est ainsi que la pauvreté vient favoriser le crime. »[1]

Les classes laborieuses sont dangereuses parce qu'elles n'ont pas de biens à perdre et se contenteraient donc parfaitement de l'anarchie. Il faut s'attarder sur cet excellent argument qui met le doigt sur une des grandes questions politiques de la modernité, celle du statut de la plèbe. Alors que cette question est souvent abordée dans les termes de l'économie politique, Proudhon nous invite à la considérer du point de vue de la science juridique comme une conséquence de l'adoption du principe humaniste d'origine chrétienne de l'insaisissabilité de la personne. Le droit romain archaïque ne connaissait pas ces subtilités qui, d'après notre auteur, permettait aux créanciers de mettre en pièces le corps du débiteur et de se partager les fruits de sa vente, solution cependant jugée indigne de la civilisation moderne[2].

Douce, la civilisation moderne ne sait garantir la sécurité juridique des échanges qu'en gageant les dettes sur les seuls biens. Être propri-

1. *Ibid.*, n° 58, p. 58.
2. *Ibid.*, n° 43, p. 43.

taire est donc une condition requise pour pouvoir être saisi par le droit. L'anarchisme prolétarien est bien un effet sinon pervers, du moins non désiré, de la civilisation du droit, et son remède est précisément dans la propriété. De l'égoïsme anarchiste, on accède en effet par la propriété à la réalisation de la personnalité morale en devenant sujet de droit.

Le second moment de cette phénoménologie de la conscience propriétaire est celui de la reconnaissance intersubjective :

> « Sans doute de mauvaises passions peuvent germer dans le cœur de l'homme riche ; mais l'intérêt personnel vient bientôt les refouler, et les empêcher de se traduire en actes préjudiciables à autrui. Le sublime principe de morale : "Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fît à toi-même", est le meilleur calcul de l'intérêt et de la prudence.
>
> « Le sentiment de conservation inhérent à la possession de la propriété vient donner une bonne direction à l'égoïsme et le purifie ; celui qui possède et qui serait disposé à attaquer la propriété d'autrui, est souvent arrêté par un retour sur lui-même et par l'appréhension d'une juste représaille. »[1]

La propriété n'est pas seulement un principe extérieur de responsabilité juridique, elle est aussi, par un mécanisme de reconnaissance de l' « autre propriétaire » en soi, le principe d'une intériorisation de cette responsabilité juridique ou encore d'une moralisation du sujet propriétaire sur le mode intersubjectif. La propriété garantit donc non seulement que le calcul d'utilité et les principes de la morale coïncident, mais elle renforce le sentiment de ces principes chez le propriétaire. Aussi, le troisième moment de l'assomption de la conscience propriétaire est-il positif, c'est un degré supérieur de sociabilité :

> « Ce sentiment [de conservation inhérent à la propriété] ne se borne pas à une simple négation. Il est essentiellement actif, et porte à l'esprit d'association pour la défense des intérêts communs : on redoute pour soi-même les atteintes portées à la propriété d'autrui [...].
>
> « La raison nous dit donc que le maintien du bon ordre incombe à celui qui a le plus d'intérêt à le faire régner : c'est le propriétaire. »[2]

1. *Ibid.*, n° 50, p. 50.
2. *Ibid.*, p. 50-51.

La propriété devient ici principe de sociabilité, lien social. De la reconnaissance intersubjective de soi-même en l'autre à son objectivation dans l'ordre, nous sommes à l'articulation de la vertu individuelle et collective. Il reste à transformer cet intérêt égoïste dans l'existence de l'ordre en un véritable amour des lois, une vertu politique. C'est le quatrième et dernier moment de l'élévation propriétaire :

> « Le droit de propriété inspire à son maître un sentiment de sécurité sur son avenir, le rend plus tranquille et moins turbulent, il l'encourage au travail pour former et acquérir quelques propriétés nouvelles, en lui donnant la certitude d'en jouir et d'en disposer à son gré ; or les hommes laborieux sont toujours les meilleurs citoyens, comme les plus utiles à la société.
>
> « La propriété porte l'homme à la conservation de son bien par le désir de le transmettre à ses enfants, ou à ses proches, ou à ses amis ; elle est pour ceux qui la reçoivent un sujet de reconnaissance et d'attachement envers leurs bienfaiteurs ; elle donne aux pères les moyens de procurer une bonne éducation à leurs enfants, et de rendre ceux-ci capables de mieux servir leur patrie : elle devient ainsi l'un des ressorts les plus puissants de l'amour paternel et de la piété filiale ; et, tout en satisfaisant les sentiments pieux des pères et des enfants, elle est la cause promotive de la prospérité publique. »[1]

La propriété n'est plus seulement le signe de la vertu éthique et politique, elle est sa cause en ce qu'elle transforme l'homme, lui confère une seconde nature. Elle enseigne l'utilité du travail, le zèle. Elle enseigne aussi le temps long, puisqu'elle seule permet de faire l'expérience d'une activité qui se projette dans l'avenir, s'inscrit dans la succession des générations ; elle donne un support matériel à la famille qu'elle contribue ainsi à constituer ; enfin, rendant possible la libéralité, elle développe la vertu de générosité, nécessaire à l'exercice des charges publiques. Véritable principe stabilisateur de toutes les institutions, elle est la condition empirique de possibilité des autres branches du droit, ou, comme le disait Portalis, « l'âme universelle de la législation »[2]. À son plus haut degré, le sentiment propriétaire est le ciment de l'association politique, comprise comme empire des lois, le

1. *Ibid.*, n° 58, p. 59.
2. *Exposé des motifs du titre de la propriété,* in *Écrits…, op. cit.,* p. 126-127.

critère de distinction du peuple et de la plèbe, la condition de la capacité politique :

> « Le meilleur administrateur de la fortune publique n'est ni l'homme borné qui n'a jamais rien su acquérir pour lui-même, ni l'homme ruiné pour n'avoir su mettre de l'ordre dans ses affaires : car, comme l'esprit d'ordre se porte partout et vivifie tout, de même celui de dissipation se reproduit partout, et toujours vers une fin ruineuse : il faut donc encore sous ce point de vue préférer le propriétaire soigneux dans son administration domestique. »[1]

Deux arguments classiques, étroitement liés l'un à l'autre, sont invoqués en faveur de cette opinion. La propriété est la condition de l'acquisition de l'instruction et des loisirs nécessaires à l'exercice des fonctions publiques :

> « L'homme le plus habile à remplir les fonctions publiques doit, en thèse générale, se trouver dans la classe de ceux qui ont le plus de moyens d'instruction : ce sont les propriétaires.
>
> « Les fonctions publiques doivent naturellement être remplies avec plus d'assiduité et de zèle par ceux qui peuvent s'y dévouer entièrement et y consacrer tout leur temps : ce sont les propriétaires. »[2]

Entre les propriétaires et les non-propriétaires passe donc une ligne de fracture qui est celle du temps consacré au travail et, par conséquent, à l'élévation spirituelle de leurs activités. Comme le souligne aussi Troplong, le non-propriétaire est soumis à la tyrannie des besoins physiques, destin qu'il partage avec toutes les créatures incomplètes, tandis que la condition politique des êtres humains exige éducation et temps libre, qui supposent une complète indépendance vis-à-vis des besoins matériels. La citoyenneté n'est donc pas seulement un état, mais encore une vertu qui ne s'épanouit que dans l'indépendance et ne s'acquiert que par l'expérience, sous la condition d'être longuement et continûment propriétaire. La propriété est ainsi le miroir de la personne, de son accomplissement et de ses qualités. Le principe du raisonnement s'éclaire : la propriété est le signe de la vertu parce qu'elle est celui du

1. J.-B. P., *TDPPr* (1), I, n° 62, p. 62.
2. *Ibid.*, n° 55, p. 53.

travail et de la discipline. Son inégale distribution, par-delà la reconnaissance à tous d'un droit naturel à l'appropriation, est donc le reflet légitime des inégalités de talent.

Cette conclusion appelle une objection classique : la propriété favorise la richesse, qui elle-même conduit à l'oisiveté, avec des résultats moraux inverses de ceux escomptés, ou encore la propriété est un principe de corruption. L'objection est connue de Proudhon qui lui apporte une réponse peu originale, en restreignant son panégyrique à la seule propriété foncière. Ainsi, condamnant le prêt à intérêt, il estime que

> « à l'exception de quelques animaux, toutes les propriétés mobilières sont improductives de fruits. [...] Quant aux capitaux, leur placement à intérêt et leur utilité sont inévitablement subordonnés aux chances d'insolvabilité et de faillite des débiteurs [...] tandis que les propriétés immobilières ont une existence permanente et assurée ; elles sont naturellement productives ; elles restent toujours là pour le service et l'utilité de leur maître »[1].

Une telle conclusion est attendue : si la propriété peut en effet être le gage de l'indépendance du citoyen, c'est parce qu'elle est dégagée de toute obligation personnelle, de sorte que le propriétaire peut ne compter que sur lui-même. La propriété des créances ne saurait donc être créditée des mêmes effets politiques. Nous sommes dans la vieille opposition de la vertu et du commerce, et notre jurisconsulte présente un catalogue, aussi exhaustif qu'inégal, d'arguments éculés : la propriété foncière porte des valeurs qui ne sont pas seulement pécuniaires, elle est l'origine de l'établissement des hommes en société, c'est sur elle que sont construites les maisons qui procurent les douceurs du repos, le communisme de la terre serait contraire aux lois de la providence et reviendrait à la désespérante loi du plus fort, c'est l'une des causes les plus puissantes de la tranquillité publique, l'un des plus grands obstacles au vice, c'est elle qui rapproche les hommes qu'elle sort de l'état de nature et met en communication mutuelle, c'est par son influence que les mœurs s'adoucissent, que se développe la civilisation urbaine, ainsi que le montre l'exemple de Rome, comme celui des Gaules et des bar-

1. *Ibid.*, n° 67, p. 68.

bares du Nord. Surtout, « tout le corps de l'État repose sur la propriété foncière », de sorte qu'elle constitue le fondement des forces physiques et morales du corps politique, que c'est par elle que l'homme tient le plus à sa patrie, elle constitue la mesure du crédit la plus sûre, elle garantit les revenus de l'État, est de meilleur rendement quand elle est directement cultivée par son propriétaire, n'a perdu sa valeur sous la Révolution que par des circonstances exceptionnelles[1], ce qui a introduit la corruption dans l'État, et enfin c'est elle qui est le meilleur mode de recrutement des armées. Ce dernier exemple achève de donner au propriétaire proudhonien une figure familière aux lecteurs des classiques romains : celle du soldat-laboureur[2].

Le propriétaire n'est donc pas n'importe qui. Il a le don extraordinaire de transformer des éléments de la personne, de même que le travail humain ou la faculté laborieuse, en biens *quasi réels,* et cette détermination générale permet de distinguer la personnalité juridique considérée *a minima* et commune à tous, de la personnalité en apothéose, celle du propriétaire. Outre la faculté d'ester en justice et de contracter, il a donc aussi la capacité de gouverner des biens et ceux qui, par leur travail, les rendent productifs de fruits. Cette capacité est d'ordre anthropologique, elle suppose la faculté de concevoir et d'initier des ouvrages, celle de conduire des travaux et de s'intéresser à leur réalisation ; c'est une seconde nature, un *ethos* qui s'acquiert précisément par la propriété et l'exercice de ses pouvoirs. On trouvera le raisonnement circulaire, il est cependant très efficace : l'*ethos* propriétaire ne s'acquiert pas lorsqu'on est soumis à un rapport de subordination ; tout au contraire c'est l'habitude de conduire les hommes et les choses qui permet sa réalisation. La propriété est donc à la fois conditionnée par la liberté substantielle qui est celle de n'être jamais conduit, et se réalise pleinement dans l'acquisition des vertus qui la légitime et dont elle est le signe. C'est donc bien plus qu'une simple faculté juridique de s'approprier les choses extérieures : en tant que manifestation

1. Il s'agit de la vente massive des biens nationaux, *ibid.*, n° 74, p. 79.
2. Cette apologie est tirée de J.-B. P., *TDPPr* (1), I, n°s 66-73, p. 67-78, et n°s 76-77, p. 81 *sq*.

de l'inégale distribution naturelle des talents, l'état de propriétaire est l'expression d'une liberté pleinement effectuée, affranchie de la soumission à la nécessité naturelle, qui opère la médiation du gouvernement des choses, et des hommes à propos des choses, vers celui des hommes libres. Le propriétaire est en outre un Père, c'est-à-dire un Maître, *sui juris,* et c'est ce qui lui permet d'être à la fois un Citoyen et un Homme : si la personnalité confère la faculté d'acquérir, c'est la propriété qui confère la plénitude de la personnalité, et non l'inverse.

Ainsi, la propriété réalise l'humanité de l'homme et manifeste ses progrès. On aimerait ajouter qu'elle permet encore de faire droit au principe moderne de l'égale liberté en droit, puisque l'accès à la propriété est libre. On vient pourtant de voir que, dans ce mode de conceptualisation, être propriétaire ne désigne pas tant une capacité juridique qu'un statut, certes juridique mais aussi éthique et politique, qui offre une nouvelle jeunesse à la hiérarchisation des hommes selon leur (seconde) nature, et que l'abolition des privilèges associés à l'appartenance à l'un des trois ordres de l'Ancien Régime avait menacé de détruire. Désormais, cette hiérarchisation n'est plus fondée sur un statut héréditaire qu'on acquiert en naissant ou en entrant dans le clergé, mais sur un état moral et politique dont l'étendue des richesses possédées est le signe extérieur et distinctif. On a coutume de considérer que la propriété, dès lors qu'elle est aussi libre que le travail, est la forme juridique que prend l'institution de la liberté dans le monde. Au regard de ce qui précède, on nuancera le propos : le propriétaire figure sans doute la plénitude d'une personnalité libre de toute obligation non consentie, mais cette liberté, parce que c'est une liberté d'entreprendre et de conduire des travaux, est aussi, et indissociablement, puissance de réification, pouvoir de subordination du travail, de la faculté laborieuse d'autrui. En outre, la propriété n'est pas une institution égalitaire dans la mesure où elle ne se réduit pas au droit à la propriété, qui est la chose au monde la mieux partagée, mais instaure une stricte hiérarchie dont le fondement n'est certes plus à chercher dans les titres que confère la généalogie, mais dans les talents de chacun tels que les dévoile leur situation de fortune. L'industrie s'est substituée au sang, la Révolution est terminée.

page 92 bl

CHAPITRE III

Le domaine, entrelacs des absolus

1. DROIT ET DOMAINE DE PROPRIÉTÉ

Pour désigner la puissance de gouverner du propriétaire, qui est une puissance d'entreprendre, de conduire, les auteurs de la première moitié du XIXe siècle, s'inscrivant dans une longue tradition théologique et juridique, parlent de *domaine* et identifient ce terme à une *souveraineté*. Cette dernière expression est sous la plume d'Aubry et Rau dans la première édition du *Cours de droit civil français* (1839), mais ne se trouve plus dans la troisième[1]. On la rencontre aussi chez Demolombe : « Droit absolu, la propriété confère au maître sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet. »[2] C'est en ce sens, d'après J.-B. V. Proudhon, que le terme *domaine* doit être entendu :

> « Le mot domaine nous vient des expressions latines *dominus* qui désigne le maître, *dominium* qui désigne la maîtrise, *a dominando* comme effet de la domination. Ce mot exprime la puissance légale que l'homme exerce sur les choses qui lui appartiennent : en sorte qu'à proprement parler, la propriété constitue l'objet auquel s'applique le domaine.
>
> « Mais malgré cette distinction qui, dans le langage métaphysique paraît fort juste, souvent le domaine et le droit de propriété sont confon-

1. A. R., *CDCF* (1), II, *passim*.
2. C. D., *CCN* (4), IX, n° 543, p. 462.

dus et pris l'un pour l'autre, même dans le langage des lois : c'est ainsi que, rigoureusement parlant, c'est plutôt la définition du domaine que celle de la propriété qui nous est donnée dans l'article 544. »[1]

La distinction est métaphysiquement de grande portée puisqu'elle incite à séparer le droit et la somme des pouvoirs qu'il confère. Peut-être est-ce la raison pour laquelle elle ne fait pas l'unanimité dans la pratique. C'est vraisemblablement en référence à la citation précédente que le doyen de l'Université de Rennes, Charles Toullier (1752-1835), écrit :

« Quelques auteurs établissent une différence entre le domaine et la propriété. Ils entendent par la propriété cette qualité que l'on conçoit dans la chose même, en tant qu'on la considère comme appartenant à telle ou telle personne, exclusivement aux autres.

« Et par le domaine, ils entendent le droit de disposer à notre gré de ce qui nous appartient, droit qu'ils regardent comme l'effet de la propriété ; de sorte que selon eux, le domaine est attaché à la personne, au lieu que la propriété est attachée à la chose même. Ainsi domaine et propriété seraient deux termes corrélatifs ; l'un serait le droit actif de disposer, l'autre une qualité passive qui suit toujours la chose, et la soumet à la disposition du propriétaire.

« Cette distinction trop subtile, comme l'a fort bien observé Pufendorff, ne peut être d'aucun usage dans la propriété ; mais en théorie, elle peut répandre du jour sur la nature du droit de propriété. »[2]

Cette puissance souveraine, composée des pouvoirs juridiques et physiques du propriétaire, serait donc en un sens distincte du droit de propriété comme le pouvoir est distinct du rapport juridique dont il procède, mais, en un autre sens – propre à la pratique juridique –, elle se confondrait avec le droit de propriété lui-même. Dans ce second sens, technique, il faudrait considérer que la dimension subjective de la propriété (le pouvoir du sujet sur la chose) est indissociable de sa dimension objective (la qualité de la chose d'être appropriée). Mais comment un droit peut-il se confondre avec ses effets ? Un pouvoir avec une qualité objective ?

1. *Ibid.*

2. Ch.-M. Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie et la pratique,* Paris, Renouard, 1839 (V), III, n° 83, p. 55. Cet ouvrage sera noté C.-M. T., *DCF* (5), III par la suite.

Si l'on se réfère aux citations précédentes, la réponse réside dans le caractère essentiel du droit d'être *absolu* : c'est quand le propriétaire n'est plus seulement porteur d'un titre qui lui confère des prérogatives déterminées, mais « maître », « souverain », « despote », que s'opère la transmutation des droits en pouvoirs et des pouvoirs en qualités essentielles des choses. Transmutation mystérieuse du point de vue métaphysique, mais qui semble avoir le mérite de la clarté et de la simplicité du point de vue pratique. L'idée n'est hérétique que dans un cadre conceptuel où la science du droit n'est pas autorisée à franchir les limites que trace une architectonique rationnelle des sciences. Tel n'est pas le choix épistémologique de nos doyens. Cette transgression a été jugée très sévèrement comme une confusion logique inacceptable de la part d'hommes de science[1]. On fera cependant valoir que les juristes qui adoptent cette opinion le font en pleine connaissance de cause[2] et accordent que les règles du droit peuvent *en pratique* violer celles que la logique et l'ontologie établissent *en théorie*. Cette lucidité – ou cet insolent aplomb, comme on voudra – incite à ne pas considérer que cette transgression de la stricte séparation ontologique des êtres matériels (les choses) et des êtres juridiques (les droits) ne produirait qu'idées brumeuses et questions sans réponses. Au contraire, on peut y voir le geste théorique qui précise les caractères du droit de propriété et organise leur agencement dans ce mode de conceptualisation de l'institution.

Il semble au premier abord qu'il n'y ait pas grand-chose à dire de ces déterminations, trop connues pour qu'on y revienne : les juristes de la première moitié du XIXe siècle, en particulier ceux qui voient grandir avec inquiétude les critiques socialistes et communistes de la propriété à partir du milieu des années 1830, sont connus pour être les théoriciens du droit absolu, illimité, exclusif, individuel, subjectif, plein, uni-

1. Voir, par exemple, Frédéric Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif,* thèse pour le doctorat d'État en droit, Université Jean-Moulin, Lyon, 1981, t. 1, p. 83.

2. « En distinguant ainsi le droit de propriété d'avec les autres droits [le Code] n'a fait que reprendre une doctrine consacrée par les législateurs de tous les siècles. Mais cette doctrine pourtant n'est pas rigoureusement exacte ni logique » (C. D., *CCN* (4), IX, nº 33, p. 19).

taire, etc., de la propriété, c'est-à-dire du concept « moderne », « bourgeois », « romain » – là encore, etc. Il est impossible de comprendre quoi que ce soit à ces théories si l'on se contente de déterminations aussi générales qu'extérieures, ce qui recommande à notre attention, une fois encore, la lettre même de l'article 544 qui nous propose moins une « définition du domaine », comme le pense le doyen Proudhon, qu'une matrice conceptuelle grosse de toutes les conceptions susceptibles de procéder de son interprétation :

> « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

La syntaxe même de l'énoncé invite à distinguer l'exposé du droit de ses limites, et c'est généralement en coupant la phrase en deux que la doctrine organise son commentaire[1]. L'*opinio communis* s'accorde encore à souligner que le terme essentiel est ici l'adjectif « absolu », et c'est à propos de sa signification et de sa portée que s'engagent les disputes. On pourrait presque affirmer que tous les caractères explicites et implicites (l'exclusivité, l'individualisme ou le droit d'abuser) que revêt le droit de propriété dans cette définition sont contenus dans ce seul terme, et qu'en en déclinant ses acceptions on expose les caractères essentiels du droit.

2. ABSOLU-RÉEL

2.1. Absolu-réel : introduction au problème

Nous avons déjà rencontré une de ces significations dans le chapitre précédent : le droit de propriété est absolu parce qu'il est réel. En posant comme axiome que le droit de propriété est un droit réel dont l'objet est une chose matérielle, les commentateurs du Code n'ont en effet pas seulement voulu en souligner le fondement métaphysique,

1. Pour une référence actuelle, parmi d'autres, J. Carbonnier, J. C., *DC,* III, n°s 68-69, p. 128-132.

mais aussi en donner une définition éminemment politique et de très grande portée pratique.

Par droit réel, on a vu qu'il fallait entendre que le droit de propriété n'est pas personnel au sens où il serait exclusif de tout rapport d'obligation personnelle dans la relation du propriétaire à sa propriété. En ce sens, dire de la propriété qu'elle est un droit réel, c'est offrir un critère qui permet de distinguer la véritable propriété (ou des éléments de la propriété) des maîtrises foncières entachées d'obligations personnelles, de féodalité dominante. On a pu par ailleurs soutenir que si le législateur a pris soin de préciser que le propriétaire dispose de son bien « de la manière la plus absolue », ce n'est pas tant par goût du pléonasme que pour associer aux destinées du nouveau régime les détenteurs de propriétés fraîchement acquises, particulièrement de biens nationaux[1]. On comprend dès lors combien il importe de mettre en avant le critère de la corporéité du bien, de faire de la distinction du droit réel et du droit personnel une « grande thèse »[2] – comme le dit Demolombe, d'y voir la colonne vertébrale du droit des biens.

La propriété est donc un droit absolu (réel) dans le sens où ce droit n'est pas relatif à une personne déterminée, mais est opposable *erga omnes* :

> « Le droit réel est absolu, c'est-à-dire qu'il existe à l'égard de tous, *erga omnes* ; et le droit personnel relatif, c'est-à-dire qu'il n'existe qu'à l'égard de celui-là seul qui est obligé personnellement envers le créancier. »[3]

Dans ce sens, absolu est synonyme de réel et antonyme de personnel entendu comme relatif à une personne déterminée. La propriété partage ce caractère avec tous les droits réels, qui sont eux aussi des droits absolus sur une chose matérielle et non des droits relatifs à une personne déterminée. Il faut donc affirmer bravement que tous les droits réels sont de

1. Les nouveaux propriétaires des biens nationaux sont tout particulièrement intéressés au caractère inviolable de leur droit et à la reconnaissance de la légitimité naturelle de la prescription acquisitive. Sur ce point A.-M. Patault, A.-M. P., *IHDB,* n°s 161 et 162, p. 188-190, et Marcel Garaud, *La Révolution française et la propriété foncière,* Paris, Sirey, 1959, p. 312-359.

2. C. D., *CCN* (4), IX, n° 532, p. 448.

3. *Ibid.*, n° 464, p. 339-340.

même nature (leur nature de droit réel), et donc que les droits réels sont de même nature que le droit de propriété, ou pour le dire encore autrement, qu'ils sont des *fractions* ou des *démembrements* du droit de propriété. C'est effectivement ce que soutient Demolombe :

> « La propriété est évidemment le premier et le plus complet de tous les droits réels ; c'est le droit réel par excellence !
>
> « Et par suite, les divers démembrements dont le droit de propriété est [...] susceptible, sont aussi nécessairement des droits réels : l'usufruit, l'usage et l'habitation, les servitudes (art. 543). Mais est-il vrai de dire, en sens inverse, que tout droit réel soit par cela même un démembrement de la propriété ?
>
> « En d'autres termes, y a-t-il plusieurs espèces de droits réels, ou n'en existe-t-il, au contraire, qu'un seul, à savoir : le droit de propriété qui renfermerait tous les autres, et dont tous les autres, en effet, ne seraient qu'une émanation et un démembrement ? »[1]

Vaste question, longuement ruminée par la dogmatique, au point que Demolombe s'excuse presque de la reposer, ce qui ne lui interdit pas d'y répondre :

> « La propriété, la pleine et parfaite propriété, confère au maître sur sa chose, d'une manière absolue et exclusive, tous les droits dont cette chose est susceptible ; la propriété, c'est le faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose (art. 544).
>
> « Or le droit réel qu'un tiers autre que le propriétaire peut avoir sur la chose, confère évidemment à ce tiers un certain droit sur cette chose ; il lui confère ce droit directement et en propre, par l'effet d'une relation qui met, à certains égards et dans une certaine mesure plus ou moins limitée, la chose elle-même en sa puissance, sans aucun intermédiaire entre cette chose et lui, à l'instar même du droit de propriété.
>
> « Donc, le droit réel de propriété sur cette chose n'est plus alors exclusif ni absolu ; donc il est amoindri et démembré ; donc il en est sorti un attribut ; donc le droit réel, qui en est sorti et qui précisément est cet attribut, est un démembrement du droit total de propriété. »[2]

La conséquence directe (et inévitable) de la subsomption de tous les droits réels sous le manteau du droit de propriété est d'en arriver à

1. *Ibid.*, n° 471, p. 352.
2. *Ibid.*, p. 353.

reconnaître la *divisibilité* de ce dernier. Étonnant paradoxe d'une lutte acharnée contre la féodalité en tant qu'elle est identifiée au *domaine divisé,* de la recherche d'un critère ferme et certain qui permette de distinguer celui qui est utile de celui qui n'est que direct, et qui conduit tambour battant... à une théorie de la division du domaine ! Le droit a décidément des raisons que la politique ignore.

La position de notre auteur est délicate dès lors qu'en identifiant la propriété au droit réel par excellence il ramène tous les droits réels, et particulièrement l'usufruit, à des démembrements de la propriété ayant la même nature juridique que celle-ci puisqu'ils en sont des fractions. Les droits réels, l'usufruit sont des droits de propriété, cette conclusion est inévitable. Une propriété amoindrie certes, mais une propriété tout de même *par sa nature*. Aussi Demolombe et d'autres auteurs avec lui[1] peuvent-ils affirmer, avec les modulations nécessaires, que l'usufruitier est propriétaire :

> « C'est qu'en effet l'usufruit, à la différence des servitudes réelles ou prédiales, a une existence propre ; c'est qu'il subsiste par lui-même, comme un bien distinct, et indépendamment de la propriété de tout autre bien ; c'est qu'il constitue dès lors dans le patrimoine de l'usufruitier un bien véritable et nous allions presque dire une propriété. »[2]

Nous reviendrons bientôt sur ce « presque », mais considérons pour l'heure que l'usufruit est un droit réel de même nature que la propriété, amoindri, imparfait, mais réel et donc absolu en son genre. On trouve chez Antoine-Marie Demante[3] une claire expression de cette conséquence :

> « Au terme de l'article 578, l'usufruit est le droit de jouir [...] comme le propriétaire lui-même. En assimilant, sous ce rapport le droit de l'usufruitier à celui du propriétaire, la loi indique d'abord le caractère de réalité commun en effet à la propriété et à l'usufruit : ainsi, à la diffé-

1. Par exemple J.-B. V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie,* Dijon, Lagier, 1824-1827, t. I, n° 8, p. 8 : « L'usufruit est une propriété essentiellement temporaire... », ou encore, « l'usufruit, quant au droit, est une propriété purement personnelle », *Traité...* n° 9, p. 9. L'ouvrage sera noté J.-B. P., *TDU* (1), I par la suite.

2. C. D., *CCN* (4), V, n° 220, p. 312.

3. A.-M. Demante (1789-1859) est professeur à la Faculté de Paris. Il publie la première édition de son cours en 1849.

> rence du fermier ou locataire, l'usufruitier n'a à demander à personne qu'on le fasse jouir, il peut revendiquer envers et contre tous le droit de jouir. »[1]

Aussi faut-il comprendre que la nature commune de la propriété et de l'usufruit, c'est la réalité du droit, son caractère absolu, qui le distingue des droits personnels.

Peut-être faut-il faire ici une parenthèse pour mentionner que dans la théorie des servitudes l'usufruit est considéré comme une servitude personnelle même si le Code répugne à utiliser cette expression. Cette répugnance s'explique par des raisons politiques – le terme servitude personnelle évoque un peu trop la féodalité – mais prête surtout à confusion, « personnel » signifiant dans l'expression « servitude personnelle » non pas une obligation pesant sur la personne, mais au contraire un droit intimement attaché à la personne déterminée de l'usufruitier, au point que ce droit n'est pas transmissible à cause de mort. Ici encore, Demante est, à propos de la définition des servitudes réelles, tout à fait clair :

> « Il ne s'agit évidemment pas d'asservissement des personnes, et [...] l'idée d'asservissement d'une chose envers une personne déterminée n'a rien en soi de plus révoltant que celle d'asservissement d'une chose envers une autre chose. »[2]

Cette source de confusion une fois écartée, et une fois établi que même sous la dénomination de servitude personnelle (viager, non transmissible *causa mortem*) l'usufruit est un droit réel de même nature que le droit de propriété, opposable envers et contre tous, et non pas un droit personnel opposable à une personne déterminée, il reste encore à se demander quel est exactement ce caractère de réalité commun à l'usufruit et à la propriété, quel est l'objet de ce « presque » droit de propriété qu'est l'usufruit. Il n'y a que deux réponses possibles, et l'une comme l'autre sont inacceptables.

1. A.-M. Demante, *Cours analytique de Code civil,* 3e éd., Paris, Plon, 1896, n° 417, p. 461.
2. A.-M. Demante, *Cours analytique…, op. cit.,* n° 414 *bis,* p. 459. Cet argument est déjà chez Proudhon, J.-B. P., *TDU* (1), I, n° 3, p. 4.

2.2. Absolu, réel-corporel ? De l'usufruit I

Une première hypothèse serait que l'usufruitier soit propriétaire de son droit. Il faudrait alors rappeler que le propriétaire est propriétaire de la chose, du bien matériel et corporel, et en conclure que l'objet de l'usufruit et de la propriété diffèrent par leur nature, corporelle pour la propriété, incorporelle pour l'usufruit. Cette nature de l'objet est-elle susceptible d'influencer la nature du droit lui-même ? La réponse devrait être négative, en bonne ontologie : les droits sont des droits, c'est-à-dire des biens incorporels, quel que soit leur objet. Mais on a vu précisément que la nature du droit de propriété est de se confondre avec son objet, de sorte que le droit lui-même de propriété doit être considéré comme corporel. Faudrait-il conclure que l'usufruit est un bien incorporel comme tous les droits et ne saurait se trouver imprégné de la corporéité de son objet puisque cet objet est un droit, tandis que la propriété est un bien corporel puisque sa nature ontologique de droit ne coïncide pas avec la nature juridique matérielle qu'il hérite de son objet ? Ce serait ruiner la thèse de Demolombe selon laquelle l'usufruit et la propriété sont de même nature :

> « Par suite d'une confusion aussi ancienne que la distinction elle-même, on a compris les biens et les droits, dont ils sont l'objet, dans une classification unique ; et l'on a ainsi placé du côté des choses corporelles, la chose la plus essentiellement incorporelle, le type même, et si j'osais dire ainsi, l'étalon de toutes les choses incorporelles, le droit même de propriété ! [...] Comment ! la propriété, le droit lui-même de propriété, *jus ipsum,* constitue un bien corporel ; et l'usufruit, et les servitudes sont des biens incorporels !
>
> « Mais l'usufruit et les servitudes ne sont que des fractions de la propriété ; et il est inconcevable que toutes les parties soient d'une autre nature que le tout ! »[1]

On a vu que Demolombe distingue la logique et l'habitude, la théorie et la pratique du droit pour donner raison, *in fine* et à contre-cœur, à la pratique. Il faut donc accorder que le droit de propriété, bien

1. C. D., *CCN* (4), IX, n°s 33-34, p. 19.

qu'incorporel par définition (puisque c'est un droit), est corporel en pratique :

> « Il est vrai que le droit de propriété, absorbant toute l'utilité de la chose, a pu paraître se confondre avec la chose elle-même qu'elle rend en effet exclusivement *propre* à son maître. On a pu considérer que la chose, dans ce cas, représentait pour ainsi dire matériellement le droit dont elle est l'objet direct et immédiat ; et c'est de là qu'est venue, non seulement dans le langage populaire, mais encore dans le langage scientifique et même dans les textes mêmes de la loi, cette confusion, ou plutôt, s'il était permis de s'exprimer ainsi, cette identification de la chose elle-même et du droit de propriété auquel la chose est soumise.
>
> « C'est ainsi que l'on dit : ma maison, mon cheval, pour exprimer qu'on a un droit de propriété sur cette maison, sur ce cheval [...] de telle sorte que le droit de propriété s'est trouvé confondu avec la chose, s'est matérialisé en quelque sorte avec elle, et qu'il est ainsi devenu lui-même corporel. »[1]

Nous sommes au cœur du problème. Le droit de propriété est tellement réel (dans le sens d'absolu, non relatif, opposable *erga omnes*) qu'il se confond avec la chose. Il n'est donc pas seulement réel au sens où il confère un droit de suite à son titulaire, une action en revendication de la chose opposable *erga omnes,* il est aussi réel, ou absolu, au sens où il se confond avec le pouvoir physique légalement garanti d'agir sur la chose, de la soumettre à tous les usages possibles. Le droit de propriété *devient* alors le domaine qu'il confère, au point que ce droit peut être dit réel, non pas seulement en tant qu'il est un droit absolu (antonyme de relatif), mais en tant que le terme désigne la qualité du pouvoir qu'il confère d'être physique, matériel, corporel, c'est-à-dire absolu au sens de direct, portant immédiatement sur la chose en tant que substance tangible, étendue, mobile ou immobile. L'usufruit est donc soit d'une nature différente de la propriété, soit un droit réel ayant pour objet une chose corporelle. Demolombe interdit fermement la première option, il faut choisir la seconde. Mais alors, quelle est cette chose ?

Ici encore, deux solutions se présentent. La première consiste à affirmer que c'est la chose elle-même qui est l'objet de l'usufruit, la

1. *Ibid.*, n° 35, p. 19-20.

chose d'*autrui,* celle du nu-propriétaire qui consent l'usufruit, l'objet même du droit de propriété que la constitution de l'usufruit démembre. La seconde solution consiste à affirmer que c'est la jouissance de cette chose (l'usage et les fruits) qui est l'objet du droit, et non la chose elle-même. Cette seconde solution est inacceptable, elle contredit le caractère réel (direct et immédiat) de l'usufruit. Si l'usufruit est un droit réel, il est donc absolu ou encore n'admet aucune médiation personnelle dans le rapport du titulaire à son objet. Or, si l'usufruit n'avait pour objet que la jouissance de la chose et non la chose elle-même, l'usufruitier devrait attendre d'être mis en jouissance par le propriétaire, et disposerait en cas de non-délivrance de la chose du droit de contraindre le propriétaire à délivrer la chose en bon état ; mais dans ce cas, le rapport du propriétaire et de l'usufruitier serait un rapport d'obligation personnelle (une espèce de louage), ce que la définition de l'usufruit comme droit réel interdit. Il faut donc conclure que l'indépendance totale de l'usufruitier à l'égard du nu-propriétaire impose de concevoir qu'il exerce un droit absolu sur la chose elle-même. La conclusion théorique de tout cela est la suivante : la distinction de la jouissance de la chose et de celle de ses utilités est incompatible avec le caractère réel du droit de propriété et de ses démembrements. C'est ce qui ressort clairement de la dissertation que Victor Marcadé (1810-1854) consacre à la matière :

> « L'usufruit est le droit de jouir, et non pas seulement le droit de contraindre le propriétaire à faire jouir. Quand je suis usufruitier, j'ai le droit à moi, propre, absolu et indépendant de toute relation avec quelque personne que ce soit, de me servir de la chose et d'en recueillir les fruits ; il n'y a jamais pour moi ni l'obligation ni la faculté non plus de faire intervenir aucune personne, pas plus le propriétaire qu'une autre. Si, au moment que je reçois la chose, elle n'est pas en état de servir ou de donner ses fruits, c'est à moi de l'y mettre (art. 600) [...] En un mot, j'ai le droit de venir moi-même, directement et immédiatement, jouir de la chose, sans jamais être tenu de subir, et sans pouvoir exiger l'intervention d'une personne entre cette chose et moi. Quand je suis fermier au contraire, j'ai le droit de contraindre le propriétaire de la chose à m'en faire jouir (art. 1709, 1719, 3°). En conséquence ce propriétaire est obligé de me délivrer la chose en bon état [...]. Ainsi, l'usufruitier a le droit propre, absolu, immédiat sur la chose, de jouir de cette chose, le *jus in re utendi* -

> *fruendi* ; le locataire lui, n'a que le droit de forcer le propriétaire à lui procurer les services et la jouissance ; c'est par conséquent un *jus ad rem* fondé sur l'OBLIGATION toute spéciale et personnelle de ce propriétaire. »[1]

La distinction selon l'objet, entre la chose et les utilités de la chose, la matière corporelle et les valeurs qu'elle recèle, conduirait inévitablement à rendre l'usufruitier dépendant du nu-propriétaire pour ce qui est de la remise de la chose, et cette conséquence contredirait la nature réelle du droit (sans médiation personnelle entre le sujet et l'objet). Réel signifie donc opposable *erga omnes,* mais aussi direct et immédiat, et la conséquence de ce rapport direct est que – par capillarité – le droit d'usufruit, tout comme celui de propriété, d'incorporel qu'il est ontologiquement se fait juridiquement *bien corporel*. Il faut alors se résoudre à accorder que l'usufruitier et le nu-propriétaire ont un droit sur le même objet, la chose matérielle elle-même. Mais alors, comment échapper à la division du domaine ?

2.3. Absolu-complet ? De l'usufruit II

La réponse est dans une stricte interprétation de l'article 578 qui dispose que l'usufruit est le « droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ». L'enjeu de cette définition est de mieux cerner le sens du « presque » dans la formule selon laquelle l'usufruitier serait « presque » le propriétaire de la chose. Il faut ici corriger Demolombe, ou plutôt le préciser : il n'est pas « presque », il est « comme » le propriétaire, c'est-à-dire qu'il dispose de la chose en propriétaire, mais il n'est pas propriétaire, la chose appartient à autrui, son usufruit est un droit sur la chose d'autrui, un *jus in re aliena*. C'est là le fond d'une inépuisable querelle dogmatique, celle de la nature juridique de l'usufruit.

Son avatar durant la première moitié du XIXe siècle est pour une large part masqué, donc confus, puisque les défenseurs de la théorie du

1. Victor Marcadé (1810-1854), *Explication théorique et pratique du Code civil,* 5e éd., Paris, Cotillon, 1859, t. II, n° 578, p. 445.

domaine divisé ne peuvent conclure à la coexistence de deux domaines sur la même chose sauf à donner l'impression de vouloir ramener les fiefs dans les fourgons de l'étranger[1] ; c'est sur le mode de l'hésitation, de la formule ambiguë, de la coexistence implicite de conséquences contradictoires, que les auteurs oscillent entre la théorie dite du *jus in re aliena,* et celle dite du domaine divisé, dont on sait qu'elle est un des fleurons du bartolisme[2].

L'enjeu de la dispute est la distribution du titre de propriétaire : Doit-il être réservé au nu-propriétaire, auquel cas il faut accorder que les prérogatives dont dispose celui-ci suffisent à constituer un droit de propriété, ou faut-il partager ce titre entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, ce qui implique que le titre soit partageable, la propriété *divisible* et le domaine actuellement *divisé* ? Ces deux théories sont donc théoriquement exclusives l'une de l'autre. Mais, comme on l'a vu à propos de la nature corporelle des droits réels, les commentateurs du Code civil ont l'esprit pratique. Nous allons donc assister au miraculeux mariage des deux théories : c'est le sens du « presque » qui sert à qualifier la propriété de l'usufruitier selon Demolombe.

Presque signifie qu'il faut distinguer deux perspectives. En un sens l'usufruitier est propriétaire, et en un sens il ne l'est pas. C'est d'ailleurs ce qui ressort des expressions utilisées par tous les auteurs[3]. En un sens en effet, le domaine est divisé, l'usufruitier détient une fraction de la propriété, un droit réel, immédiat et absolu sur la chose. En ce sens, il y

1. On notera en contrepoint cette fascinante formule d'Antoine-Marie Hennequin : « Un lien secret mais indissoluble rattache [...] d'une manière intime la *féodalité* et l'*usufruit* » (*Traité de législation et de jurisprudence suivant l'ordre du Code civil. Deuxième livre,* Paris, Videcoq, 1838, t. II, p. 1).

2. Ce sont les travaux, devenus classiques, de Paolo Grossi qui ont attiré l'attention sur cette surprenante résurgence de la théorie médiévale du domaine divisé chez les défenseurs du dogme de la propriété unitaire. Paolo Grossi, « Tradizioni e modelli nella sistemazione postunitaria della proprietà », in *Il dominio e le cose, percezioni medievali et moderne dei diritti reali,* Milano, Guiffrè, 1992, p. 439-569. La théorie de l'usufruit est examinée dans « Resistenze di modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca : la nozione di usufrutto nelle riflessioni civilistiche francese e italiana », p. 571-601. Les doctrines de Demolombe sont discutées p. 577-585.

3. « En certaine manière », « d'une certaine façon », etc. On ne trouve aucune formule identifiant l'usufruit à une propriété sans modulation, sinon chez Charles Comte, *Traité de la propriété,* Paris, Chamerot, 1834, vol. II, chap. LI.

a deux propriétaires d'une seule et même chose. Dès lors, l'usufruitier est le propriétaire d'un droit absolu (réel, direct et immédiat sur la chose), mais ce droit n'est pas un droit absolu de propriété. Ici, le sens du mot absolu a changé, il désigne le caractère complet, plein, non démembré du droit de propriété. Dans cette perspective, le droit d'usufruit est absolu (réel, direct et immédiat sur la chose), mais c'est un droit absolu d'usufruit. En tant que fraction du droit de propriété, il est réel, mais n'est « ni absolu, ni exclusif », absolu désignant ici le caractère d'être complet, et exclusif, son universelle opposabilité. Aussi faut-il dire que le droit peut être un droit de propriété absolu (réel) sans être un droit absolu *de pleine propriété* (complet).

Vu sous cet angle, le droit de propriété est un droit par essence absolu, c'est-à-dire réel (direct et immédiat sur la chose) et complet, mais s'il doit toujours et nécessairement être réel, il peut fort bien n'être complet qu'idéalement, et se trouver être divisé en fait. Il faut distinguer ici l'essence du droit, qui est d'être plein (complet), et son existence amoindrie lorsqu'il est démembré. Le droit de propriété est par essence plein (complet), mais il peut être affligé de démembrements, à la condition toutefois que ces derniers soient précaires, limités dans le temps : divisible en puissance, le droit de propriété peut fort bien être divisé en acte, car même divisé, il a vocation à redevenir complet une fois atteint le terme assigné à la division. C'est dans cette perspective que l'usufruit n'est que « presque » un droit de propriété. Ce n'est un véritable droit de propriété que *dans un certain sens* ; en regard de la réalité et non de la complétude. Il faut ajouter que non seulement la divisibilité du droit de propriété ne s'oppose pas à son caractère absolu, mais qu'au contraire elle y puise sa cause : c'est dans une liberté absolue de disposer de la chose que le propriétaire est fondé à démembrer son droit. C'est parce qu'il est réel que le droit pourrait bien ne pas être complet.

2.4. Absolu-unitaire ? De l'usufruit III

Le mariage des deux théories est scellé autour du point suivant : la plénitude de la propriété ne s'oppose pas à la reconnaissance d'une plu-

ralité de sujets propriétaires en même temps de la même chose. L'affirmation peut étonner. On a l'habitude de considérer la propriété du Code civil comme unitaire, au sens où le droit ne peut être alloué qu'à un propriétaire unique, un droit individualiste, exclusiviste, et par conséquent rétif à toute forme de communauté. Une chose est cependant désormais certaine : la commune réalité du droit d'usufruit et de propriété n'interdit pas de parler – c'est d'ailleurs ce que fait le doyen Proudhon – de communauté :

> « ... on doit considérer l'usufruitier et le propriétaire comme deux communiers qui se trouvent forcément en rapport d'intérêts dans la même chose, quoique sous différents aspects ; d'où il résulte que, dans l'exercice de leurs droits respectifs, ils sont, à certains égards, soumis aux obligations qui naissent de la communion de propriété. »[1]

Jusqu'ici, c'était moins au mariage de la théorie du *jus in re aliena* et de celle du domaine divisé que nous assistions, qu'à la victoire de la seconde sur la première. Le domaine est bien divisé en deux sujets propriétaires au sens où l'un et l'autre sont titulaires d'un droit absolu (direct et immédiat) sur la chose, quoique la propriété de l'un comme de l'autre ne soit pas parfaite. Mais il faut ajouter, et c'est là que la théorie du *jus in re aliena* fait un retour en force, que cette communauté se limite au partage de l'objet et ne lie en aucune manière les deux sujets propriétaires, sinon par la médiation de la chose même. On peut donc parler de communauté, mais celle-ci est bien étrange : c'est une communauté objective, celle de l'intérêt que deux personnes étrangères l'une à l'autre portent au même bien matériel. Bien évidemment, la possibilité que cette communauté puisse dégénérer en lutte pour la chose n'a échappé à aucun auteur. L'obligation entre communiers dont parle le doyen Proudhon n'est en effet pas personnelle :

> « L'usufruitier n'ayant rien dans la nue-propriété, et le propriétaire, de son côté, n'ayant rien dans la jouissance actuelle, on ne trouve pas entre eux le fondement d'une communion proprement dite, dans le matériel de la chose : c'est pourquoi l'un ne pourrait intenter l'action en licitation contre l'autre, pour mettre fin à leur conflit d'intérêts ; car cette action,

1. J.-B. P., *TDU* (1), I, n° 7, p. 7.

> n'ayant été introduite que pour faire cesser les embarras, et prévenir les querelles qui naissent de la jouissance commune et de la copropriété, ne peut recevoir d'application entre l'usufruitier et le propriétaire qui ne sont ni cojouissans ni copropriétaires [...]
>
> « Mais comme les droits de l'un et de l'autre portent sur le même objet ; comme leurs intérêts à la conservation de la chose sont, sous beaucoup de rapports, et souvent, indivisibles ; comme leurs droits respectifs sont dans une corrélation nécessaire ; comme dans l'exercice de ces droits, et dans l'accomplissement de leurs obligations, ils se trouvent fréquemment sous une mutuelle dépendance, nous devons dire dès à présent qu'ils sont dans une espèce de communion sauf à indiquer plus particulièrement, par la suite, les conséquences qui résultent de cette vérité. »[1]

Il y a et il n'y a pas communion. La réalité de l'objet est commune, et cette communauté porte à conséquence – on pense particulièrement au fait que les deux parties ont le même intérêt à la conservation de la substance de la chose ; mais il n'y a pas communauté au sens juridique du terme, qui suppose un minimum de rapports personnels entre les communiers, comme la possibilité d'engager l'action personnelle en licitation. Or cette communauté-là est dépourvue de tout lien juridique personnel direct entre ses membres, d'obligation mutuelle, de solidarité. Il y a là un véritable gauchissement de la théorie du domaine divisé qui désigne initialement la séparation du domaine utile et du domaine direct, mais aussi le lien personnel qui les unit. S'il y a donc bien reprise de la théorie du domaine divisé par la doctrine dans la première moitié du XIXe siècle, c'est une reprise partielle et défigurante où n'est retenu que le moment de la séparation, sans que soit fait droit au moment de l'association, bloqué par le recours à la théorie du *jus in re aliena* qui interdit tout rapport juridique d'obligation entre les sujets « propriétaires ».

Il devient possible de conclure. La définition du droit de propriété comme droit réel a essentiellement pour but de libérer le propriétaire de toute obligation personnelle, non pas de garantir la plénitude effective du droit (complétude) ou l'unicité du propriétaire (unité), et le

1. *Ibid.*, p. 7-8.

moyen d'y parvenir c'est de conserver le principe de l'indivisibilité de l'objet, quitte à devoir inventer des formes de communauté sans obligations personnelles, et à reconnaître l'existence de droits de propriété imparfaits, incomplets, amoindris, ayant – en un certain sens, mais en un certain sens seulement – perdu leur caractère absolu[1]. Un domaine divisé donc, mais qui, parce qu'il est désarticulé, reste absolu (réel au sens de direct et immédiat) en acte pour ce qui regarde tous les sujets titulaires de droits sur la chose, et absolu (complet) en puissance pour ce qui regarde le seul nu-propriétaire.

Où il apparaît que le droit de propriété ne peut être absolu (complet et unitaire) qu'en puissance, parce qu'il est toujours absolu (réel, direct et immédiat sur une chose) *en acte*. C'est l'effectivité de la réalité qui garantit le caractère absolu de la propriété, jusque dans ses démembrements. Le caractère de la réalité domine les autres caractères essentiels du droit de propriété. Ce caractère désigne l'opposabilité *erga omnes* du droit, en opposition au caractère relatif du droit personnel, mais aussi la *corporéité* de la chose, la nature physique de l'objet du droit, nécessairement matérielle, tangible, saisissable par les sens, étendue et mobile ou immobile.

2.5. La matière comme réalité absolue. Les biens immatériels

Si l'on veut soutenir qu'il est légitime que le droit de propriété et le domaine qu'il confère à son propriétaire se confondent, il faut non seulement que ce droit soit réel (direct et immédiat), mais encore que son objet soit une chose matérielle. On ne peut en effet soutenir que les droits d'usufruit et de propriété ont des objets différents, la jouissance de la chose et sa substance, parce que, comme l'explique remarquablement Marcadé, l'usufruitier n'a pas d'action *ex conductio* contre le propriétaire, il n'a pas besoin de se faire remettre la chose, il y a un accès direct.

1. Sur ce point, A.-M. Patault, *IHDB,* n° 119, p. 148.

La thèse de Marcadé et celle de Proudhon sur l'usufruit comme communion reviennent à affirmer la nécessaire *indivisibilité de la chose,* dans laquelle réside la condition de possibilité de la divisibilité du droit de propriété. Imaginons en effet que le droit de propriété soit divisible et que cette divisibilité se prolonge en une division de la chose : il n'y aurait plus un mais deux ou plusieurs droits de propriété parfaits (complets) ; ou bien plusieurs droits de propriété imparfaits et unis entre eux non plus par la chose, mais par l'union personnelle des sujets. Il n'est possible aux partisans de la théorie du domaine divisé d'échapper aux conséquences qu'ils estiment féodales de leur doctrine qu'en tenant ferme le principe selon lequel la chose est un bloc indivisible, que la matière est le dernier refuge de l'unité du droit. Une chose matérielle *en tant qu'elle est soumise à un droit* est donc par définition indivisible, puisque si l'on en divise l'étendue, elle n'est plus une chose divisée, mais deux choses, soumises à des droits distincts. C'est cette propriété physique qui distingue les choses corporelles des choses incorporelles (les droits) et des choses immatérielles (les idées) : une chose immatérielle peut rester une, et être infiniment divisée en parts idéales, puisqu'elle est d'étoffe idéelle.

Demolombe, comme tous les partisans de la théorie revisitée du domaine divisé, n'en a donc pas fini avec la diabolique théorie du droit de propriété comme « droit réel par excellence » : ayant repoussé le spectre de la féodalité dominante, il doit maintenant montrer que le droit de propriété a pour objet une chose corporelle avec laquelle il se confond au point de devenir lui-même corporel. La thèse est plus facile à énoncer qu'à défendre.

Elle se heurte en effet à la langue juridique : on parle de propriété littéraire, de propriété des offices, de propriété d'une lettre de change, etc. Faut-il comprendre que ces expressions sont inadéquates ? Sans entrer dans le détail, assez pauvre, que Demolombe consacre à la matière, on peut aller directement à sa conclusion :

> « Le mot propriété dans son acception la plus générale exprime le pouvoir souverain et absolu qui appartient à une personne sur un bien quelconque, corporel ou incorporel, et qui le lui rend *propre*.
>
> « C'est ainsi que nous venons de dire la propriété littéraire (art. 39 du

décret du 5 février 1810) ; que l'on dit aussi la propriété d'un usufruit, d'une servitude, d'une créance, la propriété des offices, la propriété d'une lettre de change, etc. [...].

« Mais dans son acception spéciale et technique, le mot propriété s'applique au droit de la personne sur les objets corporels, meubles ou immeubles qui lui appartiennent [...].

« Le droit de propriété, en ce sens, c'est le bien lui-même, le bien corporel, meuble ou immeuble par sa nature [...] et alors la propriété est synonyme de domaine, *dominium, dominus,* maître : et ces expressions sont très souvent employées l'une pour l'autre.

« C'est uniquement suivant cette acception que le droit de propriété est considéré dans le titre II du second livre du Code Napoléon : et c'est dès lors aussi seulement du droit de propriété sur les objets corporels, que nous allons désormais nous occuper. »[1]

En un certain sens, l'usage, le droit, la langue des juristes ont raison de parler de propriétés immatérielles, puisque les droits ayant pour objet les offices, les lettres de change ou un fonds de commerce, comme le droit de reproduire une œuvre sont des *appropriations privatives,* des exclusivités, le pouvoir souverain et absolu (en quel sens ?) de rendre quelque chose *propre*. Mais cette signification n'est pas essentielle. Elle est trop générale et trop extérieure à la technique juridique. En un sens précis, technique, le droit de propriété signifie beaucoup plus que l'appropriation privative ; il signifie la confusion du droit et des pouvoirs qu'il confère, l'identification de la propriété et du *domaine*, droit direct et immédiat sur une chose, et par conséquent le caractère nécessairement indivisible, corporel de cette chose. Dans ce sens, précis, les biens immatériels sont insusceptibles de propriété, au sens de l'article 544, ce qui ne veut pas dire qu'ils soient insusceptibles d'appropriation. On accordera que la position est inconfortable.

Cette difficulté se retrouve sous la plume d'Aubry et Rau dans la troisième édition de leur manuel, alors que pourtant, de tous les commentateurs français du Code civil, ce sont eux qui se sont le plus rapprochés de la terminologie kantienne, dont on sait qu'elle est construite

1. C. D., *CCN* (4), IX, n° 540, p. 460.

sur la notion de *possession juridique (intelligible)*, dont les objets sont exclusivement des droits :

> « Dans l'acception véritable du mot, la propriété ne se comprend que pour les choses corporelles.
>
> « Mais le terme *propriété* a été étendu à des choses incorporelles, pour désigner le droit exclusif d'en user et d'en disposer.
>
> « [...]
>
> « [...] nous n'aurons à nous occuper spécialement ni de la propriété littéraire et artistique, ni de la propriété industrielle, ni de celle des offices, ces matières étant réglées par des lois particulières. Nous nous bornerons à exposer dans les paragraphes suivants les principes relatifs à la propriété des choses corporelles. »[1]

Si le manuel d'Aubry et Rau ne s'attarde pas à traiter de la propriété des biens immatériels qui ne se laissent pas ramener à des biens corporels par une fiction qui imiterait la nature, c'est parce qu'ils constituent des propriétés spéciales qui ne modifient pas les principes généraux du droit de propriété.

Autrement dit, la théorie générale de la propriété est construite sur le modèle archétypique des biens corporels, et ce, pour ainsi dire, par définition, puisque la propriété est un droit réel au sens de la matérialité de son objet. Certes, le terme est employé plus largement pour désigner certains droits qui ont en commun avec la propriété d'être des droits privatifs et exclusifs, mais leur régime n'est pas celui de l'article 544, raison pour laquelle ils font l'objet de dispositions législatives spéciales. Cela n'est pas vrai seulement en droit positif, mais également du point de vue philosophique : d'après nos auteurs, la conceptualisation de la propriété qui se dégage d'une glose fidèle de l'article 544 est, sans ambiguïté, conçue comme celle de la seule matière étendue.

L'exclusion des propriétés immatérielles du champ conceptuel de la propriété est la conséquence cohérente de l'identification du droit à la chose. Cette identification qui transforme la nature physique incorporelle du droit en une nature juridique corporelle n'est une faute logique qu'au regard du dualisme métaphysique du corporel et de l'incorporel, et la conclusion n'est pas que nos juristes sont de piètres

1. A. R., *CDCF* (3), II, nº 190, p. 153-155.

logiciens, mais que si, dans le domaine de la théologie rationnelle, la transsubstantiation est un miracle, dans le domaine de la science du droit c'est un phénomène courant souvent associé à la conception « romaine » de la propriété.

Mais outre que cette association risque de se heurter aux objections des historiens du droit romain[1], elle semble aller bien au-delà de ce que les premiers commentateurs du Code attribuent eux-mêmes au droit romain. En effet, selon Demolombe, la confusion de la propriété et de l'objet est bien d'origine romaine, et elle désigne en droit romain la confusion de l'action en revendication du droit et celle en revendication de la chose : en revendiquant ma propriété, précisément parce que ce droit est réel, ou qu'il confère un droit de suite à son titulaire, je revendique la chose et pas seulement le droit : la reconnaissance du droit se confond effectivement avec la demande en restitution de la chose[2]. De ce que le droit de propriété est direct et immédiat, il faut donc inférer que le pouvoir qui s'exerce sur la chose se confond avec la qualité de la chose d'être soumise à ce pouvoir, et que c'est cette qualité – que les Romains désignent par le terme de *proprietas* – qui est l'objet de la *rei vendicatio*.

Mais partir de ce constat pour identifier le Code et Rome, c'est aller un peu vite en besogne, dans la mesure où la *proprietas* ne peut désigner qu'une qualité de la chose, qui est d'être la propriété d'un maître, et que cette qualité ne saurait se confondre avec la chose même, ou même avec la somme de ses qualités, puisque ce n'est qu'une qualité déterminée de la chose, celle d'être appropriée. Aussi, même si l'on accordait la validité historique de la conception que les commentateurs du Code se font de la propriété romaine, il faudrait encore expliquer par quel miracle sont confondues la substance de la chose et une de ses qualités, celle d'être appropriée. On voit bien comment, revendiquant la chose au titre qu'une de ses qualités est d'être sienne, on en arrive à confondre le droit qui fonde cette revendication et la qualité en ques-

1. Yan Thomas, « *Res,* chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *Archives de philosophie du droit,* XXV, 1980, p. 413.

2. *Rei vindicatio… Hunc ego hominem meum esse aio* (Gaius, Inst. lib. IV, § 16). Cité par Demolombe, C. D., *CCN* (4), IX, nº 36, p. 22.

tion (la *proprietas*) ; mais de là à confondre cette *proprietas* et la substance de la chose même, il y a un pas que les auteurs modernes franchissent, mais que même *leurs* Romains ne franchissaient pas.

Le raisonnement qui les y mène est le suivant : selon la nature des choses, la substance, c'est la matérialité de la matière elle-même, l'étendue qui la rend tangible ; aussi la conclusion s'impose-t-elle d'elle-même : pour la doctrine du début du XIXe siècle, la face passive et objective du droit de propriété, c'est la substance étendue et la véritable nature ontologique de la matière est tout entière dans une disposition passive à l'appropriation entière de l'objet du droit, alors que le droit romain des commentateurs du Code civil se contente d'affirmer que la corporéité de la propriété est l'autre face de la faculté du souverain à revendiquer la restitution de la chose[1]. C'est là une expression bien fade et bien incomplète du pouvoir que le propriétaire se voit conférer par nos auteurs, qui font de la disposition à être soumis à ce pouvoir l'être même des choses[2]. Une autre manière d'expliquer la mystérieuse fusion *pratique* du droit et de la chose est de relever la signification inédite de la faculté d'abuser qui est reconnue au propriétaire. Nous touchons là le ressort ultime de la transsubstantiation des droits en choses.

3. DU MÉSUSAGE

3.1. Mésusage et transsubstantiation

Partant de la définition du droit de propriété comme droit absolu (réel, direct et immédiat) sur la chose, nous sommes parvenus à la nécessaire corporéité de son objet, et nous avons vu que cette corporéité se transmet à la nature même du droit devenu bien corporel par un phéno-

1. Cf. C.-A. Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements, et particulièrement sur l'usufruit,* Paris, Plon, 2e éd., 1853, où la propriété romaine est définie comme « le droit le plus étendu qu'une personne puisse avoir sur une chose », « le droit d'user de jouir et de disposer de la chose d'une manière exclusive » n° 1, p. 1.

2. Sur ce point, cf. M.-F. Renoux-Zagamé, *Les origines…, op. cit.,* p. 355 et 356.

mène remarquable de transsubstantiation ontojuridique. On peut désormais décomposer cette fiction en deux éléments : la fusion du droit et du domaine qu'il confère, au titre que ce dernier est absolu (direct et immédiat), et, via ce domaine, celle du droit et de la chose elle-même, dont il hérite la nature corporelle. Un maillon manque à la chaîne : si la nature du droit permet la confusion de ce droit et du pouvoir qu'il confère, comment le pouvoir se confond-il avec la chose elle-même ? Ce maillon est pourtant nécessaire pour aller transitivement du droit au domaine, puis à la chose. Ni l'action en revendication de la chose, ni même le caractère direct et immédiat du rapport entre le sujet et l'objet ne suffisent à en rendre compte, il faut encore que la nature du domaine lui-même se confonde avec celle de la chose. Ici, nous rencontrons un troisième sens du terme absolu, qui n'est plus seulement antonyme de relatif, synonyme de complet, mais encore synonyme de suprême et qui se concentre dans cet élément ultime du domaine qu'est l'*abusus*.

Selon Demolombe, l'*abusus* moderne n'est pas celui des Romains :

> « Le mot *abuti* des Romains exprimait seulement [...] l'idée de la disposition, non pas de la destruction et la loi romaine proclamait au contraire cette maxime : *Expedit rei publicæ ne sua re quis male utatur* (Inst., § 2, *de his qui sui vel alien*). »[1]

L'*abusus* moderne est donc, selon Demolombe, le pouvoir de mésuser de la chose, le « ce-sans-quoi » de la propriété, ce qui ne peut que rester quand tout le reste est démembré[2]. Nous rejoignons ici la question de la divisibilité du droit. La propriété est décomposable en l'infinité des éléments qu'elle contient, et chacun de ces éléments peut en être séparé sans qu'elle cesse d'être une propriété, à l'exception toutefois de cet usage suprême, parce que définitif, qu'aucun démembrement ne saurait inclure dès lors qu'il est l'attribut que contient la plus nue de toutes les nues-propriétés[3]. L'*abusus* moderne est par

1. C. D., *CCN* (4), X, nº 545, p. 465.
2. *Ibid.*, nº 475, p. 361.
3. Le nu-propriétaire ne peut détruire la chose, puisqu'il est obligé de s'abstenir de tout ce qui pourrait nuire à la jouissance de l'usufruitier, mais outre qu'il n'est obligé que vis-à-vis de la chose, il peut exercer toutes les facultés inhérentes au droit de propriété, y compris celles d'aliéner la chose.

conséquent le seul élément véritablement indivisible du droit de propriété :

> « Ces divers éléments ou attributs *[usus, fructus* et *abusus]* ne sont pas évidemment indivisibles ou inséparables : et il est arrivé, en effet, qu'ils se sont séparés et divisés entre plusieurs personnes.
>
> « [...] C'est ainsi qu'on peut avoir le droit d'user et de jouir de la chose pendant un certain temps *(usus fructus)* ; tandis que l'autre a conservé le droit de disposer *(abusus)* ; [...] et on appelle le premier droit *usus fructus,* usufruit (l'usufruitier) et le second *nuda proprietas,* la nue-propriété (le nu-propriétaire) ; *nuda* parce qu'en effet, la propriété se trouve alors stérile et dépouillée dans les mains de celui qui conserve toujours le titre de propriétaire, *dominus,* avec l'expectative assurée de voir un jour sa propriété se revêtir utilement pour lui-même des attributs qui en ont été séparés. »[1]

Ce sont là des conséquences, déjà pointées, de la théorie du démembrement de la propriété : l'usufruitier peut être dit, sous un certain rapport, propriétaire de la chose, mais son droit est précaire parce qu'il lui manque l'attribut essentiel de la propriété, son expression ultime, ce qu'on pourrait appeler le *merum imperium* du souverain propriétaire qu'est le pouvoir de détruire la chose. C'est bien ce pouvoir qui rend l'usufruit nécessairement viager, précaire ; et fait de la nue-propriété le noyau insécable du droit de propriété. En quoi consiste cet *abusus* ?

Si, comme le souligne Demolombe, le Code civil hérite de la classification et de la terminologie romaines, le terme *abusus,* en terres napoléoniennes, signifie non seulement disposer juridiquement, c'est-à-dire revendiquer, aliéner et transmettre, mais encore mésuser ou détruire. Sur ce point la doctrine semble unanime. Ainsi Aubry et Rau :

> « la propriété, dans le sens propre de ce mot *(dominium),* exprime l'idée du pouvoir juridique le plus complet d'une personne sur une chose, et peut se définir comme le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne »[2].

1. C. D., *CCN* (4), IX, nº 475 *bis,* p. 362.
2. A. R., *CDCF* (3), II, § 190, p. 151.

Ces deux auteurs décomposent ensuite ce droit en facultés de deux sortes : d'un côté, « le propriétaire est autorisé à faire servir la chose qui lui appartient à tous les usages compatibles avec sa nature »[1] ; de l'autre, « le propriétaire est libre de dénaturer sa chose, ou même de la dégrader ou de la détruire »[2].

Il faut ici considérer les mots dans leur sens propre : dénaturer une chose dont la nature est d'être étendue, c'est supprimer cette étendue, la détruire. La souveraineté moderne du propriétaire se distingue des différents avatars historiques du *dominium* romain en ce qu'elle est un droit à agir contre *la nature de la chose*. Pour le plus grand malheur des commentateurs, ce n'est pas un droit simple, il est nécessaire de le décomposer pour en exposer les déterminations.

Comme le suggèrent Aubry et Rau, en plus des services qu'on peut retirer de la chose, et du pouvoir de la détruire, il faut également considérer les actions juridiques dont elle est susceptible : la transmission du bien, onéreuse ou gratuite, entre vifs ou à cause de mort, et son abandon pur et simple[3]. Comme on va le voir maintenant, la mise en cohérence de tous ces éléments n'a rien d'une partie de plaisir.

3.2. Absolu-suprême

Demolombe lui aussi est formel : l'*abusus* est un droit de mésuser de la chose. Mais que faut-il exactement entendre par ce terme, ou par l'idée d'un usage contre nature que suggèrent Aubry et Rau ? C'est à Pothier qu'on emprunte, comme souvent, la réponse :

> « par exemple, dit Pothier, le propriétaire d'une bonne terre labourable a le droit, si bon lui semble, d'en faire une terre en friche, qui ne serve qu'au pâturage des bestiaux ; comme le propriétaire d'un tableau a le droit de faire passer dessus une couleur pour l'effacer, ou le propriétaire d'un livre de le jeter au feu, si bon lui semble, ou de le déchirer (*De la propriété,* n° 5) »[4].

1. *Ibid.*, § 191, p. 155.
2. *Ibid.*, § 192, p. 156.
3. *Ibid.*, § 191, p. 157.
4. C. D., *CCN* (4), IX, n° 544, p. 464.

Il y a donc deux espèces de mésusage, l'usage contraire à la destination de la chose, par exemple la destination agricole d'une terre fertile, et la dégradation, dont l'acmé est la pure et simple destruction. Si la seconde espèce est la face passive du pouvoir actif de tout faire à la chose, la première implique que cette chose ait d'autres qualités que celle d'être étendue. Ces qualités peuvent être considérées du point de vue téléologique comme autant de contraintes à l'action du propriétaire, ainsi que l'illustre la situation juridique de l'usufruit, où le nu-propriétaire ne peut pas détruire la chose, ni en changer la destination au point de nuire à l'usufruitier. Et comme *determinatio est negatio,* certaines qualités positives de la chose en excluent d'autres, de sorte que la combinaison des déterminations façonne la disposition de la chose à être appropriée et détermine négativement la diversité des usages conformes ou simplement compatibles à la nature de cette chose. Le droit de mésuser signifie donc que le domaine du propriétaire inclut l'usage non conforme, voire incompatible avec les déterminations de la chose, parce que ces déterminations-là seront toujours moins essentielles que celle, indéterminée, qui la soumet à l'usage définitif du propriétaire despotique. La question revêt évidemment une dimension morale, l'usage conforme aux déterminations de la chose étant le meilleur usage possible du point de vue objectif de la chose elle-même, qui pourrait bien être, d'après certains auteurs, celui de Dieu. Mais la morale, pour Demolombe, n'est pas le droit :

> « Le propriétaire est libre en effet de commettre ces sortes d'excès sur sa chose.
>
> « Mais il importe toutefois de remarquer que ces excès, qui sont, à la vérité, la conséquence inévitable de son droit absolu de propriété, ne constituent point, par eux-mêmes, un mode d'exercice de ce droit, que les lois reconnaissent et approuvent.
>
> « [...] il importe à l'intérêt de la société, que les particuliers gouvernent bien leur fortune au lieu d'en mésuser. Nous savons même qu'en cas d'excès de ce genre, le propriétaire pourrait être, suivant les cas, soit interdit, soit pourvu d'un conseil judiciaire [...].
>
> « Mais enfin, il faut bien reconnaître que la propriété étant absolue, elle confère sinon en droit, du moins nécessairement en fait au propriétaire, le droit de mésuser de sa chose, car il ne serait pas absolu sans cela ;

> et toute restriction préventive, en portant atteinte au droit même de propriété, aurait eu ainsi beaucoup plus de dangers que d'avantages.
>
> « "Si le gouvernement se constitue juge de l'abus, a dit un philosophe, il ne tardera pas à se constituer juge de l'*us* ; et toute idée véritable de propriété et de liberté sera perdue" (Thomas Raynal). »[1]

Le mésusage contrevient aux intérêts objectifs de la société comme à ceux du propriétaire lui-même ; mais il n'est pas illégal. Demolombe peut le regretter, mais se doit de reconnaître que le caractère légalement absolu de la propriété rend impossible la conversion de ces règles morales en règles de droit.

Une remarque incidente s'impose : les commentateurs du Code civil n'ont pas besoin de s'appuyer sur les ouvrages de Kant pour retrouver une de ses thèses fondamentales. Cependant, là où, selon Kant, la morale et le droit se séparent comme la liberté interne et la liberté externe, c'est le caractère absolu (suprême) du domaine du propriétaire qui conduit nos auteurs à la même conclusion : il n'y a pas d'autolimitation interne du droit de propriété : avoir un droit c'est pouvoir en épuiser sans restriction tous les usages[2]. Cette stricte distinction de la morale et du droit a au moins deux conséquences : le rejet du paternalisme politique, qui prendrait ici la forme d'une législation, et l'impossibilité faite au propriétaire de renoncer au droit de violer la morale, sauf à renoncer à la propriété elle-même.

Quoi qu'il en soit, le pouvoir suprême de mésuser fait surgir l'inquiétante figure d'un propriétaire démoniaque ou fou que la doctrine veut pouvoir ignorer. Elle y parvient d'ailleurs, puisque, comme on l'a vu dans le chapitre précédent, la propriété, interdisant l'abus de droit, présume de la vertu du propriétaire. Il apparaît ici que cet état doit pouvoir à lui seul garantir *dans une très large mesure* la rationalité des actes de propriété, sans qu'il y ait toutefois de protection opposable à

1. *Ibid.* L'expression « sinon en droit du moins nécessairement en fait » est obscure. Il me semble que Demolombe veille par là à ne pas reconnaître un droit subjectif à mésuser, qui pourrait comme tel être revendiqué, mais simplement un pouvoir qu'il faut reconnaître comme licite.

2. Il faut mettre en réserve la question de la prodigalité, l'institution du conseil judiciaire n'étant pas conçue comme une limitation du domaine de propriété, mais de la capacité du propriétaire.

l'exception. Aussi faut-il dire que si le propriétaire démoniaque a droit de cité, l'hypothèse kantienne d'un peuple de démons propriétaires est en principe à exclure grâce aux vertus pédagogiques de l'institution elle-même. Le droit ne connaît donc pas de limites morales, parce que l'état présumé vertueux de propriétaire suffit à garantir que l'ordre social et politique ne sera pas trop troublé par un usage intempestif de cette formidable prérogative.

Il reste que, chez Demolombe, la distinction du droit et de la morale n'est qu'une conséquence regrettable mais nécessaire du caractère absolu des pouvoirs propriétaires. C'est là un constat, en aucun cas une justification et pas même une explication. Pour trouver cette dernière, il faut se tourner vers Renouard :

> « Manger au-delà de sa faim, dissiper en un jour la subsistance d'une année, brûler un bois précieux ou enrichi par une habile main-d'œuvre, se ruiner en vêtements somptueux, en spéculations folles, en fureur de jeu, ce sont des torts envers soi-même ; mais, si insensés qu'ils soient, ces abus, tant qu'ils nuisent à vous seul, font partie de votre droit aussi pleinement que l'usage le mieux réglé de votre chose.
>
> « On punit celui qui incendie sa propre maison : et l'on fait bien. Pourquoi cette peine ? Ce n'est pas parce qu'une valeur, une utilité a été sottement détruite sans profit pour personne : le motif de la peine est le désastre ou le risque dans lequel on a entraîné, ou auquel on a exposé, soit la vie des hommes, soit les propriétés voisines. Qu'on lise l'article 434 du Code pénal : on verra que celui qui incendie ce qui lui appartient n'est puni que si les lieux incendiés sont habités [...]. »[1]

Le mot est lâché : ce qui distingue « l'usage le mieux réglé » et les « abus insensés », l'action du propriétaire rationnel et celle du propriétaire fou, c'est la destruction d'une valeur, d'une utilité sans qu'aucun profit n'en sorte pour personne. C'est dans la pure dépense que réside la folie du propriétaire, son immoralité potentielle. Si, dans la nature, rien ne doit se perdre ni se créer, il doit en aller de même dans le monde des hommes où un bien ne saurait disparaître ou devenir inutilisable sans avoir produit une valeur, une utilité. C'est l'opposition de la production et de la dépense qui gouverne la doctrine du mésusage.

1. A.-C. R., *DI,* p. 235.

Dans le chapitre précédent, nous avons vu que la souveraineté du propriétaire sur son bien est la faculté d'exercer le pouvoir de produire en commandant la matière et le travail. Il faut ajouter que ce pouvoir de produire de la valeur n'étant pas moralement encadré, sa figure ultime est son symétrique contradictoire : le pouvoir de dépenser en pure perte. Aussi est-ce dans la *derelictio,* dans l'abandon de propriété que se concentre *in fine* le pouvoir du propriétaire. Cette faculté d'abdiquer est la simple conséquence de l'absence complète d'obligation du propriétaire, non seulement à l'égard de tiers, mais encore à l'égard de la chose elle-même. Ou, pour le dire avec Toullier :

> « Le lien de la propriété attache les biens à l'homme, mais il n'attache pas l'homme aux biens. Il peut disposer des choses qui lui appartiennent de la manière la plus absolue ; il peut transférer son droit à un autre [...] mais il n'est pas nécessaire pour la personne de transférer son droit à un autre ; il suffit d'abandonner la possession dont on veut abdiquer la propriété [...] C'est un retour au droit primitif, suivant lequel la propriété s'acquérait par la possession et se perdait avec elle.
>
> « Dans le droit civil, il ne suffit plus de perdre la possession pour perdre la propriété ; il faut que l'abandon de la possession soit fait à dessein d'abdiquer la propriété.
>
> « [...] Posons donc en principe que l'abdication est un moyen de perdre la propriété, et que toute personne, jouissant de ses droits, peut abdiquer le droit de propriété. »[1]

Toullier ajoute, en parfaite cohérence avec les doctrines professées par Demolombe et Renouard :

> « Il y a deux sortes d'abdication ; l'une a pour objet unique de se dépouiller de la propriété des choses, sans tirer aucun avantage réel de cet abandon.
>
> « Cette première espèce est rare ; elle ne peut avoir pour motif que le caprice ou l'ostentation. Nous en avons des exemples dans les choses que les empereurs, les hommes riches ou puissans faisaient jeter à Rome, dans les rues ou dans les places publiques, pour capter la faveur du peuple.
>
> « Exemple qu'on a vu se renouveler en France dans des fêtes publiques.
>
> « L'autre espèce d'abdication a pour objet de se libérer des charges et obligations imposées sur la chose abandonnée. »[2]

1. C.-M. T., *DCF* (5), III, n° 341, p. 216.
2. *Ibid.*, n°s 342-343, p. 217-218.

La première figure de la *derelictio,* c'est la libéralité, considérée sous ses formes les plus dégénérées, celle de l'infantilisme du riche ou du clientélisme politique. On trouve le même thème chez Renouard :

> « Les lois somptuaires, qui ont apparu à bien des phases de l'histoire, ont pour principe la négation du droit d'abuser, et se font juges des limites morales de l'abus. Elles se comprennent et sont logiques sous des régimes où les pouvoirs spirituel et temporel se trouvent confondus, et où l'autorité publique s'ingère dans la direction de chaque conscience et dans l'intimité des rapports de l'individu avec lui-même et avec Dieu. Elles excèdent les droits d'une société civile bien définie, qui n'essaye pas de soumettre le for intérieur de sa justice. Que je dissipe mes biens, ruine ma santé, abrutisse mon intelligence, la loi civile n'a rien à y voir, si je ne lèse aucun droit d'autrui. »[1]

Renouard parvient ainsi à équilibrer deux tentations entre lesquelles oscille la doctrine. L'une, à la suite de Proudhon, puise aux sources antiques et voit dans la libéralité la plus grande des vertus, et par suite la meilleure justification de la propriété privée : sans propriété privée, le don libéral, action des plus vertueuses, serait impossible. L'autre ne parvient plus à penser la rationalité d'une dépense inutile et l'attribue soit à l'enfance, soit à la folie, soit encore à la rouerie d'un despote contre laquelle le droit devra dresser des lois somptuaires. Selon Renouard, la libéralité n'est plus ni une vertu ni même un délit, c'est une folie qui ne porte heureusement pas à conséquences. Le don a ainsi perdu toute signification éthique ou politique, il n'est plus qu'un effet malheureux de la toute-puissance du propriétaire, l'*alter ego* d'un usage rationnel de la production de valeur, et peut-être aussi de l'accumulation, mais certainement pas du droit de propriété lui-même. On a pu voir dans la dépense un principe alternatif à celui de la rationalité économique classique[2]. C'est vrai dans un sens, économique, celui où la propriété se confond avec la production, mais il faut ajouter que dès les débuts du XIXe siècle il s'agit là d'une alternative exclusivement morale, juridiquement insignifiante.

1. A.-C. R., *DI,* p. 235.
2. Georges Bataille, *La part maudite, précédé de La notion de dépense,* Paris, Éditions de Minuit, 1967.

La seconde espèce de *derelictio,* l'abdication de la propriété, est tout le contraire : moralement acceptable parce que rationnellement justifiée par un calcul d'utilité, elle est une pièce essentielle de la définition du droit de propriété comme droit réel, dont elle prolonge la signification. Le propriétaire ne saurait s'obliger personnellement vis-à-vis des tiers, mais comme on l'a vu avec l'usufruit, il peut contracter des obligations vis-à-vis de la chose elle-même, si l'on ose dire, ou plus exactement acquérir un droit grevé de certains services : l'usufruitier doit conserver la substance de la chose, le nu-propriétaire ne saurait la dénaturer au point de nuire à la jouissance de l'usufruitier ; un fonds peut être grevé de servitudes réelles, etc. Toutes ces modifications du droit sont à la charge du fonds et n'obligent le propriétaire qu'en tant qu'il est propriétaire et non en tant que personne considérée indépendamment de son rapport à la chose. Cette distinction de la personne propriétaire et de la personne tout court fonde à elle seule la possibilité de distinguer les servitudes réelles des obligations qui pèsent sur cette dernière. Autrement dit, c'est dans la faculté qu'a le propriétaire de n'être pas obligé de rester propriétaire que se joue l'impossibilité de considérer le service qui grève la chose comme une obligation personnelle. La *derelictio* ainsi comprise barre la route à l'asservissement de la personne à la matière, entendre : à la terre.

Le droit de propriété est un droit absolu qui confère à son titulaire un pouvoir souverain sur la matière. V. Marcadé parle d'un droit qui rend le propriétaire « maître et seigneur de la chose, lui donne sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier »[1] ; Eugène Lerminier parle de *dictature* précisément dans le sens où ce pouvoir sur les choses ne s'accompagne d'aucun devoir vis-à-vis des choses[2]. La garantie de cette absence de résistance morale réside dans la faculté toujours ouverte de se libérer des charges qui grèvent la chose, par le biais d'une version moderne de l'ancien droit de déguerpissement.

La souveraineté du propriétaire est donc strictement irrévocable

1. V. Marcadé, *Explication théorique …, op. cit.,* II, n° 405, p. 395.
2. E. Lerminier, *Philosophie du droit,* Paris, Guillaumin, 3e éd., 1853 (1831), p. 75.

par nature[1], et si son abdication est reconnue comme une conséquence de la plénitude des pouvoirs souverains du propriétaire sur sa chose, elle est strictement conditionnée par sa source, qui doit être la volonté même du maître, objectivée dans des faits manifestant clairement son intention.

Il ressort de ce qui précède que le droit de propriété est absolu au sens de réel (direct et immédiat, et aussi corporel), mais encore au sens où il autorise tous les usages, y compris l'usage suprême parce que définitif. Tous les usages physiques de la chose sont en effet autorisés au propriétaire, y compris sa destruction ou son abandon. Cette faculté doit donc être comprise comme s'étendant non seulement à tous les usages présents de la chose, mais encore à ses usages à venir, et cette remarque introduit un nouveau problème : celui l'étendue du domaine du propriétaire dans le temps. En consultant la liste que présentent tous les auteurs des prérogatives qui découlent de la propriété, on trouve celle qui cristallise ce problème : la liberté de transmettre à cause de mort.

4. ABSOLU-PERPÉTUEL. DE LA PRESCRIPTION

4.1. Perpétuité et personnalité

La liberté de transmettre à cause de mort ne relève pas du même registre que celle de détruire : elle entre dans la catégorie « des facultés de faire tous les actes juridiques dont la chose est légalement susceptible »[2], qu'Aubry et Rau distinguent des « facultés de faire servir la chose » à tous les usages possibles. Avec la perpétuité, nous sommes de retour dans la sphère des pouvoirs proprement artificiels que la technique juridique confère au sujet propriétaire.

1. Pour des exceptions, qui cependant ne touchent pas les principes parce qu'elles portent sur des propriétés conditionnelles, cf. A. R., *CDCF* (3), II, § 220 *bis,* p. 357 sq.
2. *Ibid.*, § 191, p. 157.

Il n'est pas question ici d'entrer dans le détail de la formidable dispute relative à la nature, à la justification et à la critique de la liberté testamentaire[1]. On s'en tiendra aux résultats : le Code civil accorde, mais encadre considérablement cette liberté, devenue simple « réserve », essentiellement pour interdire une possible résurgence du droit d'aînesse, vigoureusement combattu dans les premières années du siècle[2]. La doctrine l'acclame unanimement sur le terrain des principes, quitte à accorder ensuite la légitimité des restrictions que la loi lui impose. Or le principe même de la liberté de tester présuppose que, sous un rapport donné, le droit de propriété et le domaine qu'il confère puissent être considérés comme séparés du sujet défunt. En effet, la liberté de tester se prolonge, au moins quant à ses effets, par-delà la mort du propriétaire, et pose donc avec force le vieux problème de la continuité du droit en l'absence de son titulaire. Son traitement a été le lieu privilégié de vertigineuses constructions doctrinales, qui touchent aux fondements mêmes du droit civil. Aucune n'échappe cependant à l'alternative de la continuité ou de la discontinuité : soit le droit de propriété meurt avec son propriétaire et le droit des successeurs est sans rapport avec celui du *de cujus,* soit c'est le même droit qui change de mains. Les commentateurs du Code civil abordent cette question du point de vue de la nature du droit de propriété, et l'opinion largement majoritaire penche vers la seconde solution, considérée comme une conséquence naturelle du caractère absolu du domaine. Ainsi, selon Renouard :

> « La propriété n'existe dans sa plénitude qu'avec la possibilité de transmission et la faculté de disposer ; c'est dire qu'il est de son essence de ne pas s'attacher indissolublement à un même sujet. Le droit de propriété est imparfait et a subi le retranchement d'un de ses attributs principaux lorsque, dans des cas spécialement institués, un bien est frappé d'inaliénabilité dans la main de son propriétaire individuel ou collectif. Si le droit dure et se perpétue, c'est en dépit de la mutabilité des sujets qui s'en trou-

1. Cf. J.-J. Clère, « De la Révolution au Code civil : les fondements philosophiques et politiques du droit des successions », *Mémoires de la société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons comtois et romans,* Dijon, Société pour l'histoire du droit, 1986, fasc. 43, p. 7-56.

2. Cf. Halperin, *HDPF,* n°s 65-67 et 71, p. 107 sq.

> vent successivement investis, et parce que, d'ayant cause en ayant cause, chaque titre nouveau de propriété naît régulièrement du précédent titre dont il prend la place sans lacune ni défaillance. »[1]

Nous découvrons ainsi que l'adjectif absolu, après avoir signifié réel, complet et suprême, revêt aussi le sens de perpétuel. La souveraineté propriétaire peut se perdre en devenant au sens propre sans objet par la dépense de la chose, mais elle est juridiquement irrévocable, ce qui suppose la perpétuité du droit au-delà des limites temporelles de la vie du souverain. Cette extension de la signification du mot absolu est au demeurant contenue *a contrario* dans la nature viagère de l'usufruit, qui fait ressortir l'illimitation temporelle du pouvoir suprême que conserve le nu-propriétaire. Dans son rapport au temps, le droit de propriété n'est, bien sûr, pas absolument absolu, si l'on ose dire : il reste relatif à l'existence du *corpus,* et la destruction de la chose met un terme au droit qui porte sur elle ; mais il est par contre absolument absolu dans son rapport au sujet, à la mortalité duquel il n'est pas assujetti : la perpétuité du droit de propriété est une garantie contre la mortalité humaine, pas contre la corruption des choses.

4.2. Le temps des droits

La propriété est donc perpétuelle dans la mesure où les sujets propriétaires sont mortels, et où cependant leurs œuvres sont destinées à leur survivre. Dans ce sens, la propriété est – ni plus ni moins – l'institution qui établit et organise la postérité. C'est en tout cas ce qu'écrit Renouard :

> « Ni l'homme, ni le monde n'ont été organisés pour se concentrer dans le présent. [...] Le but de toute propriété des choses n'est pas seulement leur usage immédiat et la consommation du moment ; c'est aussi leur application future à nos besoins, nos jouissances, nos vanités, nos affections, notre culture intérieure. Nul ne le comprend autrement. [...] Les choses ne seraient à personne si elles ne restaient à personne ; et de même que

1. A.-C. R., *DI,* p. 229.

> leur occupation simultanée par un nombre de preneurs indéfini serait incompatible avec leur nature finie et saisissable, de même le bénéfice de leur possession est inconciliable avec une variabilité sans limite et sans règle. »[1]

Nous touchons à la définition même de ce qu'est un droit, et celle qu'en propose Renouard est téléologique ; c'est le moyen d'imposer la stabilité de l'être dans un monde où tout coule, de transcender le devenir des hommes et des choses en conférant à leurs rapports une immortalité artificielle, produite par la technique juridique *via* la perpétuité des droits. Cette perpétuité rend pensable le cumul des œuvres humaines, et partant, autorise au niveau de l'espèce le progrès qui est refusé aux individus. Là où les obligations meurent dès lors qu'elles sont honorées, le droit de propriété est par essence incorruptible : « La propriété ne se brise pas par le changement du propriétaire. »[2]

Ces remarques relèvent bien entendu de la technique juridique, mais au point où celle-ci tend à se confondre avec la métaphysique. Soutenir la perpétuité de la propriété, c'est en effet aussi soutenir que le temps ne peut détruire ou transformer les droits qui ne procèdent pas de conventions, que ces *jura* sont des êtres essentiellement hors du temps, quand bien même leur manifestation serait historique, ou encore que l'essence des droits est fixe. C'est chez Troplong que cette conséquence est développée avec la plus grande rigueur, dans une économie relative de formules déclamatoires, et sous la forme d'un examen sérieux des difficultés qu'elle soulève. Il en est une en particulier qui est proprement inévitable, et qui embarrasse considérablement les auteurs : c'est l'existence universelle, et la légitimité reconnue par tous, de la prescription.

La prescription du Code Napoléon est acquisitive et se laisse définir, sans originalité, comme : « Un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi » (art. 2219). Si la propriété est irrévocable et perpétuelle et si la *derelictio* est strictement conditionnée à l'existence de faits manifestant

1. *Ibid.*, p. 228.
2. *Ibid.*, p. 229.

clairement l'intention du propriétaire, comment comprendre qu'un propriétaire puisse perdre sa propriété, que cette dernière puisse être acquise par un tiers par la simple action du temps ?

4.3. La justification de la prescription selon Troplong

Cette disposition trouve sa place dans le Code en s'appuyant sur de puissants motifs politiques, les nouveaux propriétaires étant fermement attachés à la règle qui leur permet d'opposer une possession paisible et continue à des titres anciens, par exemple ceux que les émigrés de retour en France pourraient être tentés de présenter pour rentrer en possession des biens devenus entre-temps nationaux. Faut-il comprendre que la politique a des raisons que le droit naturel ignore et que le droit positif se doit de connaître ? Comment affirmer à la fois le caractère essentiel de la perpétuité du droit de propriété et la légitimité de la prescription acquisitive ? Ces questions sont un point d'achoppement majeur de ce mode de conceptualisation du droit de propriété. C'est à Troplong, dont on admire décidément la constance dans le dévouement, que revient le mérite de s'y être attelé. L'entrée en matière est pour le moins directe :

> « Les droits, considérés dans leur idéal, sont impérissables et éternels, et le temps, qui n'a de prise que sur ce qui est contingent, ne peut pas plus les ébranler qu'il ne lui est donné de porter atteinte à Dieu même, à ce type universel et pur, dont ils sont le reflet et la manifestation. »[1]

Du droit divin au droit positif, l'essence éternelle des droits se conserve :

> « Si même de l'idéal nous passons au déterminé, si de Dieu, nous descendons à l'homme, nous trouvons que le droit, en se mettant en action entre des êtres finis et imparfaits, n'est pas moins à l'abri des injures immédiates du temps. L'homme vieillit et meurt, mais ses droits lui survivent et forment l'héritage de ses descendants. L'humanité prise en masse a aussi ses droits et le cours des âges ne saurait les lui ravir. Ce sont là des fragments de ce droit inaltérable, éternel et divin, tombé dans l'humanité et qui dure autant qu'elle. »[2]

1. R.-T. T., *Pres* (4), I, n° 1, p. 3.
2. *Ibid.*

On ne saurait dès lors échapper à la question suivante :

> « Comment se fait-il qu'on arrive jusqu'à sanctionner le droit de celui qui n'est entré en possession que par une véritable usurpation ? »[1]

L'enjeu de la discussion dépasse largement la simple reformulation de l'article 2179 : dès lors que, par principe, le droit de propriété est éternel et que la prescription a sa place dans le Code civil, soit il faut lui reconnaître le caractère d'une création du droit civil constituant une entorse malheureuse, mais inévitable, au droit naturel, soit il faut la reconnaître comme une institution juste en elle-même, de droit naturel, mais conclure que la perpétuité n'est pas essentielle à la propriété et, partant, que la liberté de tester en est un attribut secondaire et non principal. Troplong choisit la voie difficile : il se propose de montrer que la prescription comme la perpétuité de la propriété sont de droit naturel, si la possession est de bonne foi. Dans ce cas en effet, il est possible d'affirmer que la prescription est de droit naturel sans heurter le caractère éternel du droit de propriété :

> « Le droit ne saurait jamais être séparé de l'idée du devoir. Comme les hommes sont égaux, il faut nécessairement pour que l'équilibrage subsiste entre eux, que chacun respecte dans son semblable les droits qu'il veut qu'on respecte en lui. Le devoir c'est l'idée du droit d'un autre envers nous. [...]
>
> « Il suit de là que d'individu à individu, il n'y a pas de droit parfaitement absolu. Tous les droits, soit d'un homme soit de tous, sont limités par un corrélatif ; et quiconque refuse de subir la loi du devoir, qui restreint sa liberté afin d'assurer celle des autres, s'expose à la perte de son droit. »[2]

Il faut donc dire que, même absolu, le droit de propriété reste relatif à une espèce d'« obligation passive universelle » d'obéir à la loi. Gardons ce résultat en réserve, et passons à la seconde étape de la démonstration, qui nous donne incidemment l'occasion de rêver à la difficile alliance de la fraîcheur du style et de la rigueur du raisonnement dans les matières juridiques :

> « Dans les choses plus positives, l'homme ne peut résister aux influences des illusions et de l'erreur. Sans être de la force de cet Athénien qui

1. *Ibid.*, n° 7, p. 9.
2. *Ibid.*, n° 8, p. 10.

> s'imaginait que tous les vaisseaux qui entraient dans le port du Pirée lui appartenaient, on peut se persuader de très bonne foi qu'on a des droits de propriété sur une chose qui est dans le domaine d'autrui. Un déplacement dans les limites, une confusion dans les noms, la fausse interprétation d'un titre, mille causes diverses qu'il est plus facile d'embrasser d'un coup d'œil que de décrire en détail, font naître des prétentions qui ont pour elles l'apparence de la légitimité, si elles n'en ont pas le fondement. À mesure que ces prétentions s'éloignent du point de vue initial qui les a vues naître, elles deviennent une conviction intime de plus en plus irréprochable. Puis elles servent de base à des contrats avec des tiers. Ceux-ci les acceptent comme des contrats incontestables, puisqu'ils ne sont pas encore contestés. On achète, on revend, on constitue des dots ; on fait des améliorations des entreprises importantes, des travaux dispendieux, on fonde des familles nouvelles ; on assied son avenir et celui de ses enfants sur ces bases, équivoques peut-être, mais dont il n'est pas donné à la perspicacité humaine de deviner la fragilité à travers le prestige extérieur et le vernis de bonne réputation qui dissimulent leurs défauts cachés. À son point de départ, l'erreur était excusable mais non pas irréparable. En faisant du chemin, en passant de degrés en degrés et en vieillissant, elle a tellement revêtu les couleurs de la vérité, elle a parlé si haut le langage du droit, elle a rallié à elle tant d'interprètes confiants, que l'on peut se demander s'il n'y aurait pas une plus grande perturbation à rentrer dans la sincérité qu'à sanctionner les fictions qu'elle a semées sur son passage.
>
> « Eh bien ! oui, il faut le dire sans hésiter, le remède serait plus désastreux que le mal, et l'application qu'on en ferait conduirait aux plus criantes injustices. »[1]

Nous ne savons toujours pas comment le droit peut s'éteindre dans le temps, mais nous savons au moins comment un droit peut être reconnu à partir d'un fait. Il faut se garder ici d'une confusion : selon Troplong, du fait de la possession ne naît pas, comme le pense Savigny, le droit de possession, parce que les droits ne naissent pas de situations factuelles mais de la création divine. Par contre, la situation de fait qu'est la possession peut conduire à la reconnaissance du droit, divin et éternel, de propriété. Le fait ne crée pas l'essence du droit, celle-ci n'étant pas historique, mais il peut la manifester[2].

1. *Ibid.,* n° 9, p. 11.

2. Sur ce point, cf. mon article « L'École de l'Exégèse était-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Charles Frédéric de Savigny »

Ici, le fait – en l'occurrence des éléments psychologiques (l'*animus proprietarii*) et sociaux (la possession publique, paisible et continue, la bonne réputation, la solidité et la légitimité des intérêts constitués) – vient pallier la fragilité des titres, il ne constitue pas un droit à côté du droit du propriétaire, mais un véritable droit de propriété qui se prouve cependant non par des titres mais par des faits de possession. La possession n'est donc pas un droit, mais un mode de preuve de la propriété. On voit comment le possesseur peut revendiquer un droit de propriété, mais on ne voit toujours pas comment le propriétaire véritable peut être débouté de ses prétentions sur la chose alors que ces dernières sont fondées sur un titre légitime.

On se souvient de surcroît combien Demolombe était désolé de constater que les faits du mésusage ne sauraient être opposés au titre du droit, puisque ces faits font eux-mêmes partie des prérogatives que le droit confère à son titulaire. Aussi l'argument précédent est-il de nature à chagriner plus profondément encore notre doyen, mais pas à révoquer le droit du propriétaire. Nous sommes à la troisième étape du raisonnement, la plus cruciale :

> « Si le véritable propriétaire eut élevé la voix en temps opportun, l'erreur aurait été arrêtée dès ses premiers pas, un mot de sa part aurait suffi pour faire tomber les illusions et signaler le vice inaperçu d'une position qui ne se connaissait pas elle-même. Mais au contraire, son silence a été obstiné ; il a laissé un cours paisible à de loyales possessions, il est resté muet devant des titres en qui les tiers ont dû voir un principe légitime de droit ; il a encouragé leur bonne foi et fortifié leur confiance dans ce qu'il y a de plus respectable aux yeux des hommes, savoir une jouissance sans trouble, accompagnée d'un titre apparent et coloré. [...] dans ces circonstances, il est clair que le droit nominal de propriété qu'on met en avant pour obtenir une dépossession subversive doit échouer dans ses tardives réclamations. [...] L'équité dit hautement à ce demandeur tardif :
>
> « "Cet héritage que vous avez négligé et répudié, abandonnez-le définitivement à celui qui, mieux que vous, peut en être appelé le maître car par votre longue patience du droit d'autrui vous l'avez autorisé à s'en

in H. Mohnhaupt et J.-F. Kervégan (dir.), *Wechselseitige Beeinflußungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Frankreich und Deutschland* (« Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne »), Francfort, Klostermann, 2001.

croire propriétaire. Possesseur paisible, il a cultivé, amélioré, avec une conscience de son droit que votre abandon a consacré. C'est à lui que doit rester la chose : elle a été consolidée entre ses mains par son titre, par son travail, par votre long acquiescement. Sa jouissance est votre ouvrage ; sa conviction est votre fait : ce n'est pas à vous à les troubler". »[1]

L'argument est subtil. Troplong accorde le principe selon lequel le droit de propriété est éternel, et par conséquent irrévocable sinon du fait et de la volonté de son titulaire, c'est-à-dire par des faits qui manifestent clairement la volonté d'abdiquer le droit. Il pourrait ajouter, avec la doctrine unanime, que le mésusage de la propriété, la destruction du bien ne sont pas des actes matériels qui manifestent cette volonté d'abandon du bien, et reconnaître avec ses collègues que l'on peut appliquer la qualification de *derelictio* à deux catégories d'actes matériels : les libéralités somptuaires et le déguerpissement. Mais à cette liste classique il en ajoute une troisième : l'inaction, ou plus exactement l'inaction dans le contexte où un tiers de bonne foi possède actuellement la chose. Autrement dit, selon Troplong, le fait négatif de ne pas agir, de négliger la chose tandis qu'elle est possédée continûment et de bonne foi par un autre est constitutif d'une *derelictio*[2].

4.4. Le non-usage

Nous savons maintenant comment – parce que la propriété absolue est toujours relative à quelque chose, son corpus, parce que la possession peut constituer une preuve légitime du droit de propriété, et parce que l'inaction totale du propriétaire tandis que la chose est possédée de bonne foi par un tiers constitue un fait matériel manifestant implicitement mais clairement la volonté du propriétaire d'abdiquer son droit – il est possible de concilier les deux principes apparemment inconcilia-

1. R.-T. T., *Pres* (4), I, nº 9, p. 12-13.

2. *Contra,* sans que l'incompatibilité soit toutefois absolue, Aubry et Rau, A. R., *CFCF* (3), II, § 168, p. 32 : « L'abandon dont il est ici question *(derelictio)* ne consiste pas dans le simple fait négatif de celui qui cesse d'user d'une chose ou qui néglige de la réclamer. La *derelictio* est le fait positif du propriétaire qui se dessaisit de la possession de sa chose avec l'intention de la laisser acquérir par le premier occupant. »

bles de l'éternité de la propriété et de la légitimité de la prescription acquisitive.

De plus, nous avons découvert un usage – ou plus exactement un non-usage – de la chose incompatible avec le domaine que confère le droit de propriété, le point où le despotisme absolu du propriétaire de sa chose fait retour sur lui-même et trace une limite interne, fine mais certaine, à son pouvoir : la non-action. Le propriétaire est un souverain tyrannique, et partant il a le droit de faire servir la chose à tous les usages, y compris ceux qui la dénaturent ou la détruisent, mais il n'a pas, dans certaines circonstances, le droit de ne rien lui faire. Si l'*alter ego* du producteur rationnel des économistes est le dépensier, l'autre du souverain propriétaire des juristes est celui qui ne fait rien, le fainéant absolu – il faut ajouter, le fainéant opiniâtre, constant, déterminé à rester fainéant même lorsque son bien est possédé par autrui, le fainéant tellement fainéant qu'il doit l'être volontairement, publiquement, longtemps. Autrement dit, le véritable impensé de l' « idéologie propriétaire », dont on a soutenu, avec de bonnes raisons pour le faire, qu'elle est à la base de l'économie politique classique, n'est pas – comme le pensait Georges Bataille – la folie de la perte, c'est la tranquillité du désœuvrement total. C'est dans ce cas, et dans ce cas seulement, que la faute morale du propriétaire peut se faire violation du droit :

> « Si le propriétaire nominal objectait qu'il a été lui-même dans l'ignorance de son droit, sa prétention n'en deviendrait pas meilleure. Cette ignorance, en effet prendrait sa source dans une incurie répréhensible, et l'oubli de ses propres affaires n'est excusable qu'autant qu'il ne réfléchit pas sur autrui. »[1]

Le raisonnement est désormais, complet, c'est-à-dire général et érigé en principe social : le « long sommeil » est interdit au propriétaire, en contexte de concurrence (autant dire : toujours dans une libre société civile), sa volonté peut être bonne ou mauvaise, il suffit qu'elle soit. Une volonté négative, non manifestée, constitue une abdication.

Nous avons attaché à l'adjectif absolu, entre autres la signification de suprême, comme moralement illimité et perpétuel. Il faut désormais

1. R.-T. T., *Pres* (4), I, nº 10, p. 13.

corriger la première détermination par la seconde : absolu signifie bien suprême, mais pas tout à fait illimité, puisqu'il faut encore que le propriétaire fasse usage de son domaine – que cet usage soit minimal, condamnable, fou, peu importe, pourvu qu'il en use.

Une autre manière de présenter ce résultat est de dire que le droit de propriété n'est pas un droit subjectif, si par subjectif on entend que son titulaire est une volonté purement subjective. C'est certainement un droit subjectif si, par cette expression, on entend que son titulaire est un sujet, c'est-à-dire une personne dotée de volonté et de la faculté de gouverner ses biens, et l'on aperçoit ici le lien constitutif entre cette faculté et la pure capacité juridique : la volonté du sujet propriétaire n'est pas seulement subjective, elle est objective ou, plus exactement, elle doit s'objectiver dans ses actes. C'est pourquoi la capacité de réaliser ces actes est un élément essentiel de la détermination du sujet propriétaire. Avec cette dernière remarque, nous abordons l'ultime détermination essentielle du domaine de propriété, la déclinaison finale des significations de l'adjectif absolu. Cette détermination, aperçue dans les développements précédents, est en effet au cœur de la définition du droit de propriété comme subjectif, pris dans le sens d'individuel, ou encore de privatif : c'est l'exclusivité.

5. ABSOLU-EXCLUSIF. DE L'INDIVISION

5.1. La loi d'airain de Hobbes

Absolu, le domaine du propriétaire est exclusif. Demolombe tient les deux termes pour synonymes :

> « Le droit de propriété ne serait pas absolu, s'il n'était pas exclusif, et s'il pouvait être entravé ou diminué par le fait d'un tiers.
>
> « Sous ce rapport, on peut dire que ces deux caractères essentiels de la propriété, d'être absolue et exclusive, se tiennent de très près et se confondent en quelque sorte. »[1]

1. C. D., *CCN* (4), IX, n° 550, p. 469.

Avec l'exclusivité pourtant nous changeons de registre. Jusqu'ici, nous étions dans le rapport du sujet propriétaire et de sa chose, et le terme absolu recouvrait le fait que, précisément, il n'était pas nécessaire de recourir à la figure du tiers pour rendre compte des déterminations de ce rapport. Négativement, il a cependant été question du domaine divisé et de l'éventualité de relations juridiques personnelles entre les titulaires de différents domaines, mais pour rejeter cette idée comme incompatible avec la nature directe et immédiate du domaine. Or il ne suffit pas de rendre le propriétaire indépendant en interdisant que ses biens, à commencer par son travail, soient grevés d'obligations personnelles, il faut encore préserver l'intégrité de son rapport à la chose, « empêcher tout autre que lui d'en retirer aucun service ni aucun avantage »[1].

Sous la plume de son auteur, cette affirmation paraît tellement évidente que Demolombe s'excuse presque de devoir y revenir, et n'y consacre d'ailleurs que quelques paragraphes. Cette évidence trouve son origine dans le fait que ni lui, ni aucun de ses collègues d'ailleurs, ne parviennent à penser qu'un tiers puisse user et jouir d'une chose sans *retirer* des utilités de cette chose, et que ce retrait réduit (ou entrave) le droit de propriété, c'est-à-dire prive le propriétaire d'un usage ou d'une utilité. Partant, si le droit est absolu il est parfait (complet), et s'il est parfait son titulaire dispose de toute la chose et de toutes les utilités, ce qui *exclut* qu'un autre puisse l'en priver en les lui retirant. Tout au contraire, c'est le propriétaire qui légitimement *prive* tous les autres de ces services et avantages. Le droit est privatif parce qu'exclusif, parce qu'absolu. Ce raisonnement sous-entend donc qu'il n'est pas possible de retirer un avantage ou un service d'une chose sans que ce service ou cet avantage se perde dans le retrait qu'on en fait.

Ici l'étonnement change de camp. On voit bien sûr ce que l'auteur *veut dire*. Il veut dire ce que répète l'écrasante majorité des auteurs avec une constance aussi méritoire que monotone depuis que Hobbes a (le premier ?) formulé clairement le principe selon lequel le droit de tous à

1. *Ibid.*, p. 468.

tout n'est pas un droit[1]. On voit bien ce que l'auteur – les auteurs – *veulent dire,* mais on ne peut manquer de s'étonner de l'excessive généralité du propos. Faut-il comprendre que ce principe vaut absolument, c'est-à-dire toujours et sans exception ? Faut-il alors comprendre que *tous* les usages, *toutes* les utilités de *toutes* les choses se perdent pour les tiers lorsqu'on en jouit, et ce, quelle que soit la nature de ces usages et utilités ?

Quid par exemple du *plaisir,* dont nul ne peut nier sérieusement qu'il ne fasse partie des avantages qu'un propriétaire est en droit d'attendre de ses propriétés ? Soutiendra-t-on que les personnes qui jouissent ensemble d'un paysage, par exemple, se privent de la jouissance de le voir seul ? L'argument, par son abstraction même, devient réversible : ne peut-on affirmer pareillement qu'éprouver seul un tel plaisir c'est se priver de le partager ? Et pourtant, cela ne confère pas un *droit* au propriétaire à faire partager les services et avantages de ses propriétés aux autres. On trouve cette réversion chez Rousseau :

> « Voulez-vous dégager les plaisirs des peines, ôtez-en l'exclusion : plus vous les laisserez communs aux hommes, plus vous les goûterez toujours purs »[2]

Ce qui est vrai des plaisirs l'est aussi, de l'aveu même de Demolombe, de toutes les créations de l'intelligence :

> « Les créations de l'intelligence, les œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques, les découvertes ou les inventions de l'art et de l'industrie, peuvent, en même temps, profiter à tous et à chacun, entièrement, complètement, sans que la jouissance de l'un empêche ou diminue la jouissance de l'autre. »[3]

1. Hobbes, *De cive,* Section première, chap. I, n^os^ X à XIII, éd. franç., Paris, GF, 1982, trad. franç., Samuel Sorbière, p. 97 à 99. Le contexte théologique est, aux yeux de M.-F. Renoux-Zagamé, essentiel pour comprendre la portée de ce principe : « Il semble désormais évident à tous que la vision positive, qui tend à conférer à chaque individu un droit effectif sur chaque chose [...] est une monstruosité juridique impossible à penser, et c'est à l'évidence l'argumentation développée par Hobbes qui continue sur ce point à guider les esprits » (*Les origines…, op. cit.,* p. 346, 347 et 354).

2. Rousseau, *Émile, ou de l'éducation,* in *Œuvres complètes,* Paris, Gallimard, 1969, t. IV, p. 689. Le passage cité fait référence (s'en étonnera-t-on ?) aux joies des parties de campagnes...

3. C. D., *CCN* (4), IX, n° 537, p. 456.

Par leurs propriétés physiques, ces créations ne sont pas soumises à la loi d'airain de Hobbes. On pourrait multiplier les exemples, ils sont pléthore dès qu'on veut bien se représenter la chose, ou les utilités qu'on en tire, autrement que comme une substance étendue. Il n'y a donc pas nécessairement faute logique à affirmer que le propre et le commun ne sont pas contradictoires, et partant, que cette distinction n'est pas la plus pertinente pour présenter la nature et les caractères du droit de propriété. D'ailleurs, nombre d'auteurs consacrent des chapitres entiers, et parfois des volumes, aux propriétés communes dont ils ont pourtant, à quelques pages de là, interdit péremptoirement qu'on les conçoive. Cet interdit, rituel chez les commentateurs du XIXe siècle, prend la forme d'une référence canonique à Pothier. Aussi, plutôt que de multiplier les citations, allons à leur source :

> « Le droit de propriétaire étant, comme nous l'avons vu, le droit par lequel une chose nous appartient privativement, il est de l'essence de ce droit que deux personnes ne puissent avoir, chacune pour le total, le domaine de propriété d'une même chose. *Celsius ait, duorum in solidum dominium esse non potest (L. 5, § 15, ss. Commod).*
>
> « C'est pourquoi, lorsque j'ai le droit de propriété d'une chose, un autre ne peut *per rerum naturam* devenir propriétaire de cette chose, que je ne cesse de l'être ; & il ne peut en avoir la propriété pour aucune part, qu'en cessant par moi d'avoir la propriété que j'avois pour la part qu'il en auroit. La raison est que propre & commun sont contradictoires. Si on suppose qu'un autre que moi soit propriétaire d'une chose dont je suis propriétaire, dès lors cette chose est commune entre nous ; & si elle est commune, on ne peut plus dire qu'elle me soit propre pour le total, & que j'en aie la propriété pour le total : car *propre & commun* sont deux choses contradictoires. »[1]

Deux points doivent être soulignés : Pothier rend l'expression romaine *in solidum* par « pour le total », c'est-à-dire la chose et l'ensemble de ses utilités considérées comme un tout, et la portée de la règle qu'il énonce ne s'entend pas seulement du droit complet de propriété, mais encore de ses fractions ou démembrements qui ne peuvent appartenir qu'à un sujet en propre. On remarquera aussi une nette

1. Robert-Joseph Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété, op. cit.,* t. I, nº 16, p. 19.

inflexion entre la formulation de Pothier et celle de Demolombe : chez Pothier, c'est parce que le droit est privatif qu'il est exclusif, mais cet attribut ne caractérise que la propriété privée, tandis que chez Demolombe, c'est parce qu'il est absolu que le droit de propriété est exclusif, et comme le droit de propriété est toujours absolu, toute propriété est privative, elle se confond avec le propre. Parler d'inflexion est-il suffisant ? Il s'agit plutôt d'un escamotage, celui de l'idée de propriété commune.

Quoi qu'il en soit, on l'aura compris, l'enjeu de ces déclarations réside tout entier dans les modalités du refus de faire place au concept de propriétés non exclusives : sont-elles de purs néants logiques et sémantiques ? Ont-elles une essence qui serait dépourvue d'existence (la propriété commune comme idéal pensable mais irréalisable) ? Ont-elles une essence incluant l'existence, mais pas de réalité dans le droit positif (la propriété commune pensable, réalisable, mais pas réalisée) ? Bien entendu, la pratique du droit s'intéresse assez peu à ces querelles. Dans la pratique en effet, les propriétés non exclusives existent, ce qui relativise considérablement la portée des interrogations précédentes. La question se déplace alors et prend la forme suivante : comment penser des propriétés communes en faisant comme si elles ne l'étaient pas ? Il faut, pour y répondre, se rendre à la campagne, plus exactement à la montagne, dans les pâturages. Notre guide sera J.-B. V. Proudhon, dont nous connaissons déjà les inclinations champêtres.

5.2. Indivisions pastorales

Au premier abord, il semble que nous soyons encore chez Pothier :

> « Puisque la propriété consiste dans ce qui nous est propre à l'exclusion de tous autres, il faut, avec le jurisconsulte romain, conclure de là que la propriété d'une chose ne peut pas solidairement appartenir à deux ou plusieurs personnes... : *CELSIUS ait duorum quidem in solidum dominium esse non posse* (*L. 5, § 15, ss. commodati vel contrà, lib 13,* tit. 6). »[1]

1. J.-B. P., *TDPPr* (1), I, n° 6, p. 8-9.

Mais le doyen ajoute immédiatement :

> « À la vérité, la même chose peut appartenir à deux ou plusieurs personnes la possédant en commun par *indivis* ; mais chacun de ces propriétaires n'y aura toujours, exclusivement aux autres, que sa portion numérique, attendu que ce qui appartient à l'un ne peut toujours pas appartenir à l'autre : en sorte que, comme l'observe Pothier, propre et commun sont deux choses absolument contradictoires qui s'excluent mutuellement.
>
> « Il faut cependant placer en dehors de cette règle les choses qui, par leur nature, sont indivisibles comme les servitudes, puisque l'exercice en est essentiellement tout entier entre les mains de chacun de ceux qui y ont droit ; mais cette exception, n'étant fondée que sur l'indivisibilité de la chose possédée en commun, ne peut être regardée que comme une confirmation de la règle générale sur la possession et la propriété des choses divisibles.
>
> « Il n'en est pas de même du droit de créance comme de celui de propriété ordinaire : car quoique la même chose ne puisse solidairement appartenir à plusieurs propriétaires, elle peut être solidairement due à plusieurs créanciers. Qu'on suppose, par exemple, que Paul m'ait vendu son cheval, et que sans me le livrer il l'ait encore vendu séparément à Pierre. Dans cet état de choses, nous serons Pierre et moi, deux créanciers solidaires de l'animal vendu, et chacun de nous pourra également agir en son particulier pour exiger la remise du cheval ; mais une fois que la tradition en aura été faite, celui de nous deux qui, sans dol ou fraude envers l'autre, l'aura obtenu, l'ayant acquis par le double avantage du titre et de la possession, restera propriétaire *in solidum* à l'exclusion de l'autre. »[1]

Ce texte est d'une édifiante confusion. Voilà une règle logique, dont on nous dit qu'elle est absolue, qui contredit, au moins formellement, un énoncé dont on nous dit qu'il est vrai (« À la vérité, la même chose peut appartenir à deux ou plusieurs personnes la possédant en commun »), et qui, quoique absolue, connaît au moins deux exceptions : les choses indivisibles et les créances.

Si l'on se tourne vers la première exception, la confusion augmente encore. Il a été établi précédemment que l'objet de la propriété était nécessairement une chose matérielle – une étendue tangible, mobile ou immobile – parce qu'elle était indivisible (dans le sens où si l'on divise une chose, il y en a deux, et qu'une chose divisée ne peut donc jamais

1. *Ibid.*, n° 7, p. 9-10.

être une du point de vue du droit auquel elle est soumise). C'est précisément le contraire qu'affirme ici Proudhon, pour qui les choses divisibles sont les choses matérielles et les indivisibles sont les droits, plus exactement les servitudes. Cela étant, ce sont les mots qui se contredisent et non les idées, puisque la divisibilité dont parle l'auteur n'est pas une divisibilité matérielle (d'une étendue passer à deux étendues distinctes) mais une division idéale, la possibilité de distinguer intellectuellement des parties, ou plus exactement des portions numériques, des quotes-parts. Dans ce sens, tous les droits ne sont pas indivisibles, seuls les droits simples (comme les servitudes) le sont, et les choses matérielles sont bien entendu divisibles (sauf les atomes pour les atomistes). Cette règle ne regarde donc pas le droit de propriété qui est un droit composé de tous les droits réels qu'il contient, donc divisible.

De même, le dernier exemple ne saurait convenir. Bien qu'on y ait vu les prodromes d'une conception nouvelle de la propriété[1], c'est *lato sensu* et sans attribuer au terme propriété la signification technique qu'il lui confère dans les développements qu'il lui consacre, que Proudhon entend l'expression « propriété des créances », quelque chose comme une métaphore empruntée à la langue juridique pour désigner ce que la langue commune appelle « avoir une créance », le fait d'être titulaire d'un droit de créance. La plume du doyen est allée bien au-delà de sa pensée.

Reste donc la propriété en commun par *indivis* qu'il faut accorder avec le principe essentiel de l'exclusivité. C'est à ce point du raisonnement qu'il faut répondre à l'appel des pâturages[2], ceux acquis en commun par plusieurs hameaux pour y faire paître les bestiaux :

> « Plusieurs citoyens [...] ayant divers fonds de terre à portée les uns des autres ont acheté par *indivis* un bois en broussailles, pour y faire paître en commun leurs bestiaux ; après eux leurs successeurs en ont usé de même [...] Mais quelques-uns de ceux à qui ce pâturage appartenait en

1. A.-M. Patault relève que « déjà, avant les travaux de S. Ginossar, [selon] J.-B. V. Proudhon : "Un droit de créance est un droit de propriété" » (A.-M. P., *IHDB,* n° 220, p. 260).

2. Sur la vaine pâture, J.-J. Clère, « La vaine pâture au XIXe siècle : un anachronisme ? », *Annales historiques de la Révolution française,* 1982, p. 113-128.

> commun, ont vendu les héritages qui leur étaient propres, et pour le service desquels la pâture avait été acquise. Je demande si, en supposant que les vendeurs aient eu l'intention de transmettre leur droit de pâturage, il aura passé aux acquéreurs avec les fonds aliénés ? [...] Je demande aussi si un légataire auquel une partie des fonds propres à chacun des copossesseurs du parcours aurait été transmise, pourrait également demander sa participation au droit de pâturage acquis en commun par les acquéreurs primitifs ? »[1]

Ayant répondu positivement à ces deux questions, Proudhon ajoute :

> « Les divers métayers ne sont en communion de propriété que quant au fonds qu'ils ont acquis en commun pour servir à l'exploitation et aux aisances de leurs héritages particuliers : en sorte que le fonds accessoire est UN, tandis que les fonds principaux peuvent être plus ou moins nombreux. Mais il faut remarquer que c'est à la masse de ces fonds que se rapporte l'accessoire : d'où il résulte que chacun des propriétaires des fonds principaux doit naturellement avoir sur le fonds accessoire une étendue de jouissance proportionnée au plus ou moins de consistance de ses propriétés dans les domaines principaux pour l'usage et l'exploitation desquels le fonds accessoire aura été acquis : en sorte qu'il est possible que l'un des copropriétaires de la pâture n'ait le droit d'y envoyer paître que deux bœufs ou deux vaches, tandis qu'un autre pourra y en faire pâturer quatre ou un plus grand nombre, suivant l'étendue comparative de ses possessions dans les fonds principaux. »[2]

Pour ce qui est des fonds principaux, la propriété exclusive sur la totalité de la chose n'est pas discutée, mais pour ce qui est du fonds accessoire acquis en commun (le bois de broussailles), faut-il dire que chacun a un droit exclusif à une partie de la chose, ou bien que chacun est copropriétaire d'un bien unique considéré comme une totalité ? C'est la seconde solution qui s'impose. De ce que la vente ou le legs d'un fonds principal entraîne la vente ou le legs du droit de pâturage dans le bois, qui est un droit à la copropriété du bois, il faut accorder que le fonds accessoire reste UN, et que tous les propriétaires de fonds principaux ont un droit sur l'ensemble de ce fonds, même si l'exercice

1. J.-B. P., *TDPPr* (1), II, n° 532, p. 106-107.
2. *Ibid.*, n° 533, p. 108-109.

de ce droit est fonction de la quote-part de chacun des co-indivisaires. Ainsi, le droit de pâturage que confère la propriété d'un héritage principal ne saurait être considéré simplement comme portant sur une utilité du bois, c'est un élément de propriété commune du bois lui-même, qui suit la propriété privée de l'héritage principal. Il ne saurait ici être question simplement de la propriété d'une portion numérique ou d'un droit d'usage, mais bien de la propriété d'une chose matérielle, le bois de broussailles.

Il faut ajouter que « c'est à la masse de ces fonds [les héritages particuliers] que se rapporte l'accessoire », c'est-à-dire qu'en tant qu'il est l'accessoire des héritages particuliers considérés en leur masse, le bois est UNE chose, et chaque propriétaire d'héritage particulier ne saurait être considéré comme propriétaire d'une partie déterminée du bois. Il faut donc se rendre à l'évidence : nous sommes en face d'une propriété commune portant sur une chose matérielle considérée comme un seul tout, et non comme une simple somme de « parties numériques » appropriées chacune par un sujet différent. L'unité et la matérialité du *corpus* sont sauvées, la propriété commune en indivision est bien une propriété au sens de l'article 544 du Code civil. Et pourtant, elle est commune.

Elle peut l'être, parce qu'elle ne l'est que dans un certain sens. La propriété commune est une propriété exclusive de tous ceux qui ne sont pas copropriétaires, autrement dit, cette propriété est certainement un droit réel (chaque copropriétaire dispose d'un droit absolu de suivre la chose commune entre les mains de n'importe quel tiers), quoique ce droit de suite ne puisse s'exercer contre les copropriétaires eux-mêmes, puisqu'ils sont aussi propriétaires. Il faut donc dire que c'est un droit tout à fait réel au sens où il confère un pouvoir direct et immédiat sur une chose matérielle, et que c'est un droit *presque* tout à fait réel au sens où il confère le droit de suivre cette chose dans les mains de tous les tiers, sauf celles des communiers qui disposent, au même titre, du même droit de suite. On dira donc que ce droit est opposable *erga omnes,* si *omnes* ne désigne pas absolument tous les tiers, mais la somme indéfinie de tous les tiers qui ne sont pas communiers de l'individu propriétaire. Cette restriction ne suffit pas à interdire qu'on parle de

propriété ou de communauté à propos de cette propriété commune. Mais si la propriété commune, au sens où plusieurs individus juridiques sont propriétaires en commun du même objet, est une « vraie » propriété, *quid* de la règle de Hobbes et de Pothier ?

Elle est sauvée, nous dit Proudhon, par le fait que ce droit de propriété commune confère une jouissance limitée sur la totalité du bien, c'est-à-dire proportionnée « au plus ou moins de consistance de ses propriétés dans les domaines principaux pour l'usage et l'exploitation desquels le fonds accessoire aura été acquis ». C'est le second aspect de l'indivision : si l'objet du droit de propriété est bien la chose matérielle considérée comme un tout, la jouissance de chacun des sujets propriétaires est limitée à une proportion qui se rapporte à la quote-part qui lui appartient. L'objet de la propriété est bien le bois considéré comme UNE chose, mais les utilités qu'il confère sont proportionnelles à une quote-part qui revient privativement à chaque indivisaire : c'est dire qu'il a la possibilité d'exclure jusqu'aux copropriétaires de cette « portion numérique ». On voit cependant mal ce que signifie exclure un tiers d'une portion numérique. Ici, le terme privatif désigne donc moins l'exclusion des copropriétaires que l'inverse, c'est-à-dire la garantie de chaque communier de n'être pas exclu de cette portion utile, leur inclusion dans la communauté.

Ce droit privatif est ainsi moins un droit d'exclure qu'un droit à être inclus, une espèce de titre d'accès à une communauté particulière, quelque chose comme une sorte de créance que chaque co-indivisaire considéré *ut singuli* peut opposer à tous les autres co-indivisaires et qui lui garantit l'accès aux proportions de services et d'avantages auquel sa quote-part lui donne droit. Il faut se rendre à l'évidence, le droit de propriété commune indivise est un droit réel opposable universellement à tous les tiers (la somme indéfinie de tous ceux qui ne sont pas communiers) et liant les copropriétaires les uns aux autres par une obligation mutuelle minimale, celle de se laisser jouir librement de la chose dans la proportion qui revient à chacun. On voit le danger : l'indivis ne réintroduirait-il pas une obligation personnelle dans la propriété ? Sans doute, l'obligation de laisser jouir les co-indivisaires découle de la propriété elle-même, mais il convient d'ajouter que l'article 815 du Code

civil, en disposant que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ; et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires », permet que chaque propriétaire dispose du droit de *réaliser* sa portion numérique privative, de sorte que le droit de propriété commune oblige l'indivisaire, mais lui confère en même temps le pouvoir de se libérer de cette obligation, de sorte que la propriété commune est bien *in fine* et si l'on peut dire, en puissance, un droit réel, direct et immédiat sur la part de la chose. Ce droit, aujourd'hui idéal, deviendra réel le jour du partage. Il faut donc dire que le droit de propriété commune contient bien une obligation personnelle mutuelle de chaque copropriétaire, mais que cette obligation n'est pas une subordination, que c'est une obligation négative (de ne pas exclure de la jouissance) et temporaire, plus exactement précaire, puisqu'elle reste suspendue à la possibilité imminente de réaliser le partage. Ce mécanisme est un *analogon* de la solidarité active décrite par l'article 1197 du Code civil à propos du droit de créance[1].

Il faut donc conclure que ni la réalité du droit de propriété (l'exclusion *erga omnes* des tiers, droit direct et immédiat sur la chose matérielle), ni l'existence d'un droit privatif à certains services et avantages de la chose, ne sont incompatibles avec un lien de solidarité active quoique précaire entre les copropriétaires. Il est donc faux d'affirmer, comme le fait Proudhon, que « la même chose ne [peut] solidairement appartenir à plusieurs propriétaires ».

Ici, il faut faire retour sur la citation de Pothier pour remarquer que Proudhon ne traduit pas *« in solidum »* par « pour le total » mais par « solidairement », la totalité n'étant plus celle, objective, d'une chose indivisée mais celle, subjective, des copropriétaires. Cette dernière traduction rend incompréhensibles les développements du même auteur,

1. « L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers. » J'emprunte ce rapprochement au doyen Carbonnier : « La copropriété ou indivision est une modalité qui est au droit de propriété ce qu'est au droit de créance la solidarité active (a. 1197) » (J. C., *DC,* III, n° 79, p. 145).

dans le même manuel, dès lors qu'il est confronté au mécanisme de l'indivision. Il devient possible de préciser les divers sens du terme « exclusif ».

5.3. Exclusif-individuel ? Privatif ? Particulier ?

Dans le sens où l'emploie Pothier, exclusif s'oppose effectivement à commun et désigne l'unicité d'un sujet propriétaire sur une chose matérielle considérée comme un tout. La règle que pose Pothier peut être entendue de deux manières : soit elle signifie que la propriété, si elle est privée, est exclusive au sens où il n'y a qu'un seul propriétaire – elle est alors de très faible portée et même presque tautologique, en tout cas purement nominale, puisqu'il faut entendre qu'on appelle *privée* la propriété d'un individu unique, et autrement celle qui est dévolue à une pluralité de propriétaires ; soit elle signifie que la propriété commune est impensable dès lors qu'elle a pour objet une chose considérée comme un tout, et alors elle est fausse, contredite par le cas des propriétés indivises. Retenons donc le premier sens d'exclusif, qui désigne l'unicité d'un propriétaire sur une seule chose et, plutôt que de propriété exclusive, parlons de propriété individuelle, expression plus adéquate parce qu'un individu est toujours un, même quand il est le fruit de la réunion de plusieurs individus ramenés à une individualité unique, comme c'est le cas des personnes morales par exemple. La propriété individuelle désigne alors soit la propriété des individus singuliers, que le droit appelle personnes physiques, soit celle des individus collectifs, ou représentation d'une pluralité d'individus dans un personne morale unique, en tout cas toujours la propriété d'*une* personne.

Il faut ajouter un mot sur ce point. Dans le cas précédent, Proudhon évoque la possibilité, pour la rejeter immédiatement, d'une propriété commune du bois de broussailles non pas selon la technique de l'indivision, mais par la reconnaissance de l'individualité juridique à la communauté des propriétaires de fonds principaux. On voit que dans ce cas de figure, soit les membres de la communauté se voient recon-

naître des droits *ut singuli*, et il faut encore parler de propriété commune dans le sens où c'est la propriété d'une pluralité de propriétaires ; soit cette pluralité est ramenée à la totalité unitaire qu'est la personne morale, qui détient *ut universi* les droits sur la chose, et c'est la propriété individuelle d'un corps juridique *(universitas personarum)*. Il arrive qu'on appelle communes les propriétés de ces individus collectifs, ou plus exactement de ces collectifs ramenés à l'individualité par le recours à la technique de la personne morale. Cette désignation est confuse, puisque, dès lors que chaque membre du corps juridique ne se voit reconnaître aucun droit sur la chose, il s'agit d'une propriété aussi individuelle que celle des personnes physiques, et que la signification technique de la personnalisation des corps juridiques est d'opérer cette réduction du pluriel à l'individuel. On comprend d'ailleurs le succès de cette technique au XIXe siècle : la personnalisation des corps juridiques est un puissant outil de conjuration des formes communes de propriété[1].

Dans le sens où elle désigne l'unicité du propriétaire, la propriété exclusive se confond donc avec la notion d'individualisme propriétaire. Dans ce cadre, tout au plus rencontrera-t-on les « mutuelles dépendances » sans obligation personnelle des communiers sans communauté que sont l'usufruitier et le nu-propriétaire. Cette conception très restrictive de l'exclusivité n'est pourtant pas la seule qui soit acceptable dans ce mode de conceptualisation de la propriété.

Dans un second sens en effet, exclusif ne signifie pas la solitude du propriétaire individuel, personne physique ou morale, puisque ce caractère est compatible avec la propriété reconnue à une communauté *particulière,* strictement déterminée. Bien entendu, il ne peut s'agir

1. Selon A.-M. Patault, « Dans les débats d'octobre 1789, un constituant, Clermont-Tonnerre, fait reconnaître expressément la personnalité morale aux groupements privés, fondés sur le libre contrat et à but privé. À partir de cette reconnaissance, et sans que les révolutionnaires en aient, sans doute, eu clairement conscience, se met en marche le mécanisme le plus efficace de la gestion de la propriété collective et de la mobilisation des richesses privées : le capital social devient le patrimoine d'un seul propriétaire, la personne morale. Les rédacteurs du Code en tireront la conséquence juridique en affirmant dans l'article 529, que les actions sont des meubles, quelles que soient les composantes des biens sociétaires » (A.-M. P., *IHDB,* n° 163, p. 192).

d'une communauté *universelle,* mais l'exclusion générale des tiers n'exclut pas les co-indivisaires puisqu'ils ne sont pas des tiers au regard de la titularité du droit de propriété sur la chose considérée comme un tout. Dans ce sens, l'indivision est à la fois non exclusive (pluralité des sujets propriétaires) et absolument exclusive (exclusion universelle des tiers non inclus). Cette propriété peut être appelée *solidaire* dans la mesure où elle est à la fois privative et commune, ou plus exactement dans la mesure où elle n'est ni privative ni commune, selon la pertinente formule d'Anne-Marie Patault : « Dans l'indivision, rien n'est communautaire puisque l'objet est approprié individuellement en quotes-parts idéales et rien n'est privatif puisque les quotes-parts ne sont pas matérialisées. »[1] L'auteur ajoute, confirmant la nature résolument précaire que le Code civil a voulu donner à ce montage : « L'indivision est une attente de partage. »[2] L'article 815 est cependant une pièce essentielle à la définition de la propriété : sans cette liberté d'exiger le partage, l'obligation solidaire s'imposerait même au droit de disposer librement de la chose, soumettrait le domaine du propriétaire à l'unanime volonté des indivisaires, ce qui contredirait le caractère absolu de la souveraineté du propriétaire.

Le génie de l'indivision est de permettre une manière de communauté qui, parce qu'elle est précaire, reste inscrite dans le cadre du mode souverain de conceptualisation de la propriété, lequel s'avère assez large pour qu'on y conçoive à la fois le despotisme du propriétaire solitaire et la solidarité momentanée des propriétaires *indivis*.

Cette seconde figure de la communauté, après celle de l'usufruitier et du nu-propriétaire, est riche d'enseignements sur le plan conceptuel. Là où trop souvent le droit absolu de propriété est confondu avec les prérogatives de l'individu égoïste (qui d'ailleurs, lorsqu'il n'est pas un individu collectif – personne morale –, est aussi père de famille, représentant de toute la communauté familiale), réalisant le triomphe d'une conception étroitement subjective du rapport de l'homme aux choses, elle oblige à distinguer l'idée de propriété individuelle et celle de pro-

1. *Ibid.*, n° 156, p. 184.
2. *Ibid.*

priété privative : toute propriété absolue, donc exclusive, est privative dans la mesure où elle exclut des tiers, mais toute propriété absolue, donc exclusive, n'est pas nécessairement individuelle, puisqu'elle peut aussi être solidaire selon que le droit est alloué à un propriétaire unique ou à une pluralité de propriétaires *indivis*. Dans ce dernier cas de figure, le droit n'est pas strictement individuel dans la mesure où les pouvoirs qu'il confère, particulièrement les usages de la chose, sont partagés et exercés par tous les communiers. On peut donc distinguer la propriété privative individuelle de la propriété privative solidaire selon que l'exclusivité est générale ou seulement particulière : si l'exclusion est générale, la propriété est individuelle ; si elle préserve une communauté particulière de propriétaires, elle est solidaire.

La propriété privée n'exclut ni le partage des jouissances ni même la propriété commune à la condition que cette dernière ne soit pas forcée. On ne prêtera donc qu'une oreille distraite aux rodomontades de certains juristes et philosophes relativement à l'exclusion réciproque du propre et du commun. Il reste que les formes de communauté que cette conception de la propriété autorise sont assez décevantes : dans l'horizon théorique de la maîtrise souveraine, la propriété commune réalise soit un avorton de communauté dans la réunion objective des intérêts égoïstes (l'usufruit), soit une solidarité en instance de dissolution (l'*indivis*). Le commun n'est pas exclu, il est victime d'un rabougrissement conceptuel au terme duquel ne survivent que deux formes incomplètes et instables de maîtrise non exclusives des choses.

On objectera que le Code civil connaît une forme de propriété des personnes morales irréductible à la propriété individuelle, celle où chaque membre de la communauté se voit reconnaître des droits *ut singuli,* forme qu'on peut appeler collective dans la mesure où plusieurs personnes ont sur le même objet des droits, dans l'acception la plus complète et la plus positive du terme. On accordera l'existence de ces formes décidément communes de propriété, tout comme leur importance, puisqu'il s'agit en premier lieu du domaine public, mais pour constater immédiatement que le Code civil refuse de les considérer comme des propriétés et préfère les qualifier de « domaine

administré » selon l'article 537, les expulsant ainsi du cadre de l'article 544 :

> « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois.
>
> « Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans des formes et suivant les règles qui leur sont particulières. »

La propriété selon le Code s'arrête là où commence l'administration. Elle peut être individuelle ou solidaire si le propriétaire particulier est une communauté de propriétaires *indivis,* mais il faut que ce propriétaire reste *particulier,* sauf à basculer dans la sphère de l'article 537. Ici encore, tout se passe comme si, dans sa rédaction même, le Code civil avait voulu ériger la notion de propriété en barrière contre les règles décidément trop spéciales, et certainement trop collectives, qui régissent le domaine public, au point de refuser à ce dernier le titre de « propriété ». Il n'existe donc pas, selon le Code civil tel qu'il est lu par ses premiers commentateurs, de propriété publique, surtout pas au titre d'*alternative,* théorique ou pratique, à la propriété privée. Les domaines désignés par cette expression relèvent soit de la propriété privée de cette personne morale un peu spéciale qu'est l'État, soit du domaine du public, ou encore des biens de la Couronne, qui sont administrés, et, par conséquent, ne sont pas des propriétés au sens de l'article 544.

page 150 bl

CHAPITRE IV

Les limites de la propriété

1. LES NON-PROPRIÉTAIRES

Le propriétaire d'un bien exerce donc sur ce bien un pouvoir absolu, mais limité, en premier lieu par l'existence même d'autres propriétaires. Le domaine de propriété n'est en effet illimité que sur le plan moral, et encore, comme on l'a vu, au prix de grandes difficultés. Le concept même de « domaine de propriété juridiquement illimité » est d'ailleurs contradictoire. Pour concevoir l'illimitation du domaine, il faudrait que n'existât qu'un seul propriétaire, mais ce domaine serait alors universel. La propriété particulière vit sous la condition de la pluralité, pour reprendre une formule de Hannah Arendt[1], et chaque propriété particulière est nécessairement limitée par ses sœurs.

De plus, on l'a dit, le droit absolu de propriété est réel en ce qu'il confère un droit de suite à son titulaire. Ce droit de suite présuppose que les tiers ne peuvent attenter à son droit de propriété, ou encore que chaque propriétaire est soumis à l'obligation passive universelle d'obéir à la loi.

Il existe donc au moins deux limites au domaine du propriétaire qui sont inhérentes à son concept même : les autres propriétaires et la

1. Hannah Arendt, *Condition de l'homme moderne,* trad. fr. G. Fradier, Paris, Presses Pocket, 1988.

loi. Comme le dit Toullier[1], il ne faut pas confondre ces *limites* avec les *modifications* du droit de propriété, ses démembrements. La notion de limite implique un rapport extérieur à la sphère du droit de propriété.

Si l'on peut interpréter le caractère absolu du droit comme un refus de toute médiation personnelle entre le propriétaire et la chose, il en résulte pour ainsi dire mécaniquement que les rapports personnels se trouvent rejetés à l'extérieur du domaine propriétaire. Hors de la sphère de ses biens, le propriétaire rencontre donc des personnes qui seront soit ses égales en propriété, soit des non-propriétaires.

On a pu faire des rapports entre propriétaires et non-propriétaires le moteur de l'histoire. Telle n'est pas l'opinion des commentateurs du Code civil, pour qui la lutte des classes est un hoquet malheureux de l'histoire et certainement pas son principe d'intelligibilité[2] : si, selon eux, la propriété organise en son principe l'ordre social, l'existence de non-propriétaires reste contingente, et ces derniers n'ont aucune vocation politique ou eschatologique.

Parce que les prolétaires ne possèdent pas la faculté d'industrie (entreprendre et conduire des travaux) que confère l'indépendance matérielle de ceux qui ne sont subordonnés à personne, ils ne peuvent prétendre ni à l'état vertueux qu'il confère, ni à l'accès aux charges publiques qui en découle. Pourtant, par le contrat de louage, le travail devient un bien dont ils sont locateurs, et en ce sens on peut dire qu'en s'engageant dans un tel contrat ils deviennent propriétaires de leur travail. Propriétaires, les prolétaires le sont dans et par un contrat dont le mécanisme essentiel est de conférer la *conductio* à l'initiateur, d'inscrire l'échange de travail dans un rapport de subordination et de soumettre leurs actions à son empire. Les prolétaires sont donc propriétaires de leur corps, mais n'accèdent à cette propriété que dans la subordination au conducteur. N'est-ce pas là une entorse au principe de la liberté de la propriété ? On voit que s'ouvre ici une voie pour opposer à la pro-

1. C.-M. T., *DCF* (5) III, p. 162.

2. À la très notable exception près de ce savoureux fruit de la jeunesse et de l'exaltation qu'est l'*Histoire de la propriété foncière en Occident* de Laboulaye, qui identifie le principe de l'élément changeant du droit, le droit politique, à la lutte pour la propriété. Cet ouvrage sera noté E. L., *HPFO* par la suite. Cf. p. 61-62.

priété de l'article 544 une autre propriété, plus discrète mais plus personnelle, et par conséquent plus respectable peut-être : la propriété de soi. Faut-il alors ajouter que cette propriété de soi est une limite extérieure à la sphère de l'article 544, au point qu'on puisse l'opposer à l'empire du propriétaire[1] ?

La voie est praticable, elle a d'ailleurs été largement pratiquée, par Hegel entre autres, pour qui cette « propriété interne » interdit que les éléments constitutifs de la personnalité puissent être appropriés par un tiers[2]. La voie est pratiquable, elle est étroite cependant : si cette propriété interne est de même nature que la propriété souveraine, on voit mal ce qui interdit au travailleur de vendre son travail, sa faculté industrieuse et, loin d'être la limite de la propriété, elle en est bien plutôt le bastion intangible, la matrice[3]. Si, au contraire, cette propriété, comme le pense Hegel, n'est pas de même nature que celle portée par l'article 544, et qu'en particulier elle ne contient pas le caractère de l'aliénabilité, elle se confond alors avec la notion même de personnalité, dont on a vu qu'il était passablement vain de la clamer inaliénable faute d'être capable d'en apporter une définition précise.

C'est cette absence de définition qui permet à la science juridique de considérer que, dans le cadre d'un contrat de louage d'industrie et de service, le travail, voire même la faculté industrieuse d'un être humain, doit être considéré comme une quasi-chose qui peut être licitement mise à la disposition d'un tiers. Dès lors que l'empire propriétaire s'étend jusqu'à la faculté laborieuse des prolétaires, comment considérer que leur existence même, la propriété de soi qu'ils se voient reconnaître dans l'acte de louer leur industrie, ou la mise à disposition temporaire de leur personne, puissent borner en quelque manière cet empire ?

Il est vrai que cette subordination n'est parfois pas aussi absolue que celle qui s'exerce sur les choses, particulièrement pour les travaux dont

1. Sur cette démarche, cf. Yan Thomas, « L' "usage" et les "fruits" de l'esclave, opérations juridiques romaines sur le travail », *Enquête n° 7 : Les objets du droit,* 1999, p. 204-230.

2. Hegel, *Principes de la philosophie du droit,* § 43 R, trad. J.-F. Kervégan, Paris, PUF, 1998.

3. Sur ce point, cf. mon article « L'individualisme possessif, spéculatif (et néanmoins romain) de Hegel. Quelques remarques sur la théorie hégélienne de la propriété », *in* J.-F. Kervégan et G. Marmasse (dir.), *Hegel, penseur du droit*, Paris, CNRS, 2004.

le degré de spiritualité interdit le transfert de la *conductio* au locateur. On ne peut cependant pas non plus parler de limitation de la propriété, et (d'après Troplong) pas même de modification ou de démembrement, dès lors que ces engagements ont pour objet de faire servir la chose au profit (partagé avec le locataire, nous dit encore Troplong) du propriétaire. Le louage d'industrie institue la collaboration du travail et de la propriété, il est vrai sur le mode de la soumission du premier à la seconde. Ainsi, pour les commentateurs du Code civil, que le travail soit soumis à la propriété et qu'il collabore librement avec elle est une seule et même chose. Loin d'en désigner la limite, il doit être considéré comme une manière légitime de l'acquérir ou de la faire fructifier. Le rapport entre les propriétaires et les non-propriétaires n'est donc pas pour ces auteurs un problème de philosophie sociale, et, si problème il y a, il est bien plutôt dans l'étonnant succès des fausses théories qui soutiennent le contraire[1].

Dans le mode souverain de conceptualisation de la propriété, les limites de celle-ci ne se rencontrent donc que dans les rapports entre propriétaires. Une autre formulation de ce point de départ est de constater que seule l'égalité dans la souveraineté propriétaire constitue une limite à cette puissance. Pour que l'égalité soit une limite au libre déploiement de la puissance de chacun, il faut que le plan dans lequel cette liberté se déploie soit borné, ou encore que les biens soient rares. On ne s'étonnera donc pas que la théorie des limitations réciproques entre propriétaires ai été élaborée à propos de la propriété des immeu-

1. Florilège : Renouard : « ... est insensée la doctrine qui, méconnaissant l'essence finie et appropriable des choses matérielles entreprend de les livrer à la chimère d'un communisme dont les impuissantes épreuves se perdent en désordres anarchiques » (A.-C. R., *DI,* p. 212) ; Troplong : « C'est [...] au moment où la propriété s'est élevée à cette toute-puissance de légitimité, que j'entends se répandre sur son avenir mille prédictions sinistres. Sera-ce le temps fatal et prédestiné qui va faire cesser les mécomptes du communisme ? – ayons confiance dans le droit, et ne nous croyons pas si près de la barbarie. » *De la propriété d'après le Code civil. Petits traités publiés par l'Académie des sciences morales et politiques,* Paris, Pagnerre, 1848, p. 9. Cet ouvrage sera noté R.-T. T., *PCC* (1) par la suite ; Proudhon : « Mais sous quelque point de vue qu'on envisage cette communion de propriété, pourrait-elle exister un seul jour sans être la cause inévitable de la guerre civile, et d'un déchirement absolu de la société ? Et dès lors comment ne serait-elle pas contraire aux desseins du Créateur ? » (J.-B. P., *TDPPr* (1), I, n° 25, p. 23-24).

bles : il y moins de place dans un plan à deux dimensions que dans un espace à trois dimensions, et la possibilité d'aller s'installer un peu plus loin est contrariée par l'immobilité du bien, surtout quand l'océan borne l'horizon à l'ouest. On peut le regretter, et chercher à imaginer quelles voies aurait empruntées la réflexion sur les limites de la propriété à partir du modèle de celle des biens corporels meubles (sans doute un recours plus direct au mécanisme du droit de la responsabilité) si le tournant qui voit dès la fin du XIXe siècle monter en puissance les propriétés intellectuelles s'était produit plus tôt... Mais il faut se résigner : l'autre propriétaire, dans la première moitié du XIXe siècle, ce n'est que le voisin.

2. SOI-MÊME COMME UN AUTRE MUR, OU DE LA MITOYENNETÉ

Toutes les propriétés ne sont pas également garanties et les propriétés immobilières sont considérées comme plus représentatives du concept que les propriétés mobilières. Pour ce qui est de l'inégale distribution des garanties des propriétés, c'est une banalité que de le souligner : le Code civil protège mieux les immeubles que les meubles. Le formalisme du transfert de la propriété y est plus rigoureux (il est écrit et public), le droit de suite y est certain, tandis que le jeu des articles 2279 et 2280 fait douter de son existence en matière de meubles (où possession vaut titre), et ce constat s'accompagne souvent, autant chez les rédacteurs du Code[1] que chez ses commentateurs, de développements sur les vertus morales et politiques de la propriété agricole comme sur les aléas corrupteurs de la fortune commerciale, couple illustre dont il n'est pas impossible qu'il ait, très tôt dans le XIXe siècle, servi à protéger les résidences bourgeoises contre les industries polluantes. Quant au fait que les propriétés immobilières seraient plus représentatives du concept, on peut soutenir exactement l'inverse : c'est la propriété mobilière qui sert

1. Se reporter à P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* Paris (au dépôt), 1827, t. XI, p. 34.

d'archétype théorique à la conceptualisation souveraine de la propriété, et c'est l'application de ce modèle à un objet qui lui est inadéquat – la terre – qui est à l'origine des incohérences qu'elle recèle[1]. Quoi qu'il en soit, c'est dans le cadre de la théorie des servitudes légales, dont on sait qu'elles sont nécessairement foncières selon le Code, que le problème va se nicher, au moins jusqu'à la fin du XIXe siècle qui voit la reconnaissance progressive de la notion d'*abus de droit,* dont on sait que l'idée même est explicitement rejetée par la doctrine de la première moitié du XIXe siècle[2].

2.1. La mitoyenneté, une servitude ?

Du côté des servitudes, les difficultés se concentrent, cette fois encore, sur l'appréhension par le droit du mur mitoyen. Si, par propriété commune, on entend la propriété solidaire, et c'est, avec la communauté sans communion de l'usufruitier et du nu-propriétaire, le seul sens que reçoivent les commentateurs du Code pour ce qui est des propriétés particulières, il faut reconnaître que le mur n'est pas en communauté : sans doute les propriétaires ont-ils l'un et l'autre un droit sur lui, mais il n'y a pas à proprement parler de copropriété indivisaire, dans la mesure où chaque propriétaire se voit moins reconnaître un droit privatif à la jouissance d'une quote-part idéale du mur que ne s'imposent à lui des obligations, tout particulièrement celle de participer à sa construction et à son entretien : « La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui ont droit, et proportionnellement au droit de chacun » (art. 655). Avant d'être un bien, une utilité ou une valeur (qu'il est aussi, bien sûr), le mur est donc une *charge* qui

1. Aussi, le régime des troubles de voisinage n'a-t-il cesser d'osciller, au XXe siècle, entre le droit de propriété et celui de la responsabilité. Cf. Rémy Libchaber, « Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles de voisinage », in *Mélanges Christian Mouly,* Paris, Litec, 1998, I, p. 421-439.

2. Et de la jurisprudence dans un arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1810. Pour l'analyse de cet arrêt, cf. A.-M. Patault, A.-M. P., *IHDB,* Introduction, n° 191, p. 225, et « La propriété absolue à l'épreuve du voisin au XIXe siècle », in *Histoire du droit social, Mélanges Jean Imbert,* Paris, PUF, 1989, p. 457-465.

grève le droit du propriétaire et s'impose directement et personnellement à lui, en même temps qu'il peut obliger réciproquement son voisin. Un propriétaire a en effet toujours le droit de contraindre le voisin à participer à la construction et à l'entretien du mur, c'est une conséquence du caractère absolu du droit de propriété qui emporte celui de disposer librement de la chose, ce qui inclut le droit de se clore, sans que l'exercice de ce droit puisse faire peser sur celui qui l'exerce l'intégralité de la charge de réalisation et d'entretien d'une clôture par définition commune. Le droit de se clore n'est donc pas seulement le droit d'ériger un enclos autour de sa parcelle, c'est le droit d'obliger les voisins à participer à cet ouvrage dès lors qu'il leur bénéficiera aussi. La propriété du mur mitoyen est bien grevée d'une charge qui s'impose personnellement au propriétaire.

Évidemment, chacun peut toujours se libérer de cette charge en abandonnant la propriété, mais cet abandon lui-même est conditionné. Selon l'article 656, « tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions, en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne ». Ici, le Code civil franchit le Rubicon : comme on l'a vu, la propriété commune entre particuliers est compatible avec la matrice conceptuelle d'une propriété souveraine à la condition nécessaire, expresse et absolue que l'indivision ne soit pas forcée, que le droit de procéder au partage soit à la disposition du propriétaire, de sorte que l'obligation solidaire soit toujours précaire. Avec le droit de mitoyenneté, il est au moins un cas où il ne suffit pas de le vouloir pour sortir de la communauté. De plus, ce cas n'a rien de marginal, c'est au moins celui de tous les immeubles collectifs d'habitation. La mitoyenneté n'est-elle pas une communion forcée ? Toullier repousse, en vain, cette conclusion :

> « Ces deux expressions mitoyen et commun ne sont pas synonymes. Une chose est commune lorsque dans sa totalité comme dans chacune de ses parties, elle appartient à deux ou plusieurs personnes, sans qu'on puisse indiquer quelle est la partie qui appartient à l'un plutôt qu'à l'autre.
>
> « C'est le cas des propriétés indivises dans lesquelles chacun des propriétaires a, comme on le dit, *totum in toto, et totum in quâlibet parte*.

> « Parce qu'il peut avoir la totalité de la chose, ou du moins la totalité de chaque partie, par l'effet du partage que chacun est toujours libre de provoquer.
>
> « Un mur mitoyen au contraire, est celui qui est placé sur les extrémités de deux héritages contigus, qui a été construit à frais communs, et qui est assis moitié sur le terrain de l'un des propriétaires voisins, moitié sur le terrain de l'autre ; en sorte que la véritable ligne de séparation entre les deux héritages se trouve à la moitié du mur. Ainsi, à proprement parler, le mur n'est pas commun, il est mitoyen. »[1]

La tentative est théoriquement nécessaire, puisque la communauté du mur met à mal la définition même du domaine de propriété comme droit réel (direct et immédiat) et exclusif sur la chose, mais elle est pratiquement intenable. Que peut bien être la propriété absolue d'un demi-mur ? Comment s'exerce-t-elle ? Peut-on détruire ou vendre la moitié de ce mur jusqu'à la ligne idéale ? Une réponse à cette objection serait dans la construction de *deux demi-murs réels* indépendants. L'hypothèse est très doctement envisagée, mais (hélas !) repoussée, par Demolombe :

> « un seul mur suffit en effet ; deux murs seraient inutiles, incommodes, dispendieux ; et l'on peut même dire que la société tout entière est intéressée à ce que la dépense des capitaux et des terrains ne soit pas ainsi doublée en pure perte... »[2].

Il faut donc faire le sacrifice de la poétique hypothèse des demi-murs, puisque l'intérêt général de la société tout entière l'exige, et se débrouiller avec les conséquences théoriques malheureuses de l'institution d'une communauté forcée. D'ailleurs Toullier, après avoir divisé son mur en parties idéales, se doit de reconnaître que, même si

> « la moitié qui appartient à chacun des deux voisins est connue et déterminée ; c'est celle qui joint son héritage [,] néanmoins, comme les deux parties du mur sont inséparables et ne forment ensemble qu'un même corps, le mur est censé être une chose commune entre les deux voisins »[3].

1. C.-M. T., *DCF,* III, nº 183, p. 126.
2. Demolombe, *Traité des servitudes ou des services fonciers. Cours de Code Napoléon* (XI), 4e éd., t. I, Paris, Durand & Hachette, 1867, nº 313, p. 334. Cet ouvrage sera noté C. D., *CCN* (4), XI par la suite.
3. C.-M. T., *DCF* (5), III, nº 183, p. 126.

Demolombe l'emporte donc, *en pratique,* mais ne semble pas parvenir à dégager sur le plan théorique la nature juridique exacte de cette communauté. Est-ce une indivision ? Est-ce encore autre chose ? Les formules de l'auteur ne permettent pas de conclure :

> « La mitoyenneté n['est] autre chose qu'un état de communauté et d'indivision. Seulement c'est une communauté *sui generis* : et de même qu'on la désigne sous un nom spécial (la mitoyenneté) elle a aussi des règles particulières, qui lui sont propres. »[1]

Le droit *sui generis* est aux juristes ce que les hypothèses *ad hoc* sont aux physiciens : l'aveu d'un échec à relier le cas étudié au système. C'est par la théorie des servitudes que la doctrine va chercher à y remédier. La démarche ne s'impose pas par son évidence, et d'ailleurs Toullier s'y oppose vigoureusement :

> « Après les servitudes personnelles, le Code passe aux servitudes réelles, [...] elles sont des droits réels, *jura in re,* établis sur la chose d'autrui, [...] un véritable démembrement de la propriété parfaite, par lequel le propriétaire cède à une autre personne le droit de faire, exclusivement, ou en commun avec lui, certains actes de propriété, en se réservant les autres [...].
>
> « Il est donc essentiel de ne pas confondre les servitudes [...] avec la copropriété des choses qui demeurent par leur nature ou par leur destination, dans un état d'indivision forcée ; tels sont les droits de mitoyenneté [...]. »[1]

La mitoyenneté est donc bien une limite et non une modification de la propriété. Elle limite la souveraineté du propriétaire dans son rapport à la chose, elle constitue aussi une limite conceptuelle au modèle de la propriété souveraine. En évoquant à son endroit une « servitude légale », le Code cherche à sauver les apparences, mais la doctrine s'accorde (plus ou moins clairement) à reconnaître dans l'institution un principe étranger à ceux qu'elle s'est employée à dégager en glosant l'article 544[3].

1. C. D., *CCN* (4), XI, n° 309, p. 331.
2. C.-M. T., *DCF* (5), III, n° 469, p. 327.
3. A.-M. Patault présente cet habillage comme une reprise fidèle des solutions coutumières, inspirées tout particulièrement des coutumes urbaines de Paris et d'Orléans, exprimées dans les termes et avec les techniques du droit romain. A.-M. P., *IHDB,* n° 127, p. 157.

Les difficultés se concentrent autour de la nature des charges de mitoyenneté, c'est-à-dire dans l'interprétation de l'article 663 selon lequel « chacun peut contraindre son voisin dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et aux réparations de la clôture faisant séparation de leur maisons, cours et jardins ». Peut-on se libérer de cette obligation et, sinon, dans quelle mesure affecte-t-elle la nature du droit de propriété lui-même ?

La question est traitée par le Code à l'article 656 qui dispose, comme on l'a vu, que « tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions, en abandonnant son droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne ». Cette forte restriction invite à trancher en faveur de la communauté forcée. On comprend qu'une partie de la doctrine ait essayé d'écarter cette conséquence. Ainsi Toullier :

> « Le voisin qui ne veut pas contribuer aux frais de clôture peut s'en dispenser en cédant la moitié de la place sur laquelle le mur de séparation doit être assis, et en renonçant à la mitoyenneté.
>
> « Cette faculté fondée sur le droit d'abdication a été reconnue par le Conseil d'État, lors de la discussion du Code. Elle est conforme à l'article 656, qui permet à tout propriétaire d'abdiquer la mitoyenneté d'un mur, pour se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions ; elle est aussi conforme aux anciens principes établis par l'usement de Rennes, art. 3. »[1]

Cette solution reprend celles des Coutumes de Paris (art. 209) et d'Orléans (art. 236), elle est suivie par une partie de la doctrine[2], et reconnue par la jurisprudence[3]. Si l'on en croit Demolombe, dans la discussion du Code, Berlier aurait demandé que cette faculté d'abandon soit explicitée, Tronchet aurait répondu que la faculté était certainement reconnue et qu'elle était exprimée par l'article 656[4]. Le problème est qu'elle ne l'est pas vraiment, puisque l'article 656 exclut

1. C.-M. T., *DCF* (5) III, n° 163, p. 114.
2. Ainsi V. Marcadé, *Explication…, op. cit.,* II, n° 663-2, p. 583.
3. Cass, 29 décembre 1819, Desjardins, *Sirey,* 1820, I, p. 166, et Cass. 5 mai 1828, Martin, *D.,* 1828, I, p. 164.
4. Cité par P. A. Fenet, *Recueil…, op. cit.,* XI, p. 266.

l'abandon dans le cas où le mur soutiendrait des bâtiments, c'est-à-dire très souvent. A quoi il convient d'ajouter que l'article 663 ne fait que reprendre une autre disposition coutumière très généralement répandue, celle de l'obligation de se clore dans les villes et les faubourgs, obligation qui ne trouve pas son fondement dans la mitoyenneté mais dans les servitudes légales que semble imposer l'ordre public[1]. C'est ce qui fait écrire à Demolombe, contre l'opinion précédente, que non seulement l'article 663 reconnaît la faculté de forcer son voisin à construire un mur mitoyen quand il n'existe pas, mais encore à l'entretenir s'il existe[2].

On trouve donc, à la limite extérieure extrême de la chose physique, au point où elle touche la chose d'un autre, une obligation personnelle de faire, obligation aussi absolue selon Demolombe que le droit de propriété lui-même. Il y a bien, dans ce mode de conceptualisation de la propriété, une obligation personnelle attachée au droit réel lui-même : elle est au fond du jardin ou dans la cage d'escalier.

2.2. La mitoyenneté, communauté armée

Pour Demolombe, si, à l'instar des anciens auteurs, l'on conçoit que la propriété puisse conférer la souveraineté politique, la citoyenneté, on ne saurait admettre que le statut personnel que confère l'appartenance à une communauté urbaine conditionne la propriété. Il faut donc trouver un autre fondement à la mitoyenneté, qui va devenir précisément une *alternative* au droit de cité :

> « La mitoyenneté en général est la copropriété d'une clôture située sur les confins de deux héritages contigus.
>
> « Moi et toi, telle serait, suivant d'anciens glossateurs, la racine de cette expression complexe ; et la vérité est que l'on disait autrefois *metoyen* et même *moitoyen* (comp. Loisel, Inst. Cout. II, tit. III, n°s 1 et 3, et Guy Coquille, art. 214 Cout. De Nivernais ; Basnage, sur l'article de cout. de Normandie).

1. L'obligation de se clore est-elle d'ordre public ? La question est discutée depuis 1804. Cf. J. Carbonnier, J. C., *DC,* III, n° 142, p. 242.
2. C. D., *CCN* (4), XI, n° 378, p. 423-424.

> « Suivant d'autres, au contraire, c'est dans les mots milieu, moitié ou mitan, comme on dit vulgairement, qu'il faudrait en chercher l'étymologie "*quasi medius inter utrumque, vel meus, vel tuus*" (Ferrière, sur l'art. 183 de la Cout. de Paris).
>
> « Ces deux explications semblent assez ingénieuses ; nous croyons toutefois, pour notre part, que la dernière origine que nous venons d'indiquer est la plus vraisemblable ; car si le mot mitoyenneté dérivait de ce que la chose est commune à deux personnes, à moi et à toi, on devrait appeler de ce nom toute communauté ou toute copropriété quelconque ; or, précisément l'expression de mitoyenneté est réservée à cette forme de communauté intermédiaire, qui forme le milieu entre deux autres propriétés qu'elle sépare, et dont l'indivision forcée est l'un des caractères distinctifs et essentiels. »[1]

Ce n'est pas en tant que membre de la commune et au nom de la supériorité de l'intérêt de cette dernière sur celui des particuliers qu'on contracte l'obligation de voisinage, c'est en tant que voisin, et le fondement du droit réside tout entier dans la contiguïté des héritages. Si le mécanisme de la mitoyenneté est une technique qui a suffisamment fait ses preuves pour qu'elle soit reconduite sans heurts dans la pratique, le fondement théorique qui lui est ici trouvé est une innovation de grande portée philosophique, puisqu'il pose dans le même geste le caractère politiquement inconditionné de la propriété (la propriété confère droit de cité, pas l'inverse) et la nécessaire extériorisation d'une limite engendrée par le caractère absolu du droit de propriété même : être propriétaire, c'est être complètement maître de sa propriété, jusqu'à son ultime extrémité, là où elle se confond avec celle d'un autre.

On voit ce qui est nouveau : ce n'est ni comme membre d'un corps juridique, d'une *universitas personarum,* que le propriétaire est obligé, ni en tant que simple copropriétaire du mur, puisqu'en ce cas l'indivision ne serait pas forcée. Entre le mécanisme de l'appartenance à une communauté et celui de la copropriété se glisse donc l'idée d'un droit de propriété qui, parce qu'il s'étend sur toute la chose, est autolimitatif juridiquement et non pas moralement.

1. *Ibid.,* n° 308, p. 330.

Pourtant, on évoque souvent la mitoyenneté à propos des règles de « bon voisinage », en soulignant la connotation morale de l'expression. Mais l'expression n'apparaît pas sous la plume du législateur de 1804, qui se contente, sous l'article 1370, de préciser que les engagements contractés entre propriétaires voisins sont involontaires, sans s'étendre sur leur portée morale, sans donc exiger que le voisinage, ni *a fortiori* les voisins, soient bons. Cette exigence ne se trouve pas non plus chez les commentateurs, la mitoyenneté n'est pas un devoir moral de voisinage qu'il faudrait associer aux contraintes éthiques qu'impose la seule proximité d'une autre personne, une sorte de version moderne des tumultueuses relations de Caïn et Abel... Le voisin n'est ni un frère ni un prochain, c'est un propriétaire indépendant envers qui l'on a des obligations juridiques. La preuve du peu de moralité de ces rapports est que ces obligations tournent autour de l'érection et de l'entretien d'un mur qui sépare les propriétaires, les défend les uns des autres, les soulage de la charge de se voir ou de se parler. On a pu écrire qu'il s'agissait d'une « fraternité négative »[1] ; l'expression est encore trop forte : il n'y a rien de fraternel dans l'injonction faite à un inconnu de payer des frais de maçonneries destinés à s'en isoler. La présentation que donnent Aubry et Rau de ces obligations est plus précise :

> « Les rapports de contiguïté ou de voisinage entre des fonds appartenant à des propriétaires différents, ont pour effet nécessaire de mettre en conflit les droits respectifs de ces propriétaires ; et ce conflit ne peut être concilié qu'au moyen de certaines limitations imposées à l'exercice des facultés naturellement inhérentes à la propriété.
>
> « Ces limitations normales et indispensables peuvent en théorie se ramener aux règles suivantes, qui découlent elles-mêmes de ce principe que l'exercice du droit de propriété reste subordonné à la condition de ne point causer de dommage à la propriété d'autrui. Art. 1382 et 1383. »[2]

Le fondement de la mitoyenneté est donc le conflit, et son mode de résolution la conciliation par limitation des facultés juridiques des parties. Pas plus qu'il n'y a de communauté politique, la mitoyenneté ne

1. Cf. J. Carbonnier, J. C., *DC,* III, n° 169, p. 276.
2. A. R., *CDCF* (3), II, § 194, p. 173.

requiert une communauté morale des voisins. C'est précisément ce qui fait l'originalité, et par conséquent l'intérêt théorique, de l'institution.

Il y a donc bien de la communauté dans la propriété, au sens le plus fort de l'indivision forcée et de l'obligation de faire, que le mécanisme de la liberté de provoquer le partage n'atteint pas. Cette communauté n'appartient peut-être pas au concept *a priori* de propriété, mais il se trouve que le droit est dans le temps et dans l'espace, soumis aux dures lois de la corruption des hommes et des choses, et de la contiguïté des héritages. Faut-il conclure à la contradiction ? Faut-il considérer que le concept de domaine absolu de propriété est intenable, que la propriété n'est jamais absolument réelle parce qu'elle suppose toujours au moins la contrainte mitoyenne ? Ou encore que la propriété n'est jamais totalement exclusive au sens le plus contraignant du terme, celui qui rejette la pluralité des propriétaires ? De telles conclusions seraient bien rapides et bien générales dans un domaine où s'impose la prudence.

La mitoyenneté contredit les déterminations fondamentales de la propriété dans un mode de conceptualisation qui y mène pourtant nécessairement. Mais d'où vient cette nécessité ? De la contiguïté des héritages. C'est ce qu'à bien vu Hennequin :

> « Le droit de propriété trouve d'abord sa première limite en lui-même. Le pouvoir de chaque propriétaire expire aux confins de son héritage : à personne n'appartient le droit d'avancer un balcon, de protéger une saillie sur le terrain d'autrui ; et qui veut planter doit laisser assez de distance entre la plantation et la ligne séparative, pour que la terre limitrophe ne soit atteinte ni par le développement des racines, ni par celui des branchages. Les constructions ne sont pas moins asservies que les plantations à cette règle exigeante et protectrice. [...] Il faut donc que le droit de propriété se renferme dans la sphère d'activité dont l'environne chaque domaine, chaque héritage. Les onze millions de propriétés particulières dont se compose la grande unité française se limitent réciproquement, et par le fait, et par le droit. »[1]

Comme on l'a vu, le domaine souverain de propriété implique la nature corporelle – étendue, mobile ou immobile – de l'objet approprié. Or la contiguïté n'est une qualité des corps que dans un monde plein, et

1. *Traité de législation et de jurisprudence…, op. cit.,* t. I, p. 372-373.

le monde juridique des biens meubles corporels n'est pas plein, sinon plein d'air et de mer dans lesquels les choses se meuvent. Ce n'est que dans leur attachement à la terre que ces choses s'immobilisent et se touchent. La contiguïté ne se rencontre que dans la propriété territoriale, et encore à la condition qu'on ait bien pris la mesure des conséquences philosophiques impliquées par le constat de la rotondité de la terre. Il faut donc conclure que la mitoyenneté ne fait pas entièrement dérailler la théorie de la propriété puisqu'elle n'est le destin que des propriétaires d'héritages contigus, mais cette conclusion est lourde de conséquence : elle force à choisir, pour ce qui concerne les biens immeubles, parmi les diverses significations de l'adjectif absolu accolé au domaine de propriété. Tout se passe en effet comme si le domaine de propriété foncière ne pouvait être complètement absolu (suprême, exclusif) sans renoncer à être complètement absolu (réel – direct, immédiat).

3. DE LA TERRITORIALISATION DU DOMAINE

3.1. Le cas des meubles corporels

La mitoyenneté oblige à introduire le couple des meubles et des immeubles dans la distribution des caractères de la propriété. Peut-être y a-t-il ici matière à généralisation, dès lors que tout est question d'accent selon qu'on insiste sur le caractère de réalité ou sur le pouvoir despotique de détruire. La terre, l'immeuble sont certainement le bien réel par excellence : pouvoir direct et immédiat, droit de suite, indiscutable matérialité que renforcent la massivité de l'immobilité et la perpétuité de la non-consomptibilité à l'usage. Mais peut-être justement par excès de réalité, par excès de massivité, d'immobilité et de perpétuité, ces biens ne sont pas absolument destructibles.

Ainsi, dans son *Traité du domaine de propriété,* Pothier définit l'*abusus* par la faculté de « perdre entièrement la chose si bon lui semble »[1].

1. Cf. *supra,* chap. III, § 3-2, et Pothier, *op. cit.,* t. 1, n° 5, p. 6-7.

Pothier distingue les usages conformes (*fructus* et *usus* conformes à la nature de la chose) et les usages non conformes, qui sont le droit d'user contre nature, de dénaturer et de perdre la chose. Le droit de perdre la chose, de la détruire, est un degré de plus dans le droit de mésuser puisqu'il n'atteint pas seulement les attributs de la chose (usage contre nature) ou la forme de la chose (dénaturation), mais la matière même de la chose (destruction). Selon l'article 578 du Code civil, l'usufruitier doit conserver la substance du bien, et cette expression rejoint celle de forme, ou de nature. Cependant, sur le plan métaphysique, l'essence de la chose (sa substance ontologique) ne réside pas dans sa forme mais dans son étendue, c'est-à-dire dans sa matière, et c'est la destruction de cette matière qui entraîne la perte irrémédiable de la chose, l'usage suprême, définitif, qui est un des caractères essentiels du domaine de propriété moderne.

Si, maintenant, l'on s'intéresse à la distribution des exemples mobilisés par Pothier, on remarque que l'usage contre nature et la dénaturation (définie comme une transformation de la forme de la chose) portent sur des biens immeubles, une maison, une terre, tandis que le droit de perdre la chose s'applique à des biens meubles : un livre, un tableau[1]. De toute évidence, seuls ces deux derniers exemples correspondent vraiment au concept moderne d'*abusus* comme faculté de détruire. La terre est gaspillée, sa vocation gâchée, sa destination contredite, peut-être même sa nature violée, mais en tant que chose matérielle sa substance métaphysique, son étendue, est hors de portée du domaine humain parce qu'elle est nécessairement indivisible. Est-ce à dire que l'*abusus* moderne ne s'appliquerait pas aux immeubles ? L'affirmer semble péremptoire : il existe des immeubles qui sont entièrement destructibles à l'usage, et même au premier usage, si, par exemple, cet usage est d'y mettre le feu et que l'immeuble est une habitation (et qu'elle est isolée, comme nous l'a appris Renouard au chapitre précédent). Cette objection est imparable (quoiqu'on puisse, au moins en

1. « Ce droit de disposer comprend aussi le droit qu'a le propriétaire de perdre entièrement la chose, si bon lui semble ; par exemple le propriétaire d'un beau tableau a le droit de faire passer dessus une couleur pour l'effacer ; le propriétaire d'un livre a le droit de le jeter au feu si bon lui semble, ou de le déchirer » (*ibid.*, p. 7).

théorie, affirmer que l'habitation est immeuble par destination, qu'elle est l'accessoire qui suit le principal, la terre, qui – elle – ne brûle pas), mais elle invite moins à renoncer à la piste suivie qu'à affiner la distinction des biens, sans se contenter de celle des meubles et des immeubles.

En effet, si le problème de la contiguïté surgit avec l'immeuble, son autre conceptuel n'est peut-être pas forcément le meuble, catégorie décidément bien vague qui, à la vérité, regroupe tout ce qui n'est pas immeuble. Ne faut-il pas introduire ici l'idée d'un bien destructible, qui ne connaît pas les limites de la contiguïté, c'est-à-dire cette catégorie particulière de meubles qui sont corporels et consomptibles à l'usage ? Il n'est pas encore possible de qualifier adéquatement cette espèce de biens. Il reste que se dessine une distinction entre les choses dont le propriétaire peut détruire la forme ou la matière, et celles qui se laissent tout au plus détourner de leur vocation, quelle que soit par ailleurs l'étendue des droits que ce propriétaire détient sur elles. On voit d'ailleurs l'obstacle logique qui s'oppose à la destruction de la terre : la terre n'est pas un corps, c'est une surface découpée dans une surface plus grande, une pure entité géométrique, un plan, une portion du sol terrestre qui ne saurait, en tant que tel, être dispersé en plusieurs éléments comme peuvent l'être les corps mobiles lorsqu'on les détruit. À l'inverse, la réalité et la perpétuité du droit sont des qualités qui s'appliquent assez mal aux meubles corporels consomptibles, dont l'horizon est leur destruction dans la transformation et la consommation, la preuve étant d'ailleurs qu'ils n'échappent à ce destin que lorsqu'ils sont assimilés à des « héritages », terme qui porte en lui à la fois l'appartenance familiale et l'analogie à la terre[1].

Certains biens sont donc mieux destinés que la terre à être soumis à l'absolutisme propriétaire. Il faut, pour en savoir plus, se tourner vers les dispositions du Code relatives à la possession, qui font droit à la formule coutumière : « Les meubles n'ont pas de suite. » Le principe du droit de propriété, droit réel par excellence, comporte ainsi une

1. C'est le cas, en droit français contemporain, des souvenirs de famille, dont l'aliénation est soumise non seulement à publicité, mais encore à l'autorisation de la famille, réintroduisant dans le droit français une manière de retrait lignager, dont l'objet privilégié était bien entendu la terre.

immense exception, à savoir les meubles à propos desquels, et sauf en cas de perte ou de vol, la possession valant titre (art. 2279 et 2280), on ne saurait engager contre le détenteur actuel (de bonne foi) les actions en revendication, de sorte que ce possesseur n'a pas besoin de prescription pour consolider sa possession[1]. La justification et l'interprétation de ces articles a beaucoup divisé la doctrine[2]. Le commentaire qu'en propose Troplong, largement écrit contre l'opinion de Toullier, n'est pas indigne d'être rapporté :

> « L'art. 2279 a été écrit sous l'influence de cette ancienne règle du droit français, inconnue dans le droit romain, et qui porte que les meubles n'ont pas de suite ; ce qui signifie que tout possesseur à qui le demandeur en revendication ne prouve pas qu'il tient la chose de lui, demandeur, à titre précaire ou à titre résoluble, et qu'il est possesseur de mauvaise foi, trouve dans le seul fait de sa possession une réponse victorieuse à l'attaque dirigée contre lui. Cette possession seule fait supposer le titre le plus légitime et le plus parfait. [...] en fait de meubles, il n'y a pas de droit de suite, à moins que la chose n'ait été volée ou perdue. »[3]

Mais Troplong ajoute immédiatement que si le Code civil s'inspire en cette matière de l'esprit et de la lettre du droit coutumier (contre le droit romain que Toullier aurait suivi à tort), ce n'est pas cependant sans en restreindre la portée :

> « De là [la lettre des articles 2279 et 2280] il résulte la nécessité de faire une distinction capitale entre le cas où celui qui réclame un meuble agit par une action personnelle ou mixte, fondée sur un titre passé avec le possesseur, et le cas où, agissant contre un tiers, il intente une action réelle. »[4]

Il n'est donc pas tout à fait exact de soutenir que la possession vaut titre dans le sens où elle serait opposable, même à un titre valable dont pourrait se prévaloir le demandeur. Le locateur peut toujours s'appuyer sur le contrat de location pour faire cesser une possession indue et pré-

1. Sur le mécanisme institué par l'article 2279, cf. Jean Carbonnier, J. C., *DC,* III, n° 227, p. 357-358.
2. *Ibid.,* n° 236, p. 369.
3. R.-T. T., *Pres* (4), II, n° 1043, p. 632.
4. *Ibid.,* p. 633.

caire du locataire. On s'aperçoit que l'article ne s'applique qu'à un seul cas, celui où le bien

> « est passé dans plusieurs mains, qu'un tiers acquéreur est intéressé dans la poursuite, et que le droit du véritable propriétaire entend se signaler par un droit de suite. C'est là que, fidèle à la règle que les meubles n'ont pas de suite, il [le Code] fait prévaloir la possession sur la propriété et élève un obstacle contre la revendication »[1].

Ainsi, nous pouvons tout d'abord préciser la nature des biens auxquels s'applique l'art. 2279 : c'est moins par leur nature (corporelle et consomptible) que ces meubles s'opposent aux immeubles que du point de vue de leur mode de transmission « de la main à la main »[2]. En second lieu, il faut accorder qu'il est approximatif de prétendre que, de manière absolue, les meubles n'ont pas de suite, ou encore qu'en matière de meuble la possession vaut titre de propriété. Ce n'est vrai qu'en l'absence de titre qui prouverait le caractère précaire ou vicieux de cette possession, c'est-à-dire dans le cas où le possesseur ne tient pas directement la chose du propriétaire véritable, mais d'un tiers qu'il considérait de bonne foi comme possesseur légitime de la chose. Dans ce cas, l'acquéreur de bonne foi est protégé contre le propriétaire véritable qui n'a plus le recours devant la loi au soutien de son titre pourtant parfaitement légitime. Comment comprendre ce qui est un peu plus qu'une exception marginale au sacro-saint droit absolu de propriété *fondé en titre* ? Ce problème est connu pour avoir empoisonné la doctrine pendant au moins deux siècles, de telle sorte qu'aucun des premiers commentateurs du Code civil ne peut rétrospectivement être considéré comme dépositaire d'une solution dogmatique satisfaisante. Il reste que l'exposition qu'en propose Troplong n'est pas la moins stimulante :

> « La transmission des meubles est prompte et dégagée de formalités ; on se les passe de la main à la main par des conventions verbales. Il n'est pas d'usage de dresser acte des contrats dont ils sont l'objet, et la loi encou-

1. *Ibid.*

2. J. Carbonnier formalise cette distinction en opposant les meubles « qui peuvent être touchés, maniés, transmis sans formalité, sans publicité, de la main à la main [...] » aux « meubles corporels *importants* [...] : pratiquement aujourd'hui, les navires de mer, les bateaux de navigation intérieure, les aéronefs » (J. C., *DC,* III, nº 227, p. 357).

> rage, au lieu de paralyser, cette circulation rapide, toute favorable au commerce. Quand j'achète un meuble de celui qui en est le possesseur, je ne puis le plus souvent vérifier les causes qui lui ont procuré la jouissance. Irais-je lui demander ses titres ? Il me dira qu'il n'en a pas, et sa réponse sera d'autant plus vraisemblable que l'habitude est de traiter verbalement de ces sortes d'objets. Ce n'est pas comme lorsqu'il s'agit d'un immeuble. Alors, tout est constaté par écrit, et si j'achète, je suis inexcusable si je ne me suis pas fait représenter tous les contrats écrits qui font connaître la filiation de la chose. Ici, au contraire, il m'est impossible de remonter plus haut que la possession de celui avec qui je traite. Cette possession était donc pour moi l'indice le plus certain de propriété, et je suis exempt de reproches lorsque j'achète de lui comme du véritable propriétaire. S'il était permis à celui qui se prétend seul maître de la chose de venir m'inquiéter plus tard, sous prétexte que celui dont *[sic]* j'ai acheté n'était pas propriétaire, la confiance serait bannie du commerce des choses ; on n'oserait plus rien acheter, et les meubles deviendraient d'une transmission aussi lente et aussi compliquée que les immeubles ; il faudrait un droit de suite sur eux, des droits d'hypothèque, des droits de résolution, et le mot meuble serait dans nos idées un mensonge.
>
> « Car ce qui nous frappe en eux, c'est la facilité d'en déplacer la propriété avec une promptitude indispensable dans nos besoins commerciaux. [...] C'est cette doctrine utile au commerce que les rédacteurs du Code Napoléon ont consacrée. »[1]

Il y aurait beaucoup à dire, et l'on y reviendra, sur l'alliance ici esquissée du droit coutumier et de la civilisation commerciale. L'argument le plus étonnant dans les lignes qui précèdent n'est pas dans le panégyrique de la promptitude et de la circulation commerciale, derrière laquelle on aperçoit la querelle du commerce et de la vertu ; c'est bien plutôt celui qui consiste, dans le cas des biens meubles, à rendre responsable de la dépossession d'un bien, qui se trouverait actuellement entre les mains d'un possesseur de bonne foi (à l'exception des cas de vol et de perte), le propriétaire même, pourtant victime de la lésion, au nom de la nécessaire confiance qui doit régner dans les rapports commerciaux. Autrement dit, c'est la responsabilité du propriétaire légitime si celui qui détient son bien le vend à un tiers quoiqu'il n'en ait pas le droit. La morale de ces dispositions – car c'est bien de morale qu'il est

1. R.-T. T., *Pres* (4), II, n° 1059, p. 677-678.

question ici – est que la loi n'est pas la garantie de la propriété en matière de meubles qui changent rapidement de mains, et que cette garantie doit être cherchée dans la confiance qu'on a dans celui avec qui l'on traite : confiance du possesseur en celui par qui il a acquis le bien, confiance du propriétaire qui laisse ses biens en possession de quelqu'un qui pourrait les revendre en se faisant passer pour le propriétaire légitime. Plus exactement, donc, le principe moral de ces dispositions est celui de la méfiance généralisée, de la confiance qu'on est censé ne pas avoir, et qui fait peser la responsabilité de la perte de la chose sur celui qui ne s'est pas assez méfié[1]. Après la communauté négatrice de la communauté qu'est la mitoyenneté, la suspicion commerciale généralisée... C'est peut-être dans un traité des passions selon le Code civil, qui reste à écrire, que se trouverait le plus complet et le plus rigoureux des manuels de cynisme moderne.

Le mécanisme général de la protection de la propriété des meubles qui passent de main en main est donc en deçà de la loi, dans la seule responsabilité du propriétaire actuel de la chose. La loi intervient au point où il n'est plus question de confiance et de promesse, mais d'engagement écrit et d'enregistrements légaux, c'est-à-dire là où la responsabilité du propriétaire est relevée de tout rapport intersubjectif direct, oral et personnel. Avec le bien corporel meuble le despotisme est certes absolu, mais il se paie au prix fort de l'absence du secours de la loi. Il y a bien là quelque chose comme une obligation négative vis-à-vis de soi-même, qui est juridique dans ses effets, puisqu'elle refuse au propriétaire imprudent l'exercice d'un droit de suite et confère la propriété à l'acquéreur de bonne foi.

Il est désormais possible de préciser la nature de la division des biens dont il est ici question. Il s'agit moins ici de mobilité ou de consomptibilité que de responsabilité : certains biens sont sous la responsabilité personnelle de leur propriétaire, d'autres sont protégés par la loi. Bien sûr, les premiers sont meubles, puisqu'ils doivent pouvoir

1. Pour A.-M. Patault, « il faut sortir du système romain pour apercevoir derrière le mécanisme de l'article 2279 l'esprit du droit franc qui fait souvent appel à l'idée de responsabilité du propriétaire dans la sécurité de ses meubles. Le propriétaire doit surveiller sa chose » (A.-M. P., *IHDB,* n° 254, p. 298).

passer de main en main, mais la division des biens dont on est ou pas responsable excède celle des meubles et des immeubles. La langue juridique n'est cependant pas dépourvue de ressources, à la condition d'emprunter au vocabulaire des droits coutumiers plutôt qu'au corpus romain. Dans la présentation qu'en propose Alfred Dufour, la division des choses en droit franc oppose *capitale* et *hereditas,* le bien personnel et la terre :

> « Il s'agit d'une division très concrète qui apparaît fonction de la modalité de maîtrise des choses autant que de leur nature. Le *capitale* est tout ce dont tout individu – libre ou non libre – peut se rendre physiquement maître et dont il peut librement disposer. C'est du même coup toute chose susceptible de disparaître par nature ou par volonté humaine. Des *capitalia* se différencient précisément les biens familiaux – essentiellement les biens-fonds *(terra, hereditas)* – dont les libres, et eux seuls, ne peuvent disposer qu'à des conditions très strictes, requérant sinon l'intervention de l'autorité publique, en tout cas une publicité qualifiée. Il s'agit là de choses qui échappent aussi physiquement à la maîtrise sensible de l'individu, impérissables et insaisissables par nature. »[1]

On objectera avec raison que la catégorie de *capitalia* ne prend son sens qu'en regard de celle d'héritage, et que son usage est introduit par la territorialisation de la propriété. Faudrait-il alors faire appel à un droit plus archaïque encore, à un droit de la *marque*[2] ?

1. Alfred Dufour, « Notion et division des choses en droit germanique », in *Archives de philosophie du droit,* Paris, Sirey, t. 24, p. 95-125. Citations, p. 118-119. On notera que cette division est celle que connaît encore le droit de la *Common Law,* sous la forme de l'opposition de la *personnal* et de la *real property*.

2. Selon Ernest Champeaux, dont l'étude plus que centenaire sur la saisine franque reste une référence : « La poursuite du bien n'était possible que si l'on avait affaire à un bien marqué, une nouvelle division des biens en biens marqués ou non marqués, revendicables ou non apparaît. Plus tard, sur cette idée maîtresse du bien reconnaissable ou non, marqué ou non sur laquelle semble tourner la division des biens, il s'en greffa une autre : c'est que, parmi les biens, il y a les choses susceptibles d'une jouissance plus ou moins longue. Celles dont l'usage est momentané ou de peu de durée appartiendront à l'individu, les autres à la famille ; toutefois, dans ces secondes, l'on verrait déjà la terre tendre à prendre une importance dominante. Cette division du bien individuel et du bien familial est une division d'essence agricole tandis que la précédente est naturelle à un peuple pasteur. Cette seconde division n'a pu exister qu'au moment où les Germains se sont installés définitivement sur le sol : c'est-à-dire vers la fin de l'époque francique » (Ernest Champeaux, *Essai sur la* Vestitura *ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français,* Paris, Fontemoing, 1898. Cet ouvrage sera noté E. C., *EVS* par la suite. Citation, p. 59-60).

3.2. Des meubles aux immeubles

Quoi qu'il en soit, ce n'est qu'avec la territorialisation de son domaine absolu que le propriétaire est relevé de la charge de veiller personnellement sur sa chose. Du droit de détruire, l'accent se déplace vers le droit réel, ou encore vers l'irresponsabilité personnelle du propriétaire et la responsabilité impersonnelle de la loi. Nous sommes au faîte de l'édifice théorique de cette conceptualisation de la propriété, au point où même la garde de l'objet est insusceptible d'obligation personnelle, y compris vis-à-vis de soi-même, puisque l'obligation première est celle de respecter la loi et que la nature de cette dernière est précisément d'être impersonnelle. En outre, la distinction des biens s'affine encore : l'autre des héritages en matière de propriété, ce sont les biens personnels et meubles qui passent de main en main et qui peuvent être placés sous la garde physique de leur propriétaire. On voit ce que cette seconde détermination implique du point de vue de l'exploitation de la chose. Si, en matière de meubles, possession vaut titre, si la responsabilité de la garde du bien pèse sur le propriétaire, se séparer d'un bien personnel pour le faire exploiter par autrui est une entreprise plus délicate qu'en matière foncière puisque c'est sur le propriétaire que pèserait la charge de la preuve au cas où le détenteur du *capitale* l'aurait cédé à un tiers. Non que ces *capitalia* ne puissent faire l'objet de location, de dépôt ou de gage, mais le régime juridique de ce bien n'est plus destiné prioritairement à protéger le propriétaire désireux de faire fructifier sa propriété par autrui.

L'esprit du régime spécial applicable aux meubles personnels introduit une division en matière de biens qui se prolonge sur le terrain de leur usage et recoupe donc alors celle du travail : les biens placés sous la responsabilité directe du propriétaire, qui se passent de main en main, seraient moins destinés que les immeubles fonciers à être exploités par d'autres que par leur propriétaire. Les biens réels, ceux sur lesquels s'exerce un droit réel au sens d'un droit de suite, sont ceux dont le régime juridique est conçu pour se prêter à la séparation du propriétaire et du détenteur exploitant, c'est-à-dire à la divi-

sion du travail. Il serait par conséquent dans la nature juridique de l'immeuble que de pouvoir être le lieu où s'institue la séparation de la propriété et de l'exploitation du bien. Comme s'il fallait considérer que, à la différence des *capitalia,* il est de la nature de la terre d'être exploitée par d'autres que le propriétaire.

La loi intervient donc deux fois. Elle intervient toujours en cas de vol ou de perte, pour sanctionner la violence, pour corriger l'injustice. Elle intervient ensuite pour rendre à chacun le sien, dans le seul cas des biens laissés par leur propriétaire aux soins d'autrui, le plus souvent pour en percevoir les fruits. Corrélat logique de la réalité du droit de propriété, l'autorité de la loi s'impose aussi comme garantie de la divisibilité du droit, attribut essentiel de la libre disposition.

Du point de vue conceptuel, le raisonnement va donc toujours du droit de préférence au droit de suite, du pouvoir de détruire la chose à celui de la faire exploiter par autrui, du tyran à l'entrepreneur. Aussi, chez les commentateurs du Code, largement tributaires sur ce point des enseignements de l'École du droit naturel moderne, la légitimation de la propriété conduit-elle toujours de la propriété des meubles à la propriété des immeubles, de l'appropriation des fruits à celle de la terre. La doctrine majoritaire s'accorde en effet à reconnaître que le premier moment logique de la propriété est le droit de préférence, celui que confère la *prima occupatio* d'un bien corporel meuble. Ainsi Toullier :

> « Celui qui s'emparait le premier d'une chose, acquérait sur elle une sorte de propriété passagère, ou, pour parler plus exactement, un droit de préférence que les autres devaient respecter. Ils devaient lui laisser cette chose pendant qu'il la possédait ; mais après qu'il avait cessé de s'en servir ou de l'occuper, un autre pouvait s'en servir et l'occuper à son tour.
>
> « Si l'ancien possesseur avait invoqué sa possession passée, le nouveau eût pu répondre par sa possession présente ; et lorsque d'ailleurs les droits sont égaux de part et d'autre, il est juste et naturel que le possesseur actuel soit préféré ; car pour lui ôter sa possession, il faudrait un droit plus fort que le sien.
>
> « Ainsi, le droit d'occupation est un titre de préférence légitime et fondé en nature.
>
> « L'existence de cet état primitif de communauté négative est incontestable ; on en trouve les preuves dans la Genèse [...].

> « Mais comment cette préférence acquise par l'occupation put-elle devenir une propriété stable et permanente, qui continuât de subsister, et qui pût être réclamée après que le premier occupant avait cessé de posséder ?
>
> « Ce fut l'agriculture qui fit naître l'idée de sentir la nécessité d'une propriété permanente. »[1]

Le premier moment de la propriété est un droit de préférence décrit comme absolu, mais précaire puisque garanti par la seule force de son titulaire, et légitime pour la seule durée de son usage. Ce droit est absolu puisque le droit de préférence comporte le pouvoir de faire subir à la chose un usage suprême et définitif ; il se prouve par la possession actuelle. Sous le subtil et original déguisement du droit des primitifs (l'Indien d'Amérique est p. 43, au n° 66), nous retrouvons là les caractères principaux du régime des biens meubles corporels selon le Code Napoléon : acquisition par occupation, possession ayant valeur de titre, absence de droit de suite. Absolu ici ne signifie donc ni réel (il n'y a pas de droit de suite), ni perpétuel, sinon dans le sens où le droit dure ce que dure la chose, c'est-à-dire le temps de sa destruction ; et la question aussi bien de la réalité que de la perpétuité du droit ne surgit que dans le cas où le premier occupant souhaite user périodiquement d'une chose qui ne se consomme pas à l'usage et ne se transmet pas de main en main : la terre. La suite du roman naturaliste est de peu d'intérêt, d'abord parce que tout ce qui pouvait être écrit sur le sujet, et qui valait la peine de l'être, l'a été au moins un siècle plus tôt, ensuite parce qu'il consiste essentiellement à masquer le problème plutôt qu'à le traiter.

Ce problème est le suivant. Tant qu'il est question de biens consomptibles à l'usage, *a fortiori* au premier usage, comme des gorgées d'eau, des poissons et des lapins, le pouvoir de détruire est inclus dans la puissance actuelle du possesseur, mais dès lors qu'on passe à la terre, si l'on comprend assez bien la nécessité d'ajouter certains caractères au droit de propriété (droit de suite, perpétuité), il devient de plus en plus difficile de conserver tous ceux qui accompagnent le droit primitif de

1. C.-M. T., *DCF* (5), III, n°s 65-66, p. 42-43.

préférence en faisant comme si, dans le changement d'objet, la seule chose qui changeait était la réitération des usages et la longévité du bien, alors que de toute évidence le changement d'objet engage une transformation de la nature du droit lui-même, et de ses caractères[1].

Une des transformations essentielles du droit qui rend cette prétention difficile est le passage du mécanisme de la responsabilité personnelle de la garde du bien à une garde impersonnelle, celle de la loi. C'est ce que reconnaît lucidement Toullier :

> « L'agriculture ne fut donc pas seule suffisante pour établir la propriété permanente [...] Pour donner à la propriété le caractère de stabilité que nous lui voyons aujourd'hui, il fallut des lois positives, des magistrats pour les faire exécuter, en un mot, il fallut l'état civil.
>
> « [...] si la propriété passagère, ou le droit de préférence que donne l'occupation, est antérieur à l'établissement de la société civile, la propriété permanente, telle que nous la connaissons aujourd'hui, est l'ouvrage du droit civil. »[2]

Ces quelques lignes vaudront bien des critiques à son auteur, accusé de tous les crimes par les partisans de la thèse d'un droit de propriété entièrement naturel[3]. La querelle est encore forte au XIXe siècle, byzantine (si l'on ose dire à propos de doctrines élaborées par les théologiens de la seconde scolastique et de l'École protestante hollandaise) comme à son origine, et tout à fait dépourvue de conséquences pratiques deux siècles après son triomphe. Les jurisconsultes les plus rigoureux l'évitent consciencieusement[4], les plus honnêtes avouent qu'ils

1. Le chapitre V du *Second Traité du gouvernement civil, essai sur la véritable origine, l'étendue et les fins du gouvernement civil,* trad. fr. J.-F. Spitz et C. Lazzeri, Paris, PUF, 1994 (1690), de Locke fournit un exemple magistral d'occultation du problème. Cf. n° 32, p. 25. Ce qui, au nom de l'évidence, est occulté dans ce texte canonique, c'est la nature des travaux considérés : tout se passe en effet comme si l'on jouissait des fruits de la terre et des bêtes qui la peuplent de la même manière qu'on produit ces fruits : seul, avec son corps et ses mains, en « mêlant son travail à tout ce qu'[on] fait sortir de l'état dans lequel la nature l'a fourni et laissé » (n° 27, p. 22). Ce que nous enseigne le régime des biens meubles, c'est précisément que l'exploitation de la terre requiert des procédures plus complexes que l'appropriation des bêtes, et que la complexité de ces procédures change la nature des droits qui s'exercent sur ces biens respectifs.

2. C.-M. T., *DCF* (5), III, n° 68, p. 45.

3. Sur ce point, Alphons Bürge, « Le Code civil et son évolution... », art. cité.

4. Aubry et Rau, bien sûr.

n'ont décidément rien à dire sur le sujet[1]. L'intérêt de ces développements n'est donc pas dans ce qu'ils disent (la légitimité de l'article 544 du Code civil), mais dans ce qu'ils ne disent pas : le défi théorique que constitue le passage logique du droit de préférence sur les *capitalia* à l'application de l'article 544 à des fonds de terre.

3.3. Du barbare au laboureur

La distinction des choses mobiles, consomptibles et transmissibles de la main à la main, et des choses immobiles, pérennes et dont on peine à jouir sans recourir à des tiers, voire même sans démembrer son droit, écartèle donc la cohérence du mode de conceptualisation souverain de la propriété. On peut y voir un motif pour abandonner les critères de réalité et de perpétuité afin de sauver l'absolutisme propriétaire[2]. En sens inverse, il semble que le droit rural ait renoncé à faire du paysan un tyran, pour donner à la réalité et à la pérennité de la terre le statut juridique que ses usages imposent. Mais ce sont là des ruptures, des manières tout autres de concevoir la propriété. Aussi faut-il conclure que, sur le plan conceptuel, l'absolutisme propriétaire est le fruit de la conceptualisation du rapport juridique d'une personne aux biens qui sont sous sa stricte dépendance personnelle, ou encore que la terre *n'est pas* l'archétype à partir duquel a été élaboré ce mode de conceptualisation de la propriété.

Répétons-le : il est incontestable que le Code civil favorise la propriété foncière en lui accordant la sécurité que confèrent le droit de suite et la publicité du transfert ; comme il est incontestable que les rédacteurs du Code civil, ainsi que la majeure partie de ses commentateurs, ont accordé une importance considérable au statut politique et moral que confère la propriété foncière. Les uns et les autres préféraient sans doute l'agriculture à la spéculation, le soldat-laboureur au mar-

1. Demolombe, C. D., *CCN* (4), IX, n° 533, p. 449.
2. C'est le sens de la « rénovation de la théorie de la propriété » entreprise par certains auteurs contemporains. Sur cette rénovation, cf Frédéric Zénati, *Essai sur la nature. Juridique…, op. cit.*

chand cosmopolite. Mais le degré de garantie juridique n'est pas la matrice conceptuelle. Le Code civil a fortifié le pouvoir des nouveaux propriétaires terriens, au point que ces derniers sont devenus le cœur sociologique de la première époque du droit civil moderne[1], mais pour ce faire le Code civil a écartelé jusqu'à l'incohérence un modèle théorique pensé à partir du droit naturel de préférence sur les meubles consomptibles et transmissibles sans formalités, et étendu dans un second moment logique à la terre.

Il n'est pas aisé de comprendre pourquoi s'est opérée une telle extension. Peut-être faut-il en chercher l'origine dans la confusion entre le droit de préférence des jusnaturalistes et un des domaines fonciers en vigueur dans l'ancien droit, le domaine utile des exploitants agricoles. De cette collusion serait née une des plus formidables usines à gaz de l'histoire du droit, transformée en étendard de la lutte contre la féodalité. On trouve un bon exemple de cette collusion chez Pothier, repris ensuite par la grande majorité des auteurs :

> « Il n'y a aujourd'hui à l'égard des meubles qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété. Il en est de même des héritages qui sont en franc-alleu.
>
> « À l'égard des héritages qui sont tenus en fief ou en censive, on distingue deux espèces de domaine, le domaine direct & le domaine utile.
>
> « Le domaine direct qu'ont les Seigneurs du fief ou du censive sur les héritages qui sont tenus d'eux en fief ou en censive, est le domaine ancien, originaire & primitif de l'héritage dont on a détaché le domaine utile par l'aliénation qui en a été faite, lequel en conséquence n'est plus qu'un domaine de supériorité & n'est autre chose que le droit qu'ont les Seigneurs de se faire reconnoître comme Seigneurs par les propriétaires & possesseurs des héritages tenus d'eux ; et d'exiger certains devoirs & redevances recognitifs de leur seigneurie.
>
> « Cette espèce de domaine n'est point le domaine de propriété qui doit faire la matière du présent Traité ; on doit plutôt l'appeler domaine de Supériorité : nous en traiterons par la suite dans un Traité des fiefs & des censives.

1. Cf., sur ce point, les analyses de Halpérin, *HDPF,* n°s 73-76, p. 120-23, et M. Garaud, *La révolution et la propriété foncière, op. cit.*

> « Le domaine utile d'un héritage renferme tout ce qu'il y a d'utile, comme d'en percevoir les fruits, d'en disposer à son gré, à la charge de reconnoître à Seigneur celui qui en a le domaine direct.
>
> « C'est, à l'égard des héritages, le domaine utile, qui s'appelle domaine de propriété. Celui qui a le domaine utile, se nomme propriétaire ou Seigneur utile ; celui qui a le domaine direct, s'appelle simplement Seigneur. Il est bien le propriétaire de son droit de seigneurie ; mais ce n'est pas lui, c'est le Seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage. »[1]

Le mouvement conceptuel est très clair : le modèle du droit réside dans le droit des biens meubles et dans celui des francs-alleux ; c'est ce modèle qu'on appelle propriété, et c'est en identifiant le domaine utile et la propriété qu'on peut dissocier deux maîtrises simultanées sur le même bien qui n'étaient jusqu'ici pas pensables l'une sans l'autre. C'est bien le pouvoir absolu sur les meubles qui sert de référence conceptuelle à la définition du domaine utile[2].

Ajoutons que cette collusion du pouvoir absolu du propriétaire sur ses biens personnels, du droit du franc-alleu sur sa terre et du tenancier utile est parfois soutenue par une construction mytho-historique dont la thèse majeure consiste à chercher l'origine de la modernité dans la rencontre du droit germanique et du christianisme : le barbare blond civilisé par le prêtre[3].

Ainsi, le droit naturel et l'histoire s'accorderaient miraculeusement pour légitimer le Code civil et assurer le lien logique qui mène du pouvoir du guerrier sur ses armes à celui du paysan libre sur sa terre et jusqu'à celui du tenancier libéré sur la sienne. Ce serait chose faite si le barbare blond, le franc-alleu ou le tiers-état débarrassé du joug féodal ne s'étaient vus reconnaître le loisir de donner leur bien à fructifier à un autre, si la territorialisation de la propriété ne s'accompagnait pas de la division du travail et si de cette territorialisation ne naissait la contiguïté

1. Pothier, *Traité du domaine de propriété, op. cit.,* n° 3, p. 4-5.

2. D'après R. Feenstra, c'est Dumoulin qui, le premier, identifie le droit de propriété au domaine utile. De la rencontre de cette association et de celle, jusnaturaliste, de la propriété et de la liberté serait donc né le dogme de la propriété moderne, hégémonique au début du XIXe siècle, « Les origines du dominium utile », art. cité, p. 259.

3. Cf. E. Laboulaye, E. L., *HPFO,* p. 274 et 388.

des héritages. Mais la territorialisation du domaine, la division du travail agricole et la contiguïté des héritages qui en résulte imposent à la puissance du barbare, du franc-alleu et du tenancier libéré l'entrée en mitoyenneté. En outre, dès que cette territorialisation, en soulageant le propriétaire de la responsabilité de garder son bien, oblige – passivement mais universellement – le propriétaire, la propriété, devenant réelle et perpétuelle, connaît dans la loi impersonnelle sa garantie, mais aussi sa seconde limite extérieure. Le propriétaire tyrannique connaissait la loi pénale qui le protégeait de la violence ; en se faisant entrepreneur, il découvre la loi civile. C'est cette seconde limite qu'il faut maintenant examiner.

4. LA QUERELLE DES SOUVERAINS. DE L'EXPROPRIATION

La soumission du propriétaire et du titulaire de fractions démembrées du droit de propriété à la loi ne pose donc pas de problème théorique, sinon dans la perspective jusnaturaliste. L'opposition conceptuelle de la souveraineté et de la propriété est en effet un faux débat, ou plus exactement un débat confus, celui de la légitimité du droit de propriété, assis sur une question mal posée, celle de l'origine de ce droit. Sous sa forme canonique, elle se présente comme une question de préséance. La propriété naît-elle de la loi, ou bien au contraire celle-ci se contente-t-elle d'en reconnaître l'existence antérieure ? Ou encore, la propriété est-elle inviolable même par loi ? Cette question est mal posée, parce qu'elle oriente la réflexion sur l'articulation des déterminations essentielles du droit de propriété vers l'adoption de l'inutile protocole théorique que suppose le recours à une histoire devenue hypothétique, faute de pouvoir s'assumer biblique ; et le débat est confus parce qu'il emmêle deux problèmes distincts, celui de la garantie de la propriété par une loi impersonnelle et celui des prérogatives de l'État sur les domaines particuliers.

De ces deux problèmes, le premier n'en est pas un. La propriété suppose la loi et n'existe que par elle ; dès lors qu'elle se territorialise en se faisant foncière, elle est impensable sans le secours de la loi. Certains

auteurs ont voulu faire reproche au Code civil d'avoir soumis la propriété aux volontés du législateur, et surtout de l'administration, en ajoutant à la définition du domaine de propriété comme disposition absolue « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Ainsi Charles Comte :

> « La définition du Code civil est tellement inexacte, qu'elle peut s'appliquer à toute autre chose qu'à l'objet défini, et que les gouvernemens les plus despotiques pourraient l'adopter sans lui faire subir aucune modification, et sans crainte qu'elle fit éprouver aucune entrave. »[1]

Ce reproche tourne court : la majorité des commentateurs du Code civil ne s'en font pas l'écho. Ils interprètent au contraire le second membre de la phrase comme une confirmation de l'obligation passive universelle qui pèse sur chacun, et particulièrement sur les propriétaires. Sur le sujet, le mérite de la plus grande clarté revient à Hennequin :

> « Les jours de l'homme seraient comme des points perdus dans l'espace, s'il ne lui était pas donné de former tous les instants de son existence une trame continue, un tout, un ensemble : et c'est là le précieux avantage de la protection des lois. Par le droit de propriété, tel que les sociétés civilisées le reconnaissent, le passé se réalise, se constitue et forme une base solide sur laquelle s'appuient les jouissances du présent et les projets de l'avenir. Paisiblement abrité sous le pouvoir social, l'homme s'abandonne à ses méditations, se livre à des entreprises qui, se transmettant d'âge en âge, se développent et se perfectionnent par la double action de la réflexion et du temps. »[2]

La faculté de gouverner des biens confère statut moral et politique, mais aussi attachement à l'ordre social qui protège ces biens, et reconnaissance pour le garant universel et impersonnel qui en assure la sécurité. C'est, bien entendu, la nouvelle école utilitariste, à laquelle émarge Charles Comte, qui est visée dans cette citation, comme dans la suivante :

> « La sécurité, voilà le trait caractéristique de la vie sociale, et que le travail ne saurait payer par trop de sacrifices. C'est dans cette idée et non dans la théorie du chef des utilitaires que le législateur puise le droit de comman-

1. Ch. Comte, *Traité de la propriété...*, *op. cit.,* II, p. 373.
2. Hennequin, *Traité de législation et de jurisprudence…, op. cit.,* I, p. 370-371.

> der à la propriété, d'en régler l'exercice et d'en modifier les attributs. La propriété n'est pas seulement comme l'appelle Bentham, une base d'attente, c'est un droit complet, mais menacé, et qui s'acquitte envers la société, sa protectrice, en se prêtant à ses exigences et en secondant les progrès. »[1]

Il n'y a donc pas véritablement d'opposition, dans la conceptualisation souveraine de la propriété, entre cette dernière et la souveraineté politique, ou plus exactement, cette opposition ne naît qu'au moment où la souveraineté politique prétend elle-même à la propriété, mais alors le conflit n'oppose plus l'autorité de la loi impersonnelle et générale et celle du propriétaire sur ses biens, mais deux prétendants à la propriété. La vraie querelle n'est donc pas celle de la propriété et de la loi, mais celle d'un propriétaire particulier, l'État, avec tous les autres. Or il se trouve que ce propriétaire privé d'un genre un peu spécial a pu prétendre être davantage qu'un simple particulier et revendiquer un domaine éminent sur l'ensemble du territoire. Cette revendication, si elle était reconnue, réintroduirait une forme moderne de domaine divisé. Dans le cadre d'une lecture littérale de l'article 544, l'État peut fort bien être souverain politique et propriétaire privé de son domaine, il ne saurait réclamer la propriété éminente du territoire au titre de sa souveraineté politique. En effet, absolu, le domaine est direct et immédiat, et le propriétaire n'est, par définition, pas obligé personnellement sans qu'il y consente. Le propre de la soumission à la loi est impersonnel dans le sens où celle-ci est universelle, universalité qui serait mise en cause si son fondement résidait dans un statut patrimonial nécessairement particulier, plutôt que politique, la citoyenneté. Aussi faut-il logiquement conclure à l'absence de domaine éminent de l'État comme une conséquence du refus de la division du domaine. Il a cependant fallu un demi-siècle après la promulgation du Code civil pour que cette solution s'impose et que meure la théorie du domaine éminent de l'État[2].

La thèse du domaine éminent est en effet soutenue par l'administration de l'enregistrement, et elle est encore admise par la Cour de

1. *Ibid.*
2. Sur cette querelle, l'article très complet de J.-J. Clère, « En l'année 1857… », art. cité.

Paris dans un arrêt du 13 mars 1855[1], cassé par la Cour de cassation, sur le fondement de la reconnaissance de la « plénitude et indépendance » du droit de propriété[2]. Cette dispute mérite cependant qu'on s'y arrête, car elle est l'avatar moderne de celle de l'expropriation, vénérable antiquité de la littérature juridique, qui, avec la querelle relative au consentement à l'impôt, cristallise la dispute relative à la nature de l'État dans son rapport aux biens.

4.1. La juridiction et l'éminence

La question de l'expropriation est celle du tracé de la frontière entre le domaine des particuliers et celui de l'État, conçu comme domaine administré, dans les termes du Code civil. Elle est techniquement résolue depuis le XIVe siècle ou peu s'en faut : c'est l'administration qui décide de l'opportunité d'une nouvelle répartition des propriétés, mais sous condition d'une juste indemnité préalable, et surtout sous le contrôle du juge. On peut varier les formules, discuter pour savoir si le fondement est l'utilité (générale ou publique), ou bien plutôt la nécessité qu'imposent les circonstances exceptionnelles chères à la Raison d'État, le résultat est à peu près le même : il faut justifier l'atteinte à la propriété par des motifs supérieurs et payer le dommage fait au propriétaire sous le contrôle du juge. La doctrine de la première moitié du XIXe siècle a redécouvert cette solution et s'est étonnée de sa témérité[3]. Elle n'a pourtant, sur ce point, rien inventé : techniquement,

1. Sirey, 55, 2, 162. Sur ce point, cf. Halpérin, *HDPF,* n° 72, p. 119 ; Carbonnier, J. C., *DC,* III, n° 223, p. 348, et J.-J. Clère, « En l'année 1857... », art. cité.

2. Civ. 23 juin 1857, S., 57, 1, 401.

3. Tandis que la Constitution de 1791 dispose que l'expropriation est légitime « lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité », le Code civil, en son article 545, introduit en lieu et place de la nécessité publique la notion de « cause d'utilité publique » et conserve la « juste et préalable indemnité ». C'est cette notion que conservent la loi du 8 mars 1810, qui introduit le contrôle du juge judiciaire, et celles du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1844 qui portent le régime juridique moderne de l'expropriation. Le sens de cette inflexion est évidemment à chercher dans la multiplication des travaux publics, routiers et ferroviaires en particulier, qui accompagnent la révolution industrielle.

le débat est clos depuis le Moyen Âge[1], aucun commentateur du Code civil n'ayant jamais songé à le rouvrir.

Le débat est donc essentiellement idéologique et politique. Au nom de quoi l'État est-il fondé à exproprier ? Est-ce en tant que propriétaire éminent ? Est-ce au contraire au titre de sa souveraineté politique ?

On comprend que la réponse soit malaisée puisque les termes mêmes du débat supposent la claire distinction des domaines politique et de propriété. Or, dès que le souverain politique n'est pas l'Empereur universel, son domaine est territorialisé, ou encore le territoire est son domaine de souveraineté, et ce dernier acquiert par là une indéniable dimension *réelle*. On peut le regretter ou le condamner[2], le rapport impersonnel entre le souverain et les sujets est médiatisé par un territoire[3]. Pour que la souveraineté politique soit dégagée de toute réalité, il faudrait qu'elle soit universelle, mais elle serait alors l'empire du Maître d'un monde unifié par lui.

C'est pourtant cette conception impériale de la souveraineté que défend le doyen Proudhon, dont la théorie va nous intéresser maintenant, moins pour les réponses qu'elle apporte au difficile problème du fondement de l'expropriation, que pour son édifiante confusion. Cette conception n'est pas nouvelle : déjà Rousseau avait exposé brillamment la différence de nature entre domaine de souveraineté et domaine de propriété, et il n'avait eu qu'à s'inspirer de Bodin, qui lui-même copiait Balde, qui copiait les premiers Glossateurs[4]. L'histoire de la *iuris-*

1. Guillaume Leyte, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale,* Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1996, p. 425 *sq.,* et J.-L. Mestre, « L'expropriation face à la propriété, du Moyen Âge au Code civil », *Droits,* 1, 1985, p. 51-62.

2. Comme le fait Rousseau dans le chap. IX du livre I du *Contrat social. Écrits politiques,* in *Œuvres complètes,* III, Paris, Gallimard, 1964, p. 366-367.

3. Selon J.-B. V. Proudhon : « Tout le corps matériel de l'État repose sur la propriété foncière, comme base nécessaire à l'organisation politique » (J.-B. P., *TDPPr* (1), I, n° 72, p. 75-76.

4. Sur cette histoire, cf. J.-J. Clère, « En l'année 1857... », art. cité, ainsi que Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen Âge, op. cit.,* t. IV, chap. XXIII où, aux pages 23 *sq.,* est relatée l'anecdote des deux docteurs de Bologne, Bulgarus et Martinus, s'opposant sur la réponse à apporter à la question de savoir si l'Empereur universel, Maître du Monde, peut se considérer comme propriétaire des biens des particuliers soumis à son empire. Oui selon Martinus, non selon Bulgarus, ou plutôt si, mais dans un certain sens seulement que les

dictio[1] indique que la signification du terme s'est étendue jusqu'à inclure les moyens de cette protection et le pouvoir de gouverner. C'est précisément ce dont il est question chez le doyen Proudhon, selon qui

> « le domaine de souveraineté n'est point un domaine de propriété, mais seulement un pouvoir de direction ou un gouvernement de protection qui ne suppose point que celui ou ceux qui en sont revêtus aient le droit de confisquer les biens des particuliers ni d'en prendre la jouissance, ou d'en disposer arbitrairement de quelque manière que ce soit. On ne pourrait lui donner une telle extension sans vouloir mettre l'autorité suprême en contradiction avec la loi de sa propre nature : car [...] du moment que cette autorité n'a été établie que pour protéger les droits de tous, celui ou ceux qui en sont revêtus ne pourraient, sans se livrer à la plus odieuse forfaiture, faire servir à l'envahissement des propriétés la force dont ils furent armés pour les défendre »[2].

Par souverain politique, il faudrait donc entendre le rôle de gardien des propriétés privées, le détenteur du pouvoir de *iurisdictio,* de dire le droit et de le faire appliquer. Une telle souveraineté ne pourrait ainsi constituer le fondement de l'expropriation que dans les cas où celle-ci s'impose pour sauver la propriété elle-même. Nous serions alors dans la doctrine des « circonstances exceptionnelles » et de la « nécessité publique » qu'évoque la Constitution de 1791. Ces circonstances exceptionnelles sont celles dans lesquelles les propriétés seraient de toute façon perdues si l'État ne mobilisait pas les moyens requis pour prévenir le danger qui les menace. On pense à la conquête étrangère ou à la prévention de phénomènes naturels destructeurs. Une telle conception de l'expropriation serait donc vierge de toute origine « féo-

gloses ultérieures se chargent de préciser : l'Empereur est bien titulaire d'un domaine universel, mais ce dernier n'est pas un domaine de propriété au sens où il donnerait à son titulaire le droit de disposer librement de toutes choses. C'est une *juridictio,* un devoir de protection de la propriété des particuliers. Pour plus de détails, cf. mon article « La destination politique de la propriété chez Jean-Jacques Rousseau, *Études philosophiques,* Paris, PUF, septembre 2003.

1. Sur l'histoire de l'élaboration de ce concept, Pietro Costa, *Iurisdictio : semantica del potere nella pubblistica medievale,* Milano, Giuffré, 1969.

2. J.-B. V. Proudhon, *Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public,* Dijon, V. Lagier, 1833-1834, t. I, n° 49, p. 66. Cet ouvrage sera noté J.-B. P., *TDPub* (1), I par la suite.

dale » ; faisant l'économie d'un recours à la notion de « domaine éminent », elle se présenterait comme la quête du remède dans le mal lui-même.

Si cette doctrine a le mérite de sauver le caractère strictement impersonnel du droit de propriété en trouvant sa garantie dans un rapport politique universel, elle se heurte cependant à une immense difficulté dont seul le *Dominus Mundi* peut espérer faire l'économie. L'empire de Bonaparte, dont on aura compris qu'il a les faveurs du doyen Proudhon, est assis sur un territoire hérité du royaume de France, et ne saurait prétendre qu'à l'extension, non à la déterritorialisation. C'est pourquoi l'argumentaire en faveur de l'expropriation doit *aussi* puiser à d'autres sources :

> « L'idée mère qui préside à cette matière, c'est que, comme, par l'effet du contrat social existant entre les divers membres du corps politique, ils sont eux-mêmes soumis à la *servitude personnelle* qui leur impose le devoir de concourir à la défense du pays, au maintien général de la paix intérieure et de la tranquillité générale, chacun dans la mesure de ses forces et de sa capacité suivant sa position sociale : de même et à plus forte raison l'on doit reconnaître que *leurs propriétés sont grevées, suivant leur situation, de toutes les servitudes nécessaires* à la création et à l'entretien des divers établissements reconnus indispensables ou avantageux pour la défense et la sûreté de l'État ; pour favoriser les causes de production des denrées nécessaires ou utiles à la vie des hommes : pour la communication des personnes, la circulation du commerce, et le bien-être général des habitants, sauf toutefois la juste indemnité due au propriétaire du fonds dont on vient de s'emparer pour le faire servir à ces divers objets d'utilité collective. »[1] (Mes italiques.)

Le vocabulaire se fait ici flottant. Sans doute, chaque citoyen doit-il contribuer à la défense du pays ainsi qu'au bien-être général en tant que membre de la collectivité politique, et au titre de l'obligation générale qui découle de cette appartenance. Mais cette obligation générale est qualifiée par Proudhon de « servitude personnelle », expression lourdement chargée de connotations féodales, où les relations politiques ont une forte odeur de réalité, quoi qu'en ait le Code. Et c'est encore une

1. J.-B. P., *TDPPr* (1), II, n° 648, p. 226.

« servitude » qu'évoque Proudhon pour désigner l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique :

> « Quand il s'agit d'établir une route, un canal de navigation intérieure, une forteresse, là où il n'y en avait point encore, c'est en exerçant l'espèce de servitude générale dont nous parlons que le gouvernement a le droit d'expropriation forcée sur les divers héritages particuliers ou communaux dont la concession est reconnue nécessaire à l'exécution de son entreprise. »[1]

Juridiction ou servitude ? Prérogative impériale ou domaine divisé ? L'ambiguïté des termes est celle des concepts : c'est toute la conception de la souveraineté politique de Proudhon qui est soumise à cette ambivalence, comme il ressort du développement qu'il lui consacre expressément sous la forme d'un commentaire de la Charte de 1830.

4.2. La souveraineté politique selon le doyen Proudhon

D'après cet auteur, dont on ne dira pas qu'il fait sur ce point œuvre pionnière, la souveraineté politique se partage entre trois pouvoirs différents qui sont : « Le pouvoir législatif ; le pouvoir exécutif ou l'administration active ; et le pouvoir judiciaire. »[2] Or, dans le développement accordé à l'administration active, le droit d'exproprier est explicitement reconnu au pouvoir exécutif, le gouvernement, au titre d'attribut de la souveraineté politique :

> « L'article 9 [de la Charte] porte au contraire que "l'État peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'intérêt public légalement constaté, mais avec une indemnité préalable". Ici, c'est le gouvernement ou pouvoir exécutif qui est autorisé par la Charte à exiger le sacrifice d'une chose estimable à prix d'argent : ici, se présente donc le régime des ordonnances, auxquelles chaque individu doit être soumis, par la raison que l'utilité publique doit toujours l'emporter sur un intérêt privé qui est estimable à prix d'argent, et dont l'indemnité est offerte. »[3]

1. J.-B. P., *TDPPr* (1), II, n° 648, p. 227.
2. *Ibid.,* I, n° 49, p. 67.
3. *Ibid.,* n° 72, p. 81.

L'expropriation n'est donc pas du domaine de la loi, mais du pouvoir réglementaire, celui des ordonnances, qui émane de la souveraineté politique, et ne se confond pas avec les « mesures sanitaires et d'ordre public » qui relèvent de la police. En effet, l'expropriation ne se contente pas de réglementer l'usage de la propriété, mais en opère le transfert forcé au profit du domaine public[1]. Que recouvre cette dernière expression ? Est-ce le domaine administré de la collectivité politique de l'article 537 ? Celui, redevable de l'article 544, du particulier qu'est l'État ? C'est sans doute dans la réponse à cette question que le doyen Proudhon fait preuve de la plus grande originalité, ce qui lui vaut d'ailleurs d'être encore aujourd'hui considéré comme un des fondateurs de la théorie de la domanialité publique moderne[2] :

> « Puisque le domaine indique l'idée de la puissance que l'homme exerce sur les choses, et que, d'après notre organisation sociale, cette puissance se départit en trois degrés, on doit distinguer aussi trois espèces de domaines, qui sont le domaine de souveraineté, le domaine public et le domaine privé.
>
> « Le domaine de souveraineté consiste dans la puissance souveraine établie pour gouverner l'État.
>
> « Le domaine public ou d'administration consiste dans le pouvoir spécialement chargé de régir et d'administrer les choses qui sont, par les lois, asservies à l'usage de tous et dont la propriété n'est à personne.
>
> « Le domaine privé, ou, en d'autres termes le domaine de propriété, consiste dans le pouvoir que tout individu a de jouir et disposer en maître de ses biens en se conformant aux lois ; et comme ce pouvoir ne peut s'appliquer qu'à ce qui nous appartient, il faut dire que le droit de propriété est lui-même la cause du domaine privé. »[3]

L'État est titulaire de domaines qui ressortissent à chacune de ces trois sortes, chaque fois à un titre différent : le pouvoir exécutif ou administration active exerce le domaine de souveraineté dans les matières qui ne relèvent pas du législatif et du judiciaire. L'administration est encore titulaire d'un domaine privé dans lequel l'État est un proprié-

1. *Ibid.,* II, n° 649, p. 227 *sq.*

2. Sur ce point, Wilhelmus Gerardus Vegting, *Domaine public et res extra commercium ; étude historique du droit romain, français et néerlandais,* Aalphen-aan-den Rijn, N. Samson, 1950.

3. J.-B. P., *TDPub* (1), I, n° 47, p. 63.

taire au même titre que les particuliers. C'est ce que Proudhon appelle le domaine de l'État :

> « Le domaine de l'État ne s'applique qu'aux choses qui sont communément productives d'un revenu, comme sont les forêts nationales et autres biens dont le gouvernement perçoit les produits dans l'intérêt de la couronne ou du trésor et dont il jouit propriétairement comme un simple particulier jouit de ce qui lui appartient, à l'exclusion de tous autres. »[1]

Enfin l'État est aussi *gardien* et non pas propriétaire du domaine public, lequel n'appartient à personne et dont l'usage est ouvert à tous :

> « Le domaine public matériellement considéré, s'entend donc des choses qui appartiennent à l'être moral et collectif que nous appelons le public, [il] n'est donc pour personne, ni même pour l'État, un domaine de propriété puisque nul n'en est exclu.
>
> « Il résulte de là que l'espèce de possessoire que le gouvernement exerce sur les fonds de ce domaine n'a lieu qu'au nom et dans l'intérêt du public : que c'est l'être moral que nous appelons le public qui est le vrai possesseur du fonds, et qui doit avoir, au besoin, les avantages de la prescription acquisitive du terrain ; qu'en ce qui touche aux intérêts de l'État, le gouvernement n'exerce qu'un possessoire de protection, pour assurer à tous la jouissance du fonds, et non un possessoire de propriété, pour s'attribuer exclusivement les prérogatives ou les avantages attachés au titre de propriétaire exclusif du sol. »[2]

L'expropriation ayant pour but de réaliser un transfert de propriété, elle ne saurait se confondre chez Proudhon avec le classement du bien dans le domaine public, qui serait un acte de désappropriation et non de transfert de la propriété, puisque le domaine public n'est pas un domaine de propriété. Il faut donc accorder que l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui réalise un transfert de propriété, ne saurait se faire en faveur du public, ce dernier n'étant pas propriétaire, mais en faveur de l'État, et ce même si, une fois le transfert de propriété opéré, ce même État, devenu propriétaire exclusif du bien exproprié, décide d'abandonner ce bien pour le mettre à la disposition du public, ce qui revient à le verser dans le domaine public.

1. *Ibid.,* n° 204, p. 244.
2. *Ibid.,* n° 202, p. 242.

Autrement dit, sauf à lui reconnaître une éminence, c'est l'État *en tant que souverain politique* qui est compétent pour réaliser l'expropriation, mais le transfert de propriété que réalise cette expropriation se fait au profit de l'État *en tant que particulier,* titulaire d'un domaine de propriété dont le régime est celui de l'article 544. Libre à lui, s'il le souhaite, d'abandonner ensuite ce domaine au profit du public et de n'en être plus que le gardien. Sous le rapport de la nature du domaine exercé sur le bien nouvellement acquis par le mécanisme de l'expropriation, l'État est propriétaire particulier et exclusif et non pas administrateur du domaine du public, son domaine est une *proprietas* et non pas une *iurisdictio*. Proudhon sur ce point est tout à fait clair :

> « Le domaine de l'État est donc un véritable domaine de propriété qui appartient au corps politique considéré *ut universitas,* et donc ce corps seul doit recueillir les émoluments, sans que les fonds qui le composent doivent être soumis à l'usage de tous les particuliers, comme quand il s'agit des fonds appartenant au domaine public. »[1]

Nous sommes au point où s'articule la confusion conceptuelle : l'État (le pouvoir exécutif souverain) est compétent pour prononcer l'expropriation, au titre de son domaine de juridiction, mais cette expropriation est réalisée au profit de l'État considéré cette fois-ci comme détenteur d'un domaine de propriété. Cependant c'est toujours le même État en vertu la sainte trinité des pouvoirs souverains.

La source de cette confusion est bien évidemment dans l'ambivalence de l'administration, qui est à la fois propriétaire privé du domaine de l'État en tant que représentante du corps politique, gardienne du domaine public en tant que protectrice de l'être moral qu'est le public, et détentrice d'un domaine de juridiction territorialisé en tant que pouvoir souverain. Cette confusion n'interdit certes pas de considérer que la légitimité de l'expropriation ne repose que sur l'intérêt public, mais elle vient renforcer encore la dimension de réalité du domaine de souveraineté politique, puisque celui-ci non seulement est territorialisé, mais peut opérer des transferts de propriété au profit non pas du représentant politique (universel) du Souverain, mais au profit de l'État

1. *Ibid.,* n° 204, p. 244.

considéré à la fois comme représentant du souverain et comme propriétaire particulier. On pourrait certes dire que l'État, parce qu'il est représentant du corps politique, n'est pas un propriétaire comme les autres, mais ni le Code civil ni la doctrine de la première moitié du XIXe siècle ne l'ont dit. En tout état de cause, l'État, sous toutes ses facettes, dispose ici de bien plus que d'un pouvoir de *iurisdictio*. Comment nommer ce pouvoir ?

Proudhon est ici contraint de recourir à de mystérieuses « servitudes », qui ressemblent à s'y méprendre au droit seigneurial d'opérer des transferts forcés de propriété sur le fondement de son éminence.

4.3. L'État, souverain fieffeux ?

La confusion de la souveraineté politique et de la propriété n'est pas complète, puisque la souveraineté ne trouve pas son origine et sa cause dans la propriété, mais elle est cependant patente, puisque le pouvoir souverain en ces matières se confond avec le propriétaire privé du domaine de l'État. Ce montage n'est pas exactement un fief, ou ce que les auteurs de la première moitié du XIXe siècle appellent un fief, mais il n'est pas non plus étranger à la « directe universelle » de l'Ancien Régime ou domaine éminent du roi en tant qu'il est souverain fieffeux[1]. Aussi faudrait-il dire que la Révolution a aboli les droits féodaux,

1. Sur la notion de souverain fieffeux, François Olivier-Martin écrit : « Il a déjà été fait allusion au parti que le roi a su tirer d'une analyse attentive du régime féodal lui-même, dont la théorie a été construite par les juristes au cours du XIIIe siècle. Le roi a commencé, dès le XIIe siècle, à imposer l'hommage vassalique à tous les grands seigneurs de son royaume. Au XIIIe, personne, pas même le roi d'Angleterre, pour ses seigneuries françaises, ne saurait s'y dérober. Le roi est donc devenu le seigneur des seigneurs de son royaume, le seigneur "par-dessus", ou le souverain-fieffeux comme disent certains textes. Et cette qualité s'ajoute à sa qualité de roi » (*Histoire du droit français des origines à la Révolution,* Paris, Montchrestien, 1951, nº 234, p. 300).

La théorie de la directe universelle est l'œuvre des domanistes du XVIe siècle. Selon F. Olivier-Martin, « L'idée d'attribuer au roi une directe universelle sur son royaume a la même source [que la notion de souverain fieffeux]. Elle apparut avec le triomphe de la théorie des deux domaines. Certains juristes tentèrent d'en abuser contre l'existence même des alleux. En réalité [...] si l'idée servit à étendre la souveraineté du roi au point de vue fiscal, elle ne menaça jamais vraiment la propriété de ses sujets » (*ibid.,* p. 301).

sauf ceux qu'elle s'est contentée de transférer à l'État en les confondant avec les attributs de la souveraineté politique[1].

Autant donc la soumission du propriétaire à la loi, c'est-à-dire à la juridiction impériale du souverain politique, ne pose aucun problème conceptuel et ne saurait être présentée comme une contradiction, autant l'institution même de l'expropriation renvoie à la coexistence de l'éminence et de la propriété. Il n'est plus ici question de la loi souveraine, mais de l'administration gardienne du territoire et propriétaire privé. Sur le plan théorique la confusion est patente, et il faut ajouter, inévitable. Pour l'éviter en effet, il faudrait pouvoir distinguer *en pratique* l'État souverain et l'État propriétaire, c'est-à-dire soit renoncer à la territorialisation de la souveraineté et opter pour l'Empire universel, soit renoncer à considérer l'État national comme universel et reconnaître par conséquent sa nature plus ou moins fieffeuse. Proudhon, mais avec lui toute la doctrine, excluent l'une et l'autre de ces deux options.

Une autre manière de présenter ce résultat est de dire qu'un régime politique déterminé par la seule puissance de la propriété privée est le régime de la loi impériale universelle, celle d'un Empire universel déterritorialisé, et qu'en toute logique la souveraineté du propriétaire ne saurait s'accommoder que d'un *Dominus* vraiment *Mundi* ; ou encore que la territorialisation de l'État en un royaume particulier, ou territoire national, ne peut qu'entrer en conflit avec le principe de propriété, puisqu'il en résulte non seulement la superposition de deux domaines absolus par essence, mais encore l'institution d'un mécanisme de représentation de la communauté particulière des sujets nationaux par une administration qui, lorsqu'elle est propriétaire, ne peut l'être qu'au même titre que ses sujets. C'est d'ailleurs la permanence de ce conflit qui assure longue vie à la querelle de l'expropriation, institution infondable en théorie et irremplaçable en pratique.

1. « Si la Révolution a aboli le régime féodal, il se peut qu'elle n'ait pas supprimé la directe universelle du roi, mais l'ait seulement transportée à l'État » (J. Carbonnier, J. C., *DC,* III, nº 223, p. 348).

Ainsi, la puissance propre du concept de maîtrise souveraine des choses matérielles pousse à la déterritorialisation aussi bien de la souveraineté propriétaire que de son *alter ego* politique. Si la propriété, telle qu'elle est ici conçue, est un danger pour l'État, ce n'est pas tant, ou en tout cas pas seulement, parce qu'elle appelle la concentration des richesses et le développement d'inégalités fatales à la cohésion du corps politique, contre lesquelles elle autorise le recours à la loi ; c'est avant tout parce qu'elle ne tolère qu'une limitation extérieure, celle de la loi déterritorialisée, universelle, la seule qui soit vraiment impersonnelle. Structurellement, la maîtrise souveraine des choses est un concept qui appelle conjointement l'État universel et la mobilisation des immeubles. On aura reconnu dans cette conjonction la figure politique de l'empire commercial. C'est une singulière erreur de jugement historique que font les nombreux auteurs qui ont pensé pouvoir trouver dans la propriété absolutiste le principe de la stabilité des États nationaux, voire de la forme républicaine de leurs régimes. Cette erreur de jugement trouve son origine dans la confusion entre le principe qui gouverne la logique interne de cette conception de la propriété, et l'idée, qui lui est pourtant contingente, de territoire à laquelle on associe d'ordinaire l'essence des souverainetés propriétaire et politique.

S'impose donc la conclusion suivante : les domaines politiques et de propriété sont dans un rapport structurel non pas seulement d'analogie, mais de véritable homologie ; ils partagent en outre, dans leur territorialisation respective, une communauté de destin. Il appartient à l'histoire d'expliquer les rapports d'engendrements réciproques qui expliquent l'évolution parallèle qui mène de la figure du *Dominus Mundi* à l'absolutisme territorialisé, et du barbare responsable de ses biens personnels, soumis à la seule juridiction impériale, à l'absolutisme propriétaire soumis à la loi nationale. Quoi qu'il en soit, il résulte de cette homologie que la coexistence des deux souverainetés particularisées ne peut être, malgré les effets conjoints de la doctrine et des philosophes, que conflictuelle. La seule résolution possible de cette contradiction est dans la disparition de l'un des deux termes, par la soumission complète des propriétaires aux obligations personnelles de l'État natio-

nal, ou par la dissolution des souverainetés territoriales dans l'Empire universel et commercial.

Rien dans ce résultat n'est au fond surprenant. Après tout, la dynamique du concept de propriété comme maîtrise souveraine d'une chose matérielle est dans l'extériorisation de toutes les obligations personnelles hors du domaine de propriété lui-même, elle engage une conception de l'homme ne devant originairement rien à personne, et conduit à donner à la notion de réalité une place centrale dans la conceptualisation de la propriété. Affirmer que la propriété est le droit réel par excellence, c'est à la fois produire une définition matérielle de l'objet approprié et assigner au droit de propriété un lieu conceptuel à l'interface des mondes humain et naturel, de l'activité et de la passivité, de la liberté et de la matière, en l'associant à la destination téléologique de réaliser le droit. Le droit de propriété est ainsi l'institutionnalisation du devenir-réel du monde de l'homme, de la transformation des produits artificiels de l'action de l'homme en choses réelles, aussi réelles que cette réalité matérielle des choses tangibles qui s'impose à lui. Peut-être est-ce là le sens ultime de cette conception : faute de pouvoir sauver l'obligation de son artificialité constitutive, au moins peut-on tenter de conserver une base de réalité au droit en le faisant reposer sur la propriété, voie privilégiée d'accès aux choses mêmes. La circulation des créances, parce que conventionnelle, ne doit pas pouvoir reposer entièrement sur cet artefact qu'est le monde de l'homme. La propriété, en ce sens, est la vérité du droit ou encore sa nature, comme antonyme de l'artifice, et c'est l'universel accès à cette vérité qu'on cherche à préserver en organisant l'extériorisation des obligations hors du domaine du sujet propriétaire. C'est pourquoi la seule limite que rencontre le sujet propriétaire dans son domaine, c'est l'obligation de gouverner les objets qu'il domine. L'actualisation de la domination, sa réalisation est la seule dimension objective du rapport des hommes aux choses ; dans la destructibilité de l'essence même d'une chose qui ne transcende plus ses utilités sont anéanties toutes les limitations que la nature de la chose serait susceptible d'opposer à la puissance sur le sujet. C'est donc du côté des sujets que se trouvent les seules limites du domaine propriétaire dans ce mode de conceptualisation. Limites qu'impose la condi-

tion de la pluralité des propriétaires dans un espace qui, parce qu'il n'est pas extensible à l'infini, entraîne la contiguïté des propriétés, et limites qu'exige le respect même des propriétés, leur protection par la loi. On a parfois dit que la face d'ombre du citoyen était le propriétaire qui gisait en lui, et qui interdisait que la volonté et l'intérêt général soient autre chose que les masques de l'intérêt privé et égoïste. Peut-être peut-on dire aussi l'inverse. Le propriétaire est la face de lumière, celle de la toute-puissance humaine et de ses progrès, celle de l'indépendance absolue du despote domestique ; c'est dans la figure du citoyen, qui pourtant en procède et le prolonge, que se concentrent les obligations, faisant de la sphère politique le champ des relations de servitude personnelles, où règnent dépendance et soumission, tandis que la propriété est le règne de la liberté absolue, complète, là où l'on peut enfin jouir sans entraves. Si le citoyen est bien le prolongement de la propriété, il n'en est pas exactement l'épanouissement ; au contraire, il se présente comme un rappel des arriérés – oserait-on dire comme le retour de la dette refoulée ? Aussi, quoique dans ce mode de conceptualisation de la propriété, celle-ci soit un moment de la vertu politique, la dépolitisation volontaire peut parfois apparaître, au moins à titre individuel, comme une libération.

page 196 bl

Deuxième partie

L'APPARTENANCE PATRIMONIALE

page 198 bl

CHAPITRE V

Le patrimoine, cet obscur objet

1. LE DÉSIR D'UNITÉ DU SUJET DE DROIT

La dynamique de la maîtrise souveraine vise à l'établissement d'une frontière conceptuelle entre deux formes de subjectivité juridique[1], le sujet du droit réel et celui du droit personnel ; c'est sans doute à cause de cette disjonction que le sujet de droit est devenu une catégorie juridique à peu près introuvable[2]. On comprend qu'il soit possible d'être tenté par une éventuelle réunification. Cette tentation n'est pas seulement motivée par la satisfaction théorique de fonder en raison la notion de sujet de droit, elle obéit aussi à des impératifs pratiques : la sécurité du système juridique de l'échange commande que la même entité juridique soit propriétaire de ses biens matériels et siège de ses dettes, où encore que la propriété soit affectée par les conséquences des obligations librement consenties par le propriétaire. Cette nécessité est consacrée par l'article 2092 du Code d'après lequel « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

1. Dans toute cette partie, je suis particulièrement redevable à la lecture de la thèse de Florence Bellivier, *Étude juridique du patrimoine génétique humain,* thèse, Université de Paris I, juin 1997.

2. Christophe Grzegorczyk, « Le sujet de droit... », art. cité.

Cet énoncé introduit un élément perturbateur dans la matrice conceptuelle mise en place par l'article 544. Du point de vue des principes, la rigoureuse séparation de l'obligation et de l'aliénation semble respectée dès lors que le fondement de l'obligation contractée est dans la liberté du contractant et non dans un droit réel ; elle porte cependant comme conséquence directe que les biens corporels (meubles et immeubles) d'un propriétaire constituent un gage pour tous les créanciers, de même que les biens incorporels. C'est d'ailleurs ce qu'énonce l'article 2093 : « Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers. » Le sujet propriétaire n'est pas seulement propriétaire, il est aussi contractant. Cette seconde qualité ne manque pas de peser sur la manière de penser la première puisque la faculté de s'endetter conduit à considérer, sous ce rapport, l'ensemble des biens du sujet comme une masse indistincte formant le gage d'éventuels créanciers. Dès lors, cet ensemble est considéré comme une totalité, quelle que soit par ailleurs la nature propre de chacun de ces biens. Il y a là un considérable changement de perspective. Le même bien est ainsi considéré comme soumis à un droit de propriété conçu comme maîtrise souveraine et, dans le même temps, dès lors qu'est introduite la figure du tiers créancier, comme un élément indistinct, indifférencié, d'une totalité considérée comme éventuel gage des dettes du propriétaire. Dans cette perspective, la notion de bien ne recoupe plus celle des choses corporelles ou réifiées par leur passivité constitutive, elle englobe les biens corporels, mais aussi les biens incorporels, comme les propriétés immatérielles, ainsi que des droits, puisqu'ils sont susceptibles de servir de gage pour le paiement des dettes. On peut sans doute refuser cette dernière interprétation, et chercher à inscrire les articles 2092 et 2093 dans la conceptualisation absolutiste de la propriété, en considérant que les seuls biens qui sont à proprement parler constitutifs du gage des créanciers sont des biens matériels, choses ou quasi-choses[1]. Il semble que cette tentative n'ait cependant pas eu la force d'endiguer le mouvement qui découle

1. C'est ce que fait Alain Sériaux, « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe "avoir" » *Revue trimestrielle de droit civil,* octobre-décembre 1994 (4), p. 802-803.

de la notion même de gage, qui amène à reconnaître les droits eux-mêmes comme des objets de propriété, sous le rapport de la responsabilité civile de leur titulaire. Il y a là beaucoup plus qu'un simple bougé : accorder, comme le fait le doyen Proudhon, une propriété des créances conduit aux pires incohérences théoriques si l'on reste dans le cadre du mode de conceptualisation de la propriété souveraine. En effet, dès lors qu'est introduit le point de vue extérieur du créancier, le rapport entre le propriétaire et son objet ne peut plus être considéré seulement comme un droit réel direct et immédiat qui se confond avec la chose elle-même, puisque celle-ci est considérée comme l'élément indifférencié d'une totalité (le gage des créanciers). C'est désormais l'appartenance du bien à cette totalité qui médiatise la nature juridique du lien qui l'unit à son propriétaire. L'article 2092 confère l'existence juridique à cette médiation, et l'être juridique qu'est l'ensemble des biens d'une personne considéré comme formant un tout porte un nom dans la langue du droit : c'est un patrimoine[1].

Avec l'introduction de cette notion, toute la perspective théorique sur le droit des biens est renversée : le rapport direct du propriétaire souverain à sa chose n'est plus la vérité du droit, sa nature, son fondement premier ; il se trouve au contraire relativisé par un rapport juridique plus originaire encore, celui qui unit la personne à son patrimoine, et tandis que le droit de propriété que nous connaissons n'avait pour objet que des choses (ou quasi-choses) matérielles, passives, non libres, le déplacement que réalise la conception d'un lien entre les dettes du propriétaire et ses propriétés nous invite à considérer ce dernier comme titulaire d'un droit de propriété sur un patrimoine, qui n'est ni un bien matériel, ni même un bien immatériel.

1. Sur le fait que l'article 2092 fournisse « la base la plus sûre d'une théorie du patrimoine », quoique le terme n'apparaisse qu'à l'article 878, cf. J. Carbonnier, J. C., *DC,* III, n° 1, p. 3.

2. LE PATRIMOINE, GÉNÉRALITÉS

Dans sa plus grande généralité, la notion de patrimoine désigne un complexe de normes juridiques, dont on s'accorde à reconnaître qu'il est l'expression type[1] d'une espèce surprenante d'êtres juridiques – l'*universitas juris,* universalité de droit. Mais le terme renvoie aussi directement à un principe théorique, aux formalisations plus ou moins achevées qu'en présente la science du droit. Un exposé historique pourrait distinguer trois moments de cette formalisation théorique : le droit romain, le droit savant et le droit moderne.

2.1. Droit romain

En droit romain, l'expression *patrimonium* désigne l'ensemble des biens attachés au statut légal du *pater,* enracinant dans le domaine de droit réel le statut personnel du chef de famille[2], et joue un rôle essentiel dans la division des biens[3]. L'institution est désignée par les expres-

1. L'expression est de Robert Gary qui parle aussi de « forme concrète » de l'universalité de droit, in *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel,* thèse pour le doctorat, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1931, p. 141.

2. Cf. Yan Thomas, « Le mot *patrimonium* par exemple, illustre bien cet enracinement du "bien" dans le statut personnel : il signifie "statut légal du *pater*" tout comme *matrimonium,* mariage, désigne le "statut légal de la mère" (le suffixe *monium* indiquant la condition juridique du nom de l'agent auquel il s'agrège) – Benveniste, *Vocabulaire des institutions,* t. I, Paris, 1969, p. 243. Dès lors, le *patrimonium* est au père ce que le mariage est à la mère, une espèce de prolongement social de la personne [...]. Autrement dit, les aspects réels et personnels ne s'opposent pas en deux visions séparées : il y a entre l'être et l'avoir une continuité qui interdit de projeter sur un tel univers notre antithèse moderne du sujet et de l'objet. Il vient un temps où le vocabulaire des biens rompra toute connotation pour s'objectiver dans la sphère autonome de la marchandise » (« *Res,* chose, et patrimoine... », art. cité, p. 422).

Dans cet article, Yan Thomas montre que les significations attachées au *patrimonium,* à la *res* et au *corpus* en droit romain, ne correspondent pas à celles que livrent les termes de *Vermögen,* de *Sache* ou de *Gegenstand* chers aux pandectistes allemands, en ce qu'ils présupposent un face-à-face du *Rechtssubjekt* et du *Rechtsobjekt* étranger au droit romain.

3. « La distinction entre *res in nostrum patrimonium* (Gaïus, 2, 1 ; I. 2, 1, pr.) semble se confondre avec celle qui oppose les *res in commercio* aux *res extra commercium* [...]. Le critère économique paraît semblable dans les deux cas. Il permet une répartition des biens en deux catégories, selon qu'ils peuvent ou non être aliénés, être l'objet d'actes juridiques » (Paul Ourliac et Jehan de Malafosse, *Histoire du droit privé,* Paris, PUF, t. II, 1961, n° 4, p. 17). Cet ouvrage sera noté P. O. J. M., *HDP* par la suite.

sions *familia pecuniaque,* mais aussi par le terme *bona* qui désigne soit le patrimoine lui-même, l'universalité, soit les biens qu'elle contient. On trouve aussi parfois directement, chez Cicéron et Gaïus, le mot *patrimonium*. Au moins à la période classique, il semble que les traits généraux techniques essentiels de l'institution soient déjà présents : le patrimoine est une universalité[1] qui associe intimement droit réel et droit personnel, plus précisément le droit du chef de famille[2] ; et ce, bien que la notion ne soit pas encore théorisée pour elle-même[3].

2.2. Droit médiéval

C'est aux Glossateurs que reviendrait, d'après Paul Ourliac, le mérite d'avoir donné à la notion d'universalité juridique ses lettres de noblesse théoriques, même si « on doit reconnaître que l'idée a existé avant le nom »[4]. Cette théorisation n'est pas tout à fait inconnue du public grâce à l'étude d'Ernst Kantorowicz, selon lequel la conception médiévale de l'*universitas* est le fruit de la rencontre entre la catégorie romaine d'*universitas* et celle de la *persona ficta,* personne « qui ne meurt jamais »[5], à l'image des anges, comme celle de l'Église, du Peuple de

1. Georges Plastara, *La notion juridique du patrimoine,* thèse, Paris, 1903, p. 8 : « Le patrimoine est dans le droit romain développé l'ensemble des biens d'une personne, envisagés comme formant une universalité ». Cf. aussi Ourliac : « En cas de succession pour cause de mort, les Romains ont nettement dégagé la notion d'*universitas juris* » (P. O. J. M., *HDP,* II, nº 26, p. 60).

2. Si le droit romain distingue les *familiæ* et le pécule, qui appartient personnellement au chef de famille et dont la gestion peut être confiée à un tiers, on a beaucoup discuté de savoir si ce dernier est un patrimoine ou pas : les textes parlent de quasi-patrimoine (*D,* 15, 1 ; 19, 1). Selon Ourliac, « la question mériterait d'être reprise » (P. O. J. M., *HDP,* II, nº 31, p. 66).

3. Cf. Ourliac : « ... la classification *(res in patrimonio, res extra patrimonium)* montre que le patrimoine est un ensemble. Mais cet ensemble ne constitue pas toujours, comme en droit moderne, une entité juridique, une unité de droit abstraite » (P. O. J. M., *HDP,* II, nº 26, p. 60). Cf. aussi Yan Thomas : « Le vocabulaire des biens obéit à des critères de classement qui ne sont pas abstraits, mais répondent à des jugements de valeur liés à des fonctions statutaires concrètes » (« *Res,* chose et patrimoine... », art. cité, p. 422).

4. P. O. J. M., *HDP,* II, nº 31, p. 67.

5. Le problème est de penser la continuité et la perpétuité des corps politiques. La solution proposée est dans le recours à la fiction d'une *universitas* corporative : « Entre la *communitas* ou *universitas* générique *[eidos],* d'un côté, et la communauté individuelle et maté-

Rome et, par extension, de tous les peuples dotés des mêmes attributs juridiques[1]. L'*universitas* est donc un être juridique artificiel, immatériel et personnifié qui permet d'attribuer juridiquement l'immortalité aux corps collectifs[2].

L'angélologie n'est cependant pas le seul mode opératoire de la production artificielle de continuité temporelle. Les ressources de la tradition sont ici précieuses, et c'est dans le mécanisme de la subrogation que les théoriciens de l'*universitas* trouvent leur bonheur. Toujours selon Kantorowicz :

> « l'*universitas* [...] est définie par le caractère successif de ses membres, et, en raison de cette autorégénération due à la succession, l'*universitas* ne meurt pas et est permanente – comme l'a dit Bartole : "Rien dans ce monde ne peut être perpétuel..., si ce n'est par le moyen de la substitution" sur D. 8, 2, 33, n. 1, f° 222. »[3]

Comme on le verra par la suite, Kantorowicz va peut-être un peu plus vite que ne le suggère la technique juridique. Subrogation, succession et substitution ne sont pas strictement synonymes et ne sont pas non plus toujours accompagnées de développements angélologiques ; et il n'est pas impossible que la soudure entre les outils du droit civil et les inventions de la théologie soit plus délicate que ne le laisse penser le grand historien. Pour l'heure, il faut noter l'enrichissement considérable de la notion d'universalité tant par la dimension théologique que par l'apport de la technique juridique : alors que dans le droit romain les universalités juridiques ne sont pas comprises comme des entités juridiques séparées des biens qu'elles contiennent, pour les Glossateurs

rielle de Bologne faite de citoyens changeants et de bâtiments périssables, de l'autre, apparut une troisième entité différente des deux premières, une entité qui était immatérielle et invariable, mais dotée cependant d'une certaine individuation, qui existait (en quelque sorte) dans un quelconque *aevum* perpétuel, et qui aurait pu être appelée fort justement Bolonitas ou "bolonité", si les juristes n'avaient pas préféré parler de l'*universitas* corporative – c'est-à-dire de la personne légale ou de la communauté personnifiée de Bologne. Néanmoins, cette Bolonitas corporative, bien qu'incorporelle, représentait, comme les anges, à la fois l'espèce et l'individuation » (Kantorowicz, *Les deux corps du Roi, essai sur la théologie politique au Moyen Âge,* traduit de l'anglais par Jean-Philippe et Nicole Genet, Gallimard-NRF, 1989, p. 220).

1. *Ibid.,* p. 214-220.
2. *Ibid.,* p. 222.
3. *Ibid.,* p. 223.

au contraire, il s'agit bien d'êtres juridiques séparés, distincts des biens qu'ils englobent.

C'est sans doute ce qui fait la difficulté de la notion de patrimoine et la destine à être l'un des lieux où se cristallise la réflexion sur la diversité des modes de conceptualisation de la propriété : est-on propriétaire d'un patrimoine comme on l'est des choses qu'il contient ? Quelle peut être la réalité d'un droit dont l'objet est, sinon fictif (tous les auteurs n'accordent pas la nature fictive du patrimoine), du moins certainement idéel ?

Une chose est certaine : ces interrogations rejaillissent sur la constitution du patrimoine en objet de connaissance ; on ne se risquera donc pas à chercher l'élucidation des mystères de la notion à partir du couple que forment le sujet et l'objet, de la personne et des choses. Rien ne nous dit en effet que le propriétaire soit nécessairement un sujet ou une personne, et tout nous indique que le patrimoine n'est pas une chose, et qu'il n'est pas réductible à un objet si l'on entend le terme dans son sens précis, disons kantien, d'un être juridiquement existant par l'empire qu'exerce sur lui la volonté d'un sujet de droit.

Ce n'est cependant pas sous la forme qu'en a livrée la théorie médiévale qu'il faut aborder l'étude du patrimoine. Si la notion d'universalité a retenu toute l'attention des Glossateurs, c'est à partir du XIXe siècle que celle de patrimoine est considérée en elle-même comme une institution juridique à part entière, de sorte qu'il est certainement incomplet mais néanmoins pas tout à fait faux d'affirmer que la « théorie du patrimoine » est une théorie moderne.

2.3. Droit moderne

Le patrimoine apparaît dans la science du droit civil au point où le splendide isolement du sujet de la maîtrise souveraine rencontre le sujet contractant des dettes. Cette notion est en effet la base d'où émergent les deux troncs du droit des biens, la propriété et l'obligation ; là où, dans le droit moderne, le propriétaire et l'obligé fusionnent en un seul et unique sujet de droit. Autant dire que la notion peut être à juste titre

considérée comme la pointe de la pyramide renversée à partir de laquelle reconsidérer toute la théorie du droit des biens en général. Il est rare de rencontrer dans le monde du droit des catégories aussi facilement soumises au regard philosophique, et c'est sans doute parce que la catégorie de patrimoine se présente d'abord comme un principe d'intelligibilité théorique, avant même que de fournir la solution à des questions pratiques[1]. Une fois n'est pas coutume, la généalogie plaide donc pour que le commentateur aille de l'idée au cas, et non, comme la fréquentation du monde juridique finit en général par l'imposer, du cas à l'idée[2].

Depuis deux siècles, la « théorie classique du patrimoine » est associée par la doctrine française au *Cours de droit français* de deux jurisconsultes strasbourgeois, Charles-Marie Aubry (1803-1883) et Charles Frédéric Rau (1803-1877). Pourtant, les premières éditions de cet ouvrage se donnent pour la traduction « revue et augmentée avec l'agrément de l'auteur » de la quatrième édition du *Handbuch des Französischen Civilrechts* de Karl Salomon Zachariæ von Lingenthal (1769-1843), professeur à l'Université de Heildelberg, ouvrage dont la première édition parut à Heildelberg en 1808[3].

Sans doute, dès la troisième édition de leur manuel, les traducteurs revendiquent-ils, par les transformations qu'ils font subir au texte original et par les ajouts qu'ils apportent, le titre d'auteur[4] ; mais outre qu'il

1. René Sève, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : "La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau" », *Archives de philosophie du droit,* 24, 1979, p. 248.

2. Cette approche par la théorie pourrait cependant ne pas être la plus pertinente dans une perspective dogmatique actuelle : entre-temps, le patrimoine est devenu une catégorie de la pratique juridique et l'ordre des préséances est de nouveau respecté. C'est en tout cas ce qu'affirme Pierre Catala : « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne » (*Revue trimestrielle de droit civil,* LXIV, 1966, p. 185).

3. La première édition du *Cours* (Strasbourg (Lagier), 1839, traduit la quatrième édition du *Handbuch des Französischen Civilrechts,* Heildelberg (J. C. B. Mohr), 1837, la dernière qui ait été publiée du vivant de Zachariæ et entièrement sous sa responsabilité. La seconde édition du *Cours* (Strasbourg, Lagier, 1843), reproduit à Bruxelles (Méline & Cans, 1850), traduit la cinquième édition du *Handbuch…* (1839). Par la suite, les ouvrages de Zachariæ seront notés K. S. Z., *HFC* (4), ceux d'Aubry et Rau, comme précédemment, seront notés A. R., *CDCF* avec, entre parenthèses, la mention de l'édition.

4. « Dès le second volume, nous sentîmes la nécessité d'élargir notre cadre, et de développer un peu plus, principalement du point de vue pratique, les matières comprises dans le Cours de Zachariae » (A. R., *CDCF* (3), I, p. VI).

convient d'évaluer avec précision l'étendue et la nature de ces transformations, ainsi que les matières sur lesquelles elles portent, elles ne concernent pas les deux premières éditions, qui se veulent fidèles, quoique augmentées, à l'ouvrage du jurisconsulte allemand. Il n'est donc pas possible de considérer Aubry et Rau comme les « inventeurs » d'une théorie déjà présentée par Zachariæ. Il convient en outre de comparer leur contribution personnelle à la théorie, qui commence avec la troisième édition (1856-1863) de leur manuel, avec celle de leur maître, dont elle procède évidemment.

Si la conception de la propriété comme maîtrise souveraine n'est l'œuvre d'aucun auteur en particulier, mais d'une corporation de commentateurs, parmi lesquels certains ont su, il est vrai, se distinguer, tel n'est pas le cas de la notion de patrimoine et du droit de propriété qui s'y attache. Cette conceptualisation, parce qu'elle est restée longtemps plus marginale et qu'elle n'a jamais tout à fait perdu une manière d'arrogance théorique propre à décourager le praticien, est encore très attachée aux auteurs qui lui ont donné naissance. On ne s'étonnera donc pas que son examen invite à se concentrer sur les deux ouvrages précités.

Est-ce à dire que la notion ne serait, en droit moderne, que doctrinale et qu'on ne saurait la trouver dans le Code civil ? Tant s'en faut : la notion de patrimoine est bien présente dans le Code, même si elle ne fait pas l'objet d'une présentation systématique. Sans aller *contre* la lettre du Code, elle puise librement dans les dispositions relatives au droit des personnes, des biens, de la responsabilité et des successions de quoi asseoir sa positivité.

C'est la raison pour laquelle il n'est pas aisé de situer dogmatiquement le lieu d'exposition de l'institution patrimoniale dans le système du droit civil. Aubry et Rau ont fondé leur théorie sous l'autorité de l'article 2092-1 du Code civil, relatif à la responsabilité. On la trouve cependant exposée dans leur manuel, à la suite de Zachariæ, au titre du droit des successions. En tant qu'élaboration doctrinale dont la visée est de réaliser l'unification subjective du droit des biens, on pourrait aussi défendre qu'elle a sa place dans les droits de la personnalité, au livre I du Code civil. Comme on va le voir, la discussion est sans fondement :

la conception patrimoniale de la propriété ne s'inscrit pas dans la *summa divisio* des personnes et des choses, des droits réels et personnels, qui organise l'ordre du Code ; tout au contraire, elle prétend la transcender en offrant une nouvelle pierre angulaire à la théorie générale de l'avoir juridique. Dans cette nouvelle configuration théorique, la propriété n'est plus concevable comme une maîtrise souveraine sur des biens matériels. Une révolution théorique est à l'œuvre. En l'occurrence, cette révolution a commencé au § 573 du manuel de Zachariæ, à propos du droit des successions. Elle a eu assez de retentissements ultérieurs pour qu'on se permette de citer ce paragraphe entièrement, malgré sa longueur :

> « Le patrimoine d'une personne est la fiction juridique d'une unité qui envelopperait tous les biens appartenant à cette personne [n. 1 : Quand aux biens innés, ils font également partie du patrimoine, dans la mesure où, du fait de leurs conséquences juridiques, ils se transforment en droits sur des biens ou en droits à des dommages-intérêts]. De cette définition se déduisent un certain nombre de propositions :
>
> « 1 / Le patrimoine d'une personne comprend tous ses biens [n. 2 : par exemple les manuscrits d'un auteur font partie du patrimoine. Ils peuvent, par conséquent, être saisis au même titre que les autres biens qu'il possède. Sir XVI, II, 195]. Lorsqu'une personne est appelée à succéder au patrimoine d'un tiers, tous les biens qui appartenaient à l'ancien propriétaire sont donc transmis à son successeur, excepté certains biens déterminés pour lesquels la loi écarte cette règle [n. 3 : La loi qualifie ces biens de droits attachés à la personne. Voir art. 1166 et ci-dessus § 312]. De même, il s'ensuit qu'une seule et même personne ne peut posséder plus d'un patrimoine, à moins que la loi n'ait attribué à un seul et même individu une personnalité multiple [n. 4 : Ainsi le domaine privé de l'Empereur est-il légalement distinct du domaine public. De même un majorat peut être considéré sous plusieurs rapports comme distinct des autres biens du titulaire. Voir aussi art. 1048], ou n'ait permis soit au propriétaire du patrimoine (*beneficium inventarii,* art. 1483), soit à un tiers (*beneficium separationis,* art. 878) de séparer du patrimoine d'une personne certains biens, comme pour en former un patrimoine à part.
>
> « 2 / Le patrimoine n'est pas en soi un objet extérieur ; il est seulement l'idée abstraite d'une unité juridique qui relie tous les biens qui appartiennent à une personne déterminée, ou même l'idée de la personne elle-même considérée dans ses rapports avec ses biens. Le patrimoine constitue donc juridiquement une totalité, une universalité *(universitas*

juris). Il peut être partagé en parties aliquotes mais non en parties déterminées par elles-mêmes ou pouvant être déterminées séparément (seulement en *partes quotas* et non en *partes quantas*).

« 3 / Les biens ne sont pas, en soi, des objets du patrimoine, mais seulement sous le rapport de leur valeur pécuniaire, c'est-à-dire dans la mesure où ils sont susceptibles d'être saisis. On déduit de cette proposition la règle de droit : *in judiciis universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*. Cette règle de droit a servi de fondement à plusieurs dispositions du Code civil [n. 5 : Dans les *judiciis singularibus,* le contraire est de droit, si la loi ni le titre juridique ne justifient une exception à cette règle] mais elle ne se trouve cependant nulle part élevée en principe général (voir art. 132, 1066, 1067, 1069, 1407, 1434, 1435, 1559). Au contraire, lorsqu'il s'agit de *judicia singularia,* c'est-à-dire de choses déterminées, considérées pour elles-mêmes ou individuellement, un autre objet ne peut être demandé, ni être donné en lieu et place de celui qui est dû, à moins qu'une exception soit faite à cette règle [n. 6 : Voir Merlin, subrogation des choses, Sir XXVIII, I, 320 (lorsque le fils a acheté une maison avec l'argent de son père, l'argent et non la maison appartient à la succession du père) ; XXX, II, 248 (il s'agissait d'une donation d'une chose qui avait antérieurement appartenu au patrimoine du donateur, voir art. 1081) ; XXXI, I, 291 ; XXXIV, II, 367 (le créancier hypothécaire, qui a prêté de l'argent sur une maison qui est incendiée, n'a aucun droit de préférence à exercer sur l'indemnité versée par l'assureur)], soit en vertu d'une disposition légale (art. 747, 1142), soit en vertu d'un titre juridique (art. 1500 et s., et 1553). »[1]

Il y a, à n'en pas douter, dans ces lignes difficiles, quelque chose comme un monde qu'il nous faut maintenant explorer.

3. DES UNIVERSALITÉS COMME ÊTRES FICTIFS

Selon Zachariæ, le patrimoine est la fiction juridique d'une unité de biens. Sans s'étendre sur la nature des fictions et leurs usages en droit, il convient cependant de rappeler que, dans son sens le plus général, cette technique permet de tenir pour juridiquement vrai ce

1. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 573, p. 422 à 424, trad. V. Lassère, *La doctrine du patrimoine de Zachariæ,* DEA, Université de Paris II - Assas, p. 36 *sq*.

qui n'est pas constaté tel[1] : c'est dire qu'en qualifiant un ensemble de biens de « patrimoine », le juriste affirme qu'il se peut fort bien « qu'en réalité » ces biens soient hétérogènes les uns aux autres, mais qu'ils seront pourtant considérés par le droit comme formant une unité, un ensemble, ou encore une totalité qualifiée d'universalité, de sorte qu'ils soient, par la grâce de cette qualification, intimement liés les uns aux autres comme des parties homogènes d'un même tout[2].

Par cette fiction, le droit peut penser ensemble des éléments divers, qui seront cependant considérés, du point de vue des effets juridiques qui y sont attachés, comme identiques. La langue du droit renonce certes à la vérité, en tout cas à une vérité qui n'est pas la sienne, mais elle y gagne le pouvoir de produire de l'identité à partir de différences, de créer des êtres inédits, et d'enrichir d'autant, sur le mode du *comme si,* les espèces qui peuplent le monde du droit – l'effet de cette invention démiurgique étant d'unifier *sous un certain rapport* le statut des divers biens contenus dans le patrimoine.

On comprend qu'il est logiquement essentiel que l'ensemble des éléments divers ne puisse se confondre avec leur simple somme, puisqu'il porte en sus l'idée même de leur unité. Selon Zachariæ, la somme se distingue de l'idée d'unité comme les choses sensibles se distinguent des êtres idéels que sont les idées. Le caractère fictionnel de l'universalité porte sa détermination métaphysique substantielle : que son contenu soit tangible ou intangible, l'enveloppe est nécessairement et par définition d'étoffe idéelle.

Le pouvoir de faire advenir des idées fictionnelles à l'existence et

1. Sur ce point, Yan Thomas, « *Fictio legis,* l'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits,* 21, 1995, p. 17.

2. Considérés de ce point de vue, tous les biens sont nécessairement réductibles à une valeur, soit comme actifs, soit comme passifs. Ce serait là au demeurant une conséquence de l'article 2092, lequel dispose que « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

Alain Sériaux conteste l'interprétation qu'on en propose habituellement et invite à réduire le patrimoine aux seuls actifs : « La notion juridique de patrimoine... », art. cité, p. 802 et 803. Quoi qu'il en soit des interprétations possibles de l'article 2092, et dans l'attente de reprendre ces questions dans le détail *infra,* il est incontestable que depuis deux siècles la doctrine y voit ce que cet auteur refuse d'y voir, et cela suffit à constituer l'objet du présent travail.

d'y attacher des conséquences juridiques tout à fait concrètes est trop puissant pour n'être pas exclusif. Aussi le critère qui distingue les universalité dites *de droit* et celles dites *de fait* n'est pas tant, selon notre auteur, que les unes soient de droit (ou encore que l'ensemble transcende la somme des éléments) et les autres de fait (ou encore que l'ensemble ne soit que la somme des éléments), mais bien plutôt que les premières sont des créations législatives, et les secondes de simples produits de dispositions personnelles ou contractuelles[1].

L'universalité juridique est donc pour Zachariæ un être juridique abstrait, créé par la loi, n'ayant pas la nature de la chose elle-même pour référent ; elle constitue en totalité homogène une somme d'éléments divers, et les soumet par conséquent à un régime juridique unique. En produisant cet être juridique artificiel, la science juridique se dote d'un formidable moyen de penser et de faire fonctionner les collectifs, que ces derniers soient de biens *(universitas rerum),* dont l'expression type est le patrimoine et qui seuls nous intéressent ici, ou de personnes *(universitas personarum)*.

De quoi une universalité juridique de biens est-elle composée ? On répondra bien sûr : de biens, et on aura pas dit grand-chose, tant la définition de la notion de bien juridique est aporétique[2] ; aussi faut-il

1. « On peut envisager de différentes manières les objets extérieurs fondus dans une universalité : comme un effet de la volonté du propriétaire *(universitas facti)* ou bien comme un effet de la loi » (K. S. Z., *HFC* (4), I, § 168, p. 358, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 35). Cette thèse nous apparaît rétrospectivement comme une réponse anticipée aux critiques qui fleuriront à la fin du XIXe siècle, d'après lesquelles les universalités de fait n'existent pas, dès lors que les ensembles « naturellement » unis, comme les troupeaux, les bibliothèques et l'outillage des usines, ne sont pas des universalités. Pour un exposé particulièrement clair de cette critique, cf. Georges Vacher-Lapouge, *Du patrimoine en droit romain et en droit français,* thèse de doctorat présentée à la faculté de droit de Poitiers, Poitiers, Marcireau, 1879, nº 7, p. 10 et 11. On regrette d'avoir à inviter à lire pour sa clarté une thèse, inoffensive, de celui qui fut l'un des premiers théoriciens français du racisme et, à ce titre, l'une des hontes les plus cuisantes de la science française.

La question du critère de distinction des universalités de droit et de fait (si ces dernières existent) revêt une grande importance à l'heure actuelle en droit français, puisqu'elle est au cœur de la qualification des portefeuilles de valeurs mobilières. Sur ce point, Rémy Libchaber, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », in *Répertoire Defrénois,* 1997, 1re partie, p. 65-87.

2. C. Grzegorczyk, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *Archives de philosophie du droit,* 24, 1979, p. 259 à 272.

reposer la question en la dédoublant : sous quel rapport les éléments de la totalité doivent-ils être considérés pour qu'ils puissent être dits appartenir à cette totalité, et en conséquence, quels sont les existants qui, faute d'exister sous ce rapport, ne sauraient faire partie d'un patrimoine ? Cette seconde question trouve une réponse dans le traitement de deux cas difficiles : les biens innés et les dettes.

4. LES BIENS PATRIMONIAUX – CAS DIFFICILES

4.1. Les biens innés sont-ils patrimoniaux ?

Zachariæ – dont on a vu que sa position déclenchait l'ire du doyen Demolombe – a le mérite de la simplicité et de la clarté : les biens patrimoniaux doivent être considérés sous le rapport de leur valeur pécuniaire. Avec cette première détermination, il ne semble pas que nous nous soyons éloignés de la position dominante de la doctrine française, et l'on pourrait croire qu'il convient de poursuivre le raisonnement, comme le fait Demolombe, en ajoutant que les biens innés, expression qui désigne les éléments inséparables de la personnalité (le corps, la liberté, la vie...), ne sauraient être considérés sous le rapport de leur valeur pécuniaire parce qu'ils sont, par nature, nécessaires à l'existence de la personne et n'ont par conséquent pas de prix. Si tel était le cas, il faudrait affirmer que les biens innés sont extra-patrimoniaux.

Comme nous le savons, dans le lointain sillage de Gaius, la doctrine française érige, ou plus exactement cherche à ériger sans jamais y parvenir tout à fait, une muraille infranchissable entre les personnes et les choses, ces dernières pouvant seules être qualifiées de patrimoniales. La notion de bien patrimonial recoupe pour ces auteurs, comme semble-t-il dans le droit romain[1], celle des biens dont la vocation est d'être dans le commerce. Il faut ajouter que le terme « commerce » recouvre en principe (c'est-à-dire en l'absence de clauses spéciales d'inaliénabilité) indistinctement le commerce juridique et le commerce vénal. Il serait

1. Cf. *supra,* n. 3, p. 202.

donc inutile d'y revenir : les biens seraient tous les objets d'un droit réel de propriété et, par conséquent (encore une fois, sauf dispositions spéciales), aliénables. On aurait ainsi, dans un bel ordonnancement, d'un côté des biens, patrimoniaux – ou commerciaux – par définition, et de l'autre des objets trop personnels pour être commerciaux, donc pour être patrimoniaux, donc pour être des biens : l'expression de « biens innés » elle-même serait décidément maladroite, puisque les existants qu'elle désigne (le corps, la vie, la liberté, etc.) ne seraient pas, rigoureusement parlant, des biens, soumis comme tels à un empire propriétaire. C'est là la thèse que défend Demolombe, et Zachariæ ne la partage pas : il fait droit à la notion de biens innés et opère à cette fin un remaniement considérable de l'opinion généralement admise par la doctrine française quant à la division des biens.

Ce remaniement trouve son expression dans des considérations terminologiques : se méfiant du terme « chose » *(res),* source, à ses yeux, de confusion et d'erreur, Zachariæ lui préfère le terme d' « objet » *(Gegenstand),* dont l'usage même connote à tout le moins un contexte postkantien. Qui dit objet dit, bien entendu, sujet : l'objet est ce qui se tient en face du sujet et constitue pour lui son extériorité. Selon Zachariæ, la personne, ou encore le sujet de droit, est un arbitre dans ses rapports avec d'autres arbitres, ou encore une capacité juridique (« les personnes se caractérisent par une volonté libre et une capacité juridique »[1]) ; de sorte qu'est objet de droit pour cette personne tout ce que sa volonté est susceptible de prendre légalement pour objet, aussi bien des êtres non libres que des êtres libres (elle-même ou d'autres volontés libres), en tant que leur liberté se manifeste extérieurement. Ces objets de droit sont appelés biens :

> « On appelle "bien" l'objet d'un droit dont une personne est titulaire. Les biens qu'une personne possède ou peut acquérir (précisément au sens juridique du mot bien) sont tous les objets qui existent dans la nature ou qui peuvent s'extérioriser dans le monde physique. Les biens sont donc des objets corporels. »[2]

1. K. S. Z., *HFC* (4), I, § 168, p. 356. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 34.
2. *Ibid.*

Faut-il comprendre que Zachariæ retrouve dans cette dernière formule les *res corporales* gaiennes ? L'affirmative ne fait aucun doute pour ce qui regarde la division des choses corporelles et incorporelles (en gaien), c'est-à-dire celle des objets des droits et des droits (en kantien), puisque l'objet est l'objet d'un droit et non le droit lui-même :

> « Cependant il arrive parfois que le mot "bien" désigne aussi le droit qu'on a sur un objet ainsi que les moyens par lesquels on peut faire valoir ce droit. Il en résulte la distinction entre les biens corporels et les biens incorporels (par la suite le terme "bien" sera toujours utilisé au sens strict à moins que le contraire ne soit précisé). »[1]

Mais pour ce qui regarde la distinction des personnes et des choses, Zachariæ se dégage tout à fait de la tradition romaine puisque pour lui les personnes sont elles aussi des objets des droits. C'est précisément cette divergence qui fait bondir Demolombe quand il en retrouve les traces dans le manuel d'Aubry et Rau (cf. *supra,* chap. I, § 5). Chez Zachariæ, l'expression « objets corporels » s'entend de tous les êtres ayant une manifestation phénoménale, tous les corps susceptibles d'être soumis juridiquement à la volonté d'un sujet libre. Selon cette terminologie, le sujet ne possède des biens que métaphoriquement : au sens strict, il ne possède que des droits ayant ces biens pour objet. Le terme « corporel » ne s'oppose donc plus à celui d' « incorporel » comme deux espèces du genre *res,* mais désigne un ordre ontologique – celui que Kant appelle le monde des phénomènes physiques, ou encore le monde de la nature, qu'il faut se garder de confondre avec celui que peuplent les noumènes : le monde de la liberté. L'attribut essentiel des objets est donc l'*extériorité,* tandis que celui des sujets libres est l'*intériorité.*

Selon cette terminologie, le terme « bien » désigne alors tous les objets possibles des droits, y compris les personnes, objets des droits dits – pour cette raison – personnels. Or, selon l'opinion majoritaire de la doctrine française, le terme *bien* désigne toutes les choses privativement appropriables et l'on peut donc identifier la catégorie de bien avec celle d'élément d'un patrimoine (sauf en cas de clauses spéciales d'inaliénabilité, comme celles qui donnent naissance au régime de la domania-

1. *Ibid.*

lité publique). Est-ce à dire, comme le pense Demolombe, que, selon Zachariæ, les biens innés sont patrimoniaux ? Il faut plutôt penser que Demolombe lui a attribué sa propre définition des biens. Un détour par la doctrine de Kant éclairera ce point.

Dans les termes de la *Doctrine du droit,* une première division selon l'objet permet de définir la nature du droit : si l'objet extérieur est une personne, on parlera de droit personnel, si c'est une chose matérielle, il sera question de droit réel ; et certains cas limites (les femmes, les enfants et les domestiques) offrent à la dogmatique juridique la catégorie de droit réel d'espèce personnelle[1]. Zachariæ est une des quelques autorités du Droit civil à avoir suivi Kant jusque dans le droit de la famille[2]. On comprend qu'il faille par conséquent adopter le changement de terminologie que ce choix entraîne et en suivre toutes les implications : choses matérielles et personnes sont ici des biens, objets de droit réels ou personnels, considérés les uns et les autres comme patrimoniaux. Dans cette configuration, les biens patrimoniaux ne sont donc pas seulement les choses matérielles gaiennes, ce sont tous les objets extérieurs kantiens, ou encore les biens. Mais ce remaniement ne signifie pas, contrairement à ce que Demolombe laisse entendre, que les créanciers seraient loisibles de se payer sur la personne elle-même, puisque le sujet ne possède pas les objets eux-mêmes mais des droits sur ces objets. Pour Zachariæ, la personne n'est donc pas patrimoniale en elle-même ; par contre les droits sur des personnes le sont et par extension on peut dire qu'en tant qu'objet d'un droit une personne est un bien patrimonial. Le contresens de Demolombe vient de ce qu'il convient de donner à ces termes un sens kantien et non plus gaien : être un bien patrimonial signifie pour Kant être l'objet d'un droit patrimonial et non pas être une chose matérielle saisissable parce qu'elle est dans le commerce.

1. « Les objets extérieurs de mon arbitre ne peuvent être que de trois sortes : 1 / une chose (corporelle) en dehors de moi ; 2 / l'arbitre d'un autre en vue d'un acte déterminé *(praestatio)* ; 3 / l'état d'un autre par rapport à moi, selon les catégories de substance, causalité et de communauté entre moi et des objets extérieurs d'après les lois de la liberté » (Kant, *Doctrine du droit,* in *Métaphysique des mœurs, op. cit.* I, § 4, p. 37-38).

2. K. S. Z., *HFC* (4), I, § 177, p. 378-380.

Le risque de contresens une fois écarté, nous pouvons revenir à la question qui nous occupe, celle de la patrimonialité des biens innés. Dans les termes proposés par Zachariæ, tous les objets des droits sont patrimoniaux dans le sens où, précisément, ils sont objets de droit. Or tout ce qui est extérieur est susceptible de devenir un objet de la volonté libre. Ce n'est donc pas du côté d'autrui qu'on trouve des limites à la patrimonialité, c'est du côté du sujet libre lui-même : par définition, les êtres qui relèvent de la sphère de l'intériorité du sujet ne sont pas des objets extérieurs, et par conséquent ne sauraient être des biens, où éléments du patrimoine. Il en est ainsi des noumènes, la liberté ou l'âme considérées en elles-mêmes. Où l'on retrouve la distinction des choses matérielles et spirituelles (en gaien), mais pensée dans le couple notionnel de l'intériorité et de l'extériorité.

C'est dans le statut juridique des biens innés que s'apprécie la fécondité de cette nouvelle configuration.

Les biens innés sont en effet des êtres mixtes : ils ne sont ni de simples phénomènes ne manifestant que la régularité des lois de la nature, ni de purs noumènes qui ne sauraient être des objets de droit faute d'extériorité, mais des étants qui, parce qu'ils sont des phénomènes, sont des objets extérieurs ou encore des biens, mais qui, parce qu'ils sont indissolublement liés à l'intériorité d'un sujet qu'ils manifestent directement, peuvent difficilement être réduits à une pure extériorité.

Ainsi, *quid* du corps propre d'une personne, de ses pensées (en tant qu'elles sont manifestées dans un manuscrit par exemple), de son nom, de son honneur ? Si tous les biens sont des objets extérieurs, il semble qu'il faille distinguer ceux qui sont l'extériorisation d'une intériorité toujours présente dans leur être-là extérieur, de ceux qui sont simplement extérieurs, ou encore les biens extérieurs ou acquis et les biens qui – quoique extérieurs – engagent, voire conditionnent, une intériorité, les biens innés dits personnels, parce qu'ils ont pour objet un élément personnel.

Zachariæ nous dit :

> « Parmi les biens, on distingue les biens personnels ou innés, et les biens extérieurs ou acquis. Les biens innés se confondent avec l'existence même de la personne titulaire de droits sur eux. Mais la deuxième partie du

> manuel ne concerne que les biens extérieurs sur lesquels une personne peut avoir des droits civils. Toutefois les biens innés peuvent se transformer en des biens acquis dans le cas où ils subissent une lésion (art. 1382, 1383). Les biens acquis (ceux qui ne se confondent pas avec l'existence de la personne), c'est-à-dire des objets extérieurs *(aüßere Gegenstände)* des droits civils, consistent en des personnes ou des choses. »[1]

Les biens innés sont les biens qui « se confondent avec l'existence même de la personne titulaire des droits sur eux ». Il semble que le critère soit celui mis en œuvre par la doctrine française, celui du lien entre le bien et la personne même : si ce lien est substantiel, nécessaire, le bien est inné ; s'il est secondaire, contingent, le bien est extérieur.

Selon Kant, il n'existe en soi qu'un seul bien inné, la liberté. C'est pourquoi, en toute rigueur, il n'y a qu'un seul droit subjectif naturel (au sens de rationnel) comme condition transcendantale de possibilité de la personne juridique, qui est la faculté de posséder des droits. Cette faculté est naturelle, c'est-à-dire qu'elle ne trouve son fondement dans aucun titre, à la différence des droits qui portent sur des biens acquis[2]. La question des biens innés est donc celle des biens qui sont extérieurs au sujet, mais cependant nécessaires à l'exercice de la liberté – que Kant appelle aussi mien interne. Cela posé, on a vu que par définition tous les biens sont des objets extérieurs, et qu'ils sont à ce titre patrimoniaux. Faut-il en conclure que la réintroduction d'une distinction entre biens innés et acquis ne change rien à cette définition et que les biens innés sont patrimoniaux ? À première vue, la fermeté de la première réponse ne laisse place à aucune hésitation :

> « Une pluralité de biens acquis que l'on considère comme une unité ou une totalité, est qualifiée d'universalité. [...] Les objets du patrimoine sont donc les biens (extérieurs) d'une personne, non pas considérés individuellement pour leurs qualités particulières, mais seulement envisagés en leur qualité de chose dotée d'une valeur pécuniaire (Duranton, IV, 3 *sq.*). »[3]

1. K. S. Z., *HFC* (4), I, § 168, p. 356, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 35.
2. Kant, Introduction, B, *Doctrine du droit,* in *Métaphysique des mœurs, op. cit.,* p. 25.
3. K. S. Z., *HFC* (4), I, § 168, p. 356, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 35.

Il ne suffit donc pas à un existant d'être un bien extérieur pour être un bien patrimonial selon Zachariæ, encore faut-il qu'on puisse lui assigner un équivalent pécuniaire. Le critère de la vénalité se substitue à celui de l'extériorité, et sous ce nouveau rapport il faut accorder que les biens innés sont inhérents à la personnalité même, et conclure de cette indissociabilité qu'ils n'ont pas de prix, puisque la personne (le mien interne) est strictement inaliénable (et même incessible, comme on va le voir) ; ils sont donc extra-patrimoniaux *en eux-mêmes*. Contre l'interprétation qu'en propose Demolombe (à travers la version qu'en donnent Aubry et Rau), il faut donc dire que les biens innés obligent à penser la catégorie, introuvable dans la reprise hexagonale de la conception romaine, de bien extra-patrimonial.

Mais cette première conclusion est partielle : il convient en effet d'ajouter que les biens innés ne sont extra-patrimoniaux que lorsqu'ils sont considérés *en eux-mêmes,* en tant que manifestation et condition empirique de l'intériorité d'une personne. Or, en tant que *manifestation,* ces biens innés sont aussi des phénomènes extérieurs qui peuvent être l'objet de droits (c'est pourquoi on parle de biens), et si, en eux-mêmes, ces biens n'ont pas de prix, tel n'est pas le cas des droits dont ils sont l'objet, qui peuvent fort bien se voir attribuer un équivalent monétaire. Dans ce sens, et dans ce sens seulement, les biens innés doivent être considérés comme objets de droit inclus dans le patrimoine, donc comme biens patrimoniaux. Un exemple illustrera ce qui précède : Zachariæ évoque le cas d'un livre. Depuis que Kant a consacré quelques pages célèbres à cette question, nous savons qu'un livre est un être mixte, à la fois objet matériel (le manuscrit) et être idéel (le discours de l'auteur) :

> « Le livre, d'une part, est un produit matériel de l'art *(opus mechanicum)* qui peut être imité (par celui qui se trouve en posséder légitimement un exemplaire), et par conséquent il y a là un droit réel ; mais d'un autre côté, le livre est aussi un pur et simple discours de l'éditeur au public, que le possesseur d'un exemplaire n'a pas le droit de reproduire publiquement *(praestatio operæ)* sans avoir pour cela été mandaté par l'auteur – ce qui définit un droit personnel. »[1]

1. Kant, *Doctrine du droit,* § 31, II, in *Métaphysique des mœurs, op. cit.,* p. 95.

En tant qu'expression « pure » et « simple » de la pensée de l'auteur, en tant que discours, le livre est intimement associé à la personne de celui-ci, c'est un être qui est naturellement le bien de l'auteur, en tant que forme extérieure de son mien interne, sans qu'aucun titre ne soit requis pour légitimer cette possession juridique. Mais, en tant que manuscrit, c'est un objet extérieur que personne ne peut se prévaloir de posséder sans titre, c'est un bien extérieur ou acquis, qui peut faire l'objet d'un rapport vénal. C'est pourquoi Zachariæ peut écrire :

> « Les manuscrits d'un auteur font partie de son patrimoine. Ils peuvent, par conséquent, être saisis au même titre que les autres biens qu'il possède. »[1]

Le mystère de cette distinction est, bien entendu, dans l'extériorisation du bien inné, sa transformation en bien acquis. Le mystère se dissipe dès lors qu'on cesse de considérer le bien en lui-même, mais qu'on l'inscrit dans le contexte de la pratique juridique. Dans un tel contexte en effet, certains biens innés peuvent être lésés, et à ce titre ouvrir à des actions en dommages-intérêts. C'est là le ressort essentiel du raisonnement : en eux-mêmes, les biens innés sont une dimension de la personne mais, du moment qu'ils se phénoménalisent, ils deviennent susceptibles de lésion, qui, dès lors qu'elle est reconnue comme telle par le droit, ouvre un droit à réparation. Le montant de cette réparation exige une évaluation pécuniaire non pas du bien inné considéré en lui-même, mais du dommage subi par la personne lésée ; il n'en reste pas moins que c'est la possession de ce bien qui est la cause du droit à obtenir réparation. On peut par conséquent conclure que :

> « [les] biens innés, [...] font également partie du patrimoine, dans la mesure où, du fait de leurs conséquences juridiques, ils se transforment en droit sur des biens ou en des droits à des dommages-intérêts. »[2]

La formulation est précise et doit être interprétée de la manière la plus stricte qui soit, sauf à retomber dans les à-peu-près de la critique de Demolombe : les biens innés sont extra-patrimoniaux, sauf « dans la

1. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 573, n. 2, p. 423, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 36.
2. *Ibid.,* n. 1.

mesure où, du fait de leurs conséquences juridiques, ils se transforment en droit », et dans cette seule mesure. Alors ces biens perdent leur caractère d'intériorité en s'extériorisant et se voient, pour ainsi dire, négativement attribuer un prix qui désigne non pas leur valeur intrinsèque, inestimable, mais la perte subie par leur lésion.

Ici se retrouve – relativement au même bien – un mécanisme analogue, quoique techniquement différent, à celui qui préside à la transformation du travail, considéré comme élément constitutif de la personne, en bien marchand par la grâce du contrat de louage d'industrie. C'est par l'action en dommages-intérêts et l'obligation dans laquelle se trouvent les juges de donner un prix à la lésion que constitue la privation ou la détérioration d'un bien inné, qu'un élément inséparable de la personne – son corps, sa vie, sa liberté, ses pensées – se transforme en bien patrimonial. Dans cette mesure (et, encore une fois, dans cette mesure seulement), on peut parler d'*appropriation* de la personne, c'est-à-dire d'appropriation d'un élément intérieur dont la forme potentiellement extériorisable est susceptible de lésion, dont la réparation est elle-même évaluable en argent.

Il reste que la transformation opérée par le contrat de travail diffère largement de celle que réalise l'action en dommage-intérêts relative aux biens innés : là où une définition de la propriété comme droit réel oblige à une distinction entre personnes et biens selon leur nature métaphysique, et par conséquent requiert une réification de l'essence du travail dans la perspective de sa qualification comme bien, chez Zachariæ la personne est un objet extérieur, susceptible à ce titre de subir des lésions dans toutes ses manifestations (les biens innés), et par conséquent de faire (négativement) l'objet d'évaluations pécuniaires qui transforment (dans cette mesure) ces biens innés en biens patrimoniaux. C'est la nature juridique des biens qui change, pas leur nature métaphysique.

Il n'y a donc pas, selon Zachariæ, une stricte coïncidence entre l'extériorité des biens innés et leur patrimonialité, mais il suffit que ces biens innés extérieurs soient lésés et que cette lésion fasse l'objet d'une requête en réparation du préjudice pour qu'ils deviennent patrimoniaux. Les biens innés sont des biens pour ainsi dire en attente de patri-

monialisation. Autrement dit, tous les biens innés, considérés sous un certain rapport (dès lors qu'ils sont lésés), peuvent être associés à une valeur pécuniaire et, sous ce rapport déterminé, deviennent des biens patrimoniaux. Si l'on veut bien se souvenir que les biens extérieurs ne sont pas non plus, en eux-mêmes, des biens patrimoniaux, mais ne le sont que du point de vue de leur valeur vénale, la distinction – quant à leur patrimonialité – entre biens innés et biens extérieurs se fait ténue, elle tient entièrement dans la détermination de leur valeur vénale : indirectement *via* l'estimation du coût du dommage provoqué par leur lésion pour les uns, directement par leur commercialisation pour les autres.

Apparaît ici une figure nouvelle de l'individu propriétaire. Tandis que le contrat de louage et d'industrie nous dévoile la nécessité de pouvoir disposer de son travail et de sa faculté laborieuse comme d'une chose, il semble ici, plus radicalement pourrait-on dire, que tous les biens innés soient, sous un certain rapport, et au moins en puissance, des biens patrimoniaux. Sans doute les biens innés considérés en eux-mêmes ne sont-ils pas patrimoniaux, mais ils le deviennent dès lors qu'ils sont l'objet d'une volonté déterminée à procéder à l'évaluation de leur éventuelle lésion, de sorte qu'il n'y a plus de différence de nature, mais simplement une différence contingente de situation, ou plus exactement de perspective, entre les biens innés personnels et les biens innés ayant valeur patrimoniale. En toute rigueur, je suis, chez Zachariæ, titulaire de droits personnels sur les éléments de ma personne considérés en eux-mêmes, et de droit de propriété sur leur équivalent pécuniaire.

Sans doute, en substituant le terme « objet » à celui de « chose », et le couple de l'intériorité et de l'extériorité à celui de la matière et de l'esprit, Zachariæ comptait trouver un fondement philosophique plus solide au dualisme métaphysique qui soutient la *summa divisio* des personnes et des choses. Sans doute aussi est-il absurde de lui reprocher, comme le fait Demolombe, de l'avoir ruinée en rendant saisissables les éléments de la personne. Il n'en reste pas moins que, si l'opposition personne/chose est reconduite, elle n'est plus l'axiome fondamental sur lequel repose tout le droit civil, puisqu'elle est désormais relative à

l'aspect (substantiel ou vénal) selon lequel le bien est appréhendé par le droit.

En tant que valeur vénale, tous les biens (personnels ou extérieurs) sont susceptibles d'être appréhendés par le droit selon le mécanisme de la saisie[1]. C'est dire que la vénalité des biens patrimoniaux est fonction de leur saisissabilité. Pourtant, Zachariæ n'ignore pas que l'article 2092 du Code civil considère que certains biens (dans le sens gaien, des choses corporelles donc), quoiqu'ils soient dans le commerce, sont insaisissables[2], autrement dit que la catégorie des biens saisissables ne correspond pas à celle des biens patrimoniaux. Mais, précisément, c'est au législateur d'en dresser la liste, qui ne ressortit pas au droit philosophique (pas même pour le minimum vital, le seul droit inné étant celui à l'appropriation et ne contenant pas la notion d'un minimum) ; par conséquent sont patrimoniaux tous les biens saisissables en principe, quelles que soient par ailleurs les dispositions spéciales que la sagesse du législateur impose. Tous les biens extérieurs appartenant à une personne, en tant qu'ils se voient attribuer un équivalent monétaire, sont dans le patrimoine, gage commun des créanciers, et à ce titre sont saisissables, sauf disposition légale expresse contraire. Ou encore, l'extériorité des biens – y compris celle des biens innés en tant qu'ils sont considérés du point de vue de la valeur d'une éventuelle lésion – les rend en principe saisissables, et dès lors qu'un bien est saisissable c'est qu'il est considéré du point de vue de sa valeur monétaire par les créanciers dont il est le gage, ou encore qu'il peut toujours trouver, en principe et encore une fois sauf disposition légale contraire, une traduction monétaire. Demolombe a tort de penser que les créanciers pourraient directement se payer sur la vie ou le corps de leurs débiteurs faillis puisque le législateur l'interdit expressément, mais il est vrai que ce n'est plus en raison de leur nature que ces biens sont insaisissables, et que, d'ailleurs, les formes extérieures qu'ils sont susceptibles de revêtir

1. « Les biens ne sont pas, en soi, des objets du patrimoine, mais seulement sous le rapport de leur valeur pécuniaire, c'est-à-dire dans la mesure où ils sont susceptibles d'être saisis » (K. S. Z., *HFC* (4), III, § 573, p. 433, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 36.

2. Voir *infra,* n. 2, p. 236, la liste des biens déclarés insaisissables à l'article 2092-2 du Code civil.

peuvent être saisies dans la mesure où, dans le cadre de la loi, les droits qui s'y attachent sont susceptibles d'avoir une valeur monétaire.

Cette idée d'une saisissabilité des objets extérieurs, en ce qu'elle semble impliquer que c'est l'extériorité de l'objet qui conditionne la possibilité de déterminer son équivalent monétaire, ou encore que le caractère tangible des objets (le fait qu'ils soient saisissables par les sens) conditionne leur saisissabilité juridique, invite à se demander si tous les biens patrimoniaux sont nécessairement des objets extérieurs, ayant une existence phénoménale positive. La question, ici, n'est plus celle de la patrimonialité des biens intérieurs, mais celle des êtres négatifs ou encore de la patrimonialité des dettes.

4.2. Les dettes sont-elles des biens patrimoniaux ?

Les dettes font-elles partie du patrimoine du débiteur ? On voit ce qu'une réponse positive aurait de troublant. Il faudrait reconnaître que le patrimoine ne contient pas seulement des êtres, mais encore des signes monétaires (négatifs), de quoi il faudrait conclure à la nature *purement* monétaire de ces biens. Or, il semble pourtant qu'il faille répondre positivement à la question dans la mesure où ces dettes grèvent certainement le patrimoine. C'est d'ailleurs ce que remarque Zachariæ, dans un paragraphe partiellement précité :

> « Le patrimoine du débiteur (mobilier et immobilier, actuel et futur) est le gage commun des créanciers. Ce qui signifie que toutes les obligations dont une personne est tenue, doivent, dans la mesure où elles sont évaluables en argent (directement ou indirectement, voir art. 1142), être acquittées sur le patrimoine du débiteur [...]. Ce principe est une conséquence directe de la notion de patrimoine. En effet, si le patrimoine représente la personne elle-même dans ses rapports avec ses biens, il en résulte de plein droit que le patrimoine de la personne répond de ses dettes. »[1]

Le patrimoine répond des dettes. Cela ne suffit pas pour affirmer qu'elles font partie du patrimoine. Avec les biens innés se posait la

1. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 580, p. 434 et 435, trad. V. Lassère, *La doctrine, op. cit.*, p. 43.

question d'une espèce d'êtres juridiques trop liés à la personne pour être indiscutablement patrimoniaux. Avec les dettes, le problème n'est plus moral, mais proprement ontologique : qu'est-ce qu'un bien patrimonial *négatif,* qui n'est ni intérieur ni extérieur, faute d'être autrement que sur le mode du *ne pas* ? Comme on l'a vu, selon Zachariæ, tous les biens peuvent être considérés du point de vue de leur vénalité, et c'est sous ce rapport qu'ils peuvent être tenus pour des biens saisissables, par principe patrimoniaux. Le raisonnement suppose que toutes les valeurs pécuniaires soient des biens extérieurs. Mais alors, *quid* des valeurs pécuniaires négatives, qui ne correspondent à un être extérieur que dans le patrimoine d'un tiers ? Le cas des dettes introduit le problème du manque d'un objet, qui serait cependant un objet pour le droit, où encore d'un droit non pas sur un objet mais sur un manque d'objet. La reconnaissance de l'appartenance des dettes au patrimoine, et par conséquent celle de l'existence de patrimoines négatifs dans le cas où le passif serait supérieur à l'actif, interdit que le critère de leur saisissabilité, au sens de tangibilité, ou encore de phénoménalité, soit le critère déterminant leur patrimonialité.

En cette matière, Zachariæ est sur le fil du rasoir. Il accorde que « le patrimoine répond des dettes », mais la formule ne peut être interprétée comme équivalente à l'introduction des dettes dans le patrimoine, et en restant ainsi à la lisière d'une éventuelle ontologie négative, il sauve la cohérence théorique de sa conception des biens innés comme objets extérieurs, phénomènes tangibles, auxquels on attribue une valeur pécuniaire. Pour trouver l'affirmation explicite que les dettes appartiennent au patrimoine, c'est vers Aubry et Rau (troisième édition) qu'il convient de se tourner :

> « Le patrimoine n'étant qu'un ensemble de biens, c'est-à-dire de valeurs pécuniaires, exprime lui-même, en définitive, l'idée d'une pareille valeur. Pour en déterminer la consistance, il faut, de toute nécessité, déduire le passif de l'actif. La circonstance toutefois que le passif surpasserait l'actif, n'exclurait pas l'existence du patrimoine, qui comprend les dettes, tout comme il comprend les biens. »[1]

1. A. R., *CDCF* (3), V, § 573, p. 4.

Un patrimoine pourrait donc, selon ces auteurs, subsister quoiqu'il ne soit composé que d'éléments négatifs, de dettes. C'est dans ce tournant, que ne prend pas Zachariæ mais que ses formulations permettent de concevoir, que la rupture avec le mode de conceptualisation de la propriété comme droit réel est consommée. En effet, non seulement le titulaire du patrimoine est propriétaire de ses créances (ce qui pourrait encore être interprété comme le mode virtuel ou futur d'être propriétaire de biens matériels), mais il est propriétaire de ses dettes, et peut même n'être propriétaire que de ses dettes, sans que puisse donc être établie de correspondance avec des biens (objets extérieurs) actuels ou virtuels lui appartenant. Autrement dit, si la définition du patrimoine chez Zachariæ est déjà économique, puisque c'est en tant qu'est considéré leur équivalent monétaire que les biens entrent dans le patrimoine, elle ne s'y réduit pas : ontologiquement, ces biens sont des objets extérieurs, des phénomènes réels, matériels et non pas de pures valeurs, quoiqu'ils ne soient saisis par le droit du patrimoine qu'en tant qu'ils ont une valeur pécuniaire. En intégrant les dettes au patrimoine, en accordant la patrimonialité des objets négatifs, Aubry et Rau doivent accorder que le patrimoine est composé non pas de biens extérieurs auxquels on attache une valeur monétaire, mais de valeurs monétaires elles-mêmes. Ainsi, alors que chez Demolombe le statut ontologique des biens est celui de choses dont la nature est d'être *matérielle,* chez Zachariæ la catégorie recouvre celle des objets *extérieurs* ayant une valeur monétaire, et se confond, chez Aubry et Rau, avec la notion de *valeur vénale* considérée en elle-même.

La différence entre ces deux dernières doctrines est de taille : les biens chez Zachariæ sont riches de déterminations diverses, parmi lesquelles, mais ce n'est là qu'une détermination parmi d'autres, parfois très extérieure (pour ce qui est des biens innés), celle du prix qui y est attaché ; tandis que chez Aubry et Rau la conceptualisation patrimoniale se fait indifférente à toute détermination particulière de l'objet, pour ne considérer que son aspect pécuniaire : les biens sont des valeurs. Une telle conception n'est pas seulement économique, elle est comptable.

Une autre présentation possible de ce qui précède pourrait être la suivante : là où Aubry et Rau confondent biens et valeurs, Zachariæ se contente de faire varier les points de vue (ou les aspects) et de distinguer selon que le bien est regardé comme objet de la volonté (il sera alors considéré d'après toutes ses qualités essentielles) ou comme élément d'une universalité (ou n'entre en jeu que son prix). C'est ce qui ressort clairement de la citation suivante :

> « Les objets du patrimoine sont donc les biens (extérieurs) d'une personne, non pas considérés individuellement pour leur qualités particulières, mais seulement envisagés en leur qualité de chose dotée d'une valeur pécuniaire. Il est donc possible et même nécessaire de présenter les objets extérieurs des droits civils à partir de deux points de vue différents ; d'une part comme des objets particuliers, d'autre part comme des objets faisant partie du patrimoine. »[1]

Zachariæ autorise ici un changement de point de vue : le rapport juridique qui unit une personne et un objet peut être considéré du point de vue de la relation directe entre cette personne et l'objet de sa volonté, mais peut aussi être considéré comme un élément du patrimoine. Ce déplacement est gros d'un changement de perspective : le bien est un objet aux multiples qualités déterminées, pour la volonté du propriétaire, mais c'est une valeur *pour son créancier*. La perspective de l'unification des biens patrimoniaux en une masse monétaire indifférenciée est celle qui se dégage de l'adoption du regard d'un tiers, le créancier, pour qui le patrimoine est un ensemble de biens saisissables. La révolution opérée par l'introduction de la notion de patrimoine dans la conceptualisation de la propriété réside entièrement dans ce changement de perspective : l'objet est un objet pour la volonté subjective qui le construit comme objet en lui assignant des qualités sensibles ; il est un bien, une valeur vénale pour le tiers créancier. La notion de patrimoine introduit, au cœur de la relation du sujet propriétaire à l'objet approprié, la médiation d'une perspective étrangère ; introduction requise pour opérer l'unification du propriétaire et du débiteur en un seul et même sujet de droit. Il n'est pas nécessaire de jouer trop

1. K. S. Z., *HFC* (4), I, § 168, p. 358, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 35.

lourdement sur les mots pour attribuer à ce changement de perspective des vertus alchimiques : le patrimoine n'est peut être pas la pierre philosophale, il opère cependant la transformation de la substance étendue en pur argent.

Chez Zachariæ cependant, il s'agit moins de transformation que de représentation, le plan de l'objectalité et celui de la valeur coexistant dans le même monde juridique selon qu'on adopte le point de vue de la volonté du propriétaire ou celle de son tiers créancier. Il faut attendre l'introduction de la doctrine en France pour qu'elle revête un caractère proprement alchimique.

5. LA RADICALISATION DE LA THÉORIE PAR CHARLES AUBRY ET CHARLES RAU

5.1. La notion d'utilité

Pour Aubry et Rau, les biens sont définis comme des valeurs, et la seule considération qui interdise d'en faire de stricts synonymes est que, si tous les biens sont des valeurs, il est des valeurs qui ne sont pas des biens (les dettes). C'est cette identification du bien à sa valeur qui permet d'affirmer non pas seulement que le patrimoine est *grevé* de dettes, mais encore qu'il *contient* des dettes, que ces valeurs négatives sont des éléments du patrimoine, en un certain sens donc, des biens. Est-ce à dire que pour Aubry et Rau les biens ne sont plus définis comme des objets extérieurs ? Il serait erroné de le croire tout à fait : Aubry et Rau accordent bien l'extériorité aux biens, mais ils en reviennent, dans la définition qu'ils en donnent, à des formules décidément plus gaiennes que kantiennes :

> « Les objets des droits civils sont corporels ou incorporels, selon qu'ils tombent sous les sens, ou qu'ils ne peuvent être perçus que par l'entendement.
>
> « Parmi ces objets, il en est qui, tels que le corps, la liberté, l'honneur, se confondent avec l'existence même des personnes. Il en est

> d'autres qui existent en dehors et indépendamment de la personne investie des droits dont ils forment la matière. Ces derniers sont appelés objets extérieurs. »[1]

Aubry et Rau sont fondés à revendiquer l'originalité du propos[2]. Alors que Zachariæ désignait par biens « tous les objets qui existent dans la nature » considérés comme des objets extérieurs, et ajoutait à l'intérieur de cette classe une distinction entre les biens personnels et extérieurs, les jurisconsultes français passent outre cette subtilité et rabattent le couple conceptuel kantien interne/externe sur celui de personnel/réel, se rapprochant par cette voie de Gaius, sans parvenir cependant aux positions de la majorité de leurs collègues français, pour lesquels les objets personnels sont des biens, ce que ne leur accorde pas – comme on l'a vu – Demolombe et la doctrine dominante. Aubry et Rau ne suivent ainsi ni Kant ni Gaius, mais un moyen terme qui exige une reprise de la définition de « bien ». Les biens sont en effet pour eux un peu moins que « les objets extérieurs » de la volonté considérés en général, mais un peu plus que les choses matérielles en tant qu'elles sont soumises à un droit réel de propriété :

> « On peut considérer les objets des droits civils, soit en eux-mêmes et d'après leur nature ou leur forme constitutive, soit sous le rapport de l'utilité qu'ils offrent à la personne qui a des droits à exercer sur eux. »[3]

Ce paragraphe semble reprendre une définition classique, en tout cas très en usage dans la doctrine française. C'est l'utilité qui sert à définir le bien. Ce critère est chez Toullier[4], comme chez Demolombe[5]. L'originalité d'Aubry et Rau est cependant très grande : ce sont en effet les objets des droits civils en général qui sont considérés sous le rapport de leur utilité, et non les seuls objets corporels (ou choses corporelles dans la terminologie gaienne), de sorte que les objets incorporels peuvent être considérés – du point de vue de leur utilité – comme des

1. A. R., *CDCF* (3), II, § 162, p. 1.
2. Cf. *supra,* n. 4, p. 206.
3. A. R., *CDCF* (3), II, § 162, p. 2.
4. C.-M. T., *DCF* (5), III, nº 3, p. 3.
5. C. D., *CCN* (4), IX, nº 8, p. 6.

biens : le bien s'affranchit de son *corpus,* l'utilité n'est plus une qualité physique du bien, ou encore une détermination inhérente à la nature même de la chose (qu'on sait corporelle). Les auteurs ont d'ailleurs conscience de leur originalité :

> « Dans le langage du Code, le mot "biens" ne comprend ni les biens innés, ni même les droits de puissance envisagés comme tels, et indépendamment des avantages qui peuvent y être attachés. »[1]

Ainsi, le concept d'utilité semble s'étendre à tous les avantages que les droits sont susceptibles de procurer, et non plus seulement à ceux qu'on peut attendre des choses sur lesquelles on détient des droits. Cette innovation n'est pas chez Zachariæ, qui n'évoque pas la notion d'utilité dans le paragraphe correspondant (§ 168) et qui définit le concept de bien par sa saisissabilité, de sorte que le concept d'extériorité lui permet de faire l'économie de celui d'utilité.

L'introduction de ce concept préside à un véritable tournant de la théorie du patrimoine dans la reprise qu'en proposent Aubry et Rau. Dès la première édition de 1839, les traducteurs insèrent un paragraphe qui ne renvoie à rien dans le texte original, mais qui propose une définition juridique très large de l'utilité :

> « On peut considérer les objets des droits civils, soit en eux-mêmes et d'après leur nature constitutive, soit sous le rapport de l'utilité [n. 5 : De l'utilité. Ce terme est plus large que celui de prix ou de valeur vénale ; il comprend tout ce qui peut contribuer au bien-être moral ou matériel de l'homme, et par conséquent des avantages non appréciables en argent. Tels, par exemple, que les avantages ressortant des rapports personnels entre époux ou entre parents et enfants. Les personnes peuvent donc, aussi bien que les choses, constituer des biens] qu'ils offrent à la personne qui a des droits à exercer sur eux. Envisagés sous ce dernier point de vue, et par conséquent abstraction faite de leur individualité, ces objets s'appellent biens. »[2]

De même, dans le § 573 qui définit la notion de patrimoine, là où Zachariæ écrit que « les biens ne sont pas en soi des objets du patrimoine, mais seulement sous le rapport de leur valeur pécuniaire,

1. A. R., *CDCF* (3), II, § 162, p. 2.
2. A. R., *CDCF* (1), II, § 168, p. 332.

c'est-à-dire dans la mesure où ils sont susceptibles d'être saisis »[1], Aubry et Rau transcrivent en introduisant la notion d'utilité : « Les objets extérieurs qui se trouvent dans le patrimoine, n'en font pas partie en eux-mêmes, et sous le rapport de leur nature constitutive, mais seulement en qualité de biens et sous le rapport de l'utilité qu'ils peuvent offrir. »[2] Dans la version de 1863[3], la note 5 du § 168 disparaît. Que s'est-il passé ? La notion d'*utilité* n'est pas chez Zachariæ, elle est introduite dans la première édition française du manuel où elle désigne le bien-être en général, matériel mais aussi moral. Ce sens est celui, classique, que la science juridique attribue d'ordinaire au terme « utilité », qui est comme le pendant du terme « biens » *(bona)* compris dans son acception étymologique. Mais dans la troisième édition, de 1863, la fameuse note 5, garante d'une compréhension large de la notion d'utilité, disparaît, et s'établit l'équipollence des valeurs pécuniaires et des biens patrimoniaux. Le mouvement conceptuel est donc précis : d'objet extérieur (Zachariæ), le bien devient une utilité au sens large (Aubry et Rau, 1839), puis une valeur vénale (Aubry et Rau, 1863). C'est en identifiant le bien à une valeur vénale qu'Aubry et Rau parviennent à concilier une terminologie d'allure kantienne avec le langage gaien du Code civil, dans lequel un bien est l'objet d'un droit de propriété. Contre Zachariæ, la notion de bien ne s'entend que des choses soumises à l'empire de l'article 544, mais contre la doctrine française dominante, son essence n'est pas d'être une étendue corporelle, mais bien plutôt une quantité déterminée d'unités monétaires. Le coup de force théorique d'Aubry et Rau est absolument stupéfiant : nos auteurs parviennent, en faisant d'une pierre deux coups si l'on peut dire, à identifier la notion juridique d'utilité à celle qu'elle reçoit dans la science économique, et, ce faisant, à sauver la rationalité de la division romaine (gaienne) des biens, mise à mal par les élaborations théoriques kantiennes : Bentham au service de Rome, qui l'eût cru !

1. K. S. Z., *CDCF* (4), III, § 573, p. 423, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 34.
2. A. R., *CDCF* (1), IV, § 573, t. IV, p. 100.
3. Dans la troisième édition, le second tome, où se trouve le § 168, porte la date 1863 bien que le dépôt légal indique 1865.

Du point de vue de la cohérence du concept de bien, cette identification des biens patrimoniaux aux valeurs pécuniaires est primordiale. Elle permet de conserver de Zachariæ l'extension du patrimoine aux objets des droits de puissance et aux éléments constitutifs de l'existence de la personne – les biens innés –, ce que n'accepte pas la doctrine française, tout en accordant à cette dernière une définition restreinte de la notion de bien comme objet d'un droit de propriété au sens de l'article 544. L'effet de cette conciliation saute aux yeux : elle étend considérablement le domaine du droit de propriété, la sphère des choses appropriables, à tous les biens utiles, y compris les biens innés et les droits réels d'espèce personnelle qui, dans les termes de Kant, désignent la puissance paternelle, maritale et patronale. Est-ce à dire que tous ces biens sont dans le commerce et qu'on peut librement s'en saisir, comme le craint Demolombe ?

Il faut se garder ici d'extraire de son contexte la définition des biens nouvellement proposée, sans tenir compte du réaménagement conceptuel qu'elle opère sur les catégories connexes de patrimonialité, de commercialité et d'aliénabilité. Aubry et Rau ne soutiennent pas que l'honneur, le corps, la liberté ou la vie sont des biens vénaux qui sont dans le commerce, qui pourraient être vendus à des tiers, ou saisis par les créanciers. Bien au contraire, ils soulignent leur caractère inaliénable, et leur doctrine n'a pas tant pour effet de bouleverser la nomenclature des biens elle-même (qui est du reste fermement encadrée par la lettre du Code) que son fondement.

5.2. Patrimonialité, commercialité, aliénabilité

Pour la doctrine française, les biens innés et ceux qui dérivent des droits de puissance étant par nature inaliénables ne sauraient être qualifiés de biens parce qu'ils ne sauraient faire l'objet d'une appropriation privative, comme les vertueuses indignations de Demolombe nous le rappellent. Il faudrait donc distinguer les choses et les biens, la première catégorie étant plus large que la seconde. Or, pour ces auteurs, nous l'avons vu, être approprié juridiquement et être saisi par le droit de propriété sont une seule et même chose.

Dans le système d'Aubry et Rau, toutes les choses sont, en principe, des biens, parce que toutes les choses peuvent être utiles aux hommes, dont l'empire est illimité. Ces biens sont donc des objets de propriété, des biens patrimoniaux. Mais dans sa grande sagesse, le législateur peut considérer certains d'entre eux comme insusceptibles d'appropriation privative, de sorte que ces biens, qui sont des objets pour le droit, sont – de droit positif – extra-patrimoniaux. C'est ce qui apparaît explicitement dans les § 168 et suivants. On y distingue classiquement les choses appropriables de celles qui ne le sont pas, selon la nature même des choses :

> « Les choses qui sont destinées à l'usage commun de tous les hommes ne sont pas susceptibles de possession exclusive, ne peuvent par cela même, former l'objet du droit de propriété. Ces choses que le droit romain appelait *res omnium communes,* sont l'air, la lumière, la haute mer, et l'eau courante comme telle, c'est-à-dire en tant qu'on l'envisage dans son état de mobilité et de renouvellement incessant. »[1]

Les choses communes doivent donc être dites appropriables en un sens et inappropriables en un autre, puisque par principe (c'est-à-dire par nature) toutes les choses sont appropriables, mais que par leur destination juridique elles sont sorties par la loi du domaine d'application de l'article 544. Il appartient au législateur de réintroduire dans le droit positif la catégorie, désormais seconde logiquement, de biens non appropriables. On peut encore dire que l'inappropriable a désormais un sens technique, puisqu'il ne désigne plus un au-delà du droit, mais un régime juridique fort précis, celui qui gouverne les objets de droit qui ne sont pas soumis à l'article 544.

> « Quoique non susceptibles de propriété, les choses de cette nature n'en tombent pas moins sous l'empire du Droit, pour le règlement de leur usage. »[2]

La leçon de Zachariæ, qui est celle du droit philosophique kantien, a été retenue : rien, absolument rien, ne saurait échapper à l'empire de l'homme, soit qu'il s'approprie toutes choses soit qu'il règle leur usage,

1. A. R., *CDCF* (3), II, § 168, p. 31.
2. A. R., *CDCF* (3), II, § 168, p. 32.

c'est-à-dire qu'il les administre. Il n'y a plus d'au-delà du monde de l'homme. Aussi faut-il dire que par principe, et sauf disposition expresse du droit positif, les biens innés personnels comme les objets des droits réels d'espèce personnelle sont des biens patrimoniaux, ou encore que leur appropriabilité est non seulement concevable, mais qu'elle s'impose en l'absence de dispositions expresses contraires.

Patrimoniaux, les biens sont réputés dans le commerce, puisque le domaine de propriété est par nature transmissible. Est-ce à dire que tous les biens patrimoniaux sont dans le commerce ? La question est difficile. Les biens patrimoniaux sont des valeurs pécuniaires et comment concevoir une valeur pécuniaire incessible ? L'incessibilité, en immobilisant le bien dans les mains de son propriétaire, ne lui ôte-t-il pas *de facto* toute valeur marchande ? Dès lors, comment concevoir un bien patrimonial incessible ? C'est pourtant cet effort que nous invitent à faire nos jurisconsultes :

> « Les choses susceptibles d'appropriation sont dites hors du commerce lorsqu'un obstacle légal s'oppose à ce qu'elles fassent partie d'un patrimoine quelconque, ou lorsque ayant actuellement un maître, elles ne peuvent par aucun moyen d'acquisition, pas même par prescription, passer dans le patrimoine d'une autre personne. »[1]

Il est donc des choses appropriables en principe, qui font par conséquent de droit partie d'un patrimoine et qui sont donc, par principe, dans le commerce, mais que le législateur retire du commerce en interdisant leur cession. Ainsi du domaine public qui, nous disent les auteurs, est composé des choses qui sont soit « livrées à l'usage du public », soit « affectées directement et en elles-mêmes à un service d'utilité générale »[2], les deux expressions soulignant le rôle déterminant de la volonté qui livre ou qui affecte. Incessible, le bien est donc hors du commerce sans cesser pourtant d'être patrimonial. Autrement dit, la patrimonialité est désormais une catégorie beaucoup plus large que l'inaliénabilité et l'on peut concevoir des biens patrimoniaux inaliénables. C'en est fini de la confusion romaine des *res in commercio* et des

1. A. R., *CDCF* (3), II, § 171, p. 40.
2. A. R., *CDCF* (3), II, § 169, p. 33.

res in nostro patrimonio[1]. De tels biens sont, d'après Aubry et Rau, le domaine public, les biens de la couronne et ceux qui composent un majorat. Du point de vue ontologique, le statut de ces biens est pour ainsi dire suspendu : ce sont des biens, c'est-à-dire des valeurs vénales, mais un obstacle légal réduit leur utilité présente à néant. On peut donc parler de biens conditionnels dont l'utilité est potentielle et soumise à la levée de cet obstacle légal. Tous les biens sont donc par nature dans le commerce, et par accident (législatif) hors du commerce.

Aux côtés des biens extra-patrimoniaux (expression absurde en termes gaiens), on trouve donc des biens à la fois patrimoniaux et extra-commerciaux. Ce n'est pas tout. On trouve au dernier alinéa du § 171 la remarque suivante :

> « Les choses qui sont inaliénables, ne sont pas par cela placées hors du commerce, lorsqu'elles ne sont pas absolument imprescriptibles [n. 9 : il résulte évidemment de l'article 1598, que l'inaliénabilité dont une chose est frappée, n'a pas à elle seule pour effet de la placer hors du commerce]. »[2]

Après avoir distingué patrimonialité et commercialité, Aubry et Rau proposent ici une seconde distinction de grande importance théorique, entre les biens commerciaux considérés en général et les biens aliénables qui n'en sont qu'une catégorie particulière. La commercialité recouvre toutes les formes juridiques de circulation des biens, ou encore toutes les techniques de transfert de propriété. La plus courante, la plus simple aussi, est l'aliénation comprise au sens strict, c'est-à-dire la cession à titre onéreux, ou encore la vente. Mais un bien peut changer de propriétaire par la prescription acquisitive (ou encore, mais cet exemple n'apparaît pas dans le présent raisonnement d'Aubry et Rau, par une cession à titre gratuit, un don, qui ne constitue pas au sens strict une aliénation). Autrement dit, la commercialité est une catégorie plus large que l'aliénabilité, l'aliénation n'étant qu'un mode de cession

1. Cf. *supra,* n. 3, p. 202.
2. A. R., *CDCF* (3), II, § 171, p. 41. L'article 1598 dispose que « tout ce qui n'est pas dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ».

parmi d'autres. Il faut donc conclure que tous les biens sont patrimoniaux (par principe), mais qu'ils peuvent être frappés de divers degrés d'incessibilité qui les place *plus ou moins* hors du commerce, c'est-à-dire en dehors de certaines formes de commerce. Ainsi des biens inaliénables qui ne sont pas imprescriptibles par exemple, qui ne sont par conséquent pas tout à fait incessibles (ou des biens qui ne seraient susceptibles que de cession gratuite). Que devient la question des biens innés dans ce nouveau contexte ?

5.3. Le patrimoine comme capital

Demolombe est-il fondé à juger que le corps, la liberté ou l'honneur, parce qu'ils sont qualifiés de biens par Aubry et Rau, pourraient faire l'objet d'une saisie au profit des créanciers ? Il ressort de ce qui précède que la réponse est évidemment négative, parce que la patrimonialité de ces biens n'implique leur commercialité et partant leur aliénabilité qu'en l'absence de dispositions contraires, et que ces dispositions existent en droit français. Il reste cependant que les biens innés sont en principe, c'est-à-dire du point de vue du droit philosophique, patrimoniaux, sauf disposition contraire. On sait en effet ce qu'il en est de l'utilité chez Aubry et Rau ; il en résulte que les biens innés sont évaluables en argent (dans la version que revêt la théorie à partir de 1863), ce qui veut dire qu'ils sont potentiellement aliénables par principe, mais ne sont actuellement inaliénables que si le législateur ne s'y oppose pas.

Pourtant, s'il n'est dit nulle part que les biens innés sont inaliénables, le principe se déduit de la conjonction des deux remarques suivantes : « On a coutume d'appeler biens innés les biens qui se confondent avec la personne »[1] et « les dispositions qui frappent de nullité les actes entre vifs par lesquels une personne dispose de son hérédité future, ont, indépendamment des considérations d'économie politique qui les ont dictées, leur fondement juridique dans l'inaliénabilité de la

1. A. R., *CDCF* (3), II, § 162, p. 2.

personnalité »[1]. On peut donc affirmer que, selon le droit philosophique, les biens innés sont inaliénables en tant qu'ils sont indissociables de la personne, principe qui ne concerne ni les biens innés dissociés de la personne, ni la question de leur incessibilité dont on a vu qu'elle est plus vaste que celle de leur aliénabilité, parce qu'elle recouvre aussi celle de leur imprescriptibilité (et de leur incessibilité à titre gratuit, que la pratique du don d'organe a placée sous les feux de l'actualité dans la période récente). La question de la commercialité des biens innés ne saurait ainsi être traitée autrement que dans l'analyse des régimes positifs spécifiques de chacun de ces biens, au cas par cas.

Ce qui vaut pour la commercialité vaut également pour la saisissabilité, qui ne se confond pas avec l'inaliénabilité. On peut en effet fort bien concevoir des biens aliénables et cependant rendus insaisissables par la loi[2], et aussi, dans un certain sens, des biens inaliénables mais saisissables, comme c'est le cas dans le mécanisme de la contrainte par corps. Rappelons en outre que ce mécanisme n'autorise pas les créanciers à se payer sur la personne, pas même à travers le mécanisme d'une vente dont les fruits leur reviendraient, puisque la contrainte par corps n'est pas une saisie immobilière, mais une voie d'exécution dont le but est de forcer le débiteur à s'acquitter de ses dettes s'il est solvable, et à abandonner l'ensemble de ses biens s'il ne l'est pas. Le corps du débiteur est donc saisi, mais pas cédé, ce qui ne rend pas l'institution plus sympathique aux yeux de nos auteurs, mais force à l'analyser comme une exception au principe selon lequel en matière de droit des biens on

1. A. R., *CDCF* (3), V, § 576, p. 7.

2. C'est d'ailleurs le cas de tous les biens visés par l'article 2092-2, loi du 5 juillet 1972, art. 2 : « Ne peuvent être saisis : les biens que la loi déclare insaisissables ; les provisions sommes et pensions à caractère alimentaire, encore que le titre en vertu duquel elles sont dues ne les déclare pas insaisissables, si ce n'est pour aliments fournis à la partie saisie ; les biens disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur, si ce n'est, avec la permission du juge et pour la portion qu'il détermine, par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ; les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour paiement de leur prix, dans les limites fixées par le Code de procédure civile. Les immeubles par destination ne peuvent être saisis indépendamment de l'immeuble que pour paiement de leur prix. Biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille... » Déjà, la loi du 12 juillet 1909 ouvrait la possibilité de constituer des « biens de famille » insaisissables.

ne répond que de ces biens sans rapport avec l'inaliénabilité de la personne :

> « À la différence des obligations corrélatives à des droits de puissance, dont l'exécution peut être poursuivie au moyen d'une coercition exercée sur la personne elle-même, les obligations correspondant à des droits personnels n'affectent, en général, que le patrimoine de celui qui s'y trouve soumis.
>
> « Il résulte de ce principe que l'exécution de ces dernières obligations ne peuvent être poursuivies sur la personne par voie de contrainte de corps, si ce n'est dans les cas exceptionnels où une loi formelle a autorisé ce mode de poursuite (art. 2063).
>
> « Il en résulte également que les dispositions légales qui permettent, en certains cas, l'emploi de cette voie de contrainte, doivent être interprétées restrictivement, et ne sont pas susceptibles d'extension par analogie. »[1]

On le voit, l'essentiel dans le geste théorique que réalisent nos auteurs est précisément d'interdire une conclusion générale à propos de l'aliénabilité, de la commercialité et de la saisissabilité des biens innés du seul point de vue du droit philosophique, et de renvoyer, pour chacun de ces biens, à une étude spéciale du droit positif, dont l'objet est de borner (ou de ne pas borner, la volonté du législateur étant philosophiquement contingente) le principe général selon lequel tous les éléments de la personne sont des biens certes innés mais patrimoniaux (donc saisissables) évaluables en argent (donc dans le commerce). Le positivisme qu'on attribue souvent à Aubry et Rau est moins dans le conformisme de leurs interprétations (qui resterait à établir au cas par cas) que dans la levée des limites théoriques (ici ce sont celles de l'héritage romain et du droit philosophique) à la liberté du législateur. Remarquons enfin que la borne est essentiellement le principe de l'inaliénabilité de la personne, qui ne couvre pas tout le champ de la commercialité ni *a fortiori* celui de la patrimonialité.

On peut donc conclure : il est loisible d'évoquer le corps, la liberté ou l'honneur comme des choses en soi, mais dès lors que le langage est celui du droit, que ces choses en soi sont des biens innés, elles sont ins-

1. A. R., *CDCF* (3), V, § 584, p. 27.

crites dans la sphère du droit de propriété en tant qu'elles sont comprises dans un patrimoine sur lequel une personne exerce un droit de propriété, et considérées comme des valeurs pécuniaires. Bien sûr, elles peuvent être frappées de divers degrés d'inaliénabilité, ou même être considérées comme tout à fait inaliénables, auquel cas leur valeur pécuniaire sera *de facto* nulle, ce qui oblige à faire l'effort de concevoir d'une part un droit de propriété dont l'attribut essentiel ne serait pas l'*abusus,* particulièrement la faculté d'aliéner, et d'autre part l'existence de biens rendus inutiles du fait de la loi, quoique l'utilité soit l'essence même des biens. C'est dire que ces biens, potentiellement utiles en eux-mêmes, n'acquièrent de valeur réelle que par les droits qu'on fait valoir sur eux. Là où, selon Zachariæ, le contenu du patrimoine *peut être considéré comme* un capital dans la mesure où l'on adopte la perspective déterminée de leur saisissabilité, perspective qui est celle des créanciers pour qui le patrimoine est un gage, pour Aubry et Rau le contenu du patrimoine *est* un capital composé d'utilités monétaires, quel que soit le point de vue qu'on adopte, que ce soit celui du propriétaire ou celui des créanciers, quoiqu'il faille ajouter que certains biens de ce capital puissent être dépréciés à dessein par le législateur quand ces biens sont considérés comme intimement liés à la personne du propriétaire. Non seulement le monde est une vaste masse de biens vénaux, mais encore, comme le dit Renouard en une formule vertigineuse : « Tout être humain est un capital. »[1] Cette formule a un sens technique : les biens innés sont commerciaux, sauf disposition légale contraire.

Le patrimoine est donc bien, au moins sous un certain aspect, une masse monétaire, un capital. La *summa divisio,* qui préside à la théorie des biens que nous venons d'étudier et qui permet de classer les éléments qui le composent, est donc la distinction la plus abstraite de toutes, celle, comptable, de l'actif et du passif. Chez Zachariæ, le patrimoine est seulement une dimension de l'existence de la personne, sa dimension extérieure, de sorte qu'on peut affirmer que la personne

1. A.-C. R., *DI,* p. 262. Le développement précédent m'a été inspiré par la lecture de la thèse de Florence Bellivier et de l'article de Rémy Libchaber, « Biens », *Répertoire civil Dalloz,* mars 1997, p. 1-40.

transcende son patrimoine non seulement en tant qu'essence, mais encore en tant qu'existence ; pour Aubry et Rau, toute l'existence de la personne, sa réalité ou encore son être au monde, relève par principe de la sphère patrimoniale. Tous les rapports d'existence, y compris les rapports à soi, sont par conséquent ultimement inscrits dans l'horizon de rapports de propriété, non pas dans le sens de l'absolutisme propriétaire, impliquant nécessairement le caractère de l'aliénabilité, mais dans un sens qui reste à déterminer, celui d'une *propriété patrimoniale,* dont nous découvrons que son empire est proprement illimité puisqu'il se confond avec celui de l'agir volontaire de l'homme. Le patrimoine, dans la version radicalisée qu'en proposent Aubry et Rau, est donc bien un principe alchimique, celui de la transformation des biens en valeurs, du monde en capital. Cette alchimie ne va cependant pas sans poser quelques questions. Ainsi, faut-il considérer que tous les objets extérieurs sont également transformables ? Et surtout, *comment* s'opère cette transformation ? La première question est celle de la fongibilité, la seconde est celle de la subrogation réelle ; l'une et l'autre commandent la compréhension de la production juridique de cette unité idéelle qui est l'essence du patrimoine.

6. LA MACHINERIE PATRIMONIALE

6.1. La fongibilité des biens, ou de l'unité du patrimoine (I)

Il est des biens qui sont par nature plus ou moins identifiables à d'autres biens avec lesquels ils forment une masse. La langue du droit parle de biens fongibles. Ainsi Demolombe :

> « On appelle choses fongibles celles qui peuvent être exactement et identiquement remplacées les unes par les autres : *quarum una alterius vice fungitur* ; dont l'une peut être payée ou restituée, peut fonctionner enfin dans les relations juridiques à la place de l'autre ; de telle sorte qu'il soit indifférent d'avoir celle-ci ou celle-là, l'une étant l'équivalent parfaitement identique de l'autre (L. 2 ,§ 1, ff. de reb. credit.).

> « Les choses non fongibles, au contraire, sont celles que l'on considère en elles-mêmes, dans leur corps, dans leur individu, et qui ne sauraient être, par conséquent, remplacées les unes par les autres. »[1]

L'accord sur la définition par les conséquences est unanime. On voit en quoi cette qualité des biens peut intéresser leur patrimonialisation : le caractère certain de tel ou tel bien, leur irréductible individualité ne sont-ils pas un obstacle à leur assimilation au sein d'une masse indifférenciée de valeurs ? Faut-il dire que la condition de la substituabilité des biens est leur fongibilité ? Toujours selon Demolombe :

> « On a dit que les choses fongibles sont celles qui se consomment par l'usage [...].
>
> « Mais c'est là une confusion très inexacte de deux distinctions qui pour être voisines l'une de l'autre, ne sauraient être néanmoins considérées comme n'en formant qu'une seule.
>
> « Il est vrai que les choses qui se consomment par l'usage sont, de leur nature même, susceptibles d'être remplacées les unes par les autres, et que par suite, en fait, il arrive ordinairement qu'elles sont considérées comme fongibles [...].
>
> « D'une part [...] il peut arriver que des choses qui ne se consomment point par l'usage, soient considérées comme fongibles.
>
> « Tandis que, d'autre part, des choses mêmes qui se consomment par l'usage, pourraient être regardées comme non fongibles [...].
>
> « Concluons donc que cette distinction des choses en fongibles et non fongibles, ne résulte pas nécessairement de leurs propriétés naturelles et constitutives, mais qu'elle dérive avant tout de l'intention des parties, du rapport sous lequel les choses ont été considérées par elles, et du but qu'elles se sont proposé ; distinction, en conséquence, qui n'a rien d'essentiel ni d'absolu mais qui est, au contraire, tout accidentelle et relative. »[2]

L'opinion de Demolombe est aussi celle de Zachariæ[3] et celle d'Aubry et Rau[4]. La leçon de Leibniz a été retenue : du point de vue ontologique, il n'existe que des indiscernables, les corps simples ne sont

1. C. D., IX, n° 42, p. 25.
2. C. D., IX, n° 45-49, p. 25-28.
3. K. S. Z., *HFC* (4), I, § 172, p. 340-341.
4. A. R., *CDCF* (3), II, § 166, p. 29-30.

pas identiques les uns aux autres, et la composition est l'affaire de la raison humaine, et plus précisément affaire de logique :

> « La vérité est que les deux distinctions qui précèdent, des choses qui se consomment et qui ne se consomment point par l'usage, des choses fongibles et non fongibles, la vérité est, disons-nous, que ces deux distinctions ont pour principe commun une autre différence, capitale aussi dans le droit ; je veux parler de celle qui distingue le genre, *genus,* d'avec l'espèce, *species*. [...] le genre, c'est-à-dire les choses considérées de manière indéterminée. [...] l'espèce, c'est-à-dire les choses considérées dans leur individu même et comme corps certain. »[1]

La fongibilité reposerait sur la distinction des choses de genre et des corps certains, qui elle-même ne serait au fond qu'une manière logique de se représenter la chose. La comparaison de ce texte avec la première traduction du manuel de Zachariæ qu'en proposent Aubry et Rau ne laisse planer aucun doute : en cette matière la conclusion est la même que celle des traducteurs strasbourgeois (nous sommes dans la première édition) :

> « Cette distinction [en choses fongibles et non fongibles] ne repose pas, comme la précédente [choses consommables ou pas au premier usage] sur un caractère absolu résultant de propriétés naturelles et constitutives, mais sur une qualité accidentelle et relative, déterminée par l'intention des parties. »[2]

La comparaison est d'autant plus intéressante qu'elle met en relief ce que Demolombe ajoute de son chef et qui ne se trouve pas dans la doctrine de Zachariæ (*via* Aubry et Rau) : la référence aux choses de genre et aux corps certains. Aussi peut-on proposer l'interprétation suivante. Relative et contingente, la qualité d'être fongible l'est dans la mesure où elle ne porte effectivement pas sur la chose considérée en elle-même, mais sur sa manifestation dans un rapport juridique déterminé. Il n'est pas non plus nécessaire de faire appel aux règles universelles de la logique pour rendre compte de la généralité de cette qualification. La fongibilité est véritablement fonction du rapport juridique,

1. C. D., *CCN* (4), IX, n° 48, p. 28.
2. A. R., *CDCF* (1), I, § 172, p. 349.

et sa généralisation dépend de la généralité même de ce dernier. Ainsi, dans le patrimoine, tous les biens sont considérés du point de vue de leur valeur pécuniaire, et ce point de vue suffit à les rendre généralement équivalents les uns par rapport aux autres. C'est la réunion des biens en gage commun des créanciers qui les fait appréhender par leur valeur pécuniaire, et par conséquent les rend fongibles.

Il faudrait donc dire, si cette interprétation est correcte, que la fongibilité des biens qui composent le patrimoine repose sur celle de l'argent. Nous nous heurtons ici à une objection massive, puisque Zachariæ, repris par Aubry et Rau et par Demolombe, dit explicitement le contraire en envisageant l'existence de biens consommables au premier usage qui ne serait pas fongible :

> « Celui qui emprunte, non pour les consommer, mais pour servir de jetons, vingt pièces d'or, auxquelles le prêteur attache un prix d'affection, sera tenu de restituer les mêmes pièces qu'il a reçues. »[1]

Cette objection n'est pas dirimante : on peut considérer que la nature de pouvoir d'achat indéterminé s'attache à l'unité de mesure qu'est la monnaie et non à l'instrument monétaire seul en cause dans le cas précité, c'est-à-dire à la mesure abstraite et non à son support matériel. Aussi faudrait-il conclure que l'objet de l'emprunt dans l'exemple précédent n'est pas la *quantitas* de monnaie, mais son *instrumentum* et que la fongibilité de l'argent repose sur celle de la *quantitas* et non sur celle de l'*instrumentum,* seul en cause dans le prêt d'affection. Cette réponse déplace donc le problème et met à nu le postulat qui gouverne la réflexion de nos auteurs : on peut se passer de tout fondement naturel de la fongibilité des biens qui sont dans le patrimoine, parce que ces derniers sont (Aubry et Rau) ou sont considérés comme (Zachariæ) des valeurs monétaires, une quantité donnée d'unités monétaires qui sont le bien fongible par excellence, le modèle

1. A. R., *CDCF* (1), I, § 172, n. 3, p. 349. On trouve le même exemple chez Demolombe (C. D., *CCN* (4), IX, nº 46, p. 27). Cet exemple disparaît cependant dans la troisième édition du manuel, où l'on trouve par contre l'exemple du libraire : « ... un libraire qui, pour satisfaire sa pratique, emprunte à l'un de ses confrères un livre qu'il ne possède pas actuellement dans son magasin, n'est pas tenu de rendre identiquement l'exemplaire qu'il a emprunté » (A. R., *CDCF* (3), II, § 166, n. n. 3, p. 30).

même de la fongibilité[1]. Ajoutons que ce dernier postulat est tout à fait discutable, et peut-être nos auteurs ont-ils pris le phénomène pour l'essence en définissant la monnaie (la *quantitas* d'unités monétaires) comme instrument universel d'échange indifférencié nécessairement, absolument et universellement fongible. Accordons cependant qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la distinction des choses de genre et des corps certains pour garantir la fongibilité des biens qui composent le patrimoine, et accordons même que la notion de valeur monétaire suffit à cette tâche ; encore faut-il montrer comment les biens peuvent trouver une traduction en nombre d'unités monétaires, ou comment fixer leur prix dès lors que les biens ne sont pas en eux-mêmes – selon Zachariæ – des valeurs.

À ce point du raisonnement, nous savons tout au plus que les prix des biens sont fongibles entre eux (à la condition, encore une fois, d'accorder la fongibilité absolue de la monnaie en laissant de côté la question de sa valeur définitionnelle et explicative), mais nous n'en savons pas plus. Aussi un maillon logique manque-t-il tant qu'on n'a pas élucidé la manière dont chaque bien peut être considéré comme identique à son prix. La fongibilité n'explique pas à elle seule l'unification que réalise l'universalité, il faut encore que soit assurée l'équivalence du bien au prix, et du prix au bien. Cette équivalence est obtenue par la technique de la subrogation réelle.

1. « L'essence de la monnaie est, dit-on aujourd'hui, d'être un pouvoir d'achat indifférencié... Cette indifférenciation totale... confère à la monnaie des caractères juridiques qui n'appartiennent qu'à elle [dont] la fongibilité absolue, qui la rend apte, au moins par le jeu des dommages-intérêts (ex. a. 1142), à remplacer toutes choses dans les paiements. Ces caractères juridiques n'appartiendraient pas à la monnaie si elle n'était qu'un objet de papier ou de métal. Mais c'est que par-delà les espèces concrètes [...] par-delà les *corpora,* il y a dans la monnaie une mesure abstraite, une *quantitas*. Au vrai la notion de monnaie est double ; elle recouvre l'unité monétaire et les instruments monétaires » (J. Carbonnier, *DC,* III, n° 13, p. 20-21). Dire que la monnaie est un bien fongible par excellence ne signifie pas que l'on puisse expliquer la nature de la monnaie par sa fongibilité. On peut même dire exactement l'inverse : c'est la fongibilité qui doit être expliquée par la nature juridique de la monnaie. Sur ce point R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé,* Paris, LGDJ, 1992.

6.2. La subrogation réelle, ou de l'unité du patrimoine (II)

La fongibilité réalise une indistinction, l'indifférence à l'égard de ce qui est différent. La subrogation obéit à une tout autre logique, elle maintient la différence, mais garantit une équivalence qui permet de réaliser une substitution. Si la fongibilité garantit l'indifférenciation des éléments qui composent le patrimoine du point de vue de l'acquittement des dettes – mais il n'est pas inutile de rappeler que c'est ce point de vue qui préside à l'élaboration de la notion –, la subrogation garantit l'identité du patrimoine à travers le changement de ses éléments. C'est peut-être pourquoi cette technique est tellement fascinante : elle produit littéralement de la continuité et de l'identité là où il n'y a en réalité permanence que du changement.

Le phénomène est crucial pour la question qui nous occupe, puisqu'elle est au fondement de la règle qu'on trouve sous la plume de Zachariæ – mais que l'on doit aux Glossateurs : *In judiciis universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei.*

Zachariæ ajoute que cette règle, qui « a servi de fondement à plusieurs dispositions du Code civil », est *déduite* du principe selon lequel « les biens ne sont pas en soi des objets du patrimoine, mais seulement sous le rapport de leur valeur pécuniaire, c'est-à-dire dans la mesure où ils sont susceptibles d'être saisis »[1]. Pourtant, comme on vient de le voir, l'équivalence pécuniaire ne suffit pas à expliquer le mécanisme de la subrogation. En effet, ce mécanisme ne procède pas d'une indifférenciation des biens entre eux, mais de la distinction du bien matériel considéré en lui-même et du rôle qu'il joue, ou plus exactement de la place qu'il occupe dans un rapport juridique donné, de manière à assurer la permanence de la place et la rotation des biens susceptibles de l'occuper. Il s'agit ici de quelque chose comme l'élaboration artificielle d'une distinction du contenu et du contenant, mais où le contenant serait un être purement juridique. Cet être, c'est le lieu dont il est question dans la règle précédente.

1. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 573, p. 424, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 37.

Occuper un tel lieu n'est pas sans conséquences. Un bien substitué à l'autre, qui occupe son lieu, doit être considéré comme représentant le bien auquel il s'est substitué, et comme revêtu de sa condition juridique[1]. La subrogation confère à chaque bien initial un statut et conserve ce statut en le transmettant aux biens qui se substituent au premier. Concrètement, c'est dire que la somme d'argent que le titulaire du patrimoine est susceptible de recevoir pour la vente d'un bien remplace la chose une fois la vente réalisée, de sorte que le patrimoine reste identique à lui-même par-delà la substitution réalisée. C'est dire encore[2] que cette somme d'argent peut être utilisée par le titulaire du patrimoine pour acheter un nouveau bien, qui se substituera à elle dans la composition du patrimoine, sans que celui-ci, encore une fois, ait été affecté par cette transformation, etc.

Le mécanisme de la substitution est extrêmement puissant dans ses effets. Il permet de caractériser le patrimoine comme une enveloppe dont l'existence et la définition sont indifférentes à la nature des éléments qui le composent, et dont les caractères de continuité et d'identité à soi ne sont pas affectés par les entrées et les sorties de biens qui le composent. Si le patrimoine peut être considéré abstraitement comme *universitas juris,* et si cette *universitas juris* est un être juridique indépendant des éléments qui la composent dans son existence et dans ses mouvements, s'il est donc absolument indubitable que le patrimoine ajoute une espèce (vivante) au monde du droit, c'est grâce à la technique de la subrogation[3].

Deux remarques conclusives s'imposent sur ce point. Zachariæ semble déduire la règle *In judiciis universalibus*... de la seule saisissabilité des biens qui composent le patrimoine. Son raisonnement serait ainsi le suivant : les biens sont extérieurs (tangibles), ils sont en principe

1. J'emprunte ces formulations à J. Carbonnier, C. D., *CCN* (4), III, nº 65, p. 116.

2. J. Carbonnier parle de « subrogation au second degré », C. D., *CCN* (4), III, nº 65, p. 116.

3. Le droit connaît aussi la subrogation personnelle, qui se fonde sur la distinction du statut, de l'office, du ministère ou de la fonction et de celui qui l'occupe présentement. C'est sous cet aspect, techniquement très proche de la subrogation réelle, qu'elle a été étudiée par Kantorowicz dans *Les deux corps du Roi..., op. cit.*

juridiquement saisissables, ce qui revient à dire qu'ils peuvent être appréhendés dans un rapport juridique déterminé du seul point de vue de leur prix et qu'en tant que valeurs monétaires ils sont universellement fongibles. Mais il faut alors objecter que, précisément, c'est du seul point de vue de ce rapport juridique déterminé (et encore une fois à la condition qu'on accorde la fongibilité naturelle de la monnaie) que les biens du patrimoine sont fongibles, rapport qui ne devient essentiel que dans un cas limite : celui de la déconfiture du débiteur, cas dans lequel en effet le patrimoine n'est plus saisi que du point de vue des créanciers, qui ne voient dans les biens que leur valeur monétaire. Mais le patrimoine n'est pas seulement le gage des créanciers, il est aussi l'ensemble des biens d'une personne, et à ce titre on ne saurait confondre, selon Zachariæ lui-même, les biens considérés comme objets extérieurs (donc déterminés) et leur valeur. Il faut donc dire que, si la fongibilité est une condition nécessaire pour pouvoir considérer le patrimoine comme une masse monétaire, un capital, considérer les biens de ce point de vue suppose le recours au mécanisme de la subrogation.

Ce mécanisme – c'est la seconde remarque – suppose la distinction de la place et du bien déterminé qui l'occupe, et la possibilité de conférer la même condition juridique aux biens qui s'y substitueront. En ce sens, sa conception exige une imagination très développée et de grands talents de logicien. Mais il ne présuppose pas l'unité du patrimoine ; au contraire, c'est lui qui en est l'opérateur. Il fonctionne par contiguïté, comme rotation autour d'une place, sans qu'il soit nécessaire, pour que la rotation ait lieu, que les diverses places (il y a autant de places que de biens initialement dans le patrimoine) soient logiquement reliées entre elles. Le concept de l'unité des places n'est pas constitutif du mécanisme de la subrogation, c'est bien plutôt la fongibilité des biens (qui, grâce au mécanisme de subrogation, sont tous équivalents à leur prix) qui assure cette unité, qui trouve son expression dans la saisissabilité juridique de tous les biens qui composent le patrimoine. Pour dire les choses d'une formule, la subrogation produit un *continuum* temporel (unité de temps), la fongibilité garantit l'homogénéité du milieu dans lequel se meuvent les biens (unité spatiale).

Cette remarque permet d'affirmer qu'il n'existe aucun lien philosophique entre la subrogation et la représentation de l'unité du patrimoine, par exemple dans la personne qui en est titulaire. L'unité du patrimoine, sa continuité temporelle ne réside pas dans la seule représentation de cette unité, en l'occurrence dans la personne qui en serait titulaire. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de recourir à la technique de la personne morale pour rendre compte de l'unité des corps juridiques constitués : le procédé de la subrogation réelle, fonctionnant par contiguïté selon le mode de la succession et le caractère de fongibilité des biens, que garantit la subrogation et qui assure l'équivalence générale des biens composant le patrimoine, suffisent à assurer l'unité substantielle et temporelle de l'être juridique qu'est le patrimoine. Notons toutefois que ce n'est pas tout à fait ce qui ressort des développements qu'Ernst Kantorowicz consacre à la question. D'après lui, dans le mouvement conceptuel visant à penser la continuité des corps politiques, l'immortalité de la personne fictive et le recours aux techniques juridiques de la substitution sont dans un rapport d'implication réciproque : c'est de ce que l'*universitas* est « une personne intellectuelle qui ne peut pas mourir, et non une personne réelle » que se déduit sa continuité ou encore son identité future en dépit du changement, et cette immortalité se trouve elle-même impliquée dans les mécanismes de la substitution : l' « *universitas* se développe par la succession : [qu'elle soit] définie par le caractère successif de ses membres ; et, en raison de cette autorégénération due à la succession, l'*universitas* ne meurt pas et est permanente »[1]. On accordera volontiers cette implication réciproque chez les juristes médiévaux, qu'ils soient canonistes ou civilistes, mais pas sa nécessité conceptuelle : les deux techniques, l'une relevant du droit civil et l'autre empruntant à la théologie, peuvent fort bien être considérées indépendamment l'une de l'autre, voire même être mises en concurrence. Il faudrait alors dire qu'il n'est peut-être pas logiquement nécessaire de recourir à la théologie (ou à tout autre métaphysique) pour penser l'unité des corps politiques, parce que l'arsenal du droit civil y pourvoit largement.

1. *Ibid.*, p. 223.

page 248 bl

CHAPITRE VI

Le patrimoine, corps et âme

1. PERSONNE ET PATRIMOINE

La théorie moderne du patrimoine n'a pas tout inventé. Comme on l'a vu, l'idée d'un ensemble de biens susceptibles d'être considérés comme vénaux était déjà à Rome celle d'une enveloppe distincte de son contenu, et la théorisation de la technique de la subrogation qui permet de réaliser l'unification de cette diversité sont l'œuvre des juristes médiévaux. Il n'empêche, dans le sillage de l'idéalisme allemand, certains juristes modernes, Zachariæ et leurs continuateurs français, Aubry et Rau, assignent à cet objet une signification tout à fait inédite dans le système juridique : celle de fonder le droit des biens en se posant comme la manifestation de la personne dans la vie juridique, son extériorité.

Le terme « personne » désigne ici d'abord et avant tout les personnes physiques des individus singuliers dont le patrimoine est la forme concrète que prend leur liberté innée, ou capacité juridique, qui, parce qu'elle est une capacité de faire siens des objets extérieurs, implique un droit naturel à l'appropriation illimité de ces objets ; mais il peut fort bien désigner encore les personnes morales, ou attribution (considérée comme fictive par nos auteurs) de la personnalité juridique à des corps constitués. Dans un cas comme dans l'autre, le patrimoine est la forme

juridique que revêt l'exercice de la capacité juridique. D'où les deux règles suivantes : « toute personne a un patrimoine » et, réciproquement, « tout patrimoine appartient à une personne », puisqu'on ne saurait concevoir la forme de l'exercice d'une capacité sans cette capacité.

La première de ces règles peut être comprise de deux manières, soit pour priver les anges de toute existence juridique en excluant les âmes sans corps (« une personne doit avoir un patrimoine »), soit pour souligner que chaque âme ne peut avoir qu'un seul corps (« une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine »). Si chaque personne ne peut avoir qu'un patrimoine et un seul, il résulte de surcroît que ce patrimoine est indivisible, dans le sens où il n'appartient pas à la personne de le scinder en parties réelles, puisqu'elle serait alors en possession de plusieurs patrimoines. Il n'est pas impossible de subsumer les règles précédentes sous un principe général ; on obtient ainsi la présentation « classique », c'est-à-dire courante, aujourd'hui encore, de la théorie du patrimoine selon Aubry et Rau, celle qu'on trouve dans la quatrième édition de leur manuel, en date de 1873, au § 573 :

> « Le patrimoine étant une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte :
>
> « Que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine ;
>
> « Que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'il ne posséderait actuellement aucun bien ;
>
> « Que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot. »[1]

Cette présentation a pour elle le mérite de la simplicité, sinon de la clarté. Sans doute l'idée selon laquelle le patrimoine « émane » de la personne est moins rigoureuse que les formulations de Zachariæ pour qui le patrimoine est la « face extérieure » de la personne, mais le rapport de dépendance logique et ontologique dans lequel le patrimoine est placé vis-à-vis de la personnalité a le mérite de fournir l'explication de leurs rapports, résumés par les trois règles précitées. Il faudra tout

1. A. R., *CDCF,* 1873, VI, § 573, p. 231.

l'acharnement de l'école « objective » pour mettre en question, dans la seconde moitié du XIXe siècle, un si bel ordonnancement.

On remarquera cependant que cette présentation « classique », dans laquelle on a pu lire la forme canonique de la « théorie subjective », est largement *postérieure* à la publication, en Allemagne, des premières théories « objectives » du patrimoine, particulièrement la première édition (1857) du *Lehrbuch der Pandecten* d'Alois Brinz (1820-1887)[1], professeur à l'Université de Munich, père de la doctrine des patrimoines sans sujet. On peut raisonnablement penser que des juristes aussi remarquablement informés de la scène juridique allemande que le sont Aubry et Rau ont eu connaissance de ces doctrines. Pourtant, on présente habituellement les « théories objectives » comme une réaction contre l'idéalisme des pères fondateurs. Le respect de la chronologie impose un renversement de cette perspective : c'est la version la plus « subjective » du manuel d'Aubry et Rau, celle qu'on trouve dans la quatrième édition, qui doit être interprétée comme un raidissement de leur doctrine dans le sens du « subjectivisme », en réaction contre les théories nouvelles venues d'outre-Rhin, dans le sillage du renouveau de la science juridique allemande initié par Rudolph von Ihering. Cet argument de facture historique invite à ouvrir une perspective que le paragraphe précité a pour objet de clore : est-il si vrai que les liens juridiques personne/patrimoine, la propriété patrimoniale, se laissent concevoir à partir des déterminations juridiques de la personne (unité, universalité, indivisibilité, etc.), comme si l'âme devait absolument informer le corps, et non l'inverse ?

On a toutes les raisons d'en douter. Dès lors qu'on se penche sur la troisième édition du manuel d'Aubry et Rau sans y chercher les prodromes d'une doctrine ultérieure, on peine à y trouver les fameuses trois règles censées gouverner le régime juridique du patrimoine. Il en va de même chez Zachariæ. On en conclura que l'inscription de la théorie du patrimoine dans la grande querelle du droit subjectif est une péripétie tardive et contingente de sa genèse tourmentée. Quant

1. *Lehrbuch der Pandecten,* Erlangen, A. Deichert, 1857. La théorie des patrimoines sans sujet est développée dans le second tome, publié en 1860.

aux trois règles considérées en elles-mêmes, malgré leur apparente simplicité, elles sont assez confuses : on voit mal en effet comment passer de l'unité de la personne à l'unicité du patrimoine, sauf à confondre unité et unicité. Affirmer que tout patrimoine est nécessairement personnel, tout en reconnaissant, comme le font Aubry et Rau dans la troisième édition de leur manuel, l'existence d'universalités juridiques n'appartenant pas à des personnes[1], revient à donner à la règle « tout patrimoine appartient à une personne » une valeur purement nominale qu'on pourrait formuler de la sorte : « On réservera le mot "patrimoine" aux universalités de droit qui appartiennent à une personne. » Quant à l'universalité du patrimoine, on verra qu'elle ne se laisse pas déduire de l'universalité de la personnalité, mais de considérations d'ordre pratique. En bref, il n'est pas impossible que l'ultime version de la théorie, celle de 1873, l'ait rendue abstruse et contestable, et surtout heuristiquement peu fiable, en ce qu'elle incite à penser les rapports entre patrimoine et personne à partir des traits fondamentaux attribués à cette dernière. Mais il en va de la propriété patrimoniale comme de la maîtrise souveraine : c'est la propriété qui informe la personnalité, non l'inverse. On préférera dès lors faire le chemin à rebours : du patrimoine à la personne, en passant par leur lien substantiel, le *vinculum substantiale* patrimonial, et sa qualification juridique.

2. LE PATRIMOINE COMME CORPS ARTIFICIEL

Le droit ne connaît que deux manières de faire répondre civilement les personnes de leurs actes : gager la personne elle-même ou gager ses biens. Nous avons déjà croisé le point de vue du droit romain, exposé par Proudhon (cf. *supra,* chap. I, § 7.2) et jugé trop cruel pour

1. « Les lois positives reconnaissent, à côté du patrimoine, plusieurs autres universalités juridiques. Tels sont : les objets soumis au droit de retour, à titre de succession, dans les hypothèses prévues par les articles 51, 747 et 766 ; les biens composants un majorat » (A. R., *CDCF* (1), § 168, p. 333-334).

être adopté par les législations modernes, puisqu'il gageait les corps. Faut-il considérer avec le doyen de Dijon que les progrès moraux du droit se mesurent à l'exclusion progressive des biens personnels de la catégorie des biens saisissables ? Les voies d'exécution seraient-elles le lieu privilégié de l'intelligibilité de l'histoire du droit ? On sait en tout cas que c'est ce critère que Nietzsche conserve (et subvertit) en se réclamant d'un droit primitif de la cruauté dans lequel on répond de ses dettes avec son corps[1]. On sait aussi l'importance que Gilles Deleuze et Félix Guattari accordent à la *seconde dissertation*[2], à partir de laquelle ils se proposent de distinguer trois âges du droit qu'on pourrait présenter (mais c'est une interprétation) ainsi : celui de la cruauté, dans lequel on répond de ses dettes par son corps physique ; celui de la terreur, dans lequel on répond de ses dettes par sa personne ; et celui du cynisme, dans lequel on répond de ses dettes par ses biens, ou encore le système de la dette finie, de la dette infinie mais publique, et celui de la privatisation de la dette infinie[3]. Selon cette lecture, la théorie du patrimoine marquerait le basculement du système de la terreur dans celui du cynisme, ou encore, serait un des jalons essentiels de la naissance du capitalisme contemporain.

1. « Comment la souffrance peut-elle être une compensation pour des "dettes" ? Parce que faire souffrir donnait un très grand plaisir et que celui qui avait subi le dommage et ses désagréments obtenait en échange une extraordinaire contre-jouissance – véritable fête, et de nouveau, d'un prix autant élevé qu'elle était davantage en contradiction avec la situation sociale du créancier. [...] Le sentiment de la faute, de l'obligation personnelle [...] tire son origine, comme nous l'avons vu, du rapport le plus ancien et le plus primitif qui soit entre personnes, du rapport entre acheteur et vendeur, créancier et débiteur : c'est là que pour la première fois, la personne affronte la personne, c'est là que pour la première fois, la personne se mesure avec la personne. À notre connaissance, il n'est pas jusqu'au niveau de civilisation le plus bas, qui ne révèle quelque chose de ce rapport. Établir des prix, mesurer des valeurs, inventer des équivalences, échanger – tout cela a préoccupé à tel point la première pensée de l'homme que ce fut en un sens la pensée tout court » (F. Nietzsche, *Généalogie de la morale,* trad. franç. I. Hildenbrand et J. Gratien, Paris, Gallimard, « Folio/Essais », 1971, § 6 et § 8, p. 70-73).

2. G. Deleuze et F. Guattari, *L'anti-Œdipe, capitalisme et schizophrénie,* Paris, Éditions de Minuit, 1968, p. 224-225.

3. *Ibid.,* chap. III : « Sauvages, Barbares et civilisés », p. 163-324.

2.1. Le patrimoine comme gage

Si tel était le cas, l'émergence de la théorie moderne du patrimoine est un événement de toute première importance, puisque en tant que gage des créanciers il concentre l'obligation sur les biens du débiteur, corrélativement à la déresponsabilisation de la personne considérée comme unie à son corps propre, progressivement frappé d'insaisissabilité. On voit que cet événement suppose certes la condamnation morale de la saisie de la personne elle-même, mais encore que soit établi entre la personne et ses biens un lien assez solide, pour ne pas dire intime, pour qu'on puisse considérer qu'ils répondent d'elle et sont comme ses représentants sur la scène juridique. Faut-il alors penser que la signification ultime de la notion de patrimoine est de constituer ce lien en faisant en sorte qu'il soit désormais possible de prendre les biens pour des personnes, dans tous les sens du terme « prendre » : désigner, mais aussi *saisir* ? Se dégagerait alors le lien qui existe entre l'émergence de la théorie moderne du patrimoine et la condamnation morale, puis la disparition progressive de la contrainte par corps. Cette fonction de manifestation de la personne, jusqu'ici assumée par le corps propre de la personne physique, serait désormais prise en charge par l'universalité juridique de ses biens, dans laquelle serait d'ailleurs contenu le corps propre, désormais pensé comme un bien inné.

Une telle interprétation est en tout cas suggérée par Aubry et Rau dans la troisième édition de leur manuel. Pour ces auteurs, les obligations d'une personne grèvent son patrimoine selon deux principes en étroite corrélation. Selon le premier :

> « Le patrimoine d'un débiteur, c'est-à-dire l'universalité de ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, forme le gage commun de ses créanciers. En d'autres termes, toutes les obligations auxquelles une personne se trouve soumise, doivent, en tant qu'elles sont susceptibles d'appréciation pécuniaire, être acquittées sur son patrimoine, auquel tous ses créanciers ont des droits égaux [...] comme on le disait autrefois, [...] celui qui s'oblige, oblige le sien. »[1]

1. A. R., *CDCF* (3), V, § 580, p. 11.

Selon le second :

> « À la différence des obligations corrélatives à des droits de puissance, dont l'exécution peut être poursuivie au moyen d'une coercition exercée sur la personne même, les obligations correspondant à des droits personnels n'affectent, en général, que le patrimoine de celui qui s'y trouve soumis.
>
> « Il résulte de ce principe que l'exécution de ces dernières obligations ne peut être poursuivie sur la personne du débiteur par voie de contrainte par corps, si ce n'est dans les cas exceptionnels où une loi formelle a autorisé ce mode de poursuite (art. 2063). »[1]

Cette dernière citation impose une remarque préalable qui limite largement la portée du propos. Il est ici question des voies d'exécution en matière civile, et plus précisément en matière de droit des biens. Une analyse globale des rapports entre la personne, son corps propre et son patrimoine devrait s'étendre à la sphère du droit criminel et du droit de la famille. Il s'agit donc ici davantage de la naissance d'une espèce d'*homo economicus,* le propriétaire de patrimoine, que d'une anthropologie générale qui ne saurait se passer de l'étude exhaustive de toutes les branches du droit. Cette restriction faite, il ressort clairement de ce qui précède que l'institution du patrimoine apparaît comme la réponse au problème de la sécurité juridique des échanges de biens, puisqu'elle élabore techniquement le lien requis pour que les biens puissent répondre d'une personne devenue insaisissable. C'est bien parce que, sauf exceptions, la personne est devenue insaisissable en droit civil moderne qu'il devient nécessaire de trouver des garanties nouvelles aux créanciers.

La transformation est récente : la déconfiture ne conduit plus que rarement en prison, mais le fait est relativement nouveau[2]. Un adage encore largement cité précise que « la personne est siège des dettes ». C'est cet adage que la législation moderne veut faire mentir, et l'on comprend que, dans la perspective adoptée par Zachariæ, il en aille de

1. A. R., *CDCF* (3), V, § 584, p. 27.

2. Une bonne illustration de cette évolution peut être trouvée dans l'œuvre de Balzac, où l'on est encore interné pour dette, mais où déjà l'écrivain s'en offusque. Ce thème constitue la trame de la troisième partie des *Illusions perdues,* dont l'action se passe dans les années 1820, mais qui fut achevée au cours de l'année 1843.

l'existence même du droit en tant que soumission des libertés extérieures à une loi universelle : la personne renvoie en effet à l'autonomie d'un vouloir libre, à une pure intériorité qui au sens strict n'a d'existence proprement juridique que par les droits qu'elle possède. Cette pure intériorité est par principe insaisissable, puisqu'elle transcende toute phénoménalité et qu'elle est par essence hors de tout commerce juridique. L'insaisissabilité de la personne considérée en son principe même s'étend aux biens innés dans la mesure où l'intégrité de ces derniers conditionne l'existence empirique de la personne en tant qu'ils ne sont pas considérés du point de vue de leur valeur vénale.

Du point de vue du droit philosophique, ce raisonnement peut sembler relever de l'évidence, c'est en tout cas certainement ce que pensent Zachariæ ainsi qu'Aubry et Rau. Mais du point de vue de la législation positive, on doit pourtant constater que l'évidence n'est pas du côté où on l'attend. L'abolition de la contrainte par corps par la Convention nationale le 9 mars 1793 a suscité d'assez « vives réclamations »[1] pour qu'un décret du 24 ventôse, an V, la rétablisse, que la loi du 15 germinal, an VI, l'encadre, que le Code civil la consacre – en la réservant cependant à certains cas précis –, qu'un décret du 9 mars 1848 la suspende provisoirement, qu'une loi du 13 décembre 1848 la remette en vigueur en en limitant encore la portée, et qu'enfin la loi du 22 juillet 1867 l'abroge implicitement, mais définitivement.

Les cas retenus par le Code civil pour l'exercice de la contrainte par corps illustrent bien la force des impératifs pratiques qui la motivent : on peut exercer une coercition sur la personne même du débiteur stélionnaire[2], ou encore contre, entre autres, « les notaires, les avoués et les huissiers pour la restitution des titres à eux confiés »[3] ; autrement dit, sont visés les escrocs, ou ceux dont, par leurs fonctions,

1. A. R., *CDCF* (3), V, § 585, p. 28.

2. « Il y a stélionat, lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire ; lorsqu'on présente comme libres de biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés » (Code civil, art. 2059, 1).

3. Code civil, art. 2059, 7.

la probité joue un rôle essentiel dans la pratique du droit. La contrainte par corps a l'efficacité pour elle, et en certaines matières cette efficacité est essentielle à la garantie de la sécurité juridique. Que risque un débiteur s'il ne risque rien d'autre (en matière civile) que de perdre ses biens ? Au moins faudra-t-il qu'il les risque tous, sans égard pour leur individualité. La théorie du patrimoine émerge ainsi dans le mouvement historique de déplacement du poids de la responsabilité de la personne vers ses biens, qui pourrait trouver son origine dans la nécessité corrélative de trouver un substitut à un corps propre désormais trop proche de la personne pour en être distingué, pour ainsi dire nié dans sa corporéité même, au moins dans la manifestation extérieure de cette corporéité. Le patrimoine, rejeton inattendu des progrès de la pudeur ? Quoi qu'il en soit, tout se passe comme si, sur la scène du droit moderne des biens, l'être humain et son corps faisaient place à une personne sacralisée parce que désincarnée, considérée comme une pure intériorité et rattachée au monde matériel par un corps artificiel, une universalité de droit : de l'*homo economicus* comme pure liberté affublée d'une prothèse fictive ; un ange attelé à un corps artificiel. Une chose est sûre, une telle substitution a pour conséquence de nimber le patrimoine de l'aura de la personne qu'il incarne dans le monde juridique. Dans le droit civil moderne, dès lors qu'on ne peut plus vraiment souffrir dans son corps ni perdre la vie ou la liberté, rien ne sera désormais plus précieux que ses biens.

2.2. Des patrimoines vides. L'universalité du patrimoine

On comprend dès lors pourquoi toute personne doit avoir un patrimoine et pourquoi le patrimoine lui-même, l'universalité de droit, est insaisissable. Si le patrimoine était saisissable, il faudrait envisager l'hypothèse d'une personne dépourvue de patrimoine, et donc juridiquement incapable de répondre de ses actes civils, ce qui viderait de toute signification la définition même de la personne comme point d'imputabilité. Se découvre ici une condition transcendantale de possibilité du concept de personne, qui implique non seulement celle d'un

vouloir libre, mais encore l'effectivité de son imputabilité, ou la capacité réelle à subir les conséquences de ses engagements. Les anges ne sont donc pas des sujets de droit, sauf si la science juridique pourvoit à leur fournir un corps artificiel. En contexte moderne, qui est celui de l'exclusion du droit archaïque de la cruauté et, plus progressivement, du droit barbare de la terreur, cette condition transcendantale prend la forme de la nécessaire attribution d'un patrimoine à chacun des acteurs juridiques. Il faut que chacun ait un ensemble de biens pour répondre de ses actes sans payer de sa personne, et de même qu'un être humain ne saurait être dépourvu de corps propre, une personne juridique ne saurait être dépourvue de patrimoine.

S'il faut retenir de ce qui précède que le patrimoine est d'abord le point d'ancrage de la personne dans l'ordre juridique, ce par quoi cette dernière répond de ses engagements, ce qui lui confère une tangibilité juridique en la matérialisant, et par conséquent en la rendant saisissable, il convient alors de soutenir hardiment que les indigents ont nécessairement un patrimoine :

> « Le patrimoine ne s'acquiert pas mais se possède, en vertu de la loi, par le seul fait de la jouissance de la qualité de personne humaine et aussi longtemps que dure cette qualité, quelle que soit la quantité de biens compris dans le patrimoine. On désigne seulement par le substantif "indigents", les personnes qui ont peu de biens ou qui n'ont aucun bien. »[1]

Il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette affirmation. Sous la plume de Zachariæ, elle ne désigne certainement pas une créance que chacun détiendrait vis-à-vis de la société à un minimum de biens : le droit de propriété, c'est-à-dire le droit d'être propriétaire d'un bien, n'est pas un droit naturel selon cet auteur. Par contre, est un droit naturel (et un devoir civil) le fait que toute personne possède un patrimoine, qui n'est pas un bien ou une somme de biens, mais l'être juridique qui les enveloppe. Cette théorie revient à constater que l'existence juridique de la personne suppose son extériorisation, ou plus précisément le droit à cette extériorisation. Accorder à tous la posses-

1. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 575, p. 427, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 39.

sion d'un patrimoine, fût-il vide, c'est reconnaître à toute personne la faculté d'entrer en rapport juridique avec des objets extérieurs en général, le droit à l'extériorisation de la liberté comme bien interne. Voilà qui permet de saisir la richesse sémantique du terme allemand *Vermögen,* qui désigne non seulement les richesses possédées, mais encore l'idée d'une puissance qui suggère un pouvoir d'appropriation[1]. L'analyse du concept de bien inné selon Zachariæ nous avait conduit à la même idée : le seul droit naturel de l'homme est sa liberté, et le principe selon lequel chacun a droit à se voir légalement reconnaître un patrimoine exprime la nécessaire garantie de l'usage de cette liberté sur des objets extérieurs.

Après les biens extérieurs et l'hypothèse des dettes, nous touchons ici à un troisième cas difficile relatif à la nature des biens contenus dans le patrimoine : un bien qui ne correspond ni à un actif ni à un passif, mais à un *rien*. Cette nouvelle modalité de la négation, qui n'est pas le manque d'un objet (les dettes), mais la présence du vide, pose moins de problèmes que la précédente : il est plus facile de concevoir un ensemble vide que d'intégrer des non-biens, des « biens-sur-le-mode-du-manque » dans un ensemble de biens extérieurs. Dans la science du droit comme en mathématique, l'ensemble vide ne met pas en cause la notion même d'ensemble[2].

1. Signification que l'on trouve exposée dans la quatrième édition du manuel d'Aubry et Rau : « Le patrimoine étant, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer, comprend non seulement *in actâ* les biens déjà acquis, mais encore *in potentiâ* les biens à acquérir. C'est ce qu'exprime très bien le mot allemand *Vermögen,* qui signifie tout à la fois pouvoir et patrimoine. Le patrimoine d'une personne est sa puissance juridique considérée d'une manière absolue, et dégagée de toutes limites de temps et d'espace » (A. R., *CDCF* (4), VI, § 573 p. 230, n. 6).

2. La dispute sur cette matière a pourtant occupé la doctrine à la fin du XIXe siècle et au début du XXe. Les tenants de la conception « objective » se réclament tous des enseignements de François Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif,* Paris, A. Chevalier-Marecq & Cie Éditeurs, 1899, p. 126-129. Les principaux travaux sont les suivants : Georges Plastara, *La notion juridique de Patrimoine, op. cit.* ; H. Gazin, *La notion de patrimoine dans la doctrine classique,* thèse de doctorat, Dijon, 1911 ; Robert Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel,* thèse pour le doctorat, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1931. On notera cependant que les premières, et sans doute les plus fortes critiques de la « théorie classique », en langue française, sont l'œuvre de G. Vacher-Lapouge, *Du patrimoine…, op. cit.*

Tous les fils de la doctrine du professeur allemand se nouent désormais : en tant qu'ils sont extérieurs, les biens qui composent le patrimoine sont tangibles, saisissables par les sens. La vertu de fongibilité qu'on prête à l'équivalent monétaire qu'on leur attribue, conjuguée au mécanisme de la subrogation considéré comme opérateur d'identité dans le changement, opère l'unification technique du patrimoine comme gage des créanciers, sous la forme d'une masse monétaire indifférenciée, ou encore d'un capital. Cette unification garantit la saisissabilité (de principe, sauf dispositions légales contraires) de tous les biens qui composent le patrimoine, et permet ainsi à l'institution de prétendre jouer le rôle de « siège des dettes » en lieu et place de la personne elle-même, c'est-à-dire de son corps propre en tant qu'il participe intimement à cette dernière, ramenée à une pure intériorité. Cette participation, on pourrait dire cet arrimage, conduit à rendre inconcevable l'idée d'une personne dépourvue de patrimoine, qui par conséquent ne serait pas civilement saisissable. Il en résulte qu'après avoir inclus les biens innés dans le patrimoine et flirté avec l'idée d'y intégrer les dettes, il faut encore accorder que ce dernier peut fort bien n'être composé de *rien*. On ajoutera que cette règle ne se déduit pas tant de l'universalité de la personnalité, que de l'exigence fonctionnelle d'allouer à chacun un corps artificiel propre qui soit saisissable.

Ainsi, « toute personne a un patrimoine ». Faut-il de là en déduire que « toute personne n'a qu'un seul patrimoine » ? La théorie du patrimoine doit-elle confondre, comme le suggère son ultime version, l'unité et l'unicité ? Nous abordons la difficile question du lien substantiel entre la personne et le patrimoine.

3. LE *VINCULUM SUBSTANTIALE*

3.1. L'unicité du patrimoine selon Zachariæ

On ne trouve nulle part chez Zachariæ l'idée que le patrimoine serait l' « émanation » de la personne. Par contre, on trouve l'affirmation suivante :

> « Le patrimoine d'une personne est l'idée de la personne elle-même considérée dans son rapport avec ses biens. »[1]

Formule énigmatique puisqu'elle donne à penser que le patrimoine est la personne elle-même, considérée sous un de ses aspects, une de ses dimensions, le rapport qu'elle entretient aux objets extérieurs qui sont en sa possession. Il nous est dit que le patrimoine est une idée : il désigne l'idée abstraite d'une totalité de biens qui ont en commun, outre leur qualité d'avoir un prix, d'être subsumés sous cette idée, ou encore d'appartenir à une personne, ces deux expressions devant être considérées comme synonymes. Il faut donc comprendre que le patrimoine, comme idée d'un tout, est la personne elle-même, non pas dans tout son être, mais en tant qu'elle possède des biens extérieurs : si le patrimoine est une enveloppe, il faut alors dire que cette enveloppe est en possession d'une personne. Si l'on ajoute que la définition même de la personne comme capacité juridique contient en elle la notion de puissance *(Vermögen),* il faut donc accorder que le patrimoine est bien une dimension ontologique fondamentale de la personne, celle qui désigne son rapport général aux biens extérieurs. C'est pourquoi Zachariæ peut poser les deux équations suivantes, dans lesquelles nous reconnaissons les deux versants de la règle de l'unité du patrimoine :

— « le patrimoine d'une personne contient tous ses biens »[2] ;
— « une seule et même personne ne peut posséder plus d'un patrimoine, à moins que la loi n'ait attribué à un seul et même individu une per-

1. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 575, p. 427, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 38.
2. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 573, p. 422-423, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 36.

> sonnalité multiple *(mehrfache Persönlichkeit)* [n. 4 : ainsi le domaine privé de l'Empereur est-il légalement distinct du domaine public. De même un majorat peut être considéré sous plusieurs rapports comme distinct des autres biens du titulaire], ou n'ait permis soit au propriétaire du patrimoine (*beneficium inventarii,* art. 1483), soit à un tiers (*beneficium separationis,* art. 878) de séparer du patrimoine d'une personne, certains biens, comme pour en former un patrimoine à part. »[1]

Ces équations posent deux règles (à chaque patrimoine une seule personne, et à chaque personne un seul patrimoine), et indiquent les exceptions possibles. Au premier abord, il semble donc que Zachariæ fasse droit au principe de l'unité du patrimoine, déduit de celle de la personne, et qu'il conçoive cette unité comme unicité, ce qui se comprend puisque le patrimoine est défini par lui comme une dimension unique de la personne, sa face extérieure. L'essentiel, ici, est bien plutôt dans le fait que ce principe puisse recevoir des exceptions. Comment comprendre en effet, si le patrimoine est la personne elle-même sous un de ses aspects, qu'une personne puisse avoir plusieurs patrimoines, ou qu'un patrimoine puisse se concevoir indépendamment d'une personne ?

C'est, nous dit Zachariæ, d'une part parce qu'une personne peut se multiplier, et d'autre part parce qu'un patrimoine peut être séparé de son propriétaire. Que signifie la notion de « personnalité multiple » ? L'exemple de la personne de l'Empereur est tout à fait éclairant : le droit peut, par le procédé de la fiction, accorder par principe non seulement l'unité de la personne mais encore son unicité réelle, en tant que personne physique, et cependant reconnaître en cette personne même l'existence proprement juridique d'autres personnalités : ainsi, la personne de l'Empereur a une double nature, celle de personne privée, propriétaire d'un domaine en tant que personne physique, et celle de personne morale qui, en tant que corps mystique, possède un domaine public soumis à un régime juridique distinct. Cet exemple nous invite à considérer la personne juridique non seulement comme un bloc ontologiquement indivisible représentant adéquatement des individus sin-

1. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 573, p. 423, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 36.

guliers (personnes physiques) et ramenant fictivement la pluralité des collectifs (corps juridiques) à l'unité d'une personne morale, mais aussi comme pouvant instituer une multiplicité irréductible dès lors que la même personne est à la fois l'une (personne physique) et l'autre (personne morale).

Une seule et même personne peut ainsi se diviser pour compartimenter ses activités extérieures au point que soit reconnue leur indépendance respective, malgré l'exigence pratique de constituer les biens de cette personne en gage commun de ses éventuels créanciers. Cette possibilité pour la personnalité de se disséminer en une pluralité de personnes séparées précise le principe de l'unité du patrimoine, puisqu'elle interdit qu'on le déduise de l'unité supposée de la personnalité : le patrimoine est l'idée de la personne elle-même dans son rapport aux biens comme objets extérieurs et, dans ce rapport, il n'est pas impossible qu'elle se fasse elle-même multiple. Il faut donc en déduire que c'est en s'extériorisant dans les objets extérieurs que la personne peut acquérir ce caractère multiple. Selon Zachariæ, on ne saurait nier l'unité essentielle et fondamentale de la personne, mais son bastion ultime consiste en son intériorité pure, qui se confond – en bonne doctrine kantienne – avec la sphère de l'unité morale du sujet, le mien interne. De cette unité originaire, le passage de la morale (intériorité) au droit (extériorité) est en même temps, au moins en puissance, principe de *spécialisation subjective* par la division de la personnalité elle-même. C'est l'extériorisation qui introduit la possibilité logique de la multiplication.

Ce n'est pas tout. À côté de l'hypothèse des personnes multiples, on trouve encore celle des patrimoines séparés (selon la doctrine allemande), ou encore celle de petits patrimoines (selon la doctrine française). Ce cas correspond à la situation où une masse de biens appartenant à une personne est mise à l'écart de son patrimoine principal, de sorte que cette dernière se retrouve, au moins pour un temps, à la tête d'au moins deux patrimoines. Cette forme d'extériorisation, qu'on pourrait appeler *spécialisation objective* pour la distinguer de la précédente, nous invite à considérer la possibilité de patrimoines non seulement distincts, mais encore indépendants de la personne, masses de

biens réunies en une totalité détachée de la personne qui est à la tête du patrimoine dont elles procèdent, faisant ainsi surgir l'hypothèse – fort stimulante – de corps artificiels sans âmes, ou de patrimoines sans sujets. La spécialisation objective apparaît donc comme un principe de *séparation*.

Ce que réalisent les cas de séparation de parties du patrimoine, c'est la possibilité théorique d'une dissociation de la personnalité considérée en elle-même d'avec sa dimension extérieure, au point que cette dernière apparaisse comme une simple masse objective de biens. La seconde exception nous indique donc la possibilité d'une *dépersonnalisation* du patrimoine, ou encore d'une réification complète de la dimension extérieure de la personne, dans la rupture du lien entre le patrimoine et la pure intériorité qui le transcende, un patrimoine devenu *impersonnel*. Ces deux figures rendent éminemment problématique l'intime association de la personne et de son patrimoine, et invitent à chercher ailleurs le fondement de la règle « la même personne ne peut posséder plus d'un patrimoine ». D'autant que cette règle se laisse déduire de la seule définition logique du concept de totalité : le patrimoine est la totalité des biens d'une personne ; en tant que totalité, celle-ci est nécessairement unique (sauf à imaginer des patrimoines non seulement séparés mais encore vides, luxe logique que la science juridique répugne à s'offrir), et le bon sens conclut à l'unicité du patrimoine. Zachariæ n'a pas besoin d'en passer par l'unité de la personnalité pour affirmer celle du patrimoine, assouplissant ainsi le statut épistémologique de cette règle au point qu'elle tolère d'importantes exceptions.

3.2. L'unicité du patrimoine selon Aubry et Rau

Dans la première traduction qu'ils en proposent (1839), Aubry et Rau conservent l'armature de l'ensemble de ce raisonnement, mais en réorganisent la matière. Ainsi le premier alinéa du § 573 devient :

> « Le patrimoine d'une personne comprend tous ses biens [...]. Il résulte de là que lorsqu'une personne est appelée à succéder au patrimoine d'une autre personne, tous les biens qui se trouvent dans le patrimoine de la pre-

> mière, passent, en principe général, à la seconde. Il en résulte encore que la même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d'un patrimoine. Cette règle n'est cependant pas sans exceptions. C'est ainsi que, sous plusieurs rapports, les biens composant un majorat ou une substitution constituent, entre les mains du titulaire ou du grevé, une universalité juridique distincte de son propre patrimoine. C'est ainsi encore que, par l'effet du bénéfice d'inventaire ou de la séparation des patrimoines, les biens qui composent une hérédité restent séparés du patrimoine de l'héritier. C'est ainsi enfin que, dans les cas prévus par les articles 351, 352, 747, 766, les biens auxquels certaines personnes sont appelées à succéder en vertu d'un droit de retour légal, forment une universalité juridique distincte de l'hérédité du défunt. »[1]

La proposition « la même personne ne peut posséder plus d'un patrimoine » est bien déduite du principe selon lequel « le patrimoine d'une personne comprend tous ses biens », mais elle change de statut normatif : de simple conséquence logique, et pour ainsi dire de bon sens, qu'une loi positive un peu logicienne doit pouvoir contourner, elle est érigée en règle générale, et les cas de patrimoines séparés en exceptions de cette règle. Il y a là l'indice d'un durcissement certain.

De plus, dans la liste des exceptions, la création légale des personnalités multiples disparaît, et le majorat rejoint les hérédités séparées, elles-mêmes enrichies du cas des successions en vertu d'un droit de retour. Il y a, à l'évidence, un lien entre ces deux réaménagements : c'est parce que le principe de l'unicité du patrimoine qu'exprime la proposition « la même personne ne peut posséder plus d'un patrimoine » est érigée en règle générale qu'Aubry et Rau refusent l'existence aux personnes multiples. Apparaît ici l'ébauche d'un geste théorique de grande portée : la conséquence (« un seul patrimoine par personne ») ne se substitue pas encore au principe qui la cause (« le patrimoine d'une personne comprend tous ses biens »), mais se hisse au niveau de ce dernier jusqu'à acquérir une portée normative équivalente et indépendante. Le geste s'achève dans la troisième édi-

1. A. R., *CDCF* (1), IV, § 573, p. 99-100.

tion, où l'on trouve sous le § 573 un alinéa portant le n° 1, ainsi rédigé :

> « Le patrimoine d'une personne comprend tous ses biens sans distinction [...]. Il résulte de là que lorsqu'une personne est appelée à succéder au patrimoine d'une autre personne, tous les biens qui se trouvent dans le patrimoine de la première, passent, en principe général, à la seconde. »[1]

C'est là tout ce que nous apprend cet alinéa, qui ne comprend ni exceptions ni conséquences. De l'idée de totalité, il ne résulte plus que « la même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d'un patrimoine », règle qu'on trouve désormais séparée, indépendante, valant en elle-même dans un autre alinéa, le troisième.

La liste des exceptions énoncées sous la définition du patrimoine comme totalité (et qui sont celles qu'on trouve dans la première édition auxquelles s'ajoutent les substitutions)[2] est désormais dans le troisième alinéa où elles sont présentées comme des exceptions à l'idée de l'unicité du patrimoine. Le geste théorique est clos : la proposition « la même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d'un patrimoine » est devenue indépendante, et l'existence des patrimoines séparés semble désormais contredire l'indivisibilité de la personne, et non celle du patrimoine. Nous venons d'assister à l'invention du principe de l'indivisibilité de la personne propriétaire, déduite en fait de celle du patrimoine, mais apparaissant comme sa cause.

3.3. Le vinculum substantiale *entre être et avoir*

Au vu de ce qui précède, il devient possible de préciser la nature de ce mystérieux *vinculum substantiale* qui unit la personne et le patrimoine. Le patrimoine ne saurait être considéré tout à fait comme la « face extérieure » de la personne (Zachariæ), *a fortiori* comme son émanation (Aubry et Rau), dans la mesure où, soit par spécialisation, soit par séparation, il n'est pas impossible de concevoir des patrimoines

1. A. R., *CDCF* (3), V, § 573, p. 2.
2. *Ibid.*

impersonnels. On ne peut donc pas dire que le patrimoine *est* la personne, considérée dans ses rapports extérieurs, ou même l'idée de la personne. S'il se trouve des corps sans âme, c'est que le corps artificiel ne se laisse pas entièrement constituer par son âme. Pour le dire autrement, on ne saurait inscrire entièrement la théorie du patrimoine dans la seule sphère des droits de la personnalité.

Dans le même temps, on ne saurait concevoir le patrimoine comme étant tout entier extérieur à la personne, puisqu'il en est un attribut essentiel, celui sans lequel la personne n'aurait pas d'existence juridique *in actu,* raison pour laquelle toute personne se doit d'avoir un patrimoine. On ne saurait donc dire tout à fait que la personne *a* un patrimoine, au sens où l'on dit qu'elle a des biens. Ce serait confondre l'enveloppe et le contenu, l'universalité de droit et la somme de ses éléments. Le corps artificiel n'étant pas tout à fait extérieur à son âme, on ne saurait donc non plus inscrire entièrement la théorie du patrimoine dans la seule sphère des droits réels. Le *vinculum substantiale* semble condamner à osciller perpétuellement entre deux modes, l'être et l'avoir, entre deux mondes : celui du droit personnel et celui du droit réel.

On peut présenter ce qui précède sous la forme d'un paradoxe grammatical : la personne *est* en même temps qu'elle *a* un patrimoine. Elle *est* un patrimoine puisque ce dernier est la forme juridique de son être au monde dans le droit des biens, elle *a* un patrimoine puisque le rapport qu'elle entretient à la totalité de ses biens constituée en être juridique distinct est nécessairement un rapport d'appropriation grâce auquel cette totalité se transforme en capital, c'est-à-dire en gage pour les créanciers.

Sans doute, dans la version qu'en propose Zachariæ, et plus encore dans celles exposées par Aubry et Rau, le primat est accordé à la dimension subjective, puisque le fondement ultime de la théorie est celui de l'unité substantielle des divers aspects, intérieurs et extérieurs, de la personne. Chez le jurisconsulte allemand, cette unité doit cependant parfois se réfugier dans la pure intériorité, et quitter ainsi le monde du droit dans lequel règne alors la séparation des patrimoines et la multiplicité des personnes. Faut-il considérer ces exceptions comme des

monstres à éradiquer de la théorie ? C'est ce que pensaient sans doute ses traducteurs français. Une autre lecture pourrait au contraire voir dans ces exceptions l'expérience cruciale qui oblige à la reprise de la théorie, en faisant de la réification et de la spécialisation l'essence même de l'extériorisation de la personne, son patrimoine devenant ainsi la forme concrète, l'expression juridique (adéquate) de l'aliénation constitutive de son être au monde.

L'essentiel est moins ici d'avoir à choisir entre ces deux orientations, choix aux conséquences pratiques considérables, on s'en doute[1], que dans le constat même de leur possibilité : les interprétations « objectives » des rapports économiques entre les agents et les choses, et « subjectives » (ou « idéalistes ») qui rapportent l'intelligibilité des échanges aux sujets individuels qui les portent, sont l'une et l'autre contenues en puissance dans le texte inaugural de la théorie. Ce constat n'est pas le signe d'une insuffisante clarté de la doctrine proposée, mais bien plutôt celui de l'étroitesse du cadre conceptuel que trace le couple du sujet et de l'objet, au point qu'on ne saurait l'adopter sans mutiler une notion qui le transcende dans la mesure où elle tend fatalement à la confusion des catégories de l'être et de l'avoir. Le patrimoine est en effet toujours à la fois la forme juridique que revêt la subjectivation de l'objectalité du monde extérieur (l'avoir de la personne) et, à l'inverse, celle de l'objectivation de la personne dans une autodifférenciation qui peut mener à la fraction et à la séparation de soi, le bastion avancé de l'être personnel dans le monde extérieur. Plus exactement encore, le patrimoine est une dimension de l'être même de la personne, mais qui s'en différencie jusqu'à devenir son avoir, et même, très exceptionnellement il est vrai, jusqu'à ne plus être qu'un avoir impersonnel dans l'hypothèse des patrimoines séparés ou petits patrimoines. Le patrimoine est l'être de la personne, se manifestant dans la sphère du droit sous la forme instituée de son avoir. Il est, pourrait-on dire, chez Zachariæ, nouménalement subjectif et phéno-

1. Ces conséquences pratiques ont été énumérées à loisir par les tenants de la théorie « objective » du patrimoine. On en trouvera un bon résumé dans R. Gary, *Essai…, op. cit.,* p. 175 *sq*. Elles concernent le droit des successions, le patrimoine personnel du failli et les patrimoines de mer.

ménalement objectif, nouant indéfectiblement des aspects réels et personnels. On aura compris que la qualification juridique de ce lien n'a rien d'une partie de plaisir.

4. QUALIFIER LE *VINCULUM SUBSTANTIALE*

Quelle est l'expression juridique adéquate de ce lien, ô combien problématique, entre la personne et le patrimoine ? La réponse à cette question fait, chez Zachariæ, l'objet d'un développement explicite et argumenté :

> « Le droit que l'on détient sur son patrimoine est un droit de propriété (voir le § 177), puisque le patrimoine d'une personne est l'idée de la personne elle-même considérée dans ses rapports avec ses biens. Quoique le patrimoine, en soi, c'est-à-dire abstraction faite de la personne de son propriétaire, soit divisible en parties aliquotes, *partibus quotis,* ce patrimoine relativement à son propriétaire, ou plutôt à la propriété de ce patrimoine, est indivisible comme la personne même de son propriétaire. Ainsi par exemple, si les biens compris dans le patrimoine ont été acquis à différentes époques, ces biens relativement au droit de propriété sur le patrimoine, doivent être considérés comme formant un tout, comme s'ils avaient été tous acquis simultanément, et servent, à ce titre, de gage à tous les créanciers du propriétaire du patrimoine, quelle que soit d'ailleurs la date de leurs créances. De même les créanciers d'un débiteur qui a disposé, par donation, d'une partie de sa fortune actuelle, peuvent néanmoins exercer leurs droits de saisie sur la totalité des biens qui se trouvent encore dans le patrimoine du débiteur (voir art. 1268). »[1]

Le patrimoine est la propriété de son titulaire. Aucune ambiguïté n'est permise : la personne possède sur son patrimoine un droit qui est un *droit de propriété*. C'est là le nom juridique du lien substantiel, la forme juridique concrète que revêt l'articulation de l'être et de l'avoir, de la personne considérée en elle-même et de sa manifestation extérieure.

Il semble donc au premier abord que la doctrine juridique ait fait le choix de faire basculer la qualification juridique du *vinculum substantiale*

1. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 575, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 38.

du côté de l'avoir en le plaçant dans l'horizon de l'article 544. Il eût été possible de faire le choix inverse, de faire du patrimoine une dimension constitutive de la personne en concevant sa puissance d'appropriation *(Vermögen)* comme une dimension de la capacité juridique avec laquelle elle se confond[1].

Cette autre voie n'est pas sans poser d'épineux problèmes. Le patrimoine s'entend sans doute de la puissance d'appropriation, *Vermögen,* qu'on doit pouvoir, par facilité de langage, confondre avec la somme des biens appropriés, les richesses. Mais c'est encore, et surtout, pour la langue du droit, la totalité fictive de ces biens, l'universalité juridique qui les contient. Autant l'on comprend assez bien comment un pouvoir d'appropriation peut constituer l'attribut essentiel de la capacité juridique d'une personne, autant on voit mal comment ce peut être le cas pour une universalité de droit. Du pouvoir d'appropriation et des richesses appropriées au patrimoine, il y a bien une rupture ontologique provoquée par la création d'un être juridique distinct, et parfois même indépendant de la personne. Ce constat, qui sonne le retour de l'avoir dans la sphère de l'être, interdit qu'on inscrive entièrement le *vinculum substantiale* dans la sphère du droit personnel.

Constitutive, l'oscillation perpétuelle entre être et avoir ramène le choix de la qualification du *vinculum substantiale* aux termes suivants : intérioriser l'avoir dans l'être en faisant du patrimoine une dimension de la personne, au risque de transformer tous les éléments qui la composent en biens, ou extérioriser l'être dans l'avoir en faisant du patrimoine le mode d'être de la personne dans le monde, au risque de confondre ce dernier avec l'intériorité de la personne même. Dans un cas comme dans l'autre, la *summa divisio* des personnes et des choses n'y résiste pas.

Comment comprendre, dans cette situation, le choix commun à Zachariæ et à Aubry et Rau, de ramener cette oscillation à un droit de propriété ? On accordera qu'il doit bien y avoir quelque chose de relatif au droit de propriété dans le *vinculum substantiale,* une propriété patrimoniale, que cette dernière soit pensée dans le cadre du droit personnel ou dans celui du droit réel, mais, précisément, pourquoi faire de

1. C'est le choix que fait majoritairement la doctrine contemporaine.

la propriété patrimoniale un droit réel ? Ce choix est-il à mettre sur le compte du prestige de l'article 544 ? C'est en tout cas ce que donne à penser Zachariæ, qui fait explicitement allusion au § 177 de son manuel, consacré à la glose de l'article 544. Plus radicalement, on constatera que ni Zachariæ ni Aubry et Rau n'ont les moyens de concevoir la propriété patrimoniale, dont on vient de voir que pour être une propriété elle n'en est pas moins d'essence personnelle, sans renoncer à la *summa divisio* des personnes et des choses, des droits réels et personnels, dont on sait qu'elle organise l'architecture du Code qu'ils commentent, et sans renoncer à l'hégémonie conceptuelle de la conceptualisation souveraine sur l'institution de propriété, sans relativiser considérablement les thèses qu'ils défendent dans les § 168 *sq.* de leurs manuels respectifs. Est-ce à dire qu'ils parviennent à leur fin, et que la propriété patrimoniale se trouve ramenée dans le giron de l'article 544 ? La tâche est tout simplement impossible. Selon l'article 177 auquel le lecteur est expressément renvoyé, la propriété est en effet définie par Zachariæ comme un droit réel, ayant pour objet un bien extérieur, un bien existant dans le monde physique, et non pas une personne comme c'est le cas des droits personnels[1]. Mais nous savons aussi, par la lecture du même auteur, que le patrimoine n'est pas un bien extérieur, comme l'atteste la possible figure des patrimoines vides, et comme le confirme au demeurant le § 573 du même manuel :

> « Le patrimoine n'est pas en soi un objet extérieur, il est seulement l'idée abstraite d'une unité juridique qui relie tous les biens qui appartiennent à une personne déterminée, ou même l'idée de la personne elle-même considérée dans ses rapports avec ses biens. »[2]

Voilà donc un être juridique qui est non pas un bien, puisque ce n'est pas un objet extérieur du monde physique mais l'idée abstraite de leur unité, qui n'est donc pas un objet *réel* mais le prolongement *idéel* d'une *personne,* et qui est cependant l'objet d'un droit réel, le plus complet des droits réels, le « droit réel par excellence », comme dirait Demolombe... La contradiction est patente, irréductible. Nous avons

1. K. S. Z., *HFC* (4), II, § 177, p. 378-380.
2. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 573, p. 423, trad. V. Lassère, *La doctrine, op. cit.,* p. 36.

vu qu'elle est inévitable, aussi faut-il se résigner à en suivre les développements dans l'exposé des déterminations juridiques du droit de propriété patrimonial telles qu'elles apparaissent malgré le travestissement de ce droit en maîtrise souveraine.

5. CET ÉTRANGE DROIT DE PROPRIÉTÉ PATRIMONIAL

Le choix de qualifier le *vinculum substantiale* de « droit de propriété » ne serait en lui-même pas contestable s'il était précisé que cette propriété, étant d'essence personnelle, ne désigne pas la maîtrise souveraine sur les biens extérieurs mais une autre conception de l'institution. On ne trouve pas trace d'une telle précision chez Zachariæ, pas plus que chez Aubry et Rau, qui se doivent cependant, en juristes consciencieux, de rendre compte de tous les aspects de l'institution du patrimoine, y compris donc des aspects personnels. Ainsi, au fil du texte de la troisième édition d'Aubry et Rau, sous les habits trop étroits de la maîtrise souveraine, et dès lors que les commentateurs quittent les sphères du droit philosophique pour s'attacher aux aspérités du droit positif, se découvre un bien étrange droit de propriété qui se laisse décomposer en deux caractères principaux : la disposition et l'administration du patrimoine.

5.1. Le droit de disposer de son patrimoine

Le pouvoir absolu du propriétaire souverain engage bien évidemment le droit de disposer librement de la chose. Dans la conception patrimoniale, ce droit de disposer est reconnu, mais comporte deux formidables restrictions qui en transforment la nature : l'interdiction faite au propriétaire de disposer du patrimoine entre vifs, et à titre onéreux. Ainsi, d'après Aubry et Rau :

> « Le droit de propriété sur le patrimoine renferme virtuellement [le] droit de disposer à titre gratuit de la totalité ou d'une partie aliquote du patrimoine. Toutefois une pareille disposition ne peut avoir lieu par actes entre vifs. Les objets extérieurs qui appartiennent à une personne ne cons-

> tituent ce tout idéal qu'on nomme patrimoine que par suite du rapport juridique qui les rattache à cette personne. Le patrimoine, qui n'a pas d'existence propre et indépendante, ne peut donc être détaché de la personne à laquelle il appartient ; et il y aurait un véritable contresens dans l'idée de l'aliénation du patrimoine même. Il en résulte qu'une donation entre vifs de tous les biens présents du donateur ne porte en réalité que sur des choses et des droits individuellement envisagés, que le donataire ne doit être considéré que comme un successeur particulier, et non comme un successeur universel, tenu, de plein droit, des dettes du donateur.
>
> « Le principe de l'inaliénabilité du patrimoine n'est pas seulement vrai sous le rapport philosophique, il l'est même au point de vue des lois positives en général et du Code Napoléon en particulier. [...].
>
> « Du reste le principe de l'inaliénabilité du patrimoine peut encore se poser et se justifier dans un autre sens. Les dispositions qui frappent de nullité les actes entre vifs par lesquels une personne dispose de son hérédité future, ont indépendamment des considérations d'économie politique qui les ont dictées, leur fondement juridique dans l'inaliénabilité de la personnalité. »[1]

Que faut-il entendre ici par « droit de disposer du patrimoine » ? La disposition recouvre habituellement chez les commentateurs du Code civil la faculté d'aliéner et de transmettre, celle de détruire et d'abandonner un bien. Écartons d'emblée la question de la disposition comme usage définitif : on a vu qu'en faisant de l'hypothèse d'une personne sans patrimoine une aberration logique, ce dernier était exclu. Quant au sens de l'interdiction de disposer du patrimoine entre vifs, il peut s'énoncer sous la forme d'un nouveau principe, celui de l'inaliénabilité du patrimoine. La construction de l'argument mérite qu'on s'y arrête.

Nous avons vu que nos auteurs soutiennent que « le patrimoine n'a pas d'existence propre et indépendante », c'est-à-dire que « tout patrimoine appartient à une personne ». Mais c'est pour accorder, dans le même paragraphe, que toutes les universalités de droit ne sont pas fatalement personnelles :

> « Le patrimoine est une universalité de droit, en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique.

1. A. R., *CDCF* (3), V, § 576, p. 7.

> « Les lois positives reconnaissent, à côté du patrimoine, plusieurs autres universalités juridiques. Tels sont : les objets soumis au droit de retour, à titre de succession, dans les hypothèses prévues par les articles 51, 747 et 766 ; les biens composant un majorat. »[1]

Cet énoncé opère un notable déplacement par rapport à la version qu'en donne Zachariæ, pour qui le patrimoine était non seulement l'expression type, mais encore la seule et unique espèce légitime d'universalités juridiques, sinon pour le droit positif, du moins pour le droit philosophique. Il n'en va pas de même chez Aubry et Rau pour qui, dans le genre des universalités juridiques, le patrimoine est l'espèce de celles qui appartiennent à des personnes. C'est pourquoi, comme on l'a vu, on peut bien dire que tout patrimoine appartient à une personne ; la portée d'une telle affirmation est purement nominale puisqu'elle revient à réserver le mot « patrimoine » aux universalités personnelles, en accordant toutefois qu'on en trouve qui sont impersonnelles. Pour conférer au principe général une valeur plus que nominale, il faudrait encore montrer que les unes et les autres sont des êtres juridiques distincts, que le caractère personnel ou pas d'une universalité est un trait essentiel de sa constitution. On ne trouve rien de tel sous la plume des juristes strasbourgeois : l'hypothèse des universalités de droit non patrimoniales est furtivement évoquée, mais laissée dans l'ombre. En outre, nos auteurs soutiennent que le patrimoine personnel ne saurait être détaché de la personne à laquelle il appartient, parce qu'un tel détachement reviendrait à priver cette personne de patrimoine, et que toute personne doit avoir un patrimoine pour exister juridiquement.

De la conjonction de cette règle et de la définition nominale du patrimoine comme universalité personnelle, il ressort que sont nuls tous les actes d'aliénation du patrimoine entre vifs, mais aussi l'abandon du patrimoine qui priverait la personne de son patrimoine et rendrait ce patrimoine vacant, *res nullius* appropriable par *prima occupatio,* hypothèse qu'Aubry et Rau refusent énergiquement d'envisager, puisqu'ils ne sauraient concevoir un patrimoine ayant une existence propre et

1. A. R., *CDCF* (1), § 168, p. 333-334. Le § 168 est au t. V de la troisième édition, et porte la date de 1857 ; il reprend mot pour mot la version de 1839.

indépendante[1]. On ne saurait donc aliéner ou abandonner son patrimoine, parce qu'on ne saurait déguerpir de son rapport juridique au monde, ou encore parce que c'est la condition même de l'homme d'avoir des droits, même contre son gré. On se demandera ce qu'il advient d'une personne qui, fatiguée d'être libre et de se mouvoir dans l'horizon de sa liberté et des obligations qu'elle implique, souhaiterait l'abandonner, mais il faut constater que le Code civil ne dit rien du suicide civil.

Aubry et Rau en concluent que le patrimoine est inaliénable et suggèrent que cette inaliénabilité trouve son fondement dans celle de la personne. Mais, ce faisant, ils sont eux-mêmes en deçà des précieuses distinctions conceptuelles qu'ils ont élaborées à partir de la définition de la notion de bien. Si l'on accordait en effet que la personne est inaliénable et qu'on en déduisait que le patrimoine l'est de même, on aurait certes expliqué pourquoi il n'est pas possible de transférer le patrimoine à titre onéreux, mais certainement pas pourquoi sont aussi nuls les actes de disposition à titre gratuit *entre vifs,* qui constituent une cession, non une aliénation. Or, Aubry et Rau affirment expressément que les seuls actes valides de disposition à titre gratuit sur le patrimoine sont *à cause de mort*. Autrement dit, le droit de disposition patrimonial se limite au seul droit de disposer gratuitement *et* à cause de mort. Il est moins question ici de l'inaliénabilité du patrimoine qui serait celle de la personne, que de l'incessibilité du patrimoine entre vifs et de sa cessibilité à titre gratuit et *causa mortem*. L'association de ces deux caractères en une même détermination juridique revêt la forme d'une *obligation de transmettre gratuitement le patrimoine aux héritiers*. En quoi consiste cette obligation ? Positivement, elle confère aux héritiers une manière de

1. On notera par ailleurs que, par-delà (ou en deçà de) ses attendus métaphysiques, le rejet de cette hypothèse doit être considéré dans le contexte de la querelle relative à la légitimité de l'impôt sur les successions. Les partisans de cet impôt s'appuient en effet sur les dispositions du Code civil relatives aux choses vacantes ou *res nullius* qui attribuent ces biens à l'État (art. 713) pour considérer que le patrimoine devient, à la mort du *de cujus,* propriété de l'État et que ce dernier est par conséquent fondé à taxer sa cession aux héritiers, et peut même licitement supprimer l'institution de l'héritage. Le Code civil repousse bien entendu cette opinion puisque, d'après l'article précité, seules sont considérées vacantes les successions sans héritiers ou celles qui sont abandonnées.

droit sur le patrimoine, considéré comme une *succession*. C'est d'ailleurs ce que confirme le paragraphe consacré à l'action en revendication du patrimoine :

> « Le droit de propriété sur le patrimoine renferme virtuellement les droits suivants :
>
> « [...] l'action en revendication, qui découle essentiellement du droit de propriété, ne saurait se concevoir en tant qu'elle aurait pour objet le patrimoine de celui qui l'exercerait, puisqu'une personne ne peut se trouver privée de son patrimoine qu'en perdant sa personnalité même. Mais cette action se comprend parfaitement, en tant qu'elle porte sur le patrimoine d'une personne à laquelle on a succédé. Elle prend alors le nom de pétition d'hérédité. »[1]

Comment comprendre cette action ? On ne saurait invoquer une propriété de l'héritier sur le patrimoine, puisqu'elle a précisément pour objet de l'établir. Il faut donc reconnaître quelque chose comme un droit des héritiers sur le patrimoine du *de cujus* avant même que celui-ci ait été intégré à leur propre patrimoine. S'éclaire ainsi de ce qui précède : le droit de disposer du patrimoine mais seulement à titre gratuit et *causa mortem* revient à conférer aux héritiers une sorte de droit conditionnel à recevoir gratuitement le patrimoine, droit qui n'est activé qu'à la mort du *de cujus,* mais qui fait peser sur ce dernier l'obligation de rendre cette activation possible, de conserver la propriété de son patrimoine jusqu'à sa mort, ce que signifie l'obligation de ne le transférer qu'à titre gratuit et *causa mortem*. Tel est le sens véritable et la portée du « droit de disposer », qui consacre en fait son contraire, le principe de l'*indisponibilité* du patrimoine, et non pas simplement son *inaliénabilité*. Tout se passe comme si, en passant du droit de la responsabilité à celui des successions, le patrimoine s'était découvert de nouvelles fonctions. En tant que capital, nous le connaissions assumant celle de gage commun des créanciers, garantissant ainsi la sécurité des échanges ; nous le découvrons maintenant en tant qu'*hérédité,* prenant en charge celle de transmettre les biens d'une génération à l'autre, assurant ainsi, sur le terrain du droit des biens, la continuité d'une famille par-delà la mort de ses membres.

1. A. R., *CDFC* (3), V, § 576, p. 7.

Le droit absolu de disposer, pilier de la définition du domaine dans la conception de la propriété comme maîtrise souveraine, qui implique certes la perpétuité du droit mais aussi la totale liberté de principe du testateur (quelles que soient par ailleurs les restrictions que le législateur peut vouloir apporter à cette liberté), s'est mué, en s'appliquant à cet étrange objet qu'est le patrimoine, en un devoir de transmission à ceux des héritiers qu'il convient d'appeler légaux, ou successeurs universels, pour les distinguer des bénéficiaires de la réserve dont dispose le testateur. Il faut donc accorder que le propriétaire du patrimoine n'en est pas le maître et qu'il doit à tout le moins limiter son domaine en prenant en considération les droits (fussent-ils futurs) des héritiers légaux. En effet, si ces droits ne s'activent qu'après sa mort, l'obligation de transmettre le patrimoine, et à cette fin de ne pas en disposer librement, prend, elle, effet de son vivant.

Cette obligation ne peut trouver son fondement dans le principe de l'inaliénabilité de la personne. On peut fort bien déduire de ce dernier l'inaliénabilité du patrimoine entre vifs, et déduire de ce caractère une obligation indéterminée de transmettre le patrimoine à titre gratuit. Mais l'obligation qui pèse sur le propriétaire patrimonial n'est pas une obligation indéterminée de transmettre à n'importe qui, c'est une obligation de transmettre *à ses successeurs universels,* ce que la référence à l'inaliénabilité de la personne n'explique pas, puisqu'on n'y trouve rien qui puisse limiter la volonté du propriétaire dans le choix du destinataire de l'héritage. Nous savions qu'une enquête qui procéderait de la personne au patrimoine donnerait de pauvres résultats ; nous nous apercevons maintenant que le propriétaire patrimonial n'est pas une simple personne, qu'il ne saurait se confondre avec la seule capacité juridique d'un être humain libre.

5.2. La personnalité du propriétaire patrimonial

La question que l'obligation de transmettre cherche à résoudre n'est pas nouvelle, elle est déjà familière aux juristes romains et se pose depuis lors exactement dans les mêmes termes : comment garantir que

le patrimoine survive à son propriétaire et éviter ainsi que ses biens ne soient appropriables par simple occupation ? Cette question est celle du statut de la succession entre la mort du propriétaire et son éventuelle acceptation, parfois sous bénéfice d'inventaire, par les héritiers. Elle se cristallise autour de la définition de la nature de l'hérédité jacente[1]. La doctrine qu'en proposent Aubry et Rau est à chercher dans le § 577 :

> « On appelle successeur universel celui qui est appelé à succéder à la totalité ou à une partie aliquote du patrimoine d'une autre personne. Mais au point de vue philosophique, cette qualification ne convient qu'à ceux qui représentent un individu décédé, en continuant sa personne juridique. »[2]

Il faut donc dire que, selon le droit philosophique, la personne juridique du *de cujus* se continue, après son décès, dans celle de ses successeurs universels. Ce que confirme le paragraphe relatif à l'extinction des droits sur le patrimoine :

> « L'homme ne perd son patrimoine qu'en perdant sa personnalité, ce qui ne peut avoir lieu que par suite de son décès. Dans cette hypothèse, le patrimoine du défunt passe à ses représentants. »[3]

Le décédé perd sa personnalité, mais sa personnalité n'est pas perdue pour tout le monde, et avec elle le patrimoine *passe* à ses héri-

1. D'après Ourliac, dans le droit romain : « Durant la période d'incertitude sur les intentions de l'héritier, la succession est jacente. Habituellement le peu d'empressement de l'héritier pour se décider s'expliquait par la situation déficitaire de la succession. Il n'en était que plus souhaitable, dans ce cas-là, d'éviter un dépérissement de l'actif successoral. Les créanciers héréditaires n'étaient pas seuls en cause. Outre le discrédit qu'une telle situation pouvait faire peser sur la mémoire du défunt, les héritiers subséquents risquaient de se trouver lésés. Le danger était d'autant plus grand que l'hérédité jacente étant une chose sans maître, n'importe qui pouvait s'en emparer [...]. La période d'incertitude présentait [...] bon nombre d'inconvénients. Pour y pallier, les juristes ont élaboré un certain nombre de techniques, où ils font un large appel à la fiction. Le procédé le plus simple et le plus efficace consistait à donner un maître à la succession. Trois solutions ont été alternativement proposées et utilisées. On considère l'hérédité jacente comme une personne, l'*hereditas* est maîtresse d'elle-même. C'est 1) la fiction de la personnalité morale. On suppose encore que la succession a un maître en la personne de l'héritier futur : 2) fiction de rétroactivité. Enfin le maître de l'hérédité jacente peut être le *de cuius* : 3) fiction de survie » (P. O. J. M., *HDP,* I, p. 352-353).

2. A. R., *CDFC* (3), V, § 577, p. 8.

3. A. R., *CDFC* (3), V, § 578, p. 9.

tiers légaux. Cette justification a été souvent critiquée au titre qu'elle était une fiction. L'argument vaut ce que valent les tentatives de purger le droit des fictions, c'est-à-dire pas grand-chose. Il reste que cette solution pose plus de problèmes qu'elle n'en résout, particulièrement au versant de la détermination du concept de personne : si l'obligation de transmettre est le mécanisme qui garantit la continuité de la personne propriétaire, il faut que sa personnalité puisse se continuer, ce qui suppose qu'elle ne se réduise pas tout à fait à la capacité juridique d'une personne physique, comprise comme l'aptitude d'un être humain déterminé (et mortel) à exercer des droits, puisque cette faculté s'éteint de toute évidence avec la mort de l'être humain en question. Dès lors que le droit de disposer apparaît être essentiellement une obligation de transmettre aux successeurs universels, non seulement la propriété n'est plus le sanctuaire de l'indépendance du propriétaire souverain, mais dès l'instant qu'il est de l'essence du patrimoine de se continuer, il n'est plus possible de se contenter d'y voir la forme juridique du vouloir libre d'un individu singulier, sans intégrer dans le concept même de cette personne propriétaire l'existence de tiers (les héritiers) et le rapport juridique d'obligation qui les unit à elle, puisque cette personne propriétaire doit pouvoir transmettre son patrimoine, ce qui suppose qu'elle puisse avoir des héritiers et que sa personne puisse se fondre dans la leur.

Aussi convient-il d'ajouter désormais une dimension au propriétaire d'un patrimoine en le considérant non seulement dans son rapport aux objets extérieurs, mais également dans le rapport à ses descendants. Qu'on accorde ou qu'on rejette la fiction de la continuation de la personne, c'est le concept même de patrimoine comme *hérédité* qui exige la prise en considération de ce double aspect qui affecte la personnalité du propriétaire. En effet, il ne suffit pas de considérer la personnalité du propriétaire patrimonial du point de vue de la seule puissance d'appropriation d'objets extérieurs *(Vermögen)* ; encore faut-il prendre en charge sa capacité à avoir un patrimoine conçu comme une hérédité, qui implique que sa personne ne soit pas vierge de toute obligation personnelle non consentie, qu'elle soit au contraire constitutivement *liée* à ses héritiers. Où le propriétaire du patrimoine s'avère être

membre d'un collectif, celui que forme la série de ses ascendants et de ses descendants, *sa lignée*. On peut recourir à la métaphore du point et de la ligne pour exprimer ce résultat ; ces termes revêtent d'ailleurs un sens technique rigoureux que consacre le Code civil : la personne propriétaire d'un patrimoine est un point, mais parce que ce point est un chef *(caput),* il est membre d'une ligne généalogique[1]. En d'autres termes, le propriétaire patrimonial est un chef de famille, l'avatar présent d'une lignée.

On voit ce qui s'est passé : certains juristes modernes ont voulu unir le propriétaire et le débiteur en un sujet de droit unique, et pour ce faire l'ont doté d'un patrimoine personnel, destiné à garantir sa saisissabilité juridique, ajoutant le *Vermögen* à sa pure capacité juridique. Abordant les matières du droit de succession, ce patrimoine personnel se révèle être une hérédité, ce qui réintroduit dans la personnalité même du propriétaire une obligation personnelle non consentie, celle de transmettre aux héritiers, ce qui interdit toute définition strictement individuelle de la personne juridique, désormais constitutivement liée à un collectif, sa lignée.

Ce résultat est un peu plus qu'embarrassant. Il met en effet en cause deux principes fondamentaux du droit moderne de la personnalité : sa liberté et son universalité. Dès lors que la personnalité se constitue dans l'obligation personnelle de transmettre son patrimoine, *quid* du principe selon lequel on ne saurait s'obliger sans consentir ? Du moment que la personnalité patrimoniale semble se confondre avec celle du chef de famille, faut-il la réserver à ce dernier ? Mais alors, *quid* de son universalité ?

5.2.1. La liberté du propriétaire patrimonial

Pour ce qui est de la première objection, il est vrai qu'Aubry et Rau sont modernes et qu'ils proposent une définition minimale de la personnalité comme capacité juridique d'un être humain libre, une « aptitude à devenir le sujet de droits et d'obligations » qui « se confond

1. Cf. les articles 718, 719, 731 et 730 à 736 du Code civil.

avec la personnalité *(caput)* »[1]. Une telle définition transforme la ligne continue des ascendants et des descendants en une série discontinue de points, conforme au principe de l'individualisme juridique consacré par le Code, mais qui ne permet pas de rendre compte de la continuité de la personnalité du *de cujus* après son décès. Non pas que ce *de cujus* ne puisse se voir adjoindre une famille, mais le terme désigne alors le groupe que forment les personnes soumises à ses droits de puissance, à savoir son conjoint, ses enfants et ses domestiques éventuels, c'est-à-dire sa famille *présente* et non plus sa lignée généalogique, ses descendants et ascendants, sa famille passée et future. Il semble donc bien qu'il faille ici choisir entre deux définitions, ou en tout cas deux dimensions, synchronique et diachronique, de la famille. Doit-on penser que seule la première est compatible avec le principe moderne de la liberté individuelle, ou encore que l'individualisme juridique interdit de penser l'inscription généalogique des individus ? Faudrait-il devoir choisir entre l'héritage et la liberté, entre le patrimoine comme *Vermögen* et le patrimoine comme *hérédité* ?

En tout cas, Rousseau, ardent défenseur de l'inaliénable liberté de l'homme, refuse de reconnaître la légitimité de l'héritage, au moins pour ce qui regarde le droit naturel[2], au titre que le lien familial se dissout à la majorité des enfants ou à la mort des parents. Kant, dont on sait combien sa doctrine informe celle de nos auteurs, s'applique pour sa part, assez laborieusement d'ailleurs, à faire de la succession une convention volontaire entre deux personnes strictement indépendantes l'une de l'autre[3]. Ces tentatives convainquent mal. Il y a bien dans le patrimoine comme hérédité quelque chose comme une obligation transgénérationnelle. On hésitera pourtant à soutenir que la théorie du patrimoine contienne, au versant du droit des successions, des principes qui contredisent absolument le principe moderne de la liberté personnelle. Sans doute le propriétaire patrimonial est-il obligé vis-à-vis de ses descendants, le droit ne sachant accorder l'idée d'héritage sans celle

1. A. R., *CDFC* (3), I, § 52, p. 162.
2. Article « Économie politique » de l'*Encyclopédie,* in *Œuvres complètes,* Paris, Gallimard, 1964, t. III, p. 263.
3. Kant, *Doctrine du droit, op. cit.* I, § 34, p. 99-101.

d'héritiers, et ne saurait donc se concevoir comme une monade isolée. Le droit accorde cependant à l'héritier la liberté d'accepter ou de refuser la succession (en totalité, ce qui découle de la définition du patrimoine comme universalité). Tout se passe donc comme si, sur le plan de la transmission, on retrouvait quelque chose comme un droit de déguerpir de sa propriété patrimoniale sous la forme du refus d'une succession qui, sans briser la ligne, la déplacerait selon un ordre prévu par le Code.

Ainsi, l'héritier peut volontairement se soustraire à l'obligation constitutive de la propriété patrimoniale. Quant au *de cujus,* on a vu que l'obligation de transmettre s'impose à lui de son vivant, mais ne se réalise en tant qu'obligation personnelle qu'à son décès, préservant donc le principe de l'interdiction des obligations non consenties. La théorie du patrimoine est bien moderne. Elle n'est pas pour autant cohérente.

5.2.2. L'universalité du propriétaire patrimonial

Comment peut-on adopter une définition universelle de la personnalité comme capacité juridique, ajouter que toute personne est propriétaire d'un patrimoine, et définir le propriétaire patrimonial sur le modèle du chef de famille, sans soumettre l'accès à la personnalité à la possession d'un tel statut, en contradiction avec l'affirmation de son universalité ?

La question est d'autant plus redoutable qu'Aubry et Rau, contre Zachariæ, refusent la confusion, fort répandue dans la littérature, entre *capacité* et *état*. L'état est ainsi défini comme « la position d'un individu, en tant qu'on le considère comme membre de l'association politique ou de la famille à laquelle il appartient »[1]. Et nos jurisconsultes ajoutent :

> « Certains auteurs désignent également la capacité juridique par le mot "état". Pothier, *Introduction aux coutumes d'Orléans,* n° 27 ; d'Aguesseau, *Essai sur l'état des personnes,* éd. Pardessus IX, p. 572 et s. Portalis, *Esprit du*

1. A. R., *CDFC* (3), I, § 52, p. 162.

> *système général du Code Napoléon* (Locré Leg., I, p. 331, nº 14) ; Zachariæ, I, § 54. Il est résulté de la double acception donnée au mot "état", de nombreuses confusions, notamment dans la matière du conflit des lois nouvelles avec les lois anciennes. Cpr. § 30, texte, n. 18 et 31. L'alinéa 3 de l'article 3 montre que les rédacteurs du Code ont nettement distingué l'état et la capacité. »[1]

La capacité juridique n'est donc pas un état ; elle *est* la personnalité même : « La capacité juridique se confond avec la personnalité *(caput).* »[2] Comment fonder cette distinction ? Selon Aubry et Rau, les deux termes désignent une qualité juridique et les droits qui s'y attachent, mais l'on n'accède pas à ces qualités de la même manière. En effet, la capacité juridique ne s'acquiert pas, elle est un droit inné de tout être humain libre, raison pour laquelle elle se confond littéralement avec la personnalité même, ou encore avec la qualité d'homme libre, tandis que l'état civil ou politique, s'il est un attribut important de telle ou telle personne, doit être considéré comme sa propriété :

> « L'état se résume dans les qualités de régnicole ou d'étranger, de mari ou de femme mariée, de père, de mère ou d'enfant légitime, naturel ou adoptif. Ces qualités constituent pour ceux qui en sont investis, une sorte de propriété, garantie par des actions, analogues à celles qui découlent du domaine proprement dit. »[3]

Aubry et Rau sont décidément modernes : en distinguant état et capacité, ils font pleinement droit au principe de l'universalité de la personnalité, à son caractère de droit inné pour tout être ayant la qualité d'homme libre. Mais ils n'en ont pas pour autant fini avec les antinomies de la propriété patrimoniale, qu'ils affrontent ici sur le terrain de la définition de la personnalité.

Puisque toute personne a un patrimoine, le patrimoine est attaché à la qualité d'être humain libre ; c'est, selon la formule de Zachariæ, la « face extérieure » de la personne, son « émanation » selon ses traducteurs strasbourgeois. Ces derniers, à la différence de leur maître, ne

1. A. R., *CDFC* (3), I, § 52, p. 163, n. 3. L'alinéa 3 de l'article 3 est le suivant : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. »
2. A. R., *CDFC* (3), I, § 52, p. 163.
3. A. R., *CDFC* (3), I, § 52, p. 162.

confondent plus la capacité et l'état, et s'interdisent donc de considérer que la possession de patrimoine puisse être un état au même titre que la possession d'état civil ou politique. Pourtant, on possède bien, selon Aubry et Rau, un patrimoine, comme on possède l'état de régnicole, d'étranger, de mère ou d'enfant naturel. Cependant, il n'est pas possible de soutenir que la propriété du patrimoine est la propriété d'un état, celui de titulaire d'un patrimoine, puisqu'un tel état serait une qualité contingente, attribut non nécessaire de la personnalité dès lors qu'une personne sans patrimoine est inconcevable.

L'antinomie de la propriété patrimoniale fait ici commettre des absurdités à la langue juridique : en cherchant à distinguer la capacité juridique et l'état des personnes, Aubry et Rau ont voulu affranchir le concept de personne de toute référence à un statut juridique déterminé et lui garantir par là même un caractère d'universalité conforme à la notion de capacité juridique comme droit *inné*. En ajoutant que toute personne est universellement propriétaire d'un patrimoine, nos auteurs se doivent désormais de pouvoir penser l'état de propriétaire d'un patrimoine comme une sorte d'*état inné,* monstre logique qu'il faudrait opposer aux états civils et politiques qui sont acquis. La distinction entre état et capacité juridique s'en trouve fatalement brouillée au moment même où elle s'établit : l'état de propriétaire patrimonial est aussi inné que sa capacité juridique, la personne *est* propriétaire innée du patrimoine qu'elle *a*. Ajoutons que cette propriété impliquant l'obligation de transmettre aux héritiers, la distinction de l'état et de la capacité devient d'autant plus opaque que, d'après le Code civil, le statut d'héritier est une qualité qui découle de l'état de famille. Une solution serait alors d'affirmer bravement que la personne *est* son état de famille alors qu'elle *a* un état de cité, en naturalisant ainsi la sphère du droit familial jusqu'à l'absurde ; mais même le Code civil, pourtant furieusement biologisant à ses heures, n'aurait osé affirmer qu'il est dans la nature des hommes d'être des pères, et de celle des femmes d'être des mères, au point que l'on puisse se passer de définition civile de ces états.

Il n'y a donc, à proprement parler, pas de solution satisfaisante dans le cadre de la doctrine des jurisconsultes strasbourgeois, et l'alternative qui se présente au commentateur est soit de nier qu'il existe une obli-

gation de transmettre le patrimoine, en accordant l'existence de patrimoines vacants et en renonçant à produire la justification de l'héritage ; soit à accorder l'existence de cette obligation, mais en renonçant alors à définir la personne comme capacité juridique innée des hommes libres, pour faire droit à la notion tératologique d'état inné de chef de famille.

Faut-il comprendre que tous les êtres humains libres sont *ipso jure* des chefs de famille, y compris les femmes mariées et les célibataires ? Bien que les conceptions en vigueur au XIXe siècle s'y opposent fermement, on aurait envie de répondre à la fois oui en principe et non en acte : dès lors que toutes les personnes sont propriétaires d'un patrimoine, que le terme s'entend d'une hérédité, la personnalité de ce propriétaire doit être conçue sur le modèle de celle du chef de famille entendue comme lignée, personnalité qu'on peut dire universelle dans le sens où elle n'est conditionnée par aucun autre statut que celui, inné, d'être propriétaire d'un patrimoine. En ce sens, on peut dire que la forme concrète de la liberté individuelle dans le monde du droit moderne est la liberté patrimoniale, qui se confond avec le statut, universel parce qu'inné, de *pater familias*. Tous les êtres humains libres sont donc, par nature, des *pater familias*. On n'en déduira bien évidemment pas que toutes les personnes sont également capables d'exercer cette puissance dans sa plénitude, et cette restriction nous mène à l'examen des droits d'administration du patrimoine.

5.3. Administration du patrimoine

À l'instar de la maîtrise souveraine, la pleine propriété patrimoniale, pour être innée, n'en est pas moins inégalement distribuée, confirmant ainsi que la modernité juridique est plus libérale qu'égalitaire. Cette propriété implique en effet l'exercice des droits afférents, c'est-à-dire essentiellement le droit d'administrer le patrimoine, dès lors que celui d'en disposer se révèle n'être qu'une obligation de transmettre. En quoi consiste ce droit d'administration ?

Dans la maîtrise souveraine, la chose appropriée peut servir à tous les usages, mais aussi à tous les mésusages : on peut jouir de la chose en

se conformant à sa nature, mais aussi en la dénaturant, voire en la détruisant, et c'est dans cette dernière faculté que s'exprime la pleine souveraineté du propriétaire. Ce rappel fait apparaître que, du propriétaire souverain à l'administrateur du patrimoine du § 576 du manuel d'Aubry et Rau, il y a un monde :

> « Le droit de propriété sur le patrimoine renferme virtuellement les droits suivants : le droit d'administrer le patrimoine, c'est-à-dire de prendre toutes les mesures et de faire tous les actes juridiques tendant à le conserver, à l'augmenter, et à en retirer les avantages qu'il est susceptible de procurer. »[1]

Le droit d'administrer le patrimoine est donc le droit de laisser (conserver), de faire entrer (augmenter) ou de sortir (retirer) des biens, ou des masses de biens, du patrimoine. Si le droit porte sur l'universalité en elle-même, il détermine le régime auquel les biens qui la composent sont soumis. Nos auteurs ajoutent en note :

> « Le Code Napoléon se sert souvent des expressions, droit d'administrer, actes d'administration, actes de pure administration, sans cependant indiquer, de manière précise, soit par une définition générale, soit par des dispositions spéciales, l'étendue de ce droit et la sphère de ces actes. Cpr. art. 125, 450, 481, 482, 1428, 1449, 1536, 1576 et 1988. La définition qui se trouve dans le texte est, quelque vague qu'elle soit, la seule que l'on puisse donner du droit d'administrer et des actes d'administration. Au surplus, la question de savoir si tel ou tel acte doit ou non être rangé dans la classe des actes d'administration, ne saurait être résolue de manière générale et absolue : elle ne peut l'être que *secundum subjectam materiam*. Le juge auquel elle est soumise doit surtout ne pas perdre de vue la diversité des positions dans lesquelles se trouvent, d'après l'esprit de la loi, les différentes personnes auxquelles le droit attribue le droit d'administrer le patrimoine d'autrui, et celles auxquelles il n'accorde que le droit d'administrer leur propre patrimoine, en leur interdisant la faculté d'en disposer... »[2]

Aubry et Rau le soulignent : il n'y a pas vraiment de bonne définition de l'administration, du droit d'administrer, de la nature et de la portée des actes d'administration. On en est donc réduit aux conjectures, à « la définition qui se trouve dans le texte », « quelque vague qu'elle soit ». Or, en se tournant vers le texte, c'est-à-dire vers les arti-

1. A. R., *CDFC* (3), V, § 576, p. 6.
2. A. R., *CDFC* (3), V, § 576, p. 6, n. 1.

cles du Code cités en note 1 de la page 6 de leur manuel, on découvre que l'on peut administrer soit pour son propre compte, en tant que propriétaire du patrimoine, soit pour le compte d'autrui, en tant que tuteur, mari, ou encore comme mandataire ou comme dépositaire, c'est-à-dire dans tous les cas pour le compte du propriétaire du patrimoine ; qu'on peut distinguer l'administration dite libre, quand l'administrateur et le propriétaire coïncident, et l'administration contrainte dans le cas contraire ; qu'on dira alors que le dépositaire est « comptable », le mari « responsable » et le mandataire « tenu »[1].

Mais l'on découvre aussi que les cas à partir desquels le Code et ses commentateurs cherchent à préciser ce qu'est le droit d'administrer et les prérogatives qu'il confère à son titulaire relèvent pour ainsi dire tous de l'administration *pour le compte d'autrui,* comme s'il était de l'essence même de l'administration qu'elle se fasse pour le compte d'autrui[2], de telle sorte que l'idée même d'administration semble s'opposer à tous les autres droits qui composent le droit de propriété[3], en ce que son régime juridique serait strictement organisé par les rapports juridiques qui soumettent l'administrateur au propriétaire du patrimoine qu'il administre.

C'est ainsi que l'administration est dite « pure » dans l'article 482[4], quand elle exclut tous les actes de disposition et de défense. C'est ce que confirme l'article 1428 qui distingue attentivement les actions en justice, les actes d'aliénation et les actes d'administration[5]. C'est encore

1. Art. 1991 : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé » et art. 1993 : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion. »

2. Les seuls contre-exemples sont ceux de la pure administration du mineur émancipé et de la libre administration de la femme séparée.

3. Cette opposition est explicite dans l'article 1988 : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelques autres actes de propriété, le mandat doit être exprès. »

4. « Le mineur émancipé passera les baux dont la durée n'excédera point neuf ans ; il recevra ses revenus, en donnera décharge, et fera tous les actes qui ne sont que de pure administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même. »

5. « Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme. Il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. Il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. Il est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires. »

ce que suggère l'article 125 d'après lequel on ne peut concevoir, dans le cadre d'un dépôt, que des actes d'administration, qui évoquent ici les actes conservatoires de l'article 1428 au titre de la responsabilité du mari comme administrateur des biens de sa femme. C'est encore en se distinguant de la jouissance et de la faculté d'ester en justice que l'on retrouve l'administration dans les cas où elle est libre, aux articles 1536 et 1576. En bref, l'administration, considérée *stricto sensu* dans sa « pureté », est une catégorie négative, déterminée par opposition aux autres droits (jouissance, disposition – *i.e.* aliénation ou destruction –, défense) et qui fait référence à l'ensemble des droits dont l'exercice est nécessaire pour éviter le dépérissement du patrimoine, selon l'expression de l'article 1428. L'administration, en tant que cette notion procède de la généralisation du cas typique où elle s'exerce pour le compte d'autrui, et considérée dans la mesure où elle est pure, n'a donc pas grand-chose à voir avec l'*usus* que comprend le droit de jouir de l'article 544, et ressemble bien plutôt à un usage minimal, parce que soumis à un ensemble de règles téléologiquement déterminées, qui découle du devoir de conserver le patrimoine.

Cependant, l'interprétation qu'en donnent Aubry et Rau est un peu plus large. Selon eux, l'administration recouvre non seulement les actes destinés à la conservation du patrimoine, mais encore ceux qui visent à « l'augmenter, et à en retirer les avantages qu'il est susceptible de procurer »[1]. Zachariæ parlait déjà de « la conservation, l'accroissement et l'usage du patrimoine »[2]. Il y a donc bien plus que les actes conservatoires dans l'administration, qui n'est donc pas toujours pure, et se fait alors *gestion,* au sens de l'article 450[3]. Nous touchons ici à un second versant des actes d'administration, ceux qui comportent un certain risque et exigent par conséquent qu'on en traite « en bon père

1. A. R., *CDFC* (3), V, § 576, p. 6.

2. K. S. Z., *HFC* (4), III, § 576, p. 527-528, trad. V. Lassère, *La doctrine…, op. cit.,* p. 39.

3. Dans cet article précité, l'administration est distinguée de la gestion : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils. Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. »

de famille » quand on administre pour le compte d'autrui dans le cadre d'une tutelle, ou qu'on exerce le pouvoir – impressionnante catégorie de la science du droit que consacre l'article 1984 – dans le cadre d'un mandat. Il faut ici se souvenir que le patrimoine est un capital, et que la frontière entre son accroissement et sa conservation peut être ténue : à la différence des biens matériels qui peuvent se conserver sans être productifs, un capital qui se reproduit sans s'élargir ne dépérit-il pas ?

Conservation et gestion sont donc les deux composantes du droit d'administration, elles correspondent non pas au droit d'usage que consacre l'article 544, qui est libre, mais à un régime téléologiquement constitué par la nécessité de conserver et d'augmenter le patrimoine. Outre le droit de conserver et d'augmenter le patrimoine, Aubry et Rau incluent au chapitre des droits d'administration le droit de « retirer les avantages qu'il est susceptible de procurer »[1]. Ces avantages ne peuvent se confondre avec la perception des fruits à laquelle est consacrée l'alinéa suivant. Faut-il dire que la mention de la faculté indéterminée de retirer les avantages du patrimoine réintroduit la notion d'usage libre que les deux premiers alinéas se sont évertués à chasser de l'horizon de la propriété patrimoniale ? Si tel était le cas, on ne comprendrait ni ce que nos auteurs trouvent d'obscur dans la notion d'administration (qui se confondrait tout à fait avec l'*usus*), ni pourquoi ils prennent le soin de mentionner les obligations de conservation et d'augmentation dans les alinéas précédents. Il faut donc voir dans ce droit à retirer les avantages du patrimoine comme une simple dimension de la gestion, la faculté de sortir des biens du patrimoine soit en les détruisant dans la jouissance, soit en les aliénant.

Le droit d'administrer n'est donc, pas plus que le droit de disposer du patrimoine, l'exercice d'un droit subjectif absolu, déterminé par la seule volonté de son titulaire, il est de part en part informé par une finalité qui lui est constitutive. Le cas de l'administration pure nous laisse voir que cette finalité oscille entre les deux pôles que sont la

1. A. R., *CDFC* (3), V, § 576, p. 7.

conservation et la gestion du patrimoine, mais renvoie toujours à l'intérêt du propriétaire au nom duquel, et pour le compte de qui, le patrimoine est administré.

5.4. Propriété patrimoniale et titularité

Une importante leçon peut être tirée de ce constat : du point de vue de la structure de la propriété patrimoniale, l'administrateur ne se confond pas avec le propriétaire. La dissociation est patente dans le cas de l'administration pour le compte d'autrui, expression dans laquelle « autrui » désigne précisément le propriétaire, mais elle n'en est pas moins pertinente dans le cas de l'administration pour son propre compte, puisqu'elle souligne que les actes de l'administrateur se font eux aussi « pour le compte de ».

On objectera que le patrimoine d'une personne pleinement capable est administrée par son propriétaire, le chef de famille. L'objection a pour elle la force de l'apparence, mais ne résiste pas à l'analyse. Tandis que le propriétaire patrimonial est une personnalité complexe, construite sur le modèle du chef de famille, à la fois individu singulier doté de la capacité juridique et représentant d'une ligne généalogique, le titulaire des droits d'administration est une simple qualité juridique, celle d'exercer des droits au nom et pour le compte du propriétaire. On reconnaîtra qu'il n'est pas nécessaire d'avoir des descendants et des ascendants pour détenir cette qualité. Il faut donc dire que si la même personne semble être à la fois propriétaire et administratrice, ce n'est toutefois pas la *même* personne qui est administratrice et qui est propriétaire. Plus radicalement, le propriétaire ne saurait mécaniquement, en vertu de sa seule propriété, être titulaire d'aucun droit sur le patrimoine. Propriété et titularité sont théoriquement toujours, et pratiquement parfois, dissociées dans ce mode de conceptualisation de la propriété.

L'idée peut paraître surprenante (elle l'est dans une conception de la propriété comme maîtrise souveraine), elle s'impose cependant dès lors qu'on tire toutes les conséquences du fait que la propriété du

patrimoine ne s'acquiert pas, qu'elle est au contraire reconnue *ipso jure* comme un *droit inné* ou naturel, la définition même du droit inné étant précisément de n'être fondé sur aucun acte juridique, sur aucun titre[1].

Le propriétaire du patrimoine, parce qu'il est propriétaire *inné,* n'est pas, en vertu de sa seule propriété, titulaire des droits qui composent le droit de propriété patrimoniale (administrer, jouir des fruits, disposer et défendre). Ainsi, le propriétaire et le titulaire du patrimoine sont, par définition, deux instances distinctes, puisque leurs personnalités respectives ne sont pas de même nature.

Il est vrai que ces deux instances semblent confondues dans le cas des patrimoines de personnes physiques capables, mais ce cas peut se comprendre comme celui dans lequel une même personne physique occupe en même temps deux positions distinctes, ce que la langue du droit appelle le *dédoublement fonctionnel,* sans que ses titres d'administrateur puissent pour autant trouver leur fondement dans d'éventuels titres de propriété, qui n'existent pas. Tout au plus peut-on dire que, dans le cas des patrimoines des personnes physiques, la loi associe l'exercice des droits d'administration à l'état inné de propriétaire patrimonial, sauf si le statut du propriétaire patrimonial l'en rend incapable. En dehors de ce cas, lorsqu'il n'est plus question de patrimoines de personnes physiques, ou lorsque cette personne physique est civilement incapable du fait de son statut civil ou politique, comme les femmes ou les mineurs, la dissociation des deux instances reprend ses droits, le propriétaire du patrimoine n'est plus celui qui l'administre.

On voit comment Aubry et Rau peuvent soutenir que la propriété patrimoniale est universelle, mais que l'exercice des droits que confère le statut de chef de famille, ou encore la pleine propriété patrimoniale, ne l'est pas. Pour être pleine, la propriété patrimoniale doit être celle d'un chef de famille au sens étroit de détenteur des droits de puissance maritale et paternelle. Autrement dit, tous les êtres humains sont libres, et la forme juridique de cette liberté est l'état inné de propriétaire patrimonial, mais tous les êtres humains ne sont pas capables d'exercer plei-

1. Kant, *Doctrine du droit,* in *Métaphysique des mœurs, op. cit.,* p. 26.

nement cette liberté ; seuls ceux qui n'en sont pas rendus incapables par leur statut civil détiennent ce privilège.

La cohérence de la doctrine est-elle sauvée pour autant ? On n'en jurerait pas. Si la propriété patrimoniale n'est pas moins moderne que la maîtrise souveraine, elle ne se laisse pas pour autant ramener à elle. On peut, et peut-être même le faut-il, soutenir que chaque personne détient un droit de propriété sur son patrimoine, mais, ce faisant, on ne saurait en rester à la conception qu'en propose la glose qui se veut fidèle de l'article 544. La dissociation de la propriété et de la titularité marque l'échec de cette théorisation, qui est celui d'un choix plus général, assumé par Zachariæ aussi bien que par Aubry et Rau : celui d'ériger les patrimoines personnels des personnes physiques civilement capables en archétype à partir duquel se construit la doctrine. On trouve bien des patrimoines séparés chez Zachariæ, et des universalités de droit non personnelles chez Aubry et Rau, mais au titre de cas limites refoulés à la marge, sans incidence sur la théorie générale. Il en résulte l'impossibilité de qualifier adéquatement le *vinculum substantiale,* faute de disposer des outils catégoriels requis pour transcender l'opposition de l'être et de l'avoir, du droit réel et du droit personnel, ou encore l'impossibilité de concevoir une propriété qui soit non pas souveraine mais patrimoniale. On en tirera argument pour chercher le principe de cette dernière dans les marges laissées en friches par les pères fondateurs.

CHAPITRE VII

L'appartenance

1. L'HYPOTHÈSE DES PATRIMOINES SANS SUJETS

L'examen des composantes du droit de propriété patrimoniale, le droit de disposer et d'administrer le patrimoine, fait apparaître que le régime de ces droits est téléologiquement déterminé. Le droit de disposer est tout entier construit pour réaliser la finalité de transmettre l'héritage, celui d'administrer est encadré par l'intérêt juridique du propriétaire. Nous sommes au point de départ de la critique « objective » de la théorie classique. Cette critique trouve peut-être, sinon son origine, du moins sa pleine maturité dans les travaux de Rudolf von Ihering, mais c'est à Alois Brinz que revient le mérite d'avoir consacré les développements les plus variés (par quoi il faut entendre à la fois riches et confus) à la notion de patrimoine, en développant la théorie dite des patrimoines sans sujets, ou encore des patrimoines d'affectation, ou patrimoines à but *(Zweckvermögen)*.

Le choix de s'intéresser à cette théorie ne viole pas l'histoire, même si celle-ci ne l'impose pas. Il est certes difficile d'inscrire l'étude de l'œuvre de Brinz dans le cadre de la réception, fût-elle lointaine, des travaux de Zachariæ. Entre 1808, date de la première édition du manuel de ce dernier, et 1860, date à laquelle la première édition du second tome

du *Lehrbuch der Pandekten*[1] (qui contient les paragraphes consacrés au patrimoine à but) voit le jour, au moins deux générations de juristes se prononcent sur la nature du patrimoine, et Brinz peut s'inspirer de plusieurs dizaines d'auteurs l'ayant précédé dans cette matière. De surcroît, Zachariæ est d'autant moins cité par Brinz que ce dernier, étant romaniste, commente le *Corpus Iuris Civilis* et non le Code Napoléon. Cependant sa théorie nous intéresse ici dans la mesure où elle peut prendre le relais des insuffisances de la « théorie classique » dans l'exploration de la nature de la propriété patrimoniale. Sans doute l'échec de la conception « subjective » ne tient pas tant au fait qu'elle ne serait pas assez « objective » qu'à son inscription dans le cadre conceptuel trop étroit du couple sujet/objet. La critique objective, comme son nom l'indique, ne sort pas de ce cadre, qu'elle se contente d'occuper autrement. On ne trouvera donc pas chez Brinz une exposition pleinement satisfaisante du principe constitutif de la propriété patrimoniale. Il se laisse cependant découvrir dans les replis d'un texte qui échappe parfois aux intentions de son auteur. Le grand mérite de cette doctrine est en effet de chercher à faire pleinement droit aux patrimoines que la théorie classique nommerait « spéciaux » faute de mieux, comme les patrimoines des personnes morales, notion qui pourrait bien être moderne, quoiqu'elle fasse fond sur une technique juridique médiévale[2].

Du point de vue des rapports entre propriété et titularité, les personnes morales ne sont pas sans présenter des difficultés spécifiques. De leur caractère fictif, il résulte qu'à la différence de la personne physique,

1. Alois Brinz, *Lehrbuch der Pandekten,* Erlangen, A. Diechert, 1857-1860, trois volumes. La théorie du patrimoine à but est développée dans les § 226 à 244 du second volume en date de 1860. Par la suite, je me réfère à la seconde édition, *Lehrbuch der Pandekten,* Erlangen, A. Diechert, 1873-[95], en quatre volumes, et plus particulièrement au premier volume (1873) et à la seconde partie du troisième volume (1888). Ce volume sera noté A. B., *LP* (2) par la suite.

2. Dans ce sens, A.-M. Patault écrit : « Les canonistes médiévaux ont repris la notion d'*universitas* pour permettre à l'Église et à ses établissements l'exercice des droits patrimoniaux, et ce sont eux qui ont accrédité l'idée d'une personne nouvelle fictive *(persona ficta),* mais aucune théorie générale n'est encore élaborée pour rendre compte de l'existence juridique et de la capacité du corps que la doctrine assimile, par commodité surtout politique, à l'incapable », *in* « La personne morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie », *Droits,* 17, 1993, p. 80-81.

qui peut être celle d'un être humain libre, pleinement capable d'exercer ses droits, les personnes morales doivent nécessairement se faire représenter. Ce cas n'est pas même examiné par Aubry et Rau, qui raisonnent à partir des seules hérédités. L'hypothèse explorée par Brinz prend ce choix théorique à rebours : ne faut-il pas au contraire penser que la *représentation* du propriétaire était une détermination constitutive de la propriété patrimoniale ? Ne faut-il pas alors chercher à reconstruire la théorie à partir des cas où propriété et titularité apparaissent comme dissociées, celui des personnes morales, mais aussi celui des incapables civils, mineurs, aliénés, et femmes mariées ?

Ce qui distingue en effet le patrimoine d'un chef de famille et celui, par exemple, d'un mineur incapable, c'est que si l'un et l'autre sont propriétaires de leur patrimoine, et que l'un et l'autre peuvent en jouir, seul le premier est capable d'exercer lui-même les droits de défense et d'administration. Pour rendre compte de cette dissociation, un éminent collègue d'Alois Brinz, Ernst Immanuel Bekker (1827-1916), dans un article qui fit grand bruit dans toute l'Europe, proposa quelques années plus tard de distinguer les sujets de jouissance et les sujets de disposition, la capacité de jouir de droits et celle de les exercer[1]. Dans cette perspective, la personne propriétaire du patrimoine serait un sujet capable de jouissance, qui, dans certains cas, doit être représenté pour ce qui regarde l'exercice de ses droits, n'étant pas capable d'en disposer (l'expression désignant ici tous les droits afférents au patrimoine hormis la jouissance). Cette terminologie éclaire rétrospectivement la démarche de Brinz et l'excède dans ses conséquences : si le propriétaire n'est pas nécessairement celui qui dispose du patrimoine, est-il toujours nécessaire que le sujet de jouissance soit doté de la personnalité ? C'est sans doute le cas des mineurs, des femmes mariées et des aliénés, mais *quid* des corps juridiques indépendants, qui constituent une catégorie importante d'universalité de droit ordinairement considérée comme appartenant à des personnes morales ? Faut-il

1. Ernst Immanuel Bekker, « Zur Lehre von Rechtssubjekt : Genuß und Verfügung ; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen », *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts,* 1873, t. XII, p. 1-135.

nécessairement personnaliser ces universalités pour rendre compte de leurs droits ? Ce n'est pas, en tout cas, ce que pense Brinz :

> « Seuls les êtres humains sont des personnes. Pourtant les hommes ont tendance à penser à d'autres choses comme leur étant semblables, des non-humains, des non-personnes comme étant des personnes. En témoignent les mythes, les fables animales, les métaphores : la religion, la poésie, la langue ; mais en témoigne aussi le Droit. Celui-ci fait apparaître en tant que personnes non seulement Dieu et les dieux, le Christ, la Vierge Marie et tous les saints, mais aussi la République, les villes et les corporations, les chambres et les fonds *(aerarium, fiscus),* les successions, fondations et d'autres encore, qui sont dès lors qualifiés de souverains et propriétaires, créanciers et débiteurs, demandeurs et défenseurs, patrons, héritiers, courtiers, contractants, acquéreurs. »[1]

La portée métaphysique du geste théorique est transparente : la personnalisation des corps juridiques serait un reliquat d'animisme, avoir une âme devrait être le privilège des êtres que Dieu a créés libres, et ne pas être accordé aux artefacts qui ne doivent leur existence qu'à l'homme. La démiurgie humaine ayant des limites, la science juridique ne saurait, fût-ce sur le mode de la fiction, donner une âme à des corps qui n'en ont au demeurant pas besoin, puisqu'il est possible de les concevoir objectivement. Les seuls patrimoines qui méritent d'être appelés personnels sont les hérédités, patrimoines des sujets de droit, parfois seulement sujets de jouissance.

La question n'est pas tant celle, épistémologique, de la légitimité du recours à la fiction dans le droit, que Brinz admet, que celle – de nature plus théologique – de l'anthropomorphisme vulgaire, celui dans lequel se vautrerait le sens commun lorsqu'il ne serait pas discipliné par la science :

> « Il ne faut pas confondre les personnifications de biens dans le Droit avec les fictions, également présentes dans le Droit. Car si les unes et les autres se situent bien en opposition à la réalité et si toutes deux, pas seulement la

1. A. B., *LP* (2), I, § 59, p. 194. Je suis très reconnaissant à Marie-Élisabeth Handman d'avoir bien voulu mettre à contribution ses talents de germaniste pour réaliser la traduction de passages substantiels d'un ouvrage connu pour être particulièrement mal écrit, répétitif et intéressant seulement par intermittence. Toutes les citations qui suivent, sauf celles tirées de la thèse de F. Bellivier, *Le patrimoine…, op. cit.,* sont le fruit de sa générosité.

> personnification, sont apparues, comme le démontre de manière convaincante Demelius [*Die Rechtsfiction, in ihrer geschichtlichen und dogm. Bedeutung,* Weimar, 1858] à une date antérieure à l'apparition du Droit et que, à l'origine, elles furent le produit d'une tendance naïve, inconsciente, populaire, à donner une forme, il n'en reste pas moins que telle que la fiction se présente dans le droit privé romain, elle est le produit conscient, raffiné et mesuré de la science du Droit, alors que la personnification n'a pas été créée par cette dernière, et n'est que tolérée et conservée par elle. Dans la science du Droit se fait jour la conscience de l'irréalité de la personnification ; elle remarque que toutes les choses qui se présentent comme des personnes ou se mettent à leur place laissent entendre implicitement qu'elles ne sont pas des personnes. »[1]

La fiction est un produit de la science, la personnalisation un reliquat de l'âge primitif, ou symbolique, du droit. Il convient donc de renoncer à tenir pour des personnes les propriétaires des patrimoines considérés comme des corps juridiques indépendants. Se pose alors immédiatement la question : comment les qualifier, à quel régime juridique sont-ils soumis ?

> « Dans les sources romaines, les objets personnifiés sont conçus, nommés et répartis comme une seconde et singulière espèce de personnes, et dès lors, partout dans le système, parmi les personnes, ils sont opposés aux êtres humains en tant que personnes morales, fictives, juridiques *(universitates personarum et rerum).* Les juristes romains ne disent pas : *civitas, hereditas, etc.,* sont des personnes, mais seulement : elles se présentent comme telles ; dans leur *personarum divisio,* il n'y a ni personne morale, ni personne fictive, ni personne juridique, il n'y a que des êtres humains ; ce n'est que dans la *rerum divisio* qu'apparaît l'objet *(Ding)* qui a été constitué en personne juridique, non pas que n'importe quelle *res* se voie considérée comme une seconde espèce de personne, mais de sorte que n'importe quelle chose *(Sache),* quoique *res juris,* donc non *res liberae,* mais en tant qu'elle appartient quelque part, ne puisse par conséquent être décrite comme appartenant à une personne particulière, mais comme une *res nullius*. »[2]

Les universalités de droit, à l'exception des hérédités qui appartiennent à des êtres humains, sont donc des choses. Ici, une précision

1. A. B., *LP* (2), I, § 59, p. 194-195.
2. A. B., *LP* (2), I, § 60-611, p. 196.

s'impose : elles ne se confondent pas pour autant, selon Brinz, avec la somme de leur contenu. Bien au contraire, c'est en tant qu'universalité de droit distincte des biens qu'elle contient que cet être juridique artificiel trouve sa place dans le monde des choses, dans la catégorie des *res,* et plus précisément des *res* qui ne sont celles de personne, qui n'ont pas de maître : les *res nullius*. Tandis que Zachariæ considère, avec Aubry et Rau, que l'universalité juridique est fictive parce qu'elle est idéelle, Brinz affirme au contraire sa réalité, c'est-à-dire son objectivité, mais sans pour autant lui reconnaître une nature matérielle, tangible, qu'elle ne saurait avoir. Il est en effet indéniable que l'universalité de droit, création artificielle du droit, est un être incorporel. C'est dire que pour Brinz la réalité ne se confond plus avec la matière, et sa nature incorporelle ne rend pas pour autant un être juridique fictif. L'objectivité n'est plus le privilège de la nature physique, que l'art juridique ne pourrait atteindre qu'en la copiant. Le patrimoine est donc un objet *(Ding),* mais ce n'est pas une chose *(Sache),* ce qui suffit cependant à le classer parmi les *res*. Quelle est alors la nature de cet objet à la fois réel et incorporel ? C'est, nous dit Brinz, son but *(Zweck)*.

2. LE BUT, PROPRIÉTAIRE DU PATRIMOINE

Le patrimoine est un objet réel, et cet objet est *res nullius* pour le droit, dans le sens où il n'appartient à aucune personne, c'est-à-dire à aucun être humain. Il existe donc des patrimoines qui ne sont pas attribués à des personnes ; la règle générale « pas de patrimoine sans personne » ne vaut que pour les hérédités, elle est plus tautologique que générale. Mais à qui, ou plus exactement *à quoi* un patrimoine peut-il être attribué, sinon à une personne ? Le point nodal de la réponse de Brinz est à chercher dans une critique, de facture très classique, de la conception subjective de la volonté. On ne saurait, dans le sillage de Kant, concevoir une volonté pure, un vouloir indépendant de son objet, désignant le siège de l'intériorité subjective. On ne peut vouloir

en soi, on veut toujours quelque chose, la volonté est toujours déterminée, elle est toujours et nécessairement *objective* :

> « [d'après les défenseurs du principe "pas de patrimoine sans personne" (en l'occurrence Zittelmann)] la personnalité, c'est l'homme moins sa corporéité ; notre corporéité est totalement insignifiante en regard de notre personnalité ; la personnalité, c'est la capacité de vouloir et la capacité de vouloir est tout à fait pensable sans corporéité. Mais si nous avions encore une fois dans cette vie à y revenir, à penser une personnalité sans corps et une capacité de vouloir sans contenant terrestre, comment faudrait-il s'y prendre pour penser une personnalité et une capacité sans corps en tant que propriétaires, dans le cas d'une *hereditas jacens,* du patrimoine d'une fondation ou de celui d'une corporation ? Il faut faire un saut de la capacité de vouloir au voulu, dans une volonté conçue soit comme congelée, soit comme cristallisée, soit encore comme unie au cosmos, et l'on a dès lors dans la volonté testamentaire, la volonté de la fondation ou celle de la corporation la "vraie personne" par qui les patrimoines en question seront régis et à qui, sans nul doute, ils appartiennent. »[1]

C'est la définition de la volonté qui commande la critique « objective » de la théorie classique : le patrimoine des corps juridiques indépendants ne saurait appartenir à une volonté pure qui lui serait extérieure, parce qu'il est en lui-même une volonté congelée, cristallisée, ou unie au cosmos, une volonté objectivée, qui se confond avec son objet. Le patrimoine est donc un être réel, objectif, constitutivement organisé par un vouloir qui se confond avec lui : son but. Tout patrimoine est donc constitué par un but, le régime des droits afférents à la propriété patrimoniale est téléologiquement déterminé, et cette détermination se confond avec l'existence même du patrimoine.

Alors que, selon Zachariæ, le patrimoine est un corps artificiel qui trouve son unité fondamentale dans le principe spirituel qui l'informe de l'*extérieur,* Brinz invite à penser l'unité du patrimoine comme unité *immanente* à ses déterminations juridiques constitutives : dès lors que le patrimoine est considéré comme « appartenant à », intervient dans sa constitution même un principe de finalité, une volonté qui n'est plus un pur vouloir extérieur, mais une volonté objectivée, ce que la langue

1. A. B., *LP* (2), I, § 60, p. 198.

du droit, à la suite de Ihering, appelle l'affectation à un intérêt juridique. Autrement dit, le propriétaire du patrimoine, c'est précisément cette volonté objective, son but.

On trouvera l'affirmation désarçonnante. Comment un but peut-il être propriétaire ? Selon Brinz, il convient plutôt de renverser la question. Le raisonnement est en deux temps : appartenir à une personne n'est pas une condition d'existence du patrimoine, ces patrimoines impersonnels ne peuvent appartenir qu'à leur but.

Un patrimoine, selon Brinz, ne peut exister que si une volonté préside à sa naissance. Mais si on ne saurait concevoir une union artificielle de biens qui ne procède pas d'une volonté, rien ne nous dit que cette volonté doive être subjective, et qu'elle requière donc la création, par le législateur, d'une personne fictivement jugée voulante. Bien au contraire, toute affectation volontaire de biens à un but est constitutive d'un patrimoine :

> « Comme il arrive souvent qu'on attribue ou pas la soi-disant personnalité juridique, autrement dit une capacité patrimoniale *(Vermögensfähigkeit)* aux *universitates personarum* ou aux *piae causae,* selon qu'elles sont d'utilité publique ou tout simplement de but privé en prétendant que leur statut dépend des conditions préalables, soit des concessions de l'autorité publique, soit un simple substrat, on peut se demander si et jusqu'où de telles conditions existent pour la création d'un patrimoine à but.
>
> « En vérité, ces soi-disant conditions préalables de la fondation d'un patrimoine à but sont d'abord et avant tout le déversoir de la théorie des personnes juridiques ou théorie des fictions. Jusque-là, c'est-à-dire jusqu'au début du siècle [...] l'être ou le non-être de tels patrimoines relevait exclusivement du droit [*i.e.* et non de la loi] et ne dépendait en rien d'un jugement ou d'une concession de l'autorité publique. La reconnaissance de la capacité patrimoniale à des buts qui n'avaient pas encore la signification de l'utilité publique, comme les *piae causæ,* était déjà établie par la pratique italienne, qu'il s'agisse des *piae causae* dans les constitutions du droit romain chrétien, du *populus romanus,* des *municipes*, des *collegia* et de certains cultes dans l'ancien droit classique. »[1]

Donc, il faut et il suffit, pour donner naissance à un patrimoine, qu'existe un substrat, et l'on comprend par ce qui précède que ce

1. A. B., *LP* (2), II, § 441, p. 509.

substrat est, selon Brinz, non pas une subjectivité créée par la loi, mais une volonté objectivée dans une masse de biens, la cause qui préside à la réunion de ces biens en une même masse, leur affectation. Cette naissance est donc « naturelle », au sens où elle ne requiert pas celle d'un être artificiel, la personne morale, dont la création serait le privilège exclusif de l'autorité publique. Le but, en tant qu'il est constitutif du patrimoine, *télos,* est son seul *substrat,* condition préalable et cause finale du patrimoine[1]. La création d'un patrimoine ne requiert que son affectation.

Le second temps du raisonnement se laisse déduire de cette conclusion : puisque le patrimoine ne peut appartenir à une personne, et qu'il peut exister des patrimoines dès lors qu'une masse de biens est affectée à un but, cette masse de biens peut être dite à bon droit *appartenir* à ce but :

> « Puisqu'on ne peut nommer personne à qui ces choses aient appartenu, il faut bien qu'il ait existé quelque chose pour quoi elles ont été l'objet d'une appartenance. Pour cette raison précisément, on peut dire qu'elles ont appartenu dans un certain but car, dans le "pour quoi", réside inévitablement la pensée du but. Aussi, avons-nous pris le parti de désigner de tels patrimoines comme des patrimoines à but *(Zweckvermögen).* »[2]

Dans sa plus grande généralité, le but est donc le « pour quoi » *(wofür)*[3] un patrimoine existe, tel qu'il est institué par l'acte de fondation

1. « Tout comme la licence ou la concession, l'exigence d'un substrat est aussi un produit de la théorie de la fiction. La personne fictive, qui doit avoir et recevoir un patrimoine, doit être là avant la constitution du patrimoine. Mais on pense que son existence *(Dasein),* bien qu'elle ne soit que fictive, présuppose un soubassement, un substrat réel et nécessaire, à savoir une *universitas personarum* (État, communauté, corporation) ou une *universitas rerum* (patrimoine ou établissement) [n. 7 : la nécessité d'un substrat est soutenue notamment par Gierke, III, p. 119, n. 24 pour les fondations romano-chrétiennes *"ad pias causas"*...]. De cette manière, on ne pervertit pas la vérité pour autant qu'il s'agisse du patrimoine d'un État, d'une communauté, ou d'une corporation ; car l'être et le bien-être de l'État, de la communauté, de la corporation constituent le but pour lequel existent ces personnes et elles ne peuvent être pensées en l'absence de quelconques *universitates*. Sauf que ce que l'on appelle "substrat" est une chose *(Ding)* dans le but ou *télos* » (A. B., *LP* (2), II, § 441, p. 511).

2. A. B., *LP* (2), I, § 61, p. 202. J'emprunte la traduction de ce paragraphe à F. Bellivier, *Le patrimoine..., op. cit.,* n° 331, p. 282.

3. L'expression développée est *« für etwas gehören »* (A. B., *LP* (2), I, § 61, p. 201). À propos de la traduction de cette expression, F. Bellivier écrit : « On voit bien qu'il y a une difficulté majeure à rendre en français l'expression *für etwas gehören* ; d'autant plus que normalement le verbe allemand ne se construit pas avec cette préposition. Si l'on dit simplement que les biens appartiennent au but, on gomme l'aspect téléologique de l'attribution du

du patrimoine. Ce but doit donc être conçu comme un *télos*[1] dans la mesure où il est immanent à la constitution du patrimoine lui-même. Le patrimoine ne se perpétue donc pas par la seule grâce du mécanisme de la subrogation réelle, cette perpétuation est commandée par une fonction organique, celle qui consiste à réaliser la fin qui leur a donné naissance et les constitue. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire qu'il se perpétue *ad vitam aeternam,* et l'on peut fort bien concevoir un patrimoine affecté à un but ponctuel, portant en lui sa propre dissolution. En ce sens, le patrimoine n'institue de la perpétuité que lorsqu'il est affecté à un but lui-même perpétuel.

Dans l'acte de fondation du patrimoine apparaît le lien substantiel entre propriété et titularité inhérent à la propriété patrimoniale. Cet acte se confond avec la constitution du patrimoine comme réunion d'une masse de biens pour un but déterminé. Or, il n'est pas possible d'affecter des biens à un but sans donner un minimum d'indications sur les modalités de jouissance et de disposition de ces biens. La constitution du patrimoine, qui se manifeste dans l'acte de fondation, ne se charge donc pas seulement de désigner le propriétaire du patrimoine en objectivant une volonté dans le pour-quoi le patrimoine existe, mais elle a encore pour tâche de distribuer les titres juridiques qui permettent sa perpétuation et la réalisation de son but constitutif. En tant que finalité objective, le but est donc aussi un principe d'attribution de charges et de bénéfices, de droits de jouissance et de droits de disposition, au sens que Bekker donne à ces termes. Ces charges et bénéfices doivent donc être considérés comme des éléments internes, immanents au patrimoine : on ne saurait concevoir une universalité de droit dépourvue des organes juridiques que requiert son fonctionnement. Dans le monde du droit, on peut rencontrer des corps sans âme, pas de corps dépourvus d'organes. Le patrimoine est une organisation.

droit dans cette théorie, on retombe dans les errements dénoncés par Brinz (personnification du but) et, surtout, on néglige le fait que dans la pensée de Brinz *"gehören für"* est un concept, mieux rendu en français par le substantif d' "appartenance" que par le verbe correspondant » (*Le patrimoine…, op. cit.,* n. 322, p. 282).

1. L'expression se trouve chez Brinz, A. B., *LP* (2), II, § 441, p. 511, opposée au *Substrat* des théories personnalistes.

3. L'APPARTENANCE ORIGINAIRE DU PATRIMOINE AU BUT

Le but est donc le propriétaire du patrimoine. L'énoncé reste obscur : comment est-il possible d'attribuer la propriété de l'unité objective d'une masse de biens à un but ? La question est explicitement posée par Brinz :

> « Comment la propriété d'un but est-elle pensable ? Selon toutes les apparences de la même manière que la possession : d'où le fait qu'il ne s'agit pas d'une souveraineté de droit, mais seulement d'un lien entre le bien *(Sache)* et quelque chose. »[1]

Nous touchons au cœur de la doctrine de Brinz : le but est propriétaire du patrimoine, mais il n'en est pas le maître souverain. C'est donc que le terme « propriété » peut désigner dans la langue du droit un rapport juridique qui n'est pas celui que les commentateurs du XIXe associent habituellement à la lettre de l'article 544 du Code Napoléon. En effet :

> « Seule une personne peut avoir une souveraineté effective sur une chose, encore faut-il que cette personne possède la capacité de vouloir et d'agir ; dès lors toute personne, sans parler d'une chose impersonnelle, ne peut-elle entrer en possession si l'on définit la possession comme une souveraineté effective ? Il en va tout autrement si la possession n'est rien de plus qu'un lien de fait entre un bien *(Sache)* et quelque chose : et lorsque la souveraineté effective n'est que la conséquence possible du lien effectif et non la possession elle-même : il peut alors y avoir possession non seulement en n'importe quelle personne, mais même en des buts. »[2]

Il faut ici se souvenir que les buts ne sont pas des personnes, et que toute la démarche théorique de Brinz vise à récuser leur personnification. Or, comme on l'a vu, la conception de la propriété comme maîtrise souveraine présuppose chez son propriétaire une capacité de gouvernement, c'est-à-dire une capacité d'initier des travaux et de les conduire : le propriétaire souverain veut et agit, par définition. On

1. A. B., *LP* (2), II, § 443, p. 522.
2. A. B., *LP* (2), II, § 443, p. 516.

comprend que cette définition ne puisse convenir au but, qui ne veut pas puisqu'il est lui-même une volonté réalisée, et qui ne saurait agir de lui-même puisqu'il est dépourvu de la personnalité juridique. Le but ne peut donc exercer le domaine que lui confère sa propriété, mais il n'en est pas moins propriétaire : c'est là le trait décisif de cette doctrine, qui dissocie le droit et le domaine, en faisant basculer la détermination essentielle de la propriété du domaine vers le droit, ou plus exactement vers sa substance. Il faut donc comprendre qu'en deçà de l'exercice du domaine, on peut dégager un rapport pour ainsi dire pur, débarrassé de ses attributs pratiques, dans lequel réside l'essence ultime de la propriété patrimoniale.

3.1. L'appartenance, ou l'en-deçà de la souveraineté propriétaire

Ce rapport est un « lien de fait », qui unit le possesseur et l'objet possédé (en matière de possession) et le propriétaire à l'objet approprié (en matière de propriété). Ainsi, le *vinculum substantiale* n'est pas d'étoffe idéelle comme le soutiennent Zachariæ et ses disciples français, c'est un rapport réel, objectif : un fait. Ce fait n'est cependant pas un pur fait, puisqu'il reçoit la qualification juridique de droit de propriété, c'est un fait créateur de droits, dans lequel se trouve la cause des titres de propriété. En séparant la cause des droits de ces droits, Brinz met au jour le principe constitutif de la propriété patrimoniale, en deçà de la manifestation de ces droits, *in actu,* sur la scène juridique.

> « Ce lien de fait n'est rien d'autre qu'une disposition de la chose *(Sache),* à savoir une disposition à certains services ; mais ce pour quoi le bien *(Sache)* doit être disponible ou qu'il doit servir, peut aussi bien être un but donné, ou une personne donnée, et même un être comme un nourrisson ou un fou, ou encore une personne possédant la capacité d'agir. Cette disposition est quelque chose de passif, une passivité du côté du bien *(Sache)* et la condition de la souveraineté effective sur la chose *(Sache).* En revanche, la souveraineté effective est quelque chose d'actif ; ou une capacité durable à agir du côté de la personne ou du but au service desquels la chose est disponible. »[1]

1. A. B., *LP* (2), II, § 443, p. 518-519.

En deçà de la souveraineté active qui constitue l'essence du domaine de propriété, on trouve, donc, du côté de l'objet une disposition passive qui lui correspond, le « ce pour quoi le bien doit être disponible », en quoi réside le principe de tout rapport d'appropriation.

Dans la formulation qui précède, on voit combien Brinz reste prisonnier du rapport sujet-objet, et combien le résultat auquel il parvient peut sembler décevant : faudrait-il conclure de tout ce qui précède que nous ne serions pas tellement plus avancés qu'à la lecture de Toullier, qui déjà distinguait le domaine comme dimension active du rapport de propriété (du propriétaire vers la chose) et la propriété elle-même, entendue en référence à la *proprietas* romaine, comme dimension passive de ce rapport (de la chose vers le propriétaire) ? C'est certainement ce que Brinz entend démontrer : en deçà de la *potestas* du sujet, il faudrait faire droit à une *proprietas* comprise comme qualité objective des choses, distinction dont on se souvient que la doctrine française la juge, à la suite de Pufendorf, métaphysiquement stimulante et pratiquement trop subtile pour être vraiment utile (cf. *supra,* chap. III, § 1).

Mais il faut ajouter que cette démonstration est redevable d'une autre interprétation, qui ne restreint pas le rapport découvert – le « lien de fait » – à un aspect unilatéral de la notion de propriété dont la signification serait de préparer l'union avec son complément inversé, la souveraineté. En effet, Brinz n'est pas Toullier dans la mesure où Toullier n'imagine précisément pas que ces deux aspects, actif et passif, puissent être non seulement distingués conceptuellement, mais strictement indépendants sur le plan pratique. Or, ce que nous invite à penser la notion de but propriétaire, ou de patrimoine sans sujet, c'est un rapport de propriété tout entier considéré du seul point de vue objectif, concevable autrement que comme la cause d'un autre rapport de droit qui le dépasse. Toullier ne saurait penser une propriété sans domaine, parce que la propriété, c'est pour lui le domaine, ou, sur le plan métaphysique, la cause du domaine, qui n'est donc propriété que dans la mesure où elle cause une souveraineté.

Explicitement, Brinz ne rompt pas avec cette conception : c'est en tant que cause du domaine que le lien de fait qui unit le but et le patrimoine reçoit la qualification de propriété ; mais en accordant que le

but ne peut exercer lui-même ses droits, en rendant pratiquement pensable, et même nécessaire, la dissociation du domaine et du droit, il faudrait dire avec plus de rigueur de la propriété patrimoniale et de la titularité des droits afférents, que la propriété devient la cause distincte de son effet, la titularité. C'est dans cette distinction que réside la possibilité de proposer une lecture de Brinz dans laquelle la disposition passive de l'objet n'aurait pas de pendant actif du côté du sujet, parce qu'elle ne serait plus disposition passive *de l'objet,* mais disposition objective du rapport sujet/objet, ou plus exactement – et contre Brinz – rapport d'identité constitué en deçà de la distinction du sujet et de l'objet. Il serait alors possible de considérer ce lien non pas comme un rapport unilatéral de l'objet vers le sujet, ayant pour complément nécessaire la souveraineté active du sujet sur l'objet, mais comme constituant la détermination la plus précise du rapport juridique de soi à soi dans lequel réside le principe ultime de la propriété patrimoniale. Ce lien, Brinz l'appelle le « pour quoi » du patrimoine, ou plus exactement le « ce pour quoi il est approprié *(für etwas gehören)* »[1], expression dont la traduction la plus satisfaisante est « appartenance »[2].

3.2. L'appartenance comme convenance

Selon Brinz, l'appartenance est un rapport de *pertinence (Pertinenz)* – le français dira plutôt de *convenance,* et la langue juridique pourrait adopter *affectation* – entre les biens qui composent le patrimoine et le but qui le constitue.

> « La propriété d'un but [...] n'est pas une souveraineté de droit, mais seulement un lien entre la chose *(Sache)* et quelque chose. Le lien qui dans la possession est la disponibilité de la chose au service de la personne ou du but, consiste ici dans une réunion de la chose à la personne, réunion certes invisible et n'existant qu'en droit, mais par le droit efficace et si intériorisée que la chose désormais devient la propriété ou le propre de la personne ou du but. [...] Du fait que par cette réunion, la chose devient

1. A. B., *LP* (2), I, § 61, p. 201.
2. Cf. *supra,* n. 3, p. 301.

> accession et la personne ou le but, principal, elle devient pertinence *(Pertinenz)* de la personne ou du but par appropriation de ce que celle-ci fournit ; *"pertinere"* est alors, entre autres, aussi une expression de la propriété, et se manifeste tant pour la liaison de type propriété entre la chose et certains buts *(res pertinet aliquid),* qu'en tant que telle avec les personnes *(res pertinet ad aliquem).* »[1]

La détermination technique de ce rapport d'identité entre soi et soi, du but (comme *télos* du patrimoine) au patrimoine (constitué par le but), se laisse traduire dans la langue du droit en termes d'accession, de rapport entre le principal et l'accessoire, où le principal est le but et le patrimoine, considéré dans sa dimension objective par les biens qui le composent, l'accessoire : la propriété du patrimoine fait accéder à celle des biens et donne ainsi un contenu objectif au pur rapport d'appartenance. Le but n'est donc pas un sujet, pas plus que le patrimoine n'est un objet : l'un et l'autre sont les deux aspects d'un même être, constitués dans une forme particulière de l'avoir, l'appartenance, comme rapport objectif de convenance, reconnu par le droit comme tel. C'est cette notion de convenance, ou d'affectation, qui permet d'opérer l'unification du droit des biens, une fois récusée la généralité de celle de sujet de droit : les personnes conviennent entre elles, sous la forme de contrats réalisant un échange déterminé de volontés, mais les personnes conviennent encore avec les choses en tant que ces dernières sont appropriées en vue d'une certaine fin, qu'elles sont affectées à cette fin, que leur disposition effectue ainsi la volonté objectivée de leur propriétaire. Tandis que pour les partisans de la théorie « subjective » du patrimoine, c'est l'unité du sujet de droit, dans sa pure intériorité libre, qui forme la pointe de la pyramide renversée d'où s'élève le droit des biens et qui sert de fondement commun à ses deux branches, cette fonction est, dans la doctrine de Brinz, remplie par un rapport objectif de convenance entre les êtres juridiques, choses et personnes, que le droit doit reconnaître en lui conférant sa forme adéquate. Le statut de chaque être juridique, la détermination des rapports de droit qui l'unissent à d'autres êtres juridiques, est affaire de convenance réciproque.

1. A. B., *LP* (2), II, § 443, p. 522-523.

En tant qu'il est constitué par le but, qui est à la fois son substrat et son *télos,* le patrimoine n'existe que par et pour ce but ; il lui appartient donc dans le sens où tout ce qui constitue ce but est le patrimoine, et où tout ce qui relève de ce patrimoine, les biens qu'il contient autant que ses organes, sont relatifs à ce but qui les détermine dans leur existence et dans leur fonctionnement. Aussi le régime juridique de ces biens, ce qui correspond, dans la doctrine d'Aubry et Rau, au droit d'administration *(lato sensu),* c'est-à-dire le complexe de règles qui encadrent la disposition des biens composant le patrimoine (le droit de faire entrer et sortir des biens), se laisse-t-il entièrement déduire du rapport fondamental d'appartenance du patrimoine au but.

Il devient maintenant possible de caractériser avec précision les déterminations téléologiques qui organisent le régime juridique des biens patrimoniaux, puisque ces déterminations se déduisent du rapport originaire d'appartenance, constitutif du patrimoine. C'est à propos du droit de disposer des biens du patrimoine, au sens du droit d'administration selon Aubry et Rau (comme conservation, gestion et usage du patrimoine), que Brinz explicite le lien causal qui permet de passer de l'appartenance à la différenciation des régimes de la propriété patrimoniale en introduisant la notion de *degrés d'appartenance* du patrimoine à son but.

3.3. Les degrés d'appartenance

À la différence de la maîtrise souveraine, la propriété patrimoniale est susceptible de degrés, autant que l'est la relation de convenance entre certains biens, ou certaines masses de biens contenus dans le patrimoine, et le but de celui-ci. Tous les biens qui composent le patrimoine ne sont donc pas égaux du point de vue de l'appartenance, certains biens « appartiennent » plus au patrimoine que d'autres, dans la mesure où ils sont plus nécessaires à son existence même et à la réalisation de son but que d'autres. Le patrimoine est bien, pour Brinz comme pour Aubry et Rau, une masse de biens indifférenciés, dans le sens où ils ne sauraient se différencier quant à leur nature physique ou

métaphysique, d'un ensemble de valeurs qui sont cependant, d'après Brinz, susceptibles de différenciations graduelles et continues dans leur rapport juridique au but. Selon cette dernière perspective, il devient possible de les distinguer non pas seulement de l'*extérieur,* par la détermination légale de statuts particuliers, comme celui de l'inaliénabilité des biens innés par exemple, mais de l'*intérieur* en les considérant sous le rapport de leur convenance à la finalité constitutive du patrimoine.

3.3.1. Degrés d'appartenance et régime des biens

Alors qu'on est maître d'une chose matérielle ou qu'on ne l'est pas, la convenance objective de l'objet approprié se rapporte plus ou moins à son but, et dans cette relativité se trouve la possibilité d'établir une typologie des régimes juridiques des biens à partir de laquelle on peut établir celle des patrimoines :

> « De même que les différentes sortes de personnes entraînent bien des singularités dans leurs patrimoines, de même il y a dans les patrimoines à but de nombreuses particularités selon la sorte de but auxquels ils appartiennent ou devraient appartenir ; cependant comme le patrimoine des personnes ne saurait être autre qu'il n'est selon son espèce, car il appartient soit à un majeur, soit à un mineur, soit à une personne de sexe masculin, soit à une personne de sexe féminin, de même le patrimoine à but est selon son espèce, qu'il appartienne à l'État, à une communauté, ou aux pauvres, ou à tout autre but que ce soit. Mais outre la question de l'appartenance (à une personne ou à un but), on peut aussi poser la question, relativement aux patrimoines, de leur degré d'appartenance, et par suite, distinguer les diverses espèces de patrimoines à but, ou des parties séparées d'un seul et même patrimoine à but, selon la manière dont ces degrés diffèrent. On peut dire la même chose du moyen par lequel un patrimoine est utile au but auquel il appartient. »[1]

On peut donc classer les patrimoines selon deux critères : le premier, attendu, est relatif à la nature du propriétaire (personne physique ou morale, publique ou privée, etc.). À partir de ce premier critère, Brinz distingue *grosso modo* trois sortes de patrimoines, en sus des patri-

1. A. B., *LP* (2), II, § 433, p. 475.

moines personnels : les patrimoines de l'État, ceux des communautés et des corporations, et les patrimoines à buts particuliers, qu'on peut encore diviser en patrimoines cultuels *(pia causa)* et patrimoines séculiers, parmi lesquels on trouve aussi bien les fondations à but séculier que les hérédités jacentes[1].

Le second critère, beaucoup plus intéressant sur le plan conceptuel, se situe pour ainsi dire en deçà du rapport qui lie le patrimoine à son propriétaire, dans les conséquences qu'il induit en matière de disposition des biens, ou encore en matière de degré d'utilité de ces biens par rapport au but (ce qu'il faut comprendre dans la citation précédente comme une manière peu claire de faire appel au critère de la convenance). Ce second critère renvoie à la faculté de disposer des biens (au sens de Bekker) qui composent le patrimoine. Il convient ici de se garder d'un contresens. Dans la terminologie de Zachariæ et d'Aubry et Rau, le droit de disposer a pour objet le patrimoine lui-même, celui de faire entrer et sortir des biens de ce dernier étant appelé droit d'administration. Dans la terminologie de Brinz, qu'éclaire celle de Bekker, le droit de disposer désigne celui de disposer des biens qui composent le patrimoine, celui-ci étant considéré non plus comme une enveloppe idéale mais comme l'organisation même de ces biens. La question de la disposition (en brinzien) est donc ici celle de l'administration (en zacharien) de la conservation et de la gestion, c'est-à-dire de l'aliénabilité des biens patrimoniaux, ou plus exactement de leur cessibilité (mais Brinz ne s'attache pas, dans le présent raisonnement, à distinguer cession onéreuse et à titre gratuit, et n'évoque qu'en passant la question de la prescriptibilité) :

> « Les degrés d'appartenance se différencient selon l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des choses qui se trouvent dans le patrimoine à but. Le concept de patrimoine de fondation *(Stiftungsvermögen)* se différencie des autres espèces de patrimoine en rapport avec une certaine inaliénabilité. On entend généralement par patrimoine de fondation un patrimoine dont les éléments individuels respectifs sont tantôt aliénables, tantôt inaliénables et qui pourtant doivent servir ses buts selon la valeur de son capital qui est

1. A. B., *LP* (2), II, § 434 à 441, p. 478-509.

> toujours inaliénable. Dans l'inaliénabilité de la valeur du capital (réserve foncière, substance) réside un plus haut degré d'appartenance ; il augmente quand l'inaliénabilité s'étend aux éléments individuels, comme c'est le cas des *res divini juris* et des *res publicæ quæ in publico usu habentur,* comme aussi de toutes choses qui, comme ces dernières, ne sont pas en dehors de tout patrimoine (comme les *res communes omnium*) sans être cependant *alicujus* (pas *in patrimonio nostro*) mais qui par contre appartiennent à un certain but, tout en étant cependant *res extra commercium*. [...] On peut donc distinguer selon l'aliénabilité ou l'inaliénabilité, des degrés de puissance *(Potenz)* élevée, moyenne ou basse du patrimoine à but : *res extra commercium,* patrimoine de fondation, patrimoine à but largement aliénable. »[1]

Il existe un nom pour désigner les degrés d'appartenance, ou encore la mesure de la convenance d'un bien au but du patrimoine dont il fait partie, de son degré d'affectation à ce but, c'est la *puissance* du patrimoine, ou encore la force du rapport qui unit chacun des biens à la totalité, que mesure son degré d'aliénabilité. On trouvera ainsi des patrimoines plus ou moins puissants en ce qu'ils imposent un degré d'appartenance plus ou moins élevé aux biens qu'ils comprennent, selon le degré de convenance de ces biens au but.

Du côté des patrimoines dont le but n'est pas l'existence d'un être humain, qu'on ne saurait par conséquent personnaliser sans faire violence à leur nature juridique, on peut dégager de ce qui précède une typologie dont le critère serait le degré d'inaliénabilité des biens patrimoniaux. En effet, tous les biens ne participent pas au même degré à l'existence du patrimoine, et peuvent être classés en trois sortes. Tout d'abord les biens ou les masses de biens qui appartiennent consubstantiellement au patrimoine, parce que le fait qu'ils y soient contenus se confond avec l'existence (le but) de ce dernier – c'est le cas, par exemple, des biens qui appartiennent au public parce qu'ils sont mis à sa disposition et sont non seulement inaliénables mais encore incessibles, puisque les céder reviendrait à entamer le patrimoine lui-même en se détournant de son but constitutif qui est la jouissance du public. À l'autre extrême, on trouve les biens qui sont contenus dans le patri-

1. A. B., *LP* (2), II, § 446, p. 477.

moine mais qui pourraient en sortir sans mettre en cause son existence, comme le domaine privé d'un corps public, par exemple, voire même ceux dont la sortie est nécessaire à la réalisation du but constitutif du patrimoine, comme c'est le cas du budget de l'État par exemple, qui doit être dépensé dans l'année. Entre ces deux catégories, Brinz fait place à des patrimoines mixtes, qui – à l'instar des fondations – relèvent de l'une et l'autre sorte : le capital d'une fondation, sa réserve foncière par exemple, sont le substrat même de son existence, les revenus de ce capital pouvant être aliénés, et parfois même devant l'être pour accomplir les buts de la fondation. Ces exemples font apparaître que la puissance du patrimoine exprime le degré d'*identification* des éléments du patrimoine à sa cause finale. On en déduira aisément que la détermination de ce degré d'identification peut être l'enjeu d'interprétations conflictuelles, voire de luttes d'intérêts dans lesquelles se jouent la conservation et la gestion des patrimoines en cause, quand il s'agit, par exemple, de déterminer le degré respectif de convenance des ressources humaines et du capital d'une entreprise déterminée.

Peut-on étendre ces résultats aux patrimoines personnels ? On pourrait croire que non, puisque Brinz ajoute : « Naturellement, cette gradation n'est forgée qu'au sein des patrimoines à but » ; mais c'est pour affirmer exactement le contraire dans une note décisive, qui laisse à penser que les patrimoines personnels sont aussi des patrimoines à but :

> « Il conviendrait d'appliquer cela aux patrimoines des personnes, ce à quoi est parvenu le droit romain sous la forme des servitudes personnelles, du *fundus dotalis* et du *fideicommis* familial, surtout du point de vue où ceux-ci non seulement ne sont pas aliénables, mais ne sont pas même cessibles. Dans toutes ces institutions, le patrimoine apparaît déjà comme plus que le produit des soins de son propriétaire, donc comme plus qu'un objet de sa souveraineté ; à peu près de la même manière le sujet devient objet ou but du patrimoine, le patrimoine personnel devient patrimoine à but. »[1]

Cette note doit être l'occasion de préciser la portée de la théorie de Brinz. Si celle-ci se présente comme une critique de la personnification

1. A. B., *LP* (2), II, § 446, p. 476, n. 28.

des personnes morales, sa doctrine des patrimoines à but n'en prétend pas moins éclairer la question des patrimoines personnels dans la mesure où même ces derniers ne s'inscrivent pas tout à fait dans la conception de la propriété souveraine d'une personne sur des choses matérielles. Autrement dit, on devrait analyser les patrimoines personnels comme un cas particulier de patrimoines à but, ceux dont le but est la personne elle-même, et c'est d'ailleurs, d'après Brinz, le seul moyen de rendre compte d'institutions comme la dot ou le *fideicommis* familial. On rétorquera que l'un et l'autre ont disparu du droit français, mais une telle objection sonne un peu creux dès lors qu'on a constaté les difficultés qu'ont Aubry et Rau pour expliquer la détermination téléologique qui vient réduire le droit du chef de famille à disposer du patrimoine (de l'universalité juridique) à l'obligation de le transmettre aux héritiers. En analysant les patrimoines personnels comme patrimoines dont le but est l'intérêt juridique de la personne, qui se laisse décomposer en intérêt du chef considéré comme individu singulier mais aussi comme intérêt de la lignée, ou plus précisément des héritiers légaux, il devient possible de rendre compte de la nature à la fois individuelle et collective de ces patrimoines, de leur fonction de corps artificiel propre d'une personne singulière aussi bien que de leur fonction de transmission généalogique.

La doctrine de Brinz ne nous offre donc pas seulement un moyen de compléter celle des patrimoines personnels d'Aubry et Rau en théorisant les cas laissés dans l'ombre par ces derniers, elle nous fournit un moyen de la revisiter entièrement, sur des bases nouvelles, qui sont celles de la théorie des patrimoines à but, conçue comme une théorie *générale* du patrimoine. Dans cette perspective, on pourrait considérer que certains biens innés d'une personne physique, tels que sa liberté ou son corps, sont constitutifs de son but, qui est l'existence et la satisfaction de ses intérêts juridiques individuels, que le degré de convenance de ces biens à la personne est maximal, et que ces derniers doivent à ce titre être considérés comme strictement inaliénables, tandis que d'autres biens, tels que certains biens vénaux acquis, entretiennent avec la personne un rapport de convenance assez faible pour être librement cessibles.

La notion de degré d'appartenance fournit bien le principe d'une typologie qui s'applique à tous les patrimoines sans exception : ce principe est le degré d'appartenance du patrimoine au but, il se mesure par le degré d'aliénabilité des biens, ou des masses de biens qui le composent, et organise par conséquent le régime juridique applicable à chaque patrimoine. On retrouve exactement la même typologie à propos du classement des actes d'administration ; ce qui n'a rien de surprenant puisque le régime des biens comme celui des actes sont dominés par le même principe téléologique, le degré de puissance de la convenance au but.

3.3.2. Degrés d'appartenance et actes d'administration

Aliéner (plus exactement céder, à titre onéreux ou gratuit) des biens, ou les détruire en jouissant des avantages qu'ils procurent, c'est faire sortir ces biens du patrimoine pour les remplacer soit par d'autres biens (qui peuvent être des créances), soit par rien, s'ils sont détruits. Dans le premier cas, il s'agit de gestion ; dans le second, de retrait des avantages. Parfois les actes de gestion exigent la destruction de biens appartenant au patrimoine. Ne pas aliéner (ou céder) ces biens, c'est conserver le patrimoine tel qu'il est : le degré d'aliénabilité des biens qui composent le patrimoine détermine la nature des actes d'administration qui s'appliquent à eux ; de telle manière qu'au couple de l'aliénabilité et de l'inaliénabilité correspond celui de la conservation et de l'utilisation du patrimoine, ce dernier terme englobant à la fois l'augmentation (ou la gestion) et la jouissance (ou le retrait des avantages). La division ternaire des régimes d'inaliénabilité (inaliénable, aliénable, mixte) est donc équipollente à celle des actes d'administration (conservation, utilisation, mixte), et chaque type de régime des biens trouve son analogue dans un régime des actes d'administration. C'est ce qui ressort clairement de l'examen du cas de l'hérédité jacente :

> « Parmi tous les patrimoines à but, il convient de distinguer l'*hereditas jacens,* en ce que là le patrimoine sert le but auquel il appartient (rendre possible la succession universelle artificielle), non pour l'utiliser mais pour le conserver (un *custodiendum,* pas un *impedendum*) [...]. À partir d'un

> dépôt *(depositum)* qui, grâce au plus ancien testament de mancipation envers le *familiæ emtor* (*amicus,* administrateur, fiduciaire) est devenu son dépositaire et souverain en chair et en os, la *hereditas jacens* devient tout à fait un dépôt sans dépositaire [...] ou le but lui-même est le maître de la masse héréditaire. »[1]

Là où Aubry et Rau excluent la possibilité pour une hérédité d'être tout à fait vacante en ayant recours à la fiction de la continuité du chef, Brinz rapporte la propriété de cette hérédité à la lignée considérée en elle-même, c'est-à-dire à la fonction même de transmission considérée comme seule détermination des actes de l'administrateur, qui est tenu dès lors de conserver le patrimoine sans faire usage des biens, que ce soit pour la jouissance d'un sujet propriétaire, puisqu'il n'y en a plus, ou pour gérer le patrimoine, puisque ce n'est pas son rôle. L'hérédité jacente est le cas limite d'un patrimoine personnel où la lignée se trouve dépourvue de chef, et où, par conséquent, le but est la transmission elle-même.

Dès lors qu'il y a un chef, fût-il un simple sujet de jouissance, comme il arrive pour les mineurs, les aliénés et les femmes mariées, la conservation du patrimoine n'est plus le but unique de l'administration du patrimoine, qui doit aussi pouvoir être utile à son propriétaire, dans le sens où celui-ci a le droit de jouir des avantages que procurent les biens qui le composent.

On notera que même lorsque le chef est un sujet de disposition, il est soumis à la finalité du patrimoine qui s'élabore à la conjonction de ses intérêts juridiques (lesquels tendent vers la jouissance du patrimoine, encadrée par sa fonction de gage des créanciers) et de ceux de la lignée (qui tendent à la conservation du patrimoine, déterminée par l'obligation de transmettre). En tant que le chef est l'administrateur de ses propres intérêts, on peut le confondre avec un maître souverain, mais en tant qu'il est administrateur du patrimoine non seulement pour son compte, mais pour celui de ses héritiers, il peut être considéré, du moins sous cet aspect, comme le *fideicommissaire* de la lignée propriétaire. Dès lors qu'elle est conçue comme propriété affectée à un but,

1. A. B., *LP* (2), II, § 433, al. 2, p. 477.

fût-il personnel, la propriété patrimoniale est une espèce particulière de *propriété fiduciaire*[1].

Il devient possible d'établir la typologie des actes d'administration : celle-ci connaît à un pôle les actes de pure conservation, comme l'établit le cas typique de l'hérédité jacente, patrimoine où le but est entièrement la lignée, en l'absence de chef. À l'inverse, il existe des situations où les actes de disposition sont exclusivement et nécessairement des actes de gestion, et plus précisément encore d'aliénation, c'est-à-dire de liquidation, comme c'est le cas des entreprises en faillite administrées dans le seul intérêt des créanciers, ou, comme on l'a vu, du budget des corps publics, où obligation est faite aux administrateurs de ne pas conserver la masse monétaire dont ils ont la charge.

Enfin, de même que pour le régime des biens, la typologie des actes d'administration connaît des cas où conservation et gestion se mêlent, à savoir les fondations :

> « Entre les deux, il y a le patrimoine de fondation, lequel dans sa substance (capital, réserve foncière) est un *custodiendum,* mais qui par sa rente ou ses valeurs utiles est un *impendendum* – un seul et même patrimoine peut en toute rigueur contenir un patrimoine inaliénable et incessible, les *custodienda,* et les *impendenda* peuvent aussi se rencontrer dans ce même patrimoine. »[2]

Comme on l'a dit, les deux typologies envisagées, celle des biens et celle des actes, n'en font qu'une : dans un patrimoine où la puissance d'appartenance est élevée, les biens sont incessibles et l'administrateur doit alors se contenter de conserver le patrimoine, d'en être le gardien ; dans les patrimoines où la puissance d'appartenance est faible, les biens sont largement aliénables et l'administrateur doit alors gérer le patrimoine, voire, dans certains cas extrêmes, le liquider ; le cas des fonda-

1. J'emploie cette expression au sens large que lui donne le doyen Carbonnier qui la définit comme une propriété limitée, affectée, repétrie par une série d'obligations, parmi lesquelles l'obligation de transférer le bien après un certain temps, soit au propriétaire antérieur, soit à un tiers bénéficiaire, J. C., *DC, III,* n° 89, p. 160.

2. A. B., *LP* (2), II, § 433, al. 2, p. 477.

tions illustrant l'exemple de patrimoines où la puissance d'appartenance varie selon les biens.

Ce mode de conceptualisation de la propriété permet donc de styliser deux pôles typiques de régimes des biens patrimoniaux et des actes de disposition (en brinzien) qu'on n'a aucun mal à associer aux grandes fonctions de l'institution patrimoniale que sont la transmission et la sécurité des échanges. Pour transmettre en effet, il faut conserver, tandis que pour pleinement exister juridiquement, il faut utiliser ce patrimoine, s'engager dans des rapports juridiques vis-à-vis de tiers, prendre des risques, et faire par conséquent de son patrimoine le gage commun d'éventuels créanciers. La nature des patrimoines est tributaire de la combinaison de ces deux fonctions dès lors que dans la très grande majorité des cas le but de ces patrimoines est à la fois la conservation et une ou plusieurs utilisations déterminées.

Les degrés d'appartenance apparaissent donc comme autant de déclinaisons possibles d'un rapport entre deux finalités distinctes, qui coexistent conflictuellement dans la majorité des cas (celle des patrimoines mixtes) : la propriété patrimoniale est instable par nature, mais son idéal est précisément la stabilité que conférerait l'équilibre trouvé entre l'exigence de conservation et celle de jouissance du patrimoine. Cet équilibre ne saurait être déterminé à l'avance, il est par définition relatif à chaque patrimoine, à la convenance des biens qui le composent, au(x) but(s) qui le constitue(nt). Il faut en effet noter que cet équilibre dépend des mouvements des biens patrimoniaux : conserver le patrimoine, c'est empêcher la sortie des biens (ou de certains des biens) qui le composent ; au contraire, jouir des utilités du patrimoine c'est faire sortir ces biens, soit pour les remplacer par d'autres, soit pour les consommer en les détruisant.

On aura compris que la propriété patrimoniale peut se définir comme une manière de concevoir le temps : l'équilibre du patrimoine étant relatif au rythme de la circulation de ses éléments, l'idéal qui se dégage de cette conception est celui d'un équilibre toujours relatif et fragile, propre au patrimoine considéré, entre les rythmes qui président à la circulation des diverses masses de biens que dicte le composé singulier des finalités de chaque patrimoine, d'une harmonie entre les inté-

rêts juridiques constitutifs du patrimoine, ou encore de l'adéquate inscription du patrimoine dans des temporalités diverses, dont les figures vont du pur présent de la jouissance immédiate au pur futur de la transmission généalogique, chaque patrimoine représentant ainsi un mode d'articulation du présent et du futur, une institution singulière, productrice d'une temporalité elle-même singulière, imposant son rythme à ceux qui ont la charge de la faire vivre.

Cette dernière remarque nous ramène à une question encore restée sans réponse, celle de la nature juridique des rapports entre le titulaire et le propriétaire du patrimoine, qui est celle des modes d'organisation du patrimoine, ou encore de la représentation.

4. LA REPRÉSENTATION DANS LA PROPRIÉTÉ PATRIMONIALE

Dans la théorisation qu'ils proposent du patrimoine, Aubry et Rau ne distinguent pas le titulaire des droits de propriété et le propriétaire du patrimoine. Cette confusion tient au choix du cas typique à partir duquel ils raisonnent, celui d'une personne capable d'exercer ses droits, autant qu'à la prégnance du mode de conceptualisation souverain de la propriété. Ces auteurs n'ignorent cependant pas que la notion d'administration *(stricto sensu)* s'élabore essentiellement à partir de situations dans lesquelles le propriétaire du patrimoine n'est pas en mesure d'exercer ses droits, le cas des « sujets de jouissance », où le patrimoine est administré par un tiers. Ces relations ont la forme du rapport juridique qui unit l'administrateur au sujet de jouissance, rapport que désigne dans sa généralité le terme de *tutelle,* comme exercice des droits d'un incapable par un tiers, sur le modèle de l'exercice des droits de puissance paternelle considérée dans son rapport aux biens de l'incapable, c'est-à-dire en son nom et pour son compte. Ainsi se dégagent schématiquement deux modes paradigmatiques de la représentation, qui sont les formes juridiques que revêtent les rapports d'organisation du patrimoine et qui permettent d'en esquisser l'architecture structurale : celui dans lequel le titulaire est tuteur d'un propriétaire incapable,

et celui dans lequel le propriétaire est capable de disposer du patrimoine, mais choisit de faire exercer ses droits par un tiers, la forme typique de cette délégation étant le mandat[1].

4.1. Tuteurs et mandataires

L'une et l'autre de ces deux formules, quoique désignées par le même terme de « représentation »[2], conduisent à des résultats très différents : dans le premier cas, les prérogatives de l'administrateur du patrimoine en tant que représentant du propriétaire découlent de l'état civil, et plus exactement de son état de famille ; c'est l'objectivité du rapport familial, et plus précisément la distribution des rapports de puissance paternelle, qui détermine la nature de la représentation. Dans le second cas, les rapports qui unissent le propriétaire et l'administrateur du patrimoine sont volontaires, déterminés par les clauses contenues dans le mandat[3].

1. L'article 1984 du Code dispose que « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

2. J. Carbonnier écrit : « La représentation est un mécanisme tout à fait général du droit. Nous voyons Primus emprunter 1 000 F à Secondus, et en définitive les 1 000 F seront dus à Secondus non pas par Primus, mais par un certain Tertius qui n'avait pas figuré au contrat. Cela semble mystérieux et pourrait être injuste. Mais tout s'explique par des rapports préexistants entre Primus et Tertius, le premier a emprunté pour le compte du second, et il n'y a là rien d'injuste à l'égard de Secundus, il était informé : Primus avait fait l'emprunt au nom de Tertius. Ce schéma se rencontre aussi bien au sommet du droit constitutionnel (la Représentation nationale engage la Nation) que dans le tout-venant du droit des mineurs. Le CC n'a pas traité abstraitement de la représentation : il ne l'a envisagée qu'à travers le mandat (art. 1984) qui en est la source contractuelle. Mais ce que le contrat peut faire, la loi le peut aussi, réglant les droits et les obligations de chacun dans le triangle » (J. C., *DCI,* n° 118, p. 217-218).

3. Sont laissés de côté les problèmes que soulève l'adoption du principe du consentement volontaire, particulièrement avec le développement de la théorie de la gestion d'affaire, forme de gestion pour autrui sans le consentement, même implicite, du propriétaire. Sur cette notion, cf. Pierre Legendre, « Du droit privé au droit public. Nouvelles observations sur le mandat chez les canonistes classiques », in *Études en souvenir de G. Chevrier. Mémoires de la Société pour l'histoire du droit des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romans,* Dijon, Librairie du Recueil Sirey, 1970, p. 12.

4.1.1. Représentation objective *vs* représentation volontaire

Cette différence de nature entre ces deux formes de représentation joue à plein dans la détermination de l'architecture de la propriété patrimoniale – dont on a vu qu'elle est l'institution d'une organisation. Ces formes diffèrent dans la mesure où l'incapable, que ce soit un sujet de jouissance ou un but, ne peut pas vouloir, que sa représentation est donc nécessaire, objective, tandis que le mandant peut disposer lui-même de son patrimoine, et qu'il ne tient qu'à lui d'exercer lui-même ses droits ou de les faire exercer par un tiers : la représentation est alors contingente, à l'instar de la volonté subjective, ou plus exactement de l'échange de volontés subjectives qui la fonde.

Si, par essence, le propriétaire du patrimoine est son but, y compris lorsque ce dernier est l'intérêt d'une lignée, il faut en déduire que les rapports entre titulaire des droits d'administration et propriétaire sont nécessairement des rapports de tutelle, déterminés par le statut familial dans le cas des patrimoines personnels, par l'acte de fondation du patrimoine dans les autres cas. Si ce rapport de tutelle apparaît très clairement dans le cas des patrimoines personnels de sujets de jouissance, il est quelque peu travesti dans le cas des patrimoines à but non personnels pour lesquels il convient de concevoir une tutelle qui soit elle aussi non personnelle. Il est enfin franchement masqué lorsque le propriétaire est un sujet de disposition où l'individu se confond avec le représentant de sa lignée. Dans tous les cas, donc, le titulaire des droits est le tuteur du propriétaire patrimonial, même si, dans l'attente d'une qualification plus adéquate, on peut être tenté de parler de quasi-tuteur dans le cas de l'administration d'un but non personnel[1].

On pourrait discuter de la pertinence d'usages aussi extensifs des catégories propres au droit de la famille dans le droit des biens, et l'on pourrait être tenté d'y voir une simple métaphore. Il reste que ces usages, dont la rigueur technique est sans doute discutable, disent

1. Pour désigner ces quasi-tuteurs, Brinz fait appel à la notion de curatelle, qu'il oppose à la tutelle stricte, personnelle et familiale, comme deux espèces de tutelle au sens générique du terme. A. B., *LP,* II, § 451, p. 567-568.

l'essentiel, la nature nécessairement tutélaire de l'organisation patrimoniale dès lors que le but constitutif du patrimoine est toujours incapable de se faire représenter volontairement (même dans le cas des patrimoines personnels où la lignée est objectivement représentée par son chef). Quant à la représentation subjective, elle n'est pas inconnue du mode de conceptualisation patrimonial de la propriété, mais elle ne lui est pas nécessaire.

Le titulaire, le sujet de droit qui dispose, comme tuteur ou quasi-tuteur, du patrimoine peut en effet déléguer l'exercice de ces droits de disposition à d'autres tiers, sur le mode de la représentation volontaire. Contingente, cette seconde représentation est donc extérieure à l'architecture de base de l'organisation patrimoniale. Tout patrimoine engage une représentation tutélaire, mais seuls ceux dont l'administration est déléguée font intervenir la représentation volontaire du titulaire.

4.1.2. Transfert des droits *vs* transfert des pouvoirs

Le titulaire des droits de disposition qui compètent au patrimoine, son administrateur, peut donc être en même temps le représentant du propriétaire, son tuteur, et le représenté de ceux à qui il délègue ses pouvoirs, leur mandant. La différence de nature de ces deux modes de représentation joue ici à plein. Ce n'est en effet pas la même chose qui est déléguée dans un cas et dans l'autre. Tandis que le mandataire se contente de recevoir les prérogatives requises pour l'exercice des droits du mandant, le tuteur du patrimoine à but est investi non seulement des prérogatives d'*exercice* des pouvoirs, du domaine, mais encore des *droits* qui composent la propriété patrimoniale eux-mêmes. C'est ce qui ressort clairement du passage suivant :

> « La signification générale de la représentation du but est une certaine légitimation propre *(Eigenberechtigung)* du représentant. Comme les fiduciaires, adstipulateurs, garants [ils] sont investis de droits propres, quoique d'autre part ces droits soient *alieno domine* [...] par le biais de la représentation : de manière similaire, les représentants de la chose publique ou des fondations nommés en vertu des constitutions ou des statuts, ou par dis-

> position testamentaire, n'ont pas seulement tout pouvoir comme les mandataires, mais au nom du but tous les droits et la totalité des pouvoirs *(Machtvollkommenheit)* qui sont inhérents, pour chaque patrimoine à but, à la possession, la propriété, au *jus in re* ; comme le sont donc toutes les obligations actives qui y sont attachées par essence, comme les droits d'usufruit et de revendication en justice, les pouvoirs d'aliéner et d'hypothéquer qui ne sauraient être exercés par la chose impersonnelle qu'est le but, mais qui sont indispensables dès lors que son avoir est de quelque valeur, et qui conduit les représentants à être investis comme *prodomini* et *provafallen*. »[1]

La distinction est explicite et claire : les mandataires exercent des pouvoirs, mais ne sont pas titulaires des droits qui les causent, ils ne se substituent pas à la personne du mandant (même si la représentation est parfaite), tandis que les administrateurs du patrimoine à but exercent les pouvoirs parce qu'ils sont en personne titulaires de ces droits. Ils sont donc, pour ainsi dire, propriétaires *substitués* au but, en son nom et pour son compte, et non pas seulement représentants du but propriétaire.

Sur le plan pratique, cette thèse revient à faire du tuteur le propriétaire réel, quoique non nominal[2], du patrimoine, ce qui n'est pas sans poser de sérieuses questions relatives à la protection des propriétaires devenus seulement nominaux, lorsqu'il s'agit de personnes en chair et en os, particulièrement dans le cas des patrimoines de personnes incapables. Si, comme le pense Brinz, les patrimoines des sujets de jouissance sont assimilables à des patrimoines à but non personnels, sa doctrine conduit à les dépouiller de leurs droits au profit de leur tuteur, et ce n'est pas la peu substantielle distinction du tuteur et du curateur qui permet de résister aux effets de cette assimilation (cf. *supra,* n. 1, p. 320), qui ne correspond ni à la réalité du droit (le tuteur du mineur aliéné exerce les droits de ce dernier), ni à la destination de l'institution de la tutelle (qui ne se laisse pas aisément réduire à la protection du

1. A. B., *LP,* II, § 447, p. 552-553.

2. La doctrine moderne a parfois renoncé à cette distinction. C'est le cas dans le domaine de la propriété publique, qui est reconnue de plein droit aux personnes publiques en droit français.

patrimoine puisqu'elle s'étend aussi à celle des intérêts de la personne de l'incapable). L'application de la théorie des patrimoines à but aux personnes incapables réalise l'assimilation, au moins pour ce qui regarde la propriété patrimoniale, des incapables à des choses, ce qui ne va peut-être pas sans soulever quelques craintes[1]. On remarquera qu'il en va de même pour les patrimoines personnels d'un sujet de disposition, mais ce sujet est à lui-même son propre tuteur, ce qui annihile toute difficulté pratique.

Quoi qu'il en soit, Brinz nous invite à considérer que ces deux modèles de représentation n'ont pas le même objet : la représentation tutélaire porte sur le transfert des droits eux-mêmes ; la représentation mandatoriale porte sur celui des seuls pouvoirs. Celle-ci réalise par conséquent une dissociation conceptuelle pratique de la propriété et de son domaine là où la représentation tutélaire invite à penser celle de la propriété réelle comme propriété par représentation (qui ne se confond pas avec le domaine dont elle est la cause), et de la propriété nominale, ou propriété représentée, réduite à n'être plus que le principe de légitimation de la place de titulaire, le « pour quoi » et le « au nom de quoi » est instituée la propriété réelle du titulaire des droits.

4.1.3. Commandement *vs* contrôle

La représentation tutélaire est donc nécessaire et objective, elle opère le transfert des droits eux-mêmes, c'est-à-dire de la propriété réelle et non pas nominale, tandis que la représentation par mandat, contingente et volontaire, transfère les pouvoirs requis par l'exercice de ces droits. Il en résulte une différence de nature dans la relation du représentant et du propriétaire : le mandataire est soumis aux commandements du mandant, il doit être considéré comme agissant sous ses

1. Selon F. Bellivier : « Que cette manière d'appréhender les choses ne revienne pas, malgré tout, à personnifier le but, on n'en jurerait pas [...] ou à l'inverse à chosifier la personne, puisque désormais, la ligne de partage semble opposer d'un côté les personnes capables, de l'autre les incapables et les buts » (*Le patrimoine…, op. cit.,* n° 340, p. 291, et n° 370, p. 291).

ordres, hiérarchiquement soumis à sa volonté[1]. Le tuteur, lui, n'est pas soumis au commandement du pupille, leur relation n'est pas hiérarchique et sa seule obligation consiste à rendre compte de ses actes, à exercer droits et pouvoirs qui lui sont conférés de manière autonome, quoique responsable. Ses actes sont donc contrôlés, certes, mais pas commandés, ils ont pour origine sa propre volonté. Dans l'organisation patrimoniale, l'administration se construit ainsi autour de ce double rapport de représentation dont le titulaire des droits de propriété est le pivot. Dans son rapport au propriétaire, dont on sait qu'il est nominal, il est tuteur, et à ce titre obligé de tenir compte de la nature téléologiquement déterminée des droits dont il est titulaire. Le contrôle de ses actes s'effectue de l'extérieur, sous la forme, par exemple, de ce que le droit administratif français appelle la tutelle de l'État, ou en assignant cette charge à des institutions indépendantes, publiques ou privées, chargées de vérifier la conformité des actes de l'administrateur à la destination du patrimoine. On pourrait d'ailleurs, de ce point de vue, distinguer diverses formes de contrôles extérieurs : administratifs dans le cas de la tutelle de l'État s'exerçant sur des patrimoines publics, comptables dans le cas de la gestion de patrimoines privés, voire, dans certains cas, juridictionnels.

Au versant de la représentation volontaire, le titulaire délègue des pouvoirs à des mandataires, qui eux-mêmes ont le pouvoir de déléguer à d'autres mandataires subordonnés, formant ainsi une hiérarchie au sein de laquelle chacun est soumis au commandement du mandant d'où émanent les pouvoirs qu'il exerce. Le commandement se distingue donc du contrôle dans la mesure où il est interne à l'organisation hiérarchique là où le contrôle exige l'intervention d'une institution extérieure. Ce point précisé, il devient possible de faire retour sur l'architecture générale de l'organisation patrimoniale.

1. Sur les rapports entre technique du mandat, commandement et ordre hiérarchique, cf. Pierre Legendre, « Du droit privé au droit public... », art. cité, p. 28 *sq*.

4.1.4. L'architecture de l'organisation patrimoniale

La titularité des droits qui dérive de la représentation objective n'est pas de même nature que celle du propriétaire-titulaire des biens qui composent le patrimoine dans la doctrine d'Aubry et Rau. En effet, le terme « administrateur », par-delà l'extension des significations qu'il est susceptible de revêtir, désigne sous la plume de Brinz non pas tant un sujet de droit qu'un organe administratif et la personne physique qui exerce les prérogatives attachées à cet organe, qu'on devrait donc appeler agent administratif pour le distinguer du sujet de droit, titulaire de droits qui lui sont directement et personnellement attribués. Dans la propriété patrimoniale conçue à partir du cas typique des patrimoines à but, la titularité des droits est attachée à l'organe et non à la personne de l'agent qui occupe cette fonction. Il faut donc conclure que dans les cas du patrimoine à but, si le but est le propriétaire, ce sont ses organes, les places distribuées par l'acte de fondation du patrimoine ou par la loi, qui sont titulaires de droits.

Cette remarque, qui vaut pour les droits d'administration que l'on étudie présentement, doit être étendue aux droits de jouissance, qui peuvent eux aussi faire l'objet d'une représentation (ou d'une procuration) du propriétaire en faveur des *bénéficiaires* du patrimoine. Il existe ainsi autant de places possibles que de titres à distribuer, et ces places se laissent ramener à la taxinomie qui permet de classer les différents titres en droits de jouissance et d'administration *(lato sensu),* à savoir les *bénéfices* et les *charges* qui compètent au patrimoine. Outre le propriétaire, on peut donc conclure à l'existence nécessaire et distincte, dans ce mode de conceptualisation de la propriété, d'administrateurs et de bénéficiaires du patrimoine.

On comprend maintenant comment le but peut être propriétaire bien qu'il soit incapable d'exercer lui-même le domaine de propriété. Cette propriété doit en effet être pensée comme un rapport d'appartenance originaire d'où découlent non seulement des droits mais encore, par représentation tutélaire, des places (administrateurs, bénéficiaires...) – qu'on peut aussi appeler organes, si l'on ne craint pas les métaphores animalières – auxquelles ces droits sont attribués. Le but est

propriétaire (appartenance), les places sont titulaires des droits, et certains êtres juridiques déterminés doivent occuper ces places et exercer ces droits en tant qu'ils sont statutairement désignés pour occuper celles-ci, et qu'ils ont qualité pour le faire. Étonnant propriétaire patrimonial, privé non seulement de la faculté d'exercer ses droits, mais encore de la titularité des droits eux-mêmes, de la propriété réelle qui revient aux places, charges et bénéfices qu'il distribue, et dont il reste à se demander à quelles conditions il faut satisfaire pour prétendre pouvoir les occuper.

Cette dernière question ne pose pas de problème pour ce qui concerne l'administration et la jouissance. L'être juridique qui occupe la place d'administrateur du patrimoine doit être une personne pleinement capable d'exercer des droits, un sujet de disposition. Ces droits sont ceux qui découlent du statut que lui confère cette place en tant qu'il est agent juridique, et non pas les droits qu'il détient en tant que sujet de droit[1]. N'importe quel être juridique, individuel ou collectif, capable de jouissance, ce que Bekker appelle un sujet de jouissance, peut être titulaire des droits de jouissance, ou bénéficiaire du patrimoine. La question est plus délicate en ce qui concerne le propriétaire lui-même, mais de ce qui précède il devient possible d'en dégager les déterminations transcendantales ultimes.

4.2. Ce à quoi le patrimoine appartient

4.2.1. Le point d'appartenance

Pour ce faire, il nous faut reprendre la définition que Brinz propose du propriétaire d'un patrimoine, en faisant retour sur les premiers moments de l'exposition de la doctrine, au point où, ayant récusé la

1. La distinction du sujet de droit et de l'agent juridique est classique ; elle est ici très utile en ce qu'elle exprime fort bien la différence de nature entre deux modes d'allocation de droits à une personne capable. Sur la notion d'agent juridique et le caractère aporétique d'une éventuelle définition, cf. Olivier Cayla, « L'inexprimable nature de l'agent juridique », *Enquêtes* 7 : *Les objets du droit,* 1999, p. 75-96.

technique de la personnification des corps constitués, l'auteur n'a cependant pas encore exposé l'idée selon laquelle c'est le but qui est propriétaire, c'est-à-dire au point de la démonstration où :

> « Face à ces contradictions et choses contraires à la nature [les personnifications], il s'est fait une réaction portée par l'idée que si l'on ne peut faire exister un patrimoine sans sujet, il n'est pas non plus possible de faire exister le patrimoine à travers une personne fictive, qu'on ne doit pas faire advenir cette existence à travers une personne composée, non naturelle, non juridique, incorrecte. L'axiome "pas de patrimoine sans personne" a été remplacé par la proposition : "un patrimoine peut aussi exister sans personne ou sans sujet", la personne juridique est ainsi ramenée à un produit de la personnification, et ses prétentions à la seule nécessité intérieure d'une fonction – et encore assujettie –, faute de quoi on se retrouverait partout avec des personnes véritables comme propriétaires des patrimoines en question. »[1]

Dans l'ordre du raisonnement, nous venons d'apprendre que le patrimoine est caractérisé comme *res nullius*. En bonne logique cette situation soulève deux hypothèses : soit le patrimoine a un propriétaire, mais ce propriétaire n'est pas une personne ; soit il n'a pas de propriétaire du tout, et est non seulement vacant mais encore, si l'on ose dire, *errant* – sans appartenance.

L'hypothèse des patrimoines errants est envisagée par Brinz, mais pour être immédiatement rejetée, avec les opinions des auteurs qui « s'en tiennent à la négation de la nécessité d'un sujet »[2], sans chercher à lui trouver un substitut. C'est dans cette substitution que notre jurisconsulte fait résider la supériorité de sa théorie :

> « ... alors que nous, nous cherchons à remplacer le sujet défaillant par un objet émergeant du côté opposé à celui du sujet, à savoir le but, et à assurer en lui le point positif par lequel le patrimoine, tout comme en une personne, trouve son centre et son appui, nous voulons dire son point d'appartenance *(Gehörpunkt)*. »[3]

1. A. B., *LP* (2), I, § 60, p. 199-200.
2. Sont cités Köppen, Demelius et Windscheid.
3. A. B., *LP* (2), I, § 60, p. 200.

S'il n'est pas nécessaire que les patrimoines soient appropriés par des sujets, il faut cependant nécessairement qu'ils aient un point d'appartenance – expression adéquate pour désigner la place structurale « propriétaire » que pourrait venir occuper un sujet (dans le cas des patrimoines personnels) – ou plus généralement un but. Il apparaît ainsi que le « propriétaire du patrimoine », encore que cette dernière expression connote fortement une détermination subjective, n'est rien d'autre qu'un référent logique, une pure instance, le *point d'appartenance*.

Dépouillée de toute détermination concrète, le propriétaire patrimonial se ramène ainsi à un *point,* dont Brinz souligne le caractère non seulement objectif et constitutif mais encore nécessaire. Il en résulte l'exclusion des patrimoines errants, patrimoines sans point d'appartenance, qui seraient ainsi des *universitas rerum* considérées en dehors de la sphère de l'avoir, au-delà de l'horizon que trace l'institution de propriété, et contrediraient par là, selon notre auteur, la notion même de patrimoine, tant cette dernière est intrinsèquement associée à un rapport juridique constitutif d'appropriation. L'idée d'un patrimoine inapproprié ne soulève donc pas seulement des difficultés terminologiques, mais est en elle-même une contradiction logique :

> « Certes, Windscheid n'a pas négligé de démontrer comment pourrait exister un patrimoine sans sujet [Pand., § 49, n. 2 : "Avec le concept de droit s'unifie la possibilité affirmée [d'un patrimoine sans sujet] par la prise en considération de ce que le droit n'est pas un vouloir réel, mais un droit de vouloir *(Wollendürfen)*." Du reste ce droit de vouloir ne peut se déployer qu'à travers un vouloir réel ; mais ce vouloir réel peut se déployer à travers la représentation, comme c'est le cas lorsqu'un humain incapable est sujet de droit] et, si sa démonstration est juste, on pourra aller jusqu'à penser un patrimoine non seulement sans personne ou sans sujet, mais même sans aucune appartenance, ou sans compétences. Seulement abstraction faite de ce qu'il n'est pas encore accordé que l'essence de tout droit, et nommément de la propriété, c'est-à-dire justement de la substance du droit le plus fondamental sur les patrimoines, se perd dans un "droit de vouloir", se pose la question de savoir si *ce qui veut (Wollendes)* n'est pas intégré dans ce droit de vouloir, et si l'idée d'un vouloir sans *ce qui veut (Wollendes)* de même que l'idée d'un droit sans ayant droit, est pensable. Question à laquelle nous ne saurions répondre positivement [cf. aussi Zittelmann, p. 34 et 35. *Unger, krit. Ueberschau,* vol. 6, p. 160 :

> "Là où il y a un droit *(Dürfen),* il doit y avoir un ayant droit *(Dürfendes),* là où il y a une obligation *(Müssen),* il doit y avoir un obligé *(Müssendes),* là où il doit y avoir un patrimoine *(Vermögen),* il doit y avoir un ayant-un-patrimoine *(Vermögendes)*"]. »[1]

Il faut en effet rappeler que, selon Brinz, on trouve des patrimoines sans sujets, mais pas sans volonté, et que le but n'est que la cristallisation d'une volonté dans les choses, l'affectation d'une masse de biens à une finalité déterminée. Un patrimoine sans point d'appartenance serait comme un droit sans volonté (subjective ou objective), une volonté sans un être qui veuille, un droit sans ayant droit (subjectif ou objectif), une masse inorganisée. Brinz reste décidément dans le cadre conceptuel du rapport sujet-objet et son apport théorique consiste essentiellement à proposer une version objective du sujet, à remplacer la triade logique sujet-droit-objet par la série : objet-droit-objet. Ainsi, selon Brinz, pour qu'il y ait un patrimoine il faut qu'il existe un point d'appartenance, un « ayant-un-patrimoine », un « patrimonieux » *(Vermögendes),* être juridique objectif dont la seule détermination essentielle est précisément d'occuper la place que désigne le terme *point d'appartenance (Gehörpunkt).* Une lecture attentive de la citation précédente permet au demeurant de préciser sur quoi repose la nécessité de l'existence de ce patrimonieux. Brinz établit en effet au détour d'une phrase une relation d'équipollence entre cette existence et celle de *compétences* afférentes au patrimoine. Un patrimoine errant, sans patrimonieux, dont le point d'appartenance serait l'ensemble vide, serait un patrimoine qui n'attribuerait pas de compétences, qui ne produirait pas de titres juridiques, ne distribuerait pas de places, un patrimoine sans organes. Or, et c'est là le cœur du raisonnement, de facture résolument transcendantale, il faut qu'il y ait des ayants droit, des titulaires, puisqu'il faut qu'il y ait des droits, ou encore une administration (ou du moins un administrateur) et une allocation des bénéfices, et qu'on ne saurait concevoir de droits sans leurs ayants droit.

Une autre manière de présenter cet argument serait de dire que l'existence même du patrimoine ne se laisse pas réduire à celle d'une

1. A. B., *LP* (2), I, § 60, p. 200-201.

universalité juridique conçue comme un simple mécanisme juridique, parce qu'elle implique aussi, en pratique, l'exercice de droits, donc de titres et de titulaires, administrateurs et bénéficiaires, et l'attribution de ces titres ou compétences à des titulaires. Il faut des administrateurs et des bénéficiaires, donc il faut attribuer des titres, donc il faut une cause de ces titres. Cette cause est le point d'appartenance. Au sens strict, la fonction crée l'organe.

On se demandera alors pourquoi il est tellement nécessaire qu'il y ait des administrateurs et des bénéficiaires déterminés, pourquoi des droits doivent être exercés sur les patrimoines. La réponse de Brinz est dans la définition même du patrimoine comme ensemble de biens, c'est-à-dire comme masse indifférenciée de valeurs. Dès lors que le patrimoine a une valeur, il faut qu'il soit l'objet de droits, que ces droits soient fondés en titres et attribués à des titulaires légitimes, et cette légitimité repose tout entière sur l'existence d'un patrimonieux, ou point d'appartenance objectif. Pas de valeur sans droit, pas de droit sans ayant droit et par conséquent pas de patrimoine sans patrimonieux occupant la place structurale du point d'appartenance. Négativement, on dira donc qu'un patrimoine, pour être errant, doit non seulement être dépourvu de point d'appartenance, mais encore être inestimable et qu'un tel patrimoine est, d'après Brinz, proprement impensable.

Au terme de ce qui se présente décidément comme une déduction transcendantale du concept de but, il devient possible de préciser ce que doit être un patrimonieux (expression qu'on préférera dans ce paragraphe à celle de « propriétaire », qui connote une version subjective de la théorie) pour prétendre occuper la place de point d'appartenance d'un patrimoine.

La nature même du rapport juridique qui unit ce point d'appartenance au titulaire dont il légitime les compétences nous fournit en effet les indications requises : du fait que les droits et pouvoirs afférents à la propriété patrimoniale sont exercés « au nom » et « pour le compte » du patrimonieux, il faut et il suffit à un être juridique qu'il ait un nom et un compte pour pouvoir être un patrimonieux, occuper un point d'appartenance objectif. Les deux conditions transcendantales de possibilité auxquelles est soumis le patrimonieux du patrimoine sont

donc d'être représentable (« avoir un nom ») et d'avoir un intérêt juridique propre (« avoir un compte »), de telle sorte que les titulaires de droits afférents puissent exercer ces droits en tant que représentants du patrimonieux en soumettant leurs actions à la défense des intérêts juridiques de ce dernier. Le patrimonieux du patrimoine peut être n'importe quel être nommable, pourvu qu'il soit intéressé.

On voit que la théorie de Brinz n'est pas objective jusqu'au bout, et que l'expression « patrimoine sans sujet » est ici trompeuse puisqu'il faut entendre les patrimoines à but comme des patrimoines dont le point d'appartenance n'est pas nécessairement un sujet de droit, mais ajouter que ce point d'appartenance doit nécessairement être représenté, ce qui suppose qu'il soit nommable et intéressé, et que celui qui occupe ce point soit une personne capable d'exercer des droits, un agent juridique[1]. Ou encore, pas de patrimoine sans sujet qui n'implique la présence d'un administrateur. Le propriétaire se réduit dans cette construction à n'être qu'une instance logique, non pas seulement un point d'imputation, mais, eu égard à la nature téléologique des droits, un point de légitimation, la cause première et finale de la distribution des places et de l'usage fait des droits afférents. Cette instance se réduit à un nom désignant une destination, la substance de la propriété patrimoniale, sa réalité, se trouvant dans la titularité des organes d'administration et de jouissance du patrimoine, dans les pouvoirs des agents et des bénéficiaires qui occupent ces places, et dans ceux de leurs éventuels mandataires. Non seulement la propriété patrimoniale est expansive dans le sens où elle ne connaît pas de limites internes (l'inappropriable), mais encore dans le sens où l'on voit mal qui ou quoi pourrait ne pas avoir de patrimoine : Dieu, l'Humanité, l'État, l'Entreprise, la Famille, la Personne, un animal, une idée, ou même une marque... font d'excellents patrimonieux.

1. À ce propos, F. Bellivier note que « Brinz a bien conscience que personne et but ne sauraient s'exclure mutuellement, pour la bonne et simple raison que le second a besoin de la première pour le représenter » et ajoute : « Cette exigence ne sape-t-elle pas d'emblée l'intérêt et la valeur de la théorie du patrimoine à but ? » (*Le patrimoine…, op. cit.,* n° 340, p. 291, et n° 371).

4.2.2. L'architecture patrimoniale : vue d'ensemble

Avec cette dernière remarque, nous sommes parvenus au terme de l'exposition de l'architecture de la propriété patrimoniale, dont on accordera qu'elle est passablement complexe puisqu'elle engage quatre rapports juridiques distincts : le premier, dans l'ordre logique et chronologique, est un rapport fondamental d'appartenance qui associe l'universalité juridique, considérée comme un être juridique indépendant de ses éléments, à un point d'appartenance occupé par un être juridique (le patrimonieux), constitué d'au moins un nom et un intérêt juridique objectif, de manière à déterminer téléologiquement la constitution même du patrimoine. Cette détermination, dont on trouve l'expression juridique dans l'acte de fondation du patrimoine, institue le patrimoine en *corps*, en le dotant d'organes (ou de places, charges et bénéfices), faisant ainsi du patrimoine une machine téléologiquement distributive de titres.

Le second rapport juridique est celui qui lie le point d'appartenance à ces places. C'est un rapport de production de relations juridiques, puisque l'assignation d'un point d'appartenance au patrimoine produit ces places, c'est-à-dire un rapport de causalité, de limitation et de légitimation : la place doit son existence au but (cause efficiente), cette existence est encadrée par lui, et c'est en lui qu'elle trouve sa justification (cause finale). Ainsi, le point d'appartenance est la cause juridique (complexe) des droits affectés à ces places. Ce rapport de causalité trouve sa détermination juridique dans le recours au mécanisme de la représentation tutélaire : tout se passe comme si les titulaires des droits étaient le tuteur du patrimonieux auquel ils se substituent.

Ces droits sont ceux qui peuvent être dégagés de la décomposition de la propriété patrimoniale ; ils incluent l'administration *(lato sensu),* la défense et la jouissance des utilités du patrimoine. On peut donc classer les titulaires en deux grandes catégories : les bénéficiaires et les administrateurs ou agents juridiques. Parce que cette cause juridique est aussi finale, ces droits sont par leur nature limités, affectés, ce ne sont ni des *droits à* ni des *droits de*, mais des *droits pour* le point d'appartenance, leur exercice est donc strictement délimité par leur finalité interne, elle-

même déterminée par l'intérêt juridique du point d'appartenance d'où ils tirent leur raison d'être et leur existence même. Cette limitation, parce qu'elle encadre la mise en œuvre de ces droits, fournit un critère de jugement sur la validité, mais aussi sur la légitimité des bénéficiaires et agents juridiques qui occupent les places distribuées par la propriété patrimoniale, et sur celles des actes auxquels ils procèdent dans le cadre de l'exercice des pouvoirs qui leur sont dévolus : le point d'appartenance est la référence normative ultime qui permet de juger de la légitimité des actes relatifs à l'exercice de la propriété dans le mode de conceptualisation patrimoniale.

Le troisième rapport juridique constitutif de la structure de la propriété patrimoniale est un rapport d'attribution des titres attachés à ces places à des personnes capables d'exercer ces droits, les agents juridiques et les bénéficiaires. Ce rapport est de nature statutaire, il opère la transformation d'une personne juridique ou d'un sujet de jouissance en agent juridique ou en usager du patrimoine, et se laisse déduire de la détermination téléologique du patrimoine lui-même, c'est-à-dire de l'acte de fondation qui porte désignation des qualités requises pour accéder à ces statuts.

Ces trois rapports organisent la structure essentielle de la propriété patrimoniale du point de vue interne, mais l'exposition de cette structure serait incomplète s'il n'était fait mention d'un quatrième rapport juridique, qui, pour lui être extérieur, n'en est pas moins trop directement lié à elle pour être passé sous silence. Ce quatrième rapport est celui qui unit les agents juridiques aux bénéficiaires et les titulaires de droits afférents au patrimoine à leurs représentants mandataires, du moins si ceux-ci sont capables de contracter, ce qui va de soi pour les agents juridiques, mais pas pour les bénéficiaires qui peuvent n'être que des sujets de jouissance (auquel cas se pose la difficile question de la jouissance par procuration). Il est en effet toujours possible de déléguer les pouvoirs qu'on exerce en vertu de son statut de représentant à des tiers, en ayant recours à une forme subjective et volontaire de représentation, dont la forme typique est le mandat. Cette représentation, dont on a vu que sa nature est différente de celle de la représentation tutélaire du patrimonieux par les places structurales, institue un rapport

hiérarchique qui soumet les mandataires au commandement du mandant, lui-même étant, comme on l'a vu, statutairement soumis à l'obligation d'agir pour le compte du patrimonieux occupant le point d'appartenance. Ce rapport peut être le premier d'une chaîne au nombre indéfini de maillons que formeraient autant de niveaux de délégation de pouvoirs. Ce quatrième rapport est donc à l'origine, au moins pour ce qui concerne la délégation des compétences relatives à la disposition, non pas seulement d'un rapport juridique, mais d'un ordre hiérarchique, ce que la langue du droit appelle une administration, qui doit donc être comprise comme une excroissance du patrimoine, soumis *in fine*, à travers une cascade d'intermédiaires, à la détermination téléologique du point d'appartenance, sans être cependant un élément nécessaire à l'architecture essentielle de l'institution.

Résumons cette construction : elle se présente comme une cascade qui trouve sa source dans le rapport circulaire d'appartenance qui va de l'universalité juridique au patrimonieux, de ce dernier aux places constitutives du patrimoine, de ces places aux sujets qui les occupent et de ces sujets à leurs éventuels mandataires. Il apparaît ainsi que l'architecture de l'organisation patrimoniale est entièrement informée et organisée par le point d'appartenance du patrimoine, comme constitutif de l'universalité juridique elle-même. On sait que ce point d'appartenance n'est pas nécessairement simple, que sous un nom unique peuvent se cacher une pluralité d'intérêts juridiques, comme c'est le cas du chef de lignée qui a la charge de ses intérêts individuels et de ceux de ses descendants. On peut donc fort bien concevoir une multiplicité de buts constitutifs d'un même patrimoine. L'organisation patrimoniale est tout entière dans la soumission à ce complexe de finalités, à travers divers mécanismes de représentation et de désignation qui forment bien une formidable machine attributive de places, de droits et de pouvoirs.

Ainsi, il apparaît que le rapport originaire d'appartenance, outre qu'il est un rapport substantiel et pas simplement un rapport juridique, est aussi le principe de légitimation des titres afférents au patrimoine, au moins en deux sens : il est la source de ces titres et leur détermination téléologique. Dans ce sens, la propriété patrimoniale vient brouiller la

distinction de l'être et du devoir-être, des normes et des valeurs. Elle est tout à la fois norme (un droit de propriété), source des normes (matrice distributive de titres) et valeur (principe de légitimation de ces normes et de l'usage des pouvoirs qu'elles confèrent).

En tant qu'elle est à la fois norme, source et valeur, la propriété patrimoniale peut prétendre être la forme extérieure, ou objective, de la liberté, que cette notion soit entendue au sens subjectif ou objectif : liberté intérieure des êtres humains, mais aussi liberté instituée des corps juridiques. La conception de la propriété comme maîtrise souveraine prétendait instituer une sphère de liberté absolue en dégageant le rapport de chaque être humain libre à ses biens de toute obligation personnelle non consentie. Cette tentative, pour féconde qu'elle soit, reste tributaire d'un dualisme ontologique qui la bride, puisque l'empire de la liberté est restreint aux seules choses matérielles, et plus exactement à la matière physiquement appropriable. Dans une telle perspective, la liberté apparaît comme un double combat perpétuel de l'esprit humain : l'un, glorieux, contre la nature passive ; l'autre, moins glorieux, de l'homme contre l'homme, pour s'affranchir, au moins partiellement, de la condition de la pluralité qui régit les êtres humains libres. L'un et l'autre de ces combats ne mènent jamais qu'à des demi-victoires : la nature est rétive à la domination absolue ; la pluralité humaine, que ce soit sous la forme de la contiguïté des propriétés ou de la loi, se rappelle rapidement au souvenir des propriétaires souverains.

On comprend qu'il soit difficile d'accepter que le principe organisateur du droit moderne, la liberté, soit condamné à ne s'effectuer que partiellement, dans la douleur et le conflit. On ne s'étonnera donc pas que certains auteurs aient cherché à lui fournir une assise moins contestée, bien que moins héroïque peut-être, en lui donnant un objet primordial moins résistant : soi-même. La propriété patrimoine, en tant que rapport originaire d'appartenance, réalise pleinement le concept de liberté, qui se confond désormais avec la propriété de soi, un rapport d'identité pensé dans les formes juridiques de l'avoir, et plus exactement *représenté* sur la scène du droit sous la forme de titres de propriété. Dans cette perspective, le rapport au monde, à la nature, aux autres volontés libres n'est plus celui, *réel*, de la liberté s'effectuant elle-même

et se jouant tout entière dans cette effectuation, c'est bien plutôt celui de sa représentation : le principe originaire de la liberté est à la source de titres juridiques avec lesquels on ne saurait le confondre et qu'il transcende toujours, de sorte que leurs imperfections et leurs limites ne l'atteignent pas dans sa perfection, au prix toutefois du renoncement à toute référence autre que métaphorique à la nature : le montage patrimonial consacre la totale artificialité du droit.

Surtout, dans cette perspective, la maîtrise souveraine n'est plus la manifestation privilégiée de la liberté, tous les droits sur des objets extérieurs sont une manifestation de la liberté, désormais conçue comme source et valeur des droits. Est-ce à dire que ce mode de conceptualisation opérerait une relativisation du caractère absolu du droit de propriété, voire même substituerait dans la philosophie politique la question de la liberté juridique, le droit d'avoir des droits, à celle de la propriété ? Certainement, si par « propriété » on est seulement capable d'entendre ce que la doctrine du XIXe siècle a majoritairement lu dans la lettre de l'article 544 : le droit absolu des personnes sur les choses matérielles est sans doute pensable dans le cadre de la propriété patrimoniale, mais la notion de « chose matérielle » ne peut apparaître que comme une sous-division inessentielle de la notion de bien conçue comme valeur vénale ; celle de personne comme une expression, somme toute assez confuse, désignant un ou plusieurs intérêts juridiques ; quant à l'idée d'un droit absolu, elle n'est acceptable que si ces intérêts juridiques l'exigent, et le caractère absolu ne s'attache donc pas au droit, mais doit être considéré comme relatif à la destination du bien. Le droit absolu sur une chose matérielle est bien relatif à la forme objective que prend la liberté instituée, et la question du rapport des hommes aux choses trouve sa place dans celle, plus large, de l'exercice de la liberté juridique en général. On comprend qu'en adoptant ce point de vue, le problème de la justification de l'institution de propriété se soit déplacée sur le terrain de la théorie générale des droits, que les théories de la justice se confondent avec celles de la liberté juridique de la personne, considérée en général, et que la propriété ne soit plus désormais qu'un aspect, parmi de nombreux autres, de cette liberté.

Mais il apparaît à la lumière des développements précédents que ce déplacement, s'il prétend substituer la question de la liberté personnelle à celle de la propriété, est une occultation massive de la nature même de la liberté dont il est question, qui est la liberté d'avoir un patrimoine, le droit inné à la propriété d'une *universitas juris*. La question de la propriété ne peut plus prétendre embrasser l'exclusivité de l'institution de la liberté humaine dans le monde, mais c'est moins parce qu'elle aurait perdu en importance que parce qu'elle est la forme principielle même de la liberté de la personne humaine, au prix de sa métamorphose en propriété patrimoniale de soi, et qu'elle est désormais la source des droits réels, mais aussi des obligations, et la détermination téléologique qui permet d'évaluer la légitimité de l'usage de ces droits.

Tout se passe donc comme si, devenue frileuse, la liberté préférait se faire représenter dans le monde, pour conserver son intégrité, plutôt que de s'affronter directement à la nature et à la condition de la pluralité, multipliant pour ce faire les corps juridiques artificiels. Dans ce retrait, une conception héroïque de la propriété se trouve relativisée au profit d'une autre, la propriété patrimoniale de soi, ou la liberté de s'appartenir. Dans ce retrait surtout, la liberté est désormais conçue comme rapport d'appartenance, la propriété n'est plus son expression privilégiée dans le monde, elle est – en tant qu'appartenance originaire à soi – sa substance même, et sa matrice.

Aussi, tandis que la propriété souveraine est une tentative acharnée et perpétuellement recommencée pour *isoler* la liberté en assurant la séparation du propre et du commun, et le refoulement de ce commun sous toutes ses formes à la frontière extérieure du propre, dans la mitoyenneté et dans la loi, la propriété patrimoniale, quant à elle, est indifférente à la distinction du propre et du commun, puisqu'elle est la formule juridique de l'unité du divers, par laquelle une multiplicité advient à l'existence en s'appartenant en propre et que de surcroît elle est indifférente à la nature publique ou privée, collective ou individuelle, des titulaires de droits afférents au patrimoine, lequel peut être affecté à la défense d'intérêts individuels, collectifs, ou même les deux à la fois.

Si le propre n'est plus une lutte perpétuelle pour l'exclusion de toutes les formes possibles de communauté, la propriété patrimoniale, en tant que rapport substantiel d'appartenance, place toutes choses sous l'horizon de ce rapport d'appropriation originaire : il n'est rien, aucun domaine, aucune communauté, qui ne puisse être conçu comme propre à quelqu'un ou à quelque chose. Dans le mode de conceptualisation patrimonial de la propriété, la puissance de l'homme dont dépend l'extension de la sphère des biens patrimoniaux est indéfinie, parce qu'illimitée, ce dont la langue du droit prend acte, d'une part en enregistrant la disparition de la catégorie de *res communes,* qui, parce qu'elles sont non seulement inappropriées *in actu* mais encore inappropriables *in potentia,* deviennent proprement inconcevables, et d'autre part en relativisant la *summa divisio* des choses et des personnes, des droits réels et des droits personnels, en qualifiant de patrimoniaux tous les biens, qu'ils soient innés ou acquis, laissant à la contingente volonté du législateur le soin de préciser leur degré d'aliénabilité respective. On y verra confirmation du fait que la vision du monde solidaire de la propriété patrimoniale est de part en part artificialiste : que les biens patrimoniaux soient de nature minérale, végétale, animale ou humaine, qu'ils soient d'étoffe matérielle ou spirituelle, ondulatoire ou corpusculaire, immenses ou minuscules, de telles distinctions sont tout au plus susceptibles de servir de point d'appui à une différenciation interne du régime de ces biens, selon leur degré d'inaliénabilité, sans qu'une telle gradation ait de conséquence sur leur patrimonialité même. La propriété patrimoniale abolit la division des choses commerciales et non commerciales par nature pour établir une échelle continue allant du plus au moins cessible.

Outre ses limites internes, la mitoyenneté et la loi, la propriété comme maîtrise souveraine connaît au moins trois limites externes, dûment notifiées par le Code civil : la personne elle-même, le domaine administré et les choses insusceptibles d'appropriation, les *res communes*. Toute l'œuvre des commentateurs consiste au demeurant à protéger la sphère de l'article 544 contre d'éventuelles incursions de ces éléments hétérogènes. Rien de tel dans la propriété patrimoniale : parce qu'elle est personnelle par essence, on ne saurait lui opposer l'existence des

personnes et de leurs droits. Parce qu'elle est administrative de toute nécessité, son domaine est aussi bien celui de l'administration « pure » (visée par l'art. 537 du Code civil) que celle des patrimoines personnels que le Code voudrait réserver à la maîtrise souveraine. Parce qu'elle est indifférente à la nature des choses, elle ne saurait admettre l'existence d'un domaine objectivement distinct du sien, comme celui des *res communes* par exemple. Si l'on accorde une disposition des choses à réaliser ce qu'elles sont en puissance, on conclura que la sphère de la patrimonialité est disposée à l'expansion illimitée, et que le dynamisme de cette qualification n'est sans doute pas sans rapport avec son succès actuel.

Cette illimitation pratique ne signifie pas, bien entendu, que cette conception soit sans limitations conceptuelles. Ainsi, les corps juridiques errants, sans organes ni but, les corps inorganisés au contenu par conséquent indéfini, transcendant toute totalisation ou toute clôture, n'ont pas leur place dans une telle conceptualisation, et n'y apparaissent qu'au titre de contradiction logique[1]. Si la propriété patrimoniale peut subsumer tous les objets, elle ne saurait recevoir l'idée d'un patrimoine sans appartenance, entendre : sans appartenance particulière, la propriété d'une communauté dont la seule détermination serait d'être proprement universelle, sorte de point d'appartenance rétif à toute clôture, être débordant, continûment hors de soi, transcendant sans cesse ses déterminations, pleinement ouvert. Ce qui ne saurait effectivement constituer un patrimoine, c'est l'avoir de la communauté universelle où chacun serait tout à la fois libre bénéficiaire de toutes les jouissances offertes par le patrimoine, et libre administrateur de ce dernier. Un tel patrimoine est bel et bien un cas limite, celui où la communauté universelle serait à la fois propriétaire du patrimoine et titulaire des droits, transcendant ainsi la nature représentative et organisée du patrimoine, devenu sans organes parce qu'universel. Cette hypothèse est celle de la combinaison de la libre disposition des choses et du libre accès à leurs utilités, ou encore celle du communisme universel, qui n'est donc pas,

1. Ou mutilés au point de se confondre en pratique avec des universalités constituées, comme c'est le cas précisément dans la doctrine de Proudhon, qui, après avoir distingué le public et l'État, fait de l'État le gardien du public. Cf. *supra,* chap. IV, § 4.2.

comme le pensait Engels après Saint-Simon, l' « administration des choses », fût-elle libre, mais bien plutôt son exact contraire. Ainsi, le communisme universel est, dans le mode de conceptualisation patrimonial de la propriété, un point aveugle, proprement impensable parce qu'il en est la négation logique, alors qu'il fait figure de repoussoir (ou de spectre repoussant) dans le mode de conceptualisation souverain de la propriété, parce qu'il incarne son désastre.

Troisième partie

LA RÉSERVATION DE JOUISSANCE

page 342 bl

CHAPITRE VIII

Le domaine immatériel universel

1. LA RÉSURGENCE MODERNE DE LA COMMUNAUTÉ POSITIVE ET UNIVERSELLE

La communauté positive universelle, ou encore l'existence de patrimoines errants, sans appartenance ni organes, est un cas limite, refoulé hors du mode de conceptualisation patrimonial de la propriété. Il est envisagé à titre d'hypothèse par Brinz et rejeté au titre qu'un patrimoine qui n'appartiendrait à rien ni à personne ne serait tout simplement pas un patrimoine ; d'où l'on peut conclure qu'un tel cas limite est non seulement introuvable dans le réservoir conceptuel qu'est la romanistique, mais qu'il est même logiquement intenable, pratiquement inutile, et par conséquent nécessairement étranger à la science juridique.

Cette dernière conclusion est peut-être un peu rapide. La lecture de Proudhon nous a déjà mis en éveil : en distinguant le domaine du public, « être moral et collectif », de celui de l'État comme personne privée et comme représentant de la nation, cet auteur suggère l'existence d'une communauté composée de la seule série indéfinie de ses éléments, transcendant donc toute particularité, proprement universelle. Le domaine public apparaît donc, dans la pensée du doyen, comme une nouvelle figure de la propriété commune qui, à la différence des autres, n'est pas seulement positive, mais encore universelle

précisément parce que le public n'est pas un corps juridiquement organisé, que son contenu transcende toujours l'idée de sa totalité, raison pour laquelle elle représente d'ailleurs un véritable défi pour la pensée juridique. Le domaine public, en tant qu'il ne se confond ni avec le domaine de l'État, ni avec le patrimoine d'une communauté particulière déterminée, est un des noms juridiques de l'introuvable communauté universelle et positive.

S'il est tout à l'honneur de Proudhon d'avoir pointé son existence dans le droit, on ne saurait cependant lui accorder le mérite d'en avoir exposé clairement le concept : ses formulations oscillent entre l'idée de biens « appartenant à tous », « n'appartenant à personne », ou encore « appartenant au public », toutes expressions qui, on s'en doute, sont loin de coïncider. Surtout, par-delà le flou des qualifications, sa doctrine revient à confondre ce patrimoine errant avec celui de la communauté des biens appartenant aux nationaux, pour le plus grand profit de l'État placé en position de gardien « naturel » des biens du public qui se trouvent sur son territoire. Or, on a vu que l'allocation des pouvoirs d'administration aux agents juridiques chargés de conserver et de gérer les patrimoines se fait par une sorte de droit d'accession, lequel trouve sa validité et sa légitimité en ce que les organes du patrimoine sont internes à ce dernier et que leur existence est indissociable du but constitutif de l'universalité juridique. Autant dire qu'on comprend mal pourquoi les biens du public, « être moral et collectif » qui ne se confond pas avec la communauté instituée des nationaux, devraient être gardés par l'État national particulier auquel appartiennent ces derniers. Refusant de constituer le public en corps, ce qui reviendrait à lui reconnaître un patrimoine en faisant déchoir l'humanité de son universalité pour en faire un être juridique existant, parce que particularisé, à l'instar de ce qu'opère la catégorie moderne de « patrimoine commun de l'humanité » ; refusant encore de donner le domaine du public à garder à un *Dominus Mundi* que sa nature impériale instituerait pour ainsi dire naturellement en représentant tutélaire de l'humanité entière, il ne reste plus au doyen qu'à confondre en pratique ce qu'il distingue en théorie, en attribuant les droits d'administrations qui compètent au domaine du public aux États nationaux, ramenant ainsi le régime juri-

dique de la communauté positive et universelle à celui des patrimoines des États particuliers. La doctrine du doyen nous lègue donc une difficulté, celle de penser, dans le cadre de la science du droit, une communauté non seulement positive mais encore universelle, c'est-à-dire ouverte. Elle nous indique aussi, plus généralement, que cette communauté n'est pas tout à fait ignorée de la pensée juridique moderne. Cette affirmation peut paraître surprenante. Si ce thème occupe une place centrale dans la pensée scolastique, où elle trouve une qualification reçue par la pensée juridique, celle de *dominium terrae,* l'histoire moderne de ce concept est celle de sa décadence, puis de sa disparition progressive[1]. Ce constat vaut certainement pour la forme juridique du domaine divin : la communauté positive universelle comme *dominium terrae* divin est morte pour la science du droit, mais peut-être pas pour ses avatars philosophiques, historiques et anthropologiques. On la trouve ainsi, courant tout le XIXe siècle, au rayon des antiquités historiennes, sous la forme du « communisme primitif », contribuant largement à l'invention des sciences historiques et humaines modernes[2]. On la trouve encore chez Kant, auteur qu'on peinera à trouver confidentiel, à la remarque du § 6 de sa *Doctrine du droit,* dans laquelle, ayant défini la notion de communauté originaire comme Idée transcendantale d'une communauté universelle de biens, en l'opposant à la communauté primitive empirique, dépourvue selon lui de toute portée scientifique, il peut en faire la pierre angulaire de sa déduction transcendantale, transformant ainsi cette notion ordinairement brandie contre la propriété privée en fondement de sa justification[3].

Il faut donc dire que si le *dominium terraæ* des théologiens ne trouve plus droit de cité dans la littérature juridique, il n'en va pas de même de

1. Pour M.-F. Renoux-Zagamé, la messe est dite dès le XVIIIe siècle : « La cause du XVIIIe siècle semble entendue, et on ne trouve guère de défenseurs de la communauté positive. Il semble désormais évident à tous que la vision positive, qui tend à conférer à chaque individu un droit effectif sur chaque chose [...] est une monstruosité juridique impossible à penser, et c'est à l'évidence l'argumentation développée par Hobbes qui continue sur ce point à guider les esprits » (*Les origines théologiques…, op. cit.,* p. 346, 347 et 354 (cité *supra,* chap. II)).

2. Cf. l'étude de Paolo Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza givridica postunitaria,* Milano, Guiffrè, 1977.

3. *Doctrine du droit,* in *Métaphysique des mœurs, op. cit.* § 6, p. 42.

son épure, la notion de communauté universelle positive qui, délestée de ses attendus bibliques, entame une belle carrière sous des formes certes moins théologiques, mais non moins dogmatiques, et continue à occuper dans la littérature une place qui n'est pas marginale. Aussi surprenant que cela puisse paraître, en regard du culte voué à cette époque à la propriété privée, on assiste bien, au milieu du XIXe siècle, à une résurgence du thème de la communauté positive et universelle dans la dispute relative à la légitimité de l'institution.

Surtout, quoique de manière plus discrète, ce thème est au cœur des réflexions ordinaires de la doctrine. Cette affirmation s'impose dès lors qu'on s'aperçoit que, repoussée hors du droit civil par la conception souveraine du droit de propriété, rendue proprement impensable par celle de propriété patrimoniale, l'idée de communauté universelle est allée se réfugier dans le monde des idées, où l'on s'accorde pour reconnaître que celles-ci sont de libre parcours. Dès lors, on ne s'étonnera pas que les développements qui lui sont consacrés se rencontrent dans les traités sur ce qu'on appelle aujourd'hui la propriété littéraire et artistique.

Il n'y aurait pas lieu de s'intéresser à la communauté positive universelle si elle n'était qu'un chiffon rouge idéologique ou une faute logique. Il se trouve qu'elle devient, sous la plume de certains penseurs, le point de départ d'une conception inédite du droit d'auteur qui, on le verra, manifeste une conceptualisation originale de la propriété.

2. PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE, DROITS DES AUTEURS, PROPRIÉTÉ DES BIENS IMMATÉRIELS

Le droit des auteurs sur leurs œuvres est historiquement et conceptuellement l'archétype des droits sur tous les biens immatériels, expression qui désigne encore la protection juridique des dessins et modèles, brevets d'invention, marques commerciales (on disait enseignes), et plus récemment la topographie des semi-conducteurs ou encore les obtentions végétales. La question de l'unité des régimes juridiques qui s'attachent à ces objets est, et a toujours été, très disputée. On peut

cependant, au moins sur le plan théorique, leur assigner un ancêtre commun, le droit d'auteur d'ouvrages scientifiques et littéraires, dont ils ont hérité assez de caractères, que désignent les notions de nouveauté, de création et d'invention, pour qu'on puisse faire de ce droit le type conceptuel des propriétés immatérielles[1]. Il se trouve que les ouvrages littéraires et scientifiques sont rétifs à être soumis aussi bien à la maîtrise souveraine qu'à la propriété patrimoniale. Dans le cadre de la première, nous avons vu que ces biens sont des cas limites mal conçus, théoriquement irréductibles aux choses matérielles qui font l'objet du droit absolu de propriété, mais pratiquement assimilés à eux, faute de mieux. Dans celui de la seconde, la nature du bien approprié important peu, ces ouvrages sont des biens patrimoniaux comme les autres, mais c'est justement là que le bât blesse : une telle conception ne saurait faire sa place au principe de l'inappropriabilité des idées. C'est au demeurant ce qu'avait fort bien compris Hegel en y renonçant, lorsqu'il fait remonter le droit de l'auteur sur l' « expression propre » de ses idées à la « propriété interne » qu'il détiendrait sur elle[2], correspondant spéculatif de la notion juridique de bien inné, dont on a vu qu'ils sont patrimoniaux en puissance. La « querelle des propriétés littéraires » fut donc d'autant plus sanglante qu'elle ne tolérait pas de solution satisfaisante. Tous les auteurs s'accordent en effet à considérer que le terme « propriété » désigne un droit absolu, c'est-à-dire perpétuel, sur des choses matérielles. Il ne reste alors que trois positions possibles. La première consiste à ramener les biens immatériels à des biens matériels et à critiquer le droit positif en revendiquant la perpétuité de la propriété qu'il refuse aux auteurs, au motif que le droit ne porte pas sur l'idée mais sur les utilités matérielles qu'on retire de l'exploitation de leur support physique. Cette position est celle d'Édouard Laboulaye[3], de

1. Je remercie vivement le Pr Michel Vivant d'avoir bien voulu m'éclairer sur les enjeux et les termes contemporains de ces difficiles querelles, et d'avoir conduit mes premiers pas dans cet univers.

2. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, *op. cit.*, § 43 R.

3. É. Laboulaye, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre, suivies des trois discours prononcés au Parlement d'Angleterre par Sir T. Noon Talfourd,* traduits de l'anglais par Paul Laboulaye, Paris, Durand, 1858. Cet ouvrage sera noté par la suite E. L., *EPL.*

Charles Comte[1], de Zachariæ et d'Aubry et Rau pour qui le manuscrit est un bien patrimonial. La seconde, largement majoritaire, que représentent Demolombe ou Adrien Gastambide[2], consiste à accorder le caractère spécial de ces propriétés, en reconnaissant que le droit positif, relativement constant en la matière depuis un célèbre arrêt royal de 1777[3], a fait preuve d'une grande sagesse en acceptant qu'on puisse être propriétaire *ad tempus* de choses dépourvues de *corpus*. La troisième, dans laquelle se range Raymond-Théodore Troplong, mais surtout Augustin Charles Renouard, voyant dans la première une folie menant à l'appropriation des idées et dans la seconde une mise en cause intolérable du caractère absolu de la propriété, conclura à la nécessité d'abandonner le vocable de propriété en sortant les droits des auteurs du giron de l'article 544, ouvrant ainsi la voie à la théorisation d'un droit nouveau, *sui generis*, le « droit d'auteur ». On notera que, sur le plan dogmatique, tous les participants à la querelle ont pour but de parvenir à restaurer l'autorité de l'institution de propriété selon la lecture supposée fidèle qu'ils proposent de l'article 544, ébranlée par l'émergence de nouveaux objets auxquels elle s'applique mal, soit en les soumettant à son empire au risque de mettre sa cohérence conceptuelle en danger, soit en sauvant cette dernière au prix d'un resserrement de son domaine d'application. Cette seconde option est bien entendu la plus exigeante : pour ne pas se voir ramenée à une forme spéciale de pro-

1. Charles Comte, *Traité de la propriété, op. cit.,* II, p. 352-353.

2. Adrien Gastambide a écrit une *Histoire et théorie de la propriété des auteurs,* Paris, Cosse & Marchal, 1862, précédée d'un *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres, ou de la Propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture,* Paris, Legrand & Descauriet, 1837, qui fait de lui le premier auteur de langue française à avoir consacré un ouvrage systématique à cette matière.

3. Cette présentation du droit positif français au XIXe siècle est évidemment trop rapide, et ne rend compte ni des louvoiements sémantiques d'un législateur hésitant quant à qualification des droits des auteurs, ni de l'évolution de leur régime. On se reportera, pour deux approches historiques différentes, au premier volume du *Traité des droits d'auteurs* de Renouard, à l'introduction aux *Études sur la propriété littéraire, op. cit.,* de Laboulaye, et aux textes édités par ce dernier et Georges Guiffrey dans une *Introduction à la propriété littéraire au XVIIIe siècle. Recueil de documents publiés par le comité de l'Association pour la défense de la propriété littéraire et artistique,* Paris, Librairie Hachette, 1859. L'exposé des motifs du célèbre arrêt du Conseil d'État du roi de 1777, portant règlement sur la durée des privilèges en Librairie s'y trouve cité intégralement p. 143-147.

priété souveraine, le droit d'auteur doit en effet non seulement s'en distinguer du point de vue du régime juridique, mais aussi sur le plan proprement conceptuel.

On comprend que les jurisconsultes engagés dans cette dernière voie – au premier rang desquels celui qui nous accompagnera désormais parce qu'il est sans conteste le plus philosophe d'entre eux, Augustin Charles Renouard (1794-1878)[1] – aient fait du droit des auteurs sur leurs œuvres, dont personne ne nie qu'il soit la forme juridique d'une appropriation privative, le terrain d'expérimentation d'une conceptualisation inédite de la propriété, irréductible à la maîtrise souveraine et fort éloignée de l'appartenance patrimoniale. Certes, cette conceptualisation ne saurait dire son nom, puisque dans le contexte dogmatique de la querelle, le terme « propriété » est réservé au droit sur des choses *matérielles*. Pour désigner cette appropriation privative sans recourir à la qualification de propriété, Renouard évoque une *réservation de jouissance*. Ainsi, de même que la maîtrise souveraine se donne comme le fruit de la glose fidèle de l'article 544, que l'appartenance patrimoniale est une création doctrinale qui trouve son fondement dans le droit de la responsabilité et le droit des successions, la réservation de jouissance se présente comme le fruit d'une nouvelle branche du droit civil, que Renouard appelle le droit industriel.

3. L'INDUSTRIE ET SON DROIT

C'est à A.-Ch. Renouard[2] que la doctrine française doit l'expression « droit d'auteur », mais aussi, dans une large mesure, l'idée principale qu'elle exprime – la théorie des droits moraux – et sans doute, pour faire bonne mesure, la chose elle-même, en tant qu'il fut un des

1. C'est Nathalie Mallet-Poujol qui a attiré mon attention sur cet auteur, qu'elle en soit ici très vivement remerciée.

2. C'est en effet largement à lui qu'on doit la disparition progressive de l'expression « propriété littéraire » et son remplacement par celle de « droit d'auteur » qu'il est le premier, d'après Pierre Recht, à utiliser. Cf. P. Recht, *Le droit d'auteur. Histoire et théorie,* Paris, LGDJ, et Gembloux, Éditions Duculot, 1969, p. 52.

principaux acteurs du rejet par le droit positif de la notion de « propriété littéraire », aussi bien dans la législation, en tant que député[1], que dans la jurisprudence, en tant que conseiller, puis procureur général à la Cour de cassation[2]. Sa théorie du droit d'auteur voit le jour en 1837[3], mais elle s'inscrit dans un projet plus vaste qui lui confère sa signification architectonique, que Renouard n'exposera qu'en 1860 dans un ouvrage que nous connaissons déjà, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*[4].

Dans ce conflit qui oppose durant tout le siècle les « industrialistes » et autres « utilitaires » et les « spiritualistes », la position de Renouard est nuancée : il donne raison aux « industrialistes » et valide l'usage des méthodes nouvelles de la science économique par la science juridique pour ce qui concerne la production de biens matériels, mais refuse cependant de considérer que l'industrie puisse être le concept unificateur de tous les rapports civils. Le champ du droit industriel couvre exclusivement « les rapports légaux et juridiques qui se créent entre les hommes par la production des choses et par l'application des choses aux services humains »[5]. Le droit industriel est ainsi le droit de la production et des échanges : on aura reconnu sous cette présentation économique les deux branches du droit des biens, la propriété et les obligations.

1. C'est lui qui œuvre à faire enterrer le projet de reconnaissance des « propriétés littéraires » de Salvandy en 1839, puis le compromis de la Commission Villemain en 1841, qui refusait la chose, mais accordait le mot à Alphonse de Lamartine. Le 14 juillet 1866, le législateur, ayant l'occasion de renforcer les droits des veuves et des enfants des auteurs, s'abstient scrupuleusement de toute référence à la « propriété littéraire » pour se contenter d'évoquer le « droit des auteurs », entérinant la victoire définitive des théories de Renouard.

2. Un arrêt du 27 juillet 1887 consacre l'abandon de la théorie de la « propriété littéraire » et cite littéralement le *Traité du droit des auteurs* de Renouard en déclarant que « le droit d'auteur confère seulement un privilège exclusif d'exploitation commercial temporaire ». Bel hommage posthume !

3. Elle fait l'objet d'une présentation à la séance du 7 janvier 1837 de l'Académie des sciences morales et politiques, publiée sous le titre « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », dans la *Revue de législation et de jurisprudence,* Paris, Bureau de la rédaction, octobre 1836 - mars 1837, t. V, p. 241 à 274. Cet article sera noté A.-C. R., *ThDA* par la suite. Cette théorie est reprise, avec des additions, mais sans changement théorique notable, dans la troisième partie du monumental *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les arts*.

4. *Op. cit.*

5. A.-C. R., *DI,* p. 8.

Alors que, selon Zachariæ, la notion de patrimoine opère l'unification du droit des biens, c'est, selon Renouard, à celle d'industrie, ou de travail[1], que revient ce privilège. Plutôt qu'une branche nouvelle du droit civil, il convient donc de voir dans le droit industriel un prolongement du droit civil des biens, augmenté des droits des auteurs et des inventeurs, du droit commercial et de ce qu'on n'appelle pas encore le droit du travail. La primauté architectonique du Code civil est préservée.

On ne saurait cependant sous-estimer l'importance du réaménagement opéré par la substitution de l'expression droit industriel à la formulation traditionnelle de droit des biens. Tout d'abord, le droit industriel prétend offrir un principe de classement des types de législation[2], appuyant cette prétention sur sa destination ultime – la liberté – et sur les étapes qui conduisent à sa réalisation[3]. Surtout, faisant sienne l'identification de la liberté et de la propriété patrimoniale de soi – on se souvient que c'est à Renouard que nous devons la formule « tout être humain est un capital » –, celui-ci inclut dans le champ du droit industriel de nombreux éléments relevant traditionnellement du droit des personnes, de la famille, du droit pénal et de l'État[4], entraînant un bouleversement considérable de l'ordre d'exposition des matières qui n'est plus ni celui des *Institutes* (de Gaius) ni celui du Code civil, mais celui dicté, d'après notre auteur, par la nature même des matières traitées[5]. Enfin, revisitant les catégories classiques du droit des biens à la lumière de la notion d'industrie, Renouard nous propose une *divisio rerum* tout à fait inédite.

1. « L'industrie est le travail, non quand il se replie au-dedans de l'homme et ne s'exerce que sur la pensée, mais le travail appliqué par l'exercice extérieur des forces humaines » *(ibid.)*.

2. Première partie, *Du droit industriel dans ses rapports avec la législation générale,* chap. V à VII, « De l'esclavage », « Du régime de privilège », « Du régime de tutelle ».

3. « Le droit industriel est destiné à la liberté, il a dû passer auparavant par trois phases [...] esclavage ; privilège ; tutelle » (A.-C.R., *DI,* p. 20).

4. C'est l'objet de la seconde partie du traité : « Du droit industriel dans ses rapports avec le droit sur les personnes ».

5. Le droit industriel est ainsi considéré dans son rapport avec la législation générale, avec le droit des personnes, individuelles et collectives, puis dans son rapport avec les choses, matérielles et immatérielles.

4. DE LA DIVISION DES BIENS, QUI EST CELLE DES DOMAINES

Renouard est pétri de droit philosophique[1], et c'est peut-être à cette source qu'il puise la méfiance – qu'il partage avec Zachariæ et, au-delà, avec Kant – pour les confusions qui naissent de la polysémie du terme « chose » (la *res* romaine) et les réserves subséquentes qu'il exprime pour la division gaïenne des biens en choses corporelles et incorporelles. Le parallèle s'arrête cependant là, puisque si l'on trouve bien le terme « objet » sous sa plume, c'est pour désigner non pas les objets des droits que sont les choses corporelles et les personnes dans la terminologie kantienne, mais, dans leur plus grande généralité, tous les êtres qui peuplent le monde du droit et qui ne sont pas des personnes, c'est-à-dire les êtres qui « composent le domaine ouvert à l'exploitation et aux jouissances de chaque être humain »[2], par quoi il convient d'entendre les idées et les choses matérielles.

Ce remaniement appelle trois remarques : d'une part, l'objet n'est pas ici le *Gegenstand* kantien, objet pour le sujet qui le constitue en objet, mais un objet considéré en lui-même, ce que Kant appellerait une chose en soi pour estimer qu'elle est inconnaissable. De ce point de vue, nous sommes en deçà de la révolution copernicienne dans la théorie de la connaissance initiée par la publication de *la Critique de la raison pure :* c'est selon leur nature que les objets sont classés. En second lieu, ces objets ne sont pas nécessairement *objets de droit,* puisque l'expression recouvre des êtres qui, précisément, ne sont pas soumis *actuellement* à l'empire ou à la jouissance de l'homme, mais dont il suffit de préciser qu'ils pourraient l'être : ces objets ressortissent à l'ontologie générale. Enfin, les personnes ne sauraient être considérées comme des objets, et cette dernière assertion signe l'acceptation de la *summa divisio* gaïenne des personnes et des choses, des droits personnels et réels, à l'importante nuance près que dans la terminologie de Renouard ces choses sont des objets, et que cette catégorie n'inclut donc pas les droits

1. Il a suivi les cours de Cousin et de Jouffroy à l'École normale supérieure.
2. A.-C. R., *DI,* p. 208.

(*res incorporales* en gaïen), qui sont pensés par Renouard comme des rapports et non comme des êtres, mais qu'elle comprend par contre les idées, espèce incorporelle inconnue du droit romain.

Ce dernier point est sans doute l'élément le plus fécond de cette conception à la fois originale et claire de la division des biens, laquelle semble reprendre la distinction des *corporales* et *incorporales* non pas comme une spécification de la catégorie des *res*, mais comme division ultime des objets en matériels et immatériels :

> « Par ce mot [chose] nous n'entendrons que ce qui est corporel, matériel, directement perceptible par nos sens. Il reçoit fréquemment une signification plus vaste et peu définie. [...] La langue juridique parle des choses incorporelles et les définit [n. 1 *res incorporales sunt quæ tangit non possunt* ; *qualia sunt ea quæ in jure consistunt : sicut hæreditas, ususfructus, usus et obligationes quoquo modo contractæ. Instit. De rebus corp. et incorp.*] ; étendant ainsi à des droits, à des rapports, à des expressions de droits et de rapports une dénomination qui, renfermée dans son sens précis, n'y serait nullement applicable [...]. Nous n'adopterons pas ce langage et nous tâcherons de nous en tenir toujours au sens strict, hors duquel on est facilement entraîné par les habitudes et la commodité du discours. »[1]

En effet :

> « Si nous insistons sur ce point, c'est parce que nous aurons beaucoup à nous préoccuper de l'influence considérable que la différence de nature entre les idées et les choses exerce sur la constitution et la définition des droits. »[2]

Comme on le voit, Renouard ne confond pas les droits et les objets des droits, qu'il divise en corps et idées. Aussi parle-t-il moins de la nature des droits que de celle de leurs objets, c'est-à-dire du domaine de ces droits. On distinguera donc d'abord le domaine matériel, celui des droits ayant pour objet des objets matériels, et le domaine immatériel, qui désigne le monde des idées.

L'étape suivante dans l'élaboration de la division des biens, ou plus exactement des domaines, consiste à introduire le critère de l'appropriabilité. La pure logique voudrait que nous ayons quatre catégories

1. A.-C. R., *DI,* p. 207.
2. A.-C. R., *DI,* p. 208.

possibles de domaine : le domaine matériel approprié (ou appropriable), le domaine matériel inappropriable, le domaine immatériel approprié et le domaine immatériel inapproprié. Ce n'est cependant pas tout à fait ce qui se produit : Renouard appelle fort classiquement le domaine matériel approprié « domaine de propriété » et le définit comme l'ensemble des rapports juridiques gouvernés par l'article 544, dont il est le défenseur fervent et très orthodoxe glossateur. La catégorie des domaines matériel et immatériel inappropriables est qualifié par l'auteur de « domaine matériel universel » et de « domaine immatériel universel » ; les lois de la symétrie nous invitent donc à attendre que le domaine immatériel approprié soit qualifié de « domaine immatériel de propriété », en lieu et place de quoi on trouve un mystérieux « domaine privilégié » ou encore « domaine réservé »[1]. En s'extrayant de la division gaïenne des choses qui gouverne la conception souveraine de la propriété, Renouard voit dans les idées des objets de droit ; en se laissant, de plus, le loisir de penser un domaine inappropriable ou universel là où la conception patrimoniale de la propriété exclut cette possibilité, notre jurisconsulte ouvre une possibilité logique inédite où se loge la catégorie de « domaine immatériel appropriable », ou encore de biens immatériels. Pourtant, il évite consciencieusement de recourir aux vocables d'appropriation et de propriété, et préfère ceux de réservation et de privilège. Le sens de cet évitement est tout à fait clair : selon lui, l'appropriation des biens immatériels ne se conçoit pas comme celle des biens matériels. Les idées, pour être sous l'empire juridique de l'homme, ne sont pas objets d'un droit de propriété dans le sens que Renouard donne à l'article 544.

L'existence même de droits privatifs des auteurs sur leur œuvre littéraire ou scientifique nous apparaît donc, au premier abord, sous la forme d'un paradoxe : comment penser l'appropriation privative d'un domaine inappropriable par nature ? Comment penser une appropriation qui n'en soit pas une, qui ne soit pas celle que porte l'article 544,

1. La partie consacrée au domaine humain sera divisée en quatre livres : le premier traitera du domaine universel ; le deuxième, du domaine approprié ; le troisième, du domaine privilégié ; le quatrième considérera le domaine humain dans ses rapports avec les personnes individuelles ou collectives qui en sont les sujets, A.-C. R., *DI,* p. 208.

alors que la glose fidèle de la lette de cet article fournit, selon Renouard, le seul sens juridique qu'on puisse assigner au terme « appropriation » ? En refusant d'inscrire l'empire que les particuliers exercent sur leurs idées dans la même sphère que les biens matériels appropriables, Renouard se voit contraint de bâtir une conception alternative de la propriété et de lui trouver un nom qui évite qu'on la confonde avec le seul domaine qui mérite, selon lui, d'être qualifié de propriété, à savoir celui de l'homme sur les choses matérielles, tel qu'il est déterminé par l'article 544. Cette rigueur sémantique pourrait faire douter qu'il soit possible de voir dans ce *domaine réservé* une conceptualisation de l'institution de propriété au sens générique du terme, si Renouard ne précisait explicitement, et à plusieurs reprises, que dans son esprit le mot propriété ne désigne que le droit établi par l'article 544, et que le droit d'auteur, pour n'être pas de même nature, n'en est pas moins un droit privatif comportant une dimension patrimoniale, qui réalise donc bien, n'en déplaise à la terminologie adoptée, une appropriation privative des œuvres. C'est donc contre la lettre du *Traité,* mais en plein accord avec son esprit, qu'on décèlera dans ce *domaine réservé* une nouvelle conceptualisation de la propriété.

5. LE MONDE DES IDÉES

5.1. Le pneuma *moral*

La *summa divisio* des choses matérielles et des idées est avant tout physique, c'est celle des corps et des esprits, considérés par notre juriste du point de vue dynamique de leur conservation :

> « L'homme est une âme unie à un corps. Ni l'âme, ni le corps ne subsistent sans aliments extérieurs à eux : le corps, qui est une chose, les puise dans les choses ; l'âme dans les idées. »[1]

La thèse selon laquelle les âmes, tout comme les corps, ne contiennent pas en elles-mêmes le principe de leur conservation et qu'elles ne

1. A.-C. R. *DI,* p. 209.

sauraient dès lors échapper au principe d'entropie qui commande de trouver hors de soi les moyens de subsister, est de toute première importance puisqu'elle établit entre les âmes et le monde des idées un rapport analogue à celui qu'entretiennent les corps et le monde matériel, rapport d'un individu vivant à son milieu nourricier. Cette analogie permet de penser l'acquisition des nourritures spirituelles sur le même registre que celle des nourritures terrestres, l'appropriation, érigée en catégorie générique, désignant aussi bien le processus par lequel un esprit se cultive que celui par lequel un corps se conserve[1].

Les idées sont donc les aliments de l'âme, en l'absence desquelles cette dernière ne peut que dépérir. Aussi, faut-il considérer que :

> « Le monde d'idées au sein duquel nous naissons et vivons n'est pas notre œuvre ; il est notre domaine. »[2]

Cette thèse est de grande portée juridique, comme on le verra par la suite, mais elle est obscure. Au premier abord, elle suggère que, de même que l'homme, en tant qu'il est un corps, est placé par son Créateur dans un milieu naturel qui lui permet de pourvoir à ses besoins matériels, de même, en tant qu'être de raison, il trouve dans le monde des idées un milieu, « nature » où puiser les éléments requis pour la culture de l'esprit. Cette idée semble frappée au coin du bon sens : qui pourrait prétendre être à l'origine de toutes les idées qu'il a ? Aussi, à l'instar de ce qui se passe dans le monde matériel, les fruits du monde de l'esprit sont-ils à la disposition des esprits diligents :

> « Notre être intellectuel, auquel ces idées sont susceptibles d'aboutir, est maître de les appréhender, et de les faire entrer en lui comme en un laboratoire vivant où elles fermentent et se transforment. Elles deviendront nous, si nous usons de notre droit de nous en saisir. »[3]

Dans l'état de nature idéel selon Renouard, chaque être humain, lorsqu'il est maître de lui-même et par conséquent de son rapport au monde, possède un droit inné à l'appropriation des idées, à faire sienne

1. On notera au passage que cette idée est déjà chez Hegel et qu'on la retrouve chez Victor Cousin qui fut le professeur de Renouard à l'École normale supérieure.
2. A.-C. R., *DI,* p. 209.
3. *Ibid.*

une idée extérieure, processus par lequel les idées changent de nature en se confondant littéralement avec l'esprit qui se les assimile et pour qui cette activité est proprement vitale :

> « Dès nos premières sensations jusqu'à notre dernier souffle, un courant de pensées produites dans un nombre indéfini d'intelligences étrangères vient affluer vers notre intelligence, s'y infiltrer, s'y mêler. »[1]

C'est dire que l'esprit, toujours à l'instar du corps, n'est pas seulement un être de besoins passif ; c'est un opérateur de différenciation, par fermentation et transformation, ou encore de singularisation des idées : la même idée n'est pas assimilée de la même manière par deux esprits différents. Ce point est essentiel : la vie des esprits n'est pas seulement dans l'appropriation des idées communes, mais encore dans leur extériorisation sous une forme singulière, convoquant ainsi impérieusement la métaphore aérienne de la respiration pulmonaire, dont se tire la conséquence suivante : les idées ne sont propres à un esprit que lorsqu'elles se confondent avec son intériorité ; en tant qu'elles sont extérieures, elles sont à la disposition de tous, forment un milieu spirituel commun :

> « Tous se développent par les idées de tous : c'est l'atmosphère où s'aspire et s'expire l'air moral qui nous alimente. Cet air s'épure ou se vicie en passant par chaque individu, et en sort meilleur ou pire ; mais il ne s'absorbe en personne par une appropriation exclusive. »[2]

Cette disposition n'est pas seulement universelle, elle est tout à fait libre et inconditionnée, de sorte que l'activité vitale de l'esprit doit s'opérer sous le régime de la plus totale liberté[3] :

> « Notre libre respiration morale et intellectuelle suppose : que nous avons librement puisé au-dehors les pensées qui y circulaient ; que nous nous les sommes assimilées par une libre élaboration intérieure ; que nous les avons librement émises sans qu'aucune compression externe les ait refoulées en nous. »[4]

1. A.-C. R., *DI,* p. 210.
2. *Ibid.*
3. Liberté totale, mais pas sans bornes : « La parole, l'écriture, la presse, instruments d'émanation de la pensée, doivent être libres comme elle, mais jamais jusqu'à pouvoir impunément outrager, diffamer, corrompre. Libre dans son culte, on n'est pas libre d'offenser ou d'entraver le culte des autres, ni de semer le scandale » (A.-C. R., *DI,* p. 73).
4. A.-C. R., *DI,* p. 214.

L'état originaire dans le monde des idées est donc celui de la liberté la plus absolue de se cultiver, de réfléchir et d'exprimer des pensées. Cette liberté originaire est universelle, elle est donc la même pour tous, au moins en droit. Une nuance doit cependant être introduite à ce point du raisonnement : si tous les êtres humains sont égaux devant la liberté de se cultiver, de réfléchir et de s'exprimer, ils sont moins égaux sous le rapport de la valeur des idées qu'ils expriment. Dans ce sens, à la différence de ce qui se passe dans le monde matériel qui ne connaît que l'égale liberté innée à s'approprier toutes choses, et ne rencontre l'inégalité qu'avec la nécessité de protéger les droits acquis, l'inégalité des talents intellectuels ne requiert pas le recours au droit pour se manifester, elle est naturelle :

> « Tandis que dans le monde physiquement appropriable, les inégalités se lient au devoir moral et légal de ne pas toucher aux parts privativement réservées à d'autres personnes déterminées, l'inégalité dans la distribution des idées n'a ni les mêmes causes, ni les mêmes lois, ni les mêmes effets. Tous ont un droit égal à recevoir toutes idées, quelles qu'elles soient ; mais notre capacité bornée ne suffit qu'à nous en procurer quelques-unes ; et, comme l'inégalité des capacités individuelles est infinie, des dissemblances profondes existent dans le mode et l'étendue des acquisitions de chacun. Parce qu'on doit s'en prendre à soi de son infériorité de part, les hommes, en tant que membres du monde intellectuel, s'y classent par leur valeur intrinsèque beaucoup plus que par les hasards qui ne dépendent pas d'eux. »[1]

Il ne saurait en effet être question dans le monde des idées d'un quelconque droit de préférence, puisque tous peuvent disposer de tout, non plus qu'un droit de suite destiné à garantir à chacun le sien, puisque la loi naturelle de la vie de l'esprit commande que tout soit à tous. Ainsi, toute idée de justice distributive en matière de talent intellectuel serait absurde et dangereuse. Règne dans le monde des idées une égalité juridique simple, celle du libre accès aux idées, la distribution de leur valeur se faisant par la seule grâce des inégalités naturelles de talents.

1. A.-C. R., *DI,* p. 212.

Concluons ce point : les mondes matériel et immatériel sont des symétriques inverses. Dans le premier règne la plus stricte égalité originaire, qui est celle des corps et de leurs besoins physiques ; le second est originairement soumis à une stricte hiérarchisation, celle des esprits et de la valeur de leurs talents. Le monde matériel, soumis à la loi de la divisibilité de la matière et de la rareté des biens, dégénère en anarchie sans la protection du droit, tandis que l'ordre règne spontanément dans le monde infiniment abondant des idées.

La valeur intrinsèque des idées n'est donc pas instituée, elle ne requiert pas, comme c'est le cas pour les biens matériels, qu'on leur assigne un équivalent monétaire, en mesurant par exemple la valeur vénale qu'on peut retirer de la somme de ses usages, mais réside tout entière dans leur plus ou moins grande contribution à l'augmentation qualitative de la somme des idées disponibles pour d'autres esprits. Qu'est-ce qu'un grand esprit en effet ? C'est un esprit qui, plus qu'un autre, à partir d'une égale opportunité d'accès aux idées, opérera les transformations nécessaires à l'expression d'idées inédites, qui seront elles-mêmes le point de départ de nouvelles productions spirituelles, fécondes à leur tour ; tandis qu'un esprit moins riche exprimera des idées moins fécondes, plus vite oubliées, ou suscitant des idées nouvelles mais stériles, qui au total auront moins contribué à l'expansion de l'univers spirituel de l'homme. La valeur qualitative des idées est donc proportionnée à leur contribution à cette expansion, à leur productivité en matière d'utilités spirituelles, pourrait-on dire. Tandis que la valeur des biens matériels est liée à leur accessibilité et augmente avec leur rareté, c'est exactement l'inverse qui se produit pour les biens immatériels, qui sont inévaluables sous le rapport de leur disponibilité puisqu'ils sont infiniment abondants, mais dont la valeur réside dans la multiplicité d'usages intellectuels qu'ils sont susceptibles d'engendrer.

On ajoutera que la productivité d'une idée est bien évidemment liée à sa valeur intrinsèque, ou encore à l'attrait qu'elle exerce sur le plus grand nombre d'esprits libres d'en disposer. Mais ce n'est pas tout : en vue de contribuer le plus possible au développement spirituel de l'humanité, une idée doit pouvoir être saisie par de nombreux

autres esprits, ce qui n'est pas le cas de la grande majorité des idées exprimées :

> « La plus grande partie des communications intellectuelles, nées de nos innombrables relations en dehors de nous, fuient et passent, alors même que l'éclair de leur apparition a opéré des modifications profondes et des impressions ineffaçables. Toute cette vaste consommation de la pensée surgit et disparaît, se métamorphose, se renouvelle, non sans d'immenses résultats, mais sans laisser d'elle d'empreintes discernables, et aptes à la perpétuer sous une forme déterminée. »[1]

Certaines idées ne marquent pas les esprits qu'elles traversent, tout au plus laissent-elles une trace, une impression fugace, indiscernable, trop évanescente pour être proprement identifiée, répertoriée et réutilisée comme telle par l'esprit qui lui accorde l'hospitalité. En tant qu'elles sont indiscernables, les idées constituent des flux idéaux qui échappent pour l'essentiel à la conscience des esprits qu'ils irriguent, faute de pouvoir être perçus autrement que comme un amas spirituel mouvant dont les éléments ne se distinguent pas les uns des autres. Il existe donc dans le monde des idées une *summa divisio* ontologique de toute première importance, qui oppose les idées discernables et celles qui ne le sont pas, celles qui ne laissent que des traces et celles qui laissent des marques ou des empreintes selon qu'elles ne sont que des impressions ou qu'elles apparaissent à l'esprit qui les reçoit sous une *forme déterminée* qui permette de les identifier.

Avec cette nouvelle distinction, nous entrons de plain-pied dans le monde du droit, par la même porte que celle par laquelle les biens matériels y firent leur entrée, à l'époque archaïque : *la marque*. Les idées fugaces et les impressions qu'elles produisent, pour fondamentales qu'elles soient dans la constitution de l'individualité spirituelle de chacun, ne sauraient en effet être considérées comme un objet juridique, faute précisément de pouvoir être discernées. Aussi, la distinction des idées fuyantes et des idées discernables trace en même temps la frontière entre l'ontologie générale et l'ontologie proprement juridique : seules ces dernières peuvent prétendre être des objets pour la science du droit.

1. A.-C. R., *DI,* p. 210.

5.2. La formation des idées

On distingue les idées qui laissent des impressions de celles qui laissent des empreintes (ou des marques) par la « forme déterminée » que revêtent ces dernières. En tant qu'elles sont des impressions, les idées sont des flux qui traversent de très nombreux esprits en même temps, sans qu'il soit jamais possible de distinguer avec précision quelles idées composent ces flux, tandis que les idées formées, parce qu'elles sont discernables, autorisent la reconstitution de leurs parcours, jusqu'à leur lieu de naissance dans l'esprit qui le premier les a exprimées sous cette forme précise et déterminée. Non seulement la formation des idées, c'est-à-dire l'assignation à une idée d'une forme permanente, permet de différencier ces dernières des impressions, mais elle permet surtout de les attribuer à l'esprit singulier qui, le premier, leur a donné cette forme.

5.2.1. L'idée et son expression

Qu'est-ce que la forme d'une idée ? C'est un agencement singulier, déterminé et stable, purement idéel, qui prend naissance dans l'intériorité de l'esprit et rend ainsi possible son expression extérieure. Ainsi d'une idée qui serait seulement conçue dans l'esprit de son auteur sans que ce dernier lui ait conféré une quelconque forme sensible, celle d'un écrit ou d'un dessin. Il faut donc distinguer, d'autant plus soigneusement que Renouard n'est pas explicite sur ce point, la forme purement idéelle de l'idée, sa forme intelligible pourrait-on dire, et la forme sensible de son expression, les sons, les traits, les couleurs qui traduisent la forme intelligible et la rendent accessible à des tiers. La forme intelligible est le mode d'être des idées discernables dans l'intériorité de l'esprit qui les conçoit, puis les exprime en les associant à la forme sensible qui les rend communicables aux autres esprits.

La distinction de la forme intelligible et de la forme sensible de l'expression permet d'esquisser une typologie : on trouve des idées formées qui ne sont pas exprimées et qui n'existent par conséquent que

dans l'esprit de leur concepteur, on trouve aussi des expressions informes (bruits, cris, gribouillis), des expressions formées qui ne traduisent aucune forme intelligible – comme le ferait un texte écrit dans le vocabulaire d'une langue connue, mais que ne gouvernerait aucune syntaxe. Il existe enfin des idées dont l'expression cherche à manifester adéquatement une forme intelligible. Dans ce dernier cas, l'idée exprimée est donc deux fois informée, puisque la forme sensible de l'expression manifeste une forme intelligible. Selon Renouard, c'est à ce dernier type qu'il convient de réserver la qualification d'*œuvre* de l'esprit.

Il faut donc souligner que, pour Renouard, une œuvre n'est pas une simple forme sensible et que l'œuvre ne saurait se définir comme un véhicule d'information au sens large ; c'est une forme sensible manifestant une forme intelligible, un agencement conceptuel cohérent et stable. C'est donc bien parce qu'elle est l'expression d'une création de l'esprit, fruit unique d'une transformation inédite des idées communes par un esprit singulier, que la forme sensible d'une idée discernable peut être considérée comme l'œuvre de celui qui l'a produite. On trouvera cette définition trop étroite pour rendre compte de nombre d'œuvres contemporaines. La définition de l'œuvre selon Renouard ne renvoie en effet ni à la sémiotique, ni aux théories économiques de l'information, mais bien à la métaphysique de l'esprit, souverain créateur de formes inouïes. Selon Renouard, on pense avant d'écrire, on voit avant de peindre. Mais son propos est ici moins de traiter systématiquement les problèmes liés à l'articulation du langage et de la pensée que de fournir une base solide à une conclusion juridique forte : les idées d'un auteur n'ont d'existence juridique que lorsqu'elles sont exprimées, ou encore, seules les œuvres intéressent le droit.

Cette dernière conclusion est un peu rapide. Est-il vrai que les idées conçues sans être exprimées n'existent pas pour le droit ? Ne peut-on dire, dès lors que ces idées existent et sont discernables, puisqu'elles sont dotées d'une forme intelligible, qu'elles appartiennent à leur auteur et que si ce rapport d'appartenance n'est pas juridique, il conditionne l'accès à la propriété des œuvres ? Comment, en effet, comprendre que telle ou telle œuvre est celle de son auteur si les idées

qu'elle exprime ne sont pas les siennes ? Aussi, plutôt que de souligner l'inexistence des objets intérieurs pour le droit, ne serait-il pas plus exact de pointer, comme le fait Hegel, l'existence d'une « propriété interne » de l'esprit sur ses idées, et que par conséquent le secret, ou droit que chacun a de ne pas exprimer ses idées, est la première forme juridique d'appropriation privative des biens immatériels[1] ? Comme on l'a vu, telle est l'opinion que défend Hegel, qui ajoute néanmoins que cette appropriation ne concerne pas le droit strict[2]. Telle semble être aussi la position de Renouard :

> « Les idées, tant qu'on les retient au-dedans de soi, sont des attributs ou des modalités de l'esprit qui les conçoivent ou les reçoivent, et elles n'ont pas à compter avec le droit. »[3]

Mais là où Hegel évoque une « propriété interne », Renouard refuse de considérer que les idées sont la propriété de l'esprit qui les conçoit : les idées sont les *propres* de l'esprit, pas sa *propriété*. En effet,

> « Propriété dans sa signification première, origine des autres emplois de ce mot, s'entend de ce qui, inhérent et essentiel à un être animé, à une chose, à une conception de l'esprit, les distingue de toute autre personne, de toute autre chose, de toute autre idée. Vouloir librement est le propre de l'homme ; sentir, se mouvoir est le propre de l'animal ; être étendue, divisible est le propre de la matière. En d'autres termes, la liberté est une propriété de l'homme ; le sentiment et la locomobilité sont des propriétés de l'animal ; l'étendue, la divisibilité sont des propriétés de la matière. L'analogie, élargissant cette acception primitive, a conduit à dire de notre champ, de notre vêtement, de notre meuble qu'ils sont nos propriétés ; que notre droit exclusif sur ces objets est un droit de propriété. Propriété en ces cas signifie appropriation. Ces objets ne nous sont pas naturellement et essentiellement propres, ils nous sont devenus propres ; ils nous sont appropriés »[4].

Le propre n'est pas la propriété ! On voit ici tout ce qui sépare Renouard des partisans des « propriétés littéraires », que ces dernières

1. C'est la thèse que défend Michel Vivant, M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles,* Paris, Ellipses, 1997, p. 16.
2. *Principes…, op. cit.,* § 43 R, p. 133.
3. A.-C. R., *DI,* p. 213.
4. A.-C. R., *DI,* p. 226.

soient conçues sur le mode de la maîtrise souveraine ou de la propriété patrimoniale : non seulement les idées, parce qu'elles sont intérieures, ne sont pas susceptibles d'appropriation, mais elles ne sont pas même des biens patrimoniaux au sens que Zachariæ pourrait donner à ce terme : les idées, même discernables parce que conçues dans une forme déterminée, se confondent avec l'esprit qui les pense ; elles relèvent donc entièrement de l'être, sans qu'il soit utile, ou même possible, de donner à cette identité la forme de l'avoir. La distinction ontologique des propres et de la propriété gouverne, chez Renouard, l'opposition de l'intérieur et de l'extérieur, qui est celle de la substance pensée et de la substance étendue, de la personne et des choses, de l'être et de l'avoir. On peut donc dire que les idées intelligibles formées dans l'esprit de leur auteur sont les propres de cet esprit et que pour cette raison il ne saurait se les approprier. L'appropriation juridique suppose une extériorité qui ne commence qu'avec la publication de l'idée, l'association de la forme intelligible avec une forme sensible dans l'œuvre comprise comme expression d'une idée.

De plus, les expressions informes (cris, bruits, gribouillis...) ou les formes sensibles qui ne traduisent aucune idée (signes sans signification) n'intéressent pas plus le droit que les idées non exprimées. Si l'on se reporte à la typologie précédemment esquissée, il faut conclure que ni les idées (formes intelligibles) considérées en elles-mêmes, ni les expressions (formes sensibles) qui n'expriment aucune forme intelligible ne sont des objets pour le droit, qui ne connaît décidément que les *œuvres,* la forme sensible dans laquelle s'exprime la forme intelligible déterminée d'une idée.

Cette dernière conclusion appelle une précision. Il est ici question des œuvres elles-mêmes et non pas de leur éventuel support matériel :

> « Exprimées par la parole ou l'écriture, par gestes, signes, dessins, emblèmes et devenues ainsi un instrument d'action sur autrui à qui elles apportent peine ou plaisir, utilité ou dommage, elles [les idées] tombent sous l'empire du droit, et leur communication, bonne ou mauvaise ou indifférente, est licite ou illicite, gratuite ou salariée, rémunérable ou punissable. »[1]

1. A.-C. R., *DI,* p. 214.

Le droit se saisit des idées dès qu'elles deviennent publiques, quel que soit l'instrument de leur publication. Un discours oral partage avec un discours écrit ce caractère public et, sur le plan juridique, l'un et l'autre ont le même statut d'idées exprimées sous une forme sensible (le discours). Tout au plus diffèrent-ils du point de vue des modes de preuve dans l'établissement de cette publicité et dans l'attribution des idées à un auteur, la volatilité des paroles orales (tant que le discours n'est pas retranscrit) ne permettant pas d'accéder au degré de certitude que confère l'existence de l'écrit.

De ce que la différence entre expression publique orale et écrite ne change pas le caractère public de l'idée exprimée, mais seulement les modes de la preuve de cette publicité, on peut poser le principe que le moment constitutif de l'entrée des idées dans le monde du droit est celui de leur publication, indépendamment du mode de cette publication[1]. Notons au passage que cette définition permet de rendre compte des idées exprimées lors des représentations théâtrales[2] ou des compositions musicales[3], qui sont des cas un peu particuliers qui posent certes quelques difficultés pratiques spécifiques, mais qui ne dérogent pas, quant aux principes, aux règles générales de la communication des idées.

1. Le cas limite est celui des droits d'un auteur sur un ouvrage dont il serait donné lecture, ou, dans les termes de Renouard : « Serait-ce porter atteinte aux droits du privilège que de donner à prix d'argent, lecture de l'ouvrage ? » Sa réponse est la suivante : « En thèse de droit, l'affirmative n'est pas douteuse. Que, par exemple, l'auteur d'un ouvrage ait jugé à propos de ne le vendre qu'à très haut prix, et de ne le publier qu'à un très petit nombre d'exemplaires, si des spéculateurs rassemblent un auditoire payant pour lui communiquer l'ouvrage par la lecture, ils porteront atteinte au privilège par ce mode d'exploitation. Mais on comprend qu'en fait la preuve du préjudice ne serait pas facile à établir ; et un auteur qui réclamerait contre une telle lecture publique ne pourrait espérer réussir que s'il démontrait que c'est à raison de la communication orale de son ouvrage qu'une recette a été perçue. L'atteinte portée aux droits de l'auteur serait infiniment plus grave, et le préjudice beaucoup plus évident, s'il s'agissait d'un ouvrage encore inédit. Les tribunaux devraient, en ce cas, condamner une lecture publique alors même qu'elle n'aurait pas été faite à prix d'argent et dans des vues de spéculation ; car une première publication faite sans la participation d'un auteur viole ouvertement le plus sacré de tous ses droits, celui d'être le maître absolu de la première émission qui convertit sa pensée privée en une pensée publique ; droit éminemment respectable, et qui ne touche pas seulement des intérêts pécuniaires, puisqu'il peut engager, au plus haut degré, la réputation de l'auteur, et souvent même sa conscience » (A.-C. R., *TrDA,* II, p. 66).

2. Cf. A.-C. R., *TrDA,* II, n. 25, p. 61 *sq.*

3. Cf. A.-C. R., *TrDA,* II, n. 27 à 29, p. 67 *sq.*

5.2.2. L'idée exprimée et son support

Du point de vue de sa valeur spirituelle, des utilités intellectuelles qu'elle est susceptible de procurer, une œuvre est fonction de la quantité d'esprits qui s'en saisissent pour produire à leur tour de nouvelles et fécondes idées, de sorte que la valeur des idées n'est pas seulement fonction de leur productivité spéculative intrinsèque, mais encore de leur mode matériel de diffusion, des moyens techniques dont dispose l'humanité pour les faire connaître au plus grand nombre. De ce point de vue, l'histoire universelle de l'esprit a connu deux grands tournants : l'invention du livre et celle de l'imprimerie. Livrée à elle-même dans la communication orale des esprits, l'idée exprimée peut tout au plus prétendre laisser des impressions nécessairement fugaces dans la mémoire fatalement défaillante de celui qui s'en saisit. Écrite (ou dessinée), soutenue par un support matériel qui lui confère ses caractères de stabilité et de pérennité, elle reçoit une marque distinctive durable qui lui permet de se conserver à l'identique, sous sa forme originelle, à l'abri des injures du temps : l'œuvre acquiert là son *authenticité,* accédant ainsi à une temporalité inédite, le sempiternel présent dans lequel elle est désormais indéfectiblement associée à son créateur.

Quant à l'invention de l'imprimerie, elle symbolise l'avènement de l'infinie reproductibilité des supports matériels des idées exprimées. Du livre au livre imprimé, c'est bien une nouvelle révolution qui s'opère dans le monde des idées exprimées, puisque ces dernières, de pérennes qu'elles étaient, deviennent véritablement immortelles[1]. L'imprimerie réalise donc l'union éternelle de l'idée, de l'œuvre et de son support, de la forme intelligible de l'idée, de la forme sensible de son expression et de la forme physique de son support. Tel est le contexte qui encadre la réflexion de Renouard.

Il ressort de cette esquisse d'histoire de l'esprit que le droit ne connaît ni les idées considérées dans leur forme intelligible, ni le support matériel et occasionnel de leur expression (le livre), mais la forme

1. « Les idées n'étaient, dans les premiers âges du monde, conservées que par la tradition : l'écriture et les arts ont centuplé leurs chances de durée et leurs facilités de propagation ; l'imprimerie les a rendues impérissables » (A.-C. R., *DI,* p. 211).

sensible de cette expression, le discours ou l'image en tant qu'ils représentent la forme intelligible de l'idée elle-même. De plus, les idées considérées comme des propres de l'esprit qui les pense ne sont pas la propriété de cet esprit. La propriété, en effet, ne qualifie pas les propres mais les objets extérieurs appropriés, l'auteur n'est donc pas propriétaire de ses idées avant que celles-ci aient été exprimées. Selon Renouard, et l'on trouve ici confirmation de son interprétation de l'article 544, on n'est propriétaire au sens juridique du terme que des biens extérieurs, c'est-à-dire matériels, qui ne se confondent pas avec des attributs ou des modes essentiels de l'esprit, siège de la pure intériorité de la personne. Aussi faut-il comprendre que s'approprier des choses matérielles, c'est, réellement ou par analogie, les faire siennes en les intériorisant, tandis qu'exprimer des idées, produire une œuvre, c'est, symétriquement et inversement, extérioriser des propres, se déprendre de certains éléments constituant un mode d'être de l'esprit même, pour leur donner une existence indépendante parce que extérieure.

Par conséquent, dans le monde des idées, le mode d'acquisition des droits sur des objets ne saurait se confondre avec les modes d'acquisition de la propriété en vigueur dans le monde matériel : Renouard peut bien considérer les auteurs comme étant des travailleurs au même titre que les travailleurs manuels qui s'approprient la matière, ces travaux diffèrent par leur nature même : à l'*appropriation* d'une extériorité matérielle correspond chez l'auteur d'une œuvre de l'esprit un travail de *dépropriation,* d'extériorisation de ses propres. La dépropriation se présente comme l'acte volontaire d'exprimer publiquement, sous une forme sensible (discours, image...), communicable aux tiers, une idée discernable parce que dotée d'une forme intelligibile déterminée dans l'esprit de son auteur. Cet acte volontaire doit être toujours absolument libre, le créateur étant inconditionnellement maître de publier, ou pas, les idées qui lui sont propres.

Pour Renouard, donc, le droit, dont la source est le travail de l'auteur, son industrie, est constitué par l'acte volontaire de dépropriation et ne porte ni sur l'idée en propre, ni sur le support matériel contingent de l'idée exprimée, mais sur la forme même de cette expression, le discours ou le tableau, qu'on se gardera donc de confondre avec l'idée

qu'ils expriment, autant qu'avec la toile ou le livre qui les accueille. Où l'histoire de l'esprit selon Renouard s'avère être une véritable machine de guerre contre les « propriétés intellectuelles ».

6. UNE OBJECTION, LA MAÎTRISE DU MANUSCRIT

À ce point du raisonnement, on pourrait objecter à la démonstration de Renouard qu'elle passe un peu vite de l'expression de l'idée à sa communication publique, et qu'il y a là non pas un, mais deux moments : celui où (dans le cas, typique, du livre) l'idée conçue est consignée dans un manuscrit, et celui où le manuscrit est divulgué au public sous la forme d'un livre imprimé, de sorte que si l'idée en tant que telle ne regarde effectivement pas le droit, le manuscrit non publié est un corps certain et tangible, propriété de son auteur, au sens de l'article 544, par droit naturel d'accession aux fruits de son travail, donc soumis au domaine absolu de l'auteur, indépendamment de sa publication sous la forme d'un livre imprimé. C'est en tout cas ce que pense Édouard Laboulaye (1811-1883) :

> « Ce qui constitue une œuvre littéraire, répète-t-on tous les jours, c'est l'idée ; or cette idée [...] elle ne vous appartient pas, vous l'avez empruntée à ce fonds commun qui est à tous les hommes, par conséquent, vous ne pouvez pas vous l'approprier sans injustice. [...] Les idées, dit-on, sont un fonds commun que je m'approprie au préjudice de la société. Je le nie ; je me sers des idées qui sont en circulation, mais je n'en fais pas ma propriété. Les idées sont de ces choses communes qu'il est aussi impossible de s'approprier que l'eau de l'océan ou l'air du ciel. L'homme qui tire le sel de la mer, celui qui emploie l'air à faire tourner un moulin, ont su se créer une richesse particulière ; cela empêche-t-il personne d'user de ces réservoirs inépuisables, et parce que l'air appartient à tout le monde chacun a-t-il le droit de s'emparer de mon moulin ?
>
> « Il en est de même pour un livre, avec cette différence que non seulement l'œuvre littéraire n'appauvrit pas le fonds commun, mais qu'elle l'enrichit. »[1]

1. É. Laboulaye, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre…, op. cit.,* Introduction, p. XXXIII et XXXIV.

La citation vise explicitement la doctrine de Renouard, dont les talents de jurisconsulte sont vantés quelques paragraphes plus haut, et lui oppose celle des propriétés littéraires, comme droit perpétuel sur un *corpus*, le manuscrit, et sur ses fruits. Selon Laboulaye, la valeur de l'œuvre, qui se mesure en utilités matérielles, est dans le manuscrit, bien matériel économiquement exploitable puisqu'il est rare, et non dans les idées qui sont inappropriables :

> « Il est inutile de démontrer que, dans son principe, la propriété littéraire ressemble, à toutes les autres. [c'est...] l'application la plus élevée de l'intelligence humaine, personne ne conteste que l'œuvre de l'auteur ne soit infiniment respectable, personne non plus ne peut nier qu'il y ait là une création de valeur considérable [...]. Prenons un livre : cette œuvre représente deux choses distinctes et parfaitement reconnaissables, les idées de l'auteur, la forme qu'il a donnée à ces idées, forme qui n'a d'existence matérielle que par le manuscrit et de valeur commerciale que par l'impression. »[1]

La nature immatérielle des idées n'interdit pas l'application stricte du régime de la propriété matérielle, celui de l'article 544, au support matériel de leur expression ; il est par conséquent inutile de changer de conception de l'appropriation privative, le droit de propriété portant sur la valeur d'un corps certain – ici, le manuscrit. Sur le plan doctrinal, les œuvres, parce qu'elles trouvent fort bien leur place dans la division gaïenne des choses, ne posent aucun problème sérieux à la théorie de la propriété reçue par la doctrine dominante, et sur le plan pratique il suffit de leur appliquer le droit existant. On opposera le caractère spécial du droit d'auteur, que Laboulaye accorde, mais qu'il estime lié au mode d'exploitation du bien, et non à la nature du droit[2].

En considérant que la propriété a pour objet le manuscrit lui-même, c'est-à-dire un bien matériel rare, Laboulaye reconnaît à

1. E. L., *EPL,* p. XXIX et XXXI.

2. « Qu'est-ce que le droit de reproduire et de multiplier un livre, sinon le droit de tirer des fruits de ma chose, par conséquent un véritable droit de propriété ? Les fruits sont différents des fruits de la terre, cela est vrai, et on ne les obtient pas de la même façon, en sont-ce moins des fruits ? Tout ce qu'on peut conclure de ces différences, c'est que la propriété littéraire diffère de la propriété ordinaire par son usage et par ses fruits ; il n'en résulte pas moins que ce ne soit point une propriété » (E. L., *EPL,* p. XXXIX).

l'auteur le droit de retenir sa diffusion et de la monnayer. Renouard accorde certes que l'auteur est inconditionnellement libre de décider de publier ou pas son œuvre, mais conteste, une fois la décision de publication prise, l'idée même d'un mécanisme de réservation qui transformerait une communication par définition universelle (puisque le droit de chaque esprit à disposer librement de l'idée que contient l'œuvre est constitué dès publication) en diffusion sélective, donc exclusive, qui aurait pour résultat de produire artificiellement de la rareté dans le monde naturellement infini et abondant des idées :

> « L'émission de la pensée ne saurait avoir lieu que par sa réalisation sous une forme matérielle quelconque, la parole, la peinture, l'écriture. Si l'auteur veut faire connaître sa pensée, il faut absolument qu'il la livre. Cette pensée, une fois livrée, pénètre les intelligences auxquelles elle parvient, non parce que l'auteur y consent, mais par cela seul qu'il l'a émise. Il n'est pas possible que d'autres conditions soient faites. Donner et retenir sa pensée est une impossibilité, un non-sens ; et nul n'est maître de diviser par la puissance de sa volonté, ce qui, par nature, est indivisible. Il n'y a pas d'hypothèse de raisonnement qui puisse prévaloir contre une aussi évidente réalité. »[1]

On opposera au raisonnement l'hypothèse du recours aux techniques de codage, dont on accordera qu'elles sont aussi vieilles que l'expression des idées elles-mêmes, ou d'éventuelles clauses de confidentialité dont le respect conditionnerait l'accès à l'idée exprimée et qui lieraient par conséquent les tiers assez heureux ou assez riches pour avoir le privilège d'y accéder. Ces hypothèses renvoient toutes à la distinction de l'expression publique de l'idée et de sa mise à la disposition de tous, et invitent à concevoir un public qui pourrait n'être pas universel. Faudrait-il dire que Renouard a sous-estimé l'habileté des hommes à créer artificiellement une situation de manque en imposant conventionnellement le secret là où la nature des choses elle-même ordonnait l'abondance ?

Aux yeux de Renouard, cette objection est sans fondement parce que l'expression de l'idée et sa communication sont, pour lui, les deux

1. A.-C. R., *ThDA,* p. 258-259.

faces d'une même activité. Sans doute peut-on, comme Zachariæ, Demolombe et tant d'autres lecteurs de Pothier[1], se poser la question de savoir si le manuscrit, non publié mais destiné et prêt à l'être, trouvé dans le tiroir de l'écrivain décédé, fait partie de son patrimoine, mais on peut répondre positivement à cette question sans invoquer la propriété souveraine de l'auteur, et estimer que les droits patrimoniaux des héritiers devront transiger avec ceux du public. Ces droits sont constitués dès que les idées sont couchées sur le papier, où elles revêtent une forme sensible, le discours, qui les rend extérieures, indépendantes de leur auteur, objets des droits de jouissance du public. L'existence même du manuscrit prouve et réalise la dépropriation. Sans doute l'auteur, et à défaut ses ayants droit, ont-ils aussi des droits de pleine mais insignifiante propriété sur le manuscrit, objet tangible composé de papier et d'encre, mais le discours que contient ce manuscrit ne leur appartient plus, il est à la libre disposition du public[2].

On opposera à cette thèse qu'il faut bien que l'auteur ait la propriété du discours lui-même, puisqu'il doit pouvoir non seulement choisir librement de le publier ou pas (droit de divulgation), mais encore se voir reconnaître celui de le modifier (droit de correction) et même de le retirer de la circulation (droit de repentir). C'est ce que fait Laboulaye, pour qui la propriété du manuscrit implique tellement

1. « Les manuscrits qu'un homme d'esprit a composés dit-il, ne doivent pas être compris dans l'inventaire, ce sont choses inestimables, qui ne sont pas censées faire partie d'une communauté de bien ni même d'une succession [...] De la commun., n° 682 ; introd. au titre X de la cout. d'Orléans, n° 96. » Pour une solution *contra,* cf. Zachariæ, *supra,* chap. IV.

2. Cette distinction du manuscrit et du discours est chez Kant, mais il est aisé de prouver que Renouard ne s'en est pas inspiré, puisque dans sa première dissertation il attribue à tort au philosophe de Königsberg une thèse toute différente qu'il critique, et ne reconnaît son erreur que l'année suivante, en 1838, lors de la publication de son *Traité* : « Dans le mémoire lu à l'Institut en 1837, j'ai une seule fois parlé de l'opinion de Kant, p. 258, *Revue de législation et de jurisprudence,* et j'en ai parlé à contresens. J'avais eu le tort de m'en rapporter à des citations incomplètes, qui m'avaient donné une idée fausse de sa théorie. Elle repose, ainsi que le lecteur a pu en juger, sur une argumentation dont la déduction logique ne peut être saisie que lorsqu'on l'étudie dans son ensemble » (A.-C. R., *TrDA,* III, p. 439). Il ressort de cette amende honorable que lorsque Renouard critique Kant en 1837, c'est à contresens, puisqu'il est en fait d'accord avec lui quant à la définition du livre, mais aussi que son opinion était déjà formée et sa théorie écrite quand il a découvert la véritable doctrine du maître allemand, en 1838.

celle du discours qu'il contient que la distinction même en devient spécieuse :

> « La propriété consiste [...] toujours dans un objet certain, dans une chose matérielle, qu'on peut donner, vendre, échanger : cette chose, c'est le manuscrit. [...] Prenons un livre ; cette œuvre représente toujours deux choses distinctes et parfaitement reconnaissables : les idées de l'auteur, la forme qu'il a donnée à ces idées, forme qui n'a d'existence matérielle que par le manuscrit, et de valeur commerciale que par l'impression. [...] Cette distinction de la forme et de l'idée est bien simple ; cependant, c'est de la confusion de ces deux choses qu'on s'autorise pour nier la propriété littéraire. »[1]

On voit ici tout ce qui sépare les doctrines de nos deux auteurs. Alors que Renouard distingue la forme intelligible, la forme sensible de l'expression (l'œuvre) et son support matériel, Laboulaye se contente de distinguer l'idée et le manuscrit qui la représente, la forme intelligible et la forme matérielle, qui est tout à la fois expression et support de l'idée. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il a recours à la notion de *texte,* qui désigne l'union du discours et du manuscrit :

> « Le texte d'un livre représente les idées les plus hautes, mais en soi c'est une chose matérielle et dont le créateur n'est jamais douteux. »[2]

Ce qui distingue l'idée conçue et l'idée exprimée selon Laboulaye, c'est que la seconde est une représentation de la première, représentation qui lui confère précisément sa forme matérielle, tangible, le texte. On ne saurait par conséquent distinguer l'expression sensible d'une idée (le discours) de son support matériel (le livre) comme le prétend Renouard pour qui le manuscrit n'est que l'instrument muet de la communication des œuvres, expression sensible des idées.

Il reste que non seulement Renouard ne nie pas l'existence des droits de divulgation, de correction et de repentir de l'auteur sur ses œuvres, mais on peut même dire qu'il est le premier à les avoir hissés au rang de catégorie juridique à part entière, celle de *droits moraux*, quoique l'expression elle-même n'apparaisse pas sous sa

1. E. L., *EPL,* p. XXXI-XXXII.
2. E. L., *EPL,* p. XXXV.

plume[1], droits personnels qui trouvent leur fondement dans le droit de la responsabilité civile et pénale qui s'attache à l'expression publique d'opinions, et en aucun cas à la propriété :

> « L'œuvre littéraire engage au plus haut degré la personnalité, l'individualité de l'auteur. Une responsabilité morale, et même légale, s'attache à la publication d'un livre. La plus stricte justice commande de laisser l'auteur maître de l'émission de ses idées : rien ne doit faire obstacle à ce qu'il les reprenne, les complète, les retouche, les modifie. Il faut qu'il ménage et combine, ainsi qu'il le voudra, la publication des œuvres auxquelles sa renommée et sa conscience sont attachées, et qu'il demeure l'arbitre absolu de ses communications intellectuelles avec le public. »[2]

Dès lors qu'ils sont personnels, ces droits n'entrent plus en conflit avec les droits du public : ce dernier est en effet fondé à revendiquer la pleine jouissance intellectuelle des œuvres publiées, à la condition qu'elles l'aient été volontairement et qu'elles puissent être assumées par leur créateur comme lui étant propres. Sans doute la reconnaissance de la propriété des propres garantirait aux auteurs la maîtrise spirituelle de leurs œuvres, mais le droit personnel, pour une protection équivalente, présente l'avantage de ne pas mettre en cause les droits de jouissance du public (qu'est-ce qu'une propriété dont tout le monde peut jouir ?). Du point de vue théorique, la possibilité de fonder les droits moraux sur la responsabilité personnelle de l'auteur interdit que l'on déduise un quelconque droit de propriété littéraire de leur seule existence : la reconnaissance des droits de retrait de divulgation ou de correction n'emporte pas celle d'une quelconque « propriété » littéraire.

Par contre, l'existence de ces droits permet de mettre au jour un aspect important de la dépropriation. En publiant ses idées propres un auteur les extériorise, mais cette extériorisation ne signifie cependant pas qu'il rompe tout lien juridique avec l'idée exprimée. Revêtant désormais une forme sensible, accessible *ipso jure* à tous, l'auteur choisit

1. Sur la genèse du droit moral, cf. S. Strömholm, Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, Strömholm, Norstedt & Söners, 1966, et Georges Michaelides-Nouaros *Le droit moral de l'auteur. Étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Paris, A. Rousseau, 1935.

2. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 474.

de grever son œuvre des droits de jouissance du public, mais il n'en conserve pas moins un lien spirituel avec les idées dont il est le créateur, qui restent siennes après qu'il les a exprimées, qui lui sont à ce titre attribuées. La forme juridique de ce lien est, eu égard à sa nature spirituelle, un droit personnel. La dépropriation ne constitue donc pas un mécanisme d'accession à la propriété de l' « expression-propre » de l'idée, mais elle ouvre à des droits personnels dont l'objet est la forme sensible de la forme intelligible de l'idée, l'œuvre elle-même. Ces droits personnels contiennent le droit de divulgation, de correction et de retrait, mais ne contiennent pas celui de retenir la diffusion de l'idée, de la communiquer sélectivement à des fins purement vénales.

On voit ce qui sépare Renouard aussi bien des partisans de la reconnaissance de propriétés littéraires souveraines que de la patrimonialisation des biens innés : aux premiers, qui, comme Laboulaye, revendiquent un droit de propriété sur le manuscrit, il oppose la distinction du discours et du manuscrit, de la forme sensible et du support matériel de l'œuvre, accorde l'anodine propriété du second, mais réfute la propriété des propres, fussent-ils extériorisés. Aux seconds qui, comme Zachariæ ou Aubry et Rau, voient dans les propres une forme de propriété, chacun étant propriétaire de son patrimoine et ces biens étant patrimoniaux, Renouard objecte le caractère non patrimonial du rapport de la personne à ses propres, avant comme après publication, de par la nature exclusivement morale du lien qui lie l'esprit de l'auteur à ses idées. La notion de propre ne traduit donc pas, d'après Renouard, l'existence d'une forme patrimoniale de propriété, mais un simple mode d'être de l'esprit. Le droit de l'auteur sur ses œuvres selon Renouard n'est ni propriété au sens de l'article 544, ni même un droit patrimonial. Bien entendu, comme on le verra, l'auteur détient des droits patrimoniaux en tant qu'auteur, mais ces derniers ne portent pas directement sur les œuvres.

Il devient possible de conclure quant au statut juridique des idées. Celui-ci doit être considéré sous deux aspects : les droits de leurs auteurs, et ceux du public. Pour ce qui est de l'auteur, il est titulaire de droits sur les idées qu'il a produites et sur la forme sensible de leur expression, mais ces droits sont purement moraux. Quant au public, il

se voit reconnaître le droit inconditionnel d'accéder librement aux jouissances intellectuelles que procure l'œuvre dès publication. Sous l'un et l'autre aspect, aussi bien les idées que leur expression sous la forme d'une œuvre, sont strictement inappropriables. Le domaine immatériel est, par nature, universel. Il est, de plus, en perpétuelle croissance :

> « Ce que l'on prend au domaine immatériel ne lui ôte rien. Si largement qu'un de nous l'exploite, nul autre ne se trouve empêché par là d'en obtenir simultanément ou successivement la plénitude des mêmes services. Les idées se multiplient en se transmettant ; on les garde en les livrant ; elles peuvent, tout entières, appartenir à tous les hommes à la fois. »[1]

Ainsi s'explique que la loi d'airain de Hobbes (cf. *supra,* chap. III, § 5.1) peine à s'appliquer aux idées, et qu'il soit possible de penser le propre et le commun autrement que sur le mode de l'exclusion réciproque. Puisqu'on ne perd pas l'idée qu'on donne, non seulement le monde des idées ne peut que croître avec la multiplication des échanges, mais rien n'interdit que plusieurs personnes possèdent *in solidum,* pour le total, le même bien immatériel. Valide dans le domaine matériel, la loi de Hobbes, étroitement solidaire de ses prémisses métaphysiques, trouve son fondement dans l'impossibilité pour deux corps étendus d'occuper le même espace en même temps et pour le même corps d'être en deux espaces distincts. Les idées quant à elles ont un don d'ubiquité que les lois de la physique refusent aux corps matériels, pouvant être partout à la fois, toujours identiques à elles-mêmes. Rendues immortelles par la reproductibilité du support matériel de leur forme sensible, elles ne sont pas soumises à la fatalité de se perdre en s'échangeant. Tout au contraire, elles se multiplient à l'infini dans leur communication même.

On en tirera la leçon que si, dans le domaine matériel, on peut distinguer la production des choses qui augmente la richesse ontologique du monde, et l'échange qui se contente de déplacer ce qui existe déjà, s'il est même possible de conceptualiser leur opposition politique sous

1. A.-C. R., *DI,* p. 211.

la forme de l'affrontement entre travail et circulation, propriété foncière et meuble, vertu civique et doux commerce, cette opposition n'a plus de sens dans le domaine immatériel : production et communication sont une seule et même chose.

On en tirera encore la leçon que, dans le domaine immatériel, le propre ne contredit pas le commun, puisque c'est la condition logique de la dépropriation, qui est synonyme de mise en commun, cette communauté conditionnant en retour la communication spirituelle nécessaire à la formation du milieu spirituel dont dispose chaque esprit pour forger ses idées propres. Dans le monde des idées, le propre et le commun sont enlacés dans une ronde sans fin, se conditionnent réciproquement et ne sauraient être pensés l'un sans l'autre. La nature même des choses (en l'occurrence des idées) conduit, sans que soit requis le postulat théologique d'un Dieu Créateur ayant (aban)donné son domaine à l'homme, à faire du domaine immatériel une communauté, qui est positive – puisque *ut singuli,* chacun dispose de tout –, et universelle – puisque qu'aucun individu ne saurait être exclu du public. Comme l'écrit Renouard, décidément doté d'un sens aigu de la formule : « Le communisme des idées est la loi de l'humanité. »[1]

7. LE COMMUNISME DES IDÉES

Il reste à préciser la portée juridique exacte de cette prometteuse affirmation. Comment rendre compte de cette communauté dans la langue du droit ? La première catégorie juridique qui se présente à l'esprit est celle qui s'applique, d'après la lettre même du Code civil, comme d'après le commentaire qu'en propose le *Droit industriel* de Renouard, au domaine matériel inappropriable, les *res communes*.

1. A.-C. R., *DI,* p. 212.

7.1. *Domaine immatériel et* res communes

Renouard ne prétend pas faire montre d'une quelconque originalité théorique à propos du domaine matériel. Aussi n'est-on pas surpris de constater son attachement à la thèse de la communauté négative, au dogme théologique d'un don de la terre par Dieu aux hommes, créatures supérieures parce que rationnelles, dont la destination est de conduire les créatures inférieures vers le royaume de Dieu, en précisant toutefois que cette donation n'a pas été faite au profit du premier homme, de sorte que le domaine serait passé à ses descendants mâles en ligne directe, jusqu'au monarque universel actuel, le *Dominus Mundi,* mais que c'est l'humanité tout entière qui a bénéficié du don[1].

On aura aucun mal à reconnaître dans cette opinion un digeste bref mais fidèle de la théorie lockéenne de la propriété, particulièrement de la réfutation de l'adamisme de Filmer qui inaugure le célèbre chapitre V du *Second traité du gouvernement civil*[2]. La contribution particulière (si tant est qu'il y en ait une) de Renouard à la légitimation de propriété privée des choses matérielles n'apparaît guère que dans le commentaire qu'il propose de la distinction entre *res nullius* et *res communes*.

7.1.1. *Res communes* et *res nullius,* ancienne version

Selon une présentation classique de ce point de doctrine, comme on la trouve chez Domat ou chez Pothier, cette distinction permet d'opposer les choses inappropriables de par leur nature même, et les choses inappropriées *de facto* mais appropriables par nature, disponibles pour un éventuel premier occupant. Ainsi peut-on lire chez le doyen Proudhon :

> « Il y a par le droit de nature des choses qui sont communes à tous les hommes : *Quædam enim naturali jure communia sunt omnium*. Telles sont celles qui, par rapport à leur éloignement, à leur essence insaisissable ou à

1. A.-C. R., *ThDA,* p. 243, repris dans A.-C. R., *TrDA,* III, p. 441.
2. Locke, *Le second gouvernement civil…, op. cit.*

> leur immensité, ne peuvent être renfermées dans le domaine exclusif de personne [...] Il y en a d'autres qui restent dans l'état de nature primitive, parce qu'elles n'appartiennent à personne, quoique susceptibles d'être acquises au premier occupant et d'entrer dans le domaine privé de celui qui s'en saisit : *Quædam nullius*. Tels sont les poissons qu'on pêche dans la mer et les fleuves, et le gibier qui est pris à la chasse. »[1]

C'est la nature même des choses communes, leur essence insaisissable ou leur immensité qui les rend inappropriables. L'argument suppose une nécessaire et objective limitation ontologique de l'empire humain, celle qu'impose l'être même de la chose appropriée, ses propriétés physiques en l'occurrence, puisqu'il s'agit de biens matériels. L'argument est franchement métaphysique : il y a des limites naturelles à la capacité de l'homme à se rendre comme maître et possesseur de la nature, dont il est pourtant le roi. Si Dieu a donné la terre aux hommes, il a aussi voulu que l'air ou le feu échappe à sa domination, la preuve étant que, s'il avait voulu que les hommes dominent ces éléments, il les aurait créés susceptibles de domination, dotés de *proprietas,* physiquement maîtrisables, ce qui n'est pas le cas. L'inappropriabilité *de fait* de certains objets est ici la manifestation d'une inappropriabilité *de droit divin*. On comprend que cette théorie peine à convaincre les témoins de la première révolution industrielle, dont on sait déjà qu'elle ne parvient pas à bouleverser les conceptions du doyen Proudhon, plus inspiré par les pâturages bourguignons et bisontins que par les progrès de la chimie. De plus, la cohérence même de la définition des *res communes* selon Proudhon est lourdement hypothéquée par la formulation qu'il en propose : dès lors qu'on dit aussi bien des *res communes* que des *res nullius* qu'elles peuvent « n'appartenir à personne », il devient difficile de préciser si cet état procède de leur nature d'êtres inappropriables, ou du fait contingent qu'aucun homme ne soit encore parvenu à les soumettre à son empire.

Surtout, la notion de *res communes* est un peu plus que fragilisée par l'adoption unanime de la prémisse théologique de la communauté négative. Le domaine (aban)donné par Dieu à l'homme devrait en

1. J.-B. P., *TDPub* (2), I, n° 2, p. 10. Je cite ici la 2e édition, Dijon, Dumay, 1843.

effet, en toute logique, être celui de toutes les créatures inférieures à ce dernier, et non pas seulement la terre et ses fruits. Sauf à verser dans le paganisme de la Fable, la mer, le feu et les airs ne sont pas des êtres et ils se trouvent par conséquent à la disposition de l'homme au même titre que les choses matérielles. Autrement dit, on voit mal pourquoi le raisonnement qui permet de passer de l'inappropriabilité des quatre éléments (terre, eau, air, feu) à l'appropriation de l'un d'entre eux (la terre) ne saurait être reproduit pour les trois autres. Sans doute la généralisation du dogme de la communauté négative dès le XVIIe siècle n'empêche-t-elle pas qu'on continue, encore maintenant, à disserter des *res communes,* mais c'est désormais au prix, soit d'une réinterprétation complète de la notion qui lui confère une signification qui n'est plus celle qu'elle revêt dans la tradition du droit romain classique, soit, à l'instar du doyen Proudhon, un acte de fidélité à cette dernière, fortement préjudiciable à la cohérence de sa démonstration.

7.1.2 *Res communes* et *res nullius,* nouvelle version

Cette interprétation nouvelle, on la trouve déjà chez le doyen Toullier :

> « Il faut d'abord distinguer les choses qui ne sont pas susceptibles de propriété, qui n'appartiennent à personne, et dont l'usage est commun à tous. Ce sont ces choses que les juristes romains appelaient communes, *res communes*. Tels sont l'air, les eaux courantes, la mer, les coquillages, les poissons, les animaux sauvages. »[1]

Dans cette définition, la distinction des *res communes* et des *res nullius* a tout simplement disparu... et la catégorie des *res communes* englobe désormais non seulement ce qui, selon le doyen Proudhon, est inappropriable par nature, mais encore ce qui est appropriable mais pas encore approprié, comme les poissons par exemple, dont le statut juridique est d'être dans l'attente de celui qui les pêchera.

1. C.-M. T., *DCF* (5), III, n° 23, p. 22-23.

On trouve, avec plus de netteté encore, la même inflexion chez Demolombe. Au premier abord, sa définition des *res communes* semble pourtant se rapprocher de celle qu'en propose Proudhon :

> « Le droit de propriété ne s'établit pas, et ne pourrait pas même se concevoir sur celles des choses dont tous les hommes peuvent jouir ensemble, complètement et entièrement, sans que la jouissance de l'un entrave ou diminue la jouissance de l'autre. Tels sont l'air libre, l'eau courante ou la mer [...] Ce sont là des choses communes, dont tous jouissent en même temps. »[1]

Les choses communes seraient donc celles qui, de par leur nature, ne pourraient pas même être conçues comme soumises à un droit de propriété. Parmi ces choses il faut compter les idées :

> « La même observation peut être appliquée aux productions de l'intelligence, aux œuvres littéraires, scientifiques, artistiques ou industrielles. Et voilà bien ce qui explique l'infériorité relative de la propriété littéraire, artistique ou industrielle, comparée à la propriété des biens corporels. C'est que les créations de l'intelligence, les œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques [...] peuvent, en même temps, profiter à tous et à chacun, entièrement, complètement, sans que la jouissance de l'un empêche ou diminue la jouissance de l'autre. »[2]

Les idées sont une de ces espèces d'êtres qui, par leur nature, ne sauraient être soumises à l'empire de l'homme et ne peuvent par conséquent être considérées comme des biens. Il semble donc que le domaine immatériel soit commun, au sens classique du terme. Ce n'est pourtant là que la première partie du raisonnement, la seconde en transforme le cours :

> « Il est clair que des portions détachées de ces choses peuvent, au contraire, devenir l'objet d'un véritable droit de propriété. C'est ainsi que je suis propriétaire de l'eau que j'ai puisée dans un vase, à la rivière, ou de la quantité d'air que j'ai renfermée dans un récipient ; c'est ainsi même que l'on a pu dire exactement, à quelques égards, que la colonne d'air, qui s'élève au-dessus d'un fonds, est considérée sous certains rapports, comme appartenant au propriétaire de ce fonds. »[3]

1. C. D., *CCN* (4), IX, n°s 536 et 537, p. 478.
2. *Ibid*.
3. C. D., *CCN* (4), IX, n° 461, p. 350.

La citation précédente avait par conséquent moins pour objet de s'inscrire dans la tradition romaniste que d'établir l'idée, correctement déduite de la thèse théologique de la communauté négative, selon laquelle les choses communes sont inappropriables par nature tant que l'empire humain est incapable de se les approprier en fait, mais que, si l'intelligence des hommes permet d'inventer les moyens d'y parvenir, en fabriquant des vases pour enfermer l'eau ou des récipients pour retenir l'air, ces biens deviennent appropriables par portion. L'immensité de l'air ou la fluidité de l'eau les rend insaisissables et donc inappropriables. C'est dire que le caractère d'être inappropriable se déduit désormais du *fait* de leur insaisissabilité physique. Ce fait rend la question de droit superflue. Il suffirait donc que les hommes trouvent les moyens de se saisir, sous certains rapports, non pas en totalité mais par parties, de portions de ces choses immenses et fluides, pour que devienne alors tout à fait concevable et conforme au droit de nature qu'elles soient soumises à leur empire. Demolombe ne se trompe donc pas quand il écrit :

> « [Les choses communes] sont celles que la nature a affectées à l'usage commun de tous, et qui à raison de leur immense étendue et de leur fécondité inépuisable, demeurent nécessairement dans la communauté négative du genre humain, *res communes*. »[1]

Il ignore sans doute que la prémisse de la communauté négative contredit l'existence des *res communes,* et pourtant, bien qu'involontairement, il n'a pas tort : les *res communes* ne sont pas la limite extérieure de la communauté négative, l'autre des *res nullius,* ce sont des choses qui ne sont pas *encore* données aux hommes, inappropriables mais dans l'attente de pouvoir l'être. La différence entre *res communes* et *res nullius* chez Demolombe est celle des choses qui, dans leur état actuel, sont immédiatement et directement susceptibles de devenir des biens appropriés, et celles qui appartiennent elles aussi à la communauté négative mais ne sont pas appropriables en l'état actuel de la puissance des hommes. La perspective d'une augmentation indéfinie de cette

1. C. D., *CCN* (4), IX, nº 461, p. 349.

puissance vient, sinon ruiner, du moins relativiser la distinction dogmatique des *res communes* et des *res nullius* en lui accordant tout au plus un sursis.

7.1.3. *Res communes* et *res nullius,* selon Renouard

Les formulations des doyens Toullier et Demolombe, quoiqu'elles laissent sans conteste apparaître l'ampleur du remaniement conceptuel à l'œuvre, restent malgré tout grevées d'ambiguïtés qui tiennent à ce que ces auteurs n'ont pas pleine conscience de rompre avec la tradition qu'incarne encore le doyen Proudhon. Renouard, au contraire, peut-être parce qu'il prend le temps de s'expliquer avec Domat, propose une justification réfléchie de l'interprétation nouvelle qu'il fait sienne :

> « En droit humain, toute matière appropriée est appropriable [...] L'activité humaine étend incessamment ses conquêtes sur la matière, dont l'occupation physique n'a de bornes que le fait, sans barrière du droit. Pour affecter légitimement à tel domaine privé une chose quelconque non déjà occupée, il ne faut que la réalité d'un acte spécial de préhension. »[1]

Le renversement amorcé chez Toullier et Demolombe est ici complet et sa conséquence est patente : en droit humain, mais on aura compris que c'est désormais le seul qui intéresse ici notre auteur, il suffit de s'approprier une de ces choses communes *en fait* pour apporter la preuve que cette chose était appropriable *en droit*. Le fait de l'appropriation transforme *ex post* la qualification de ces objets, qui, de *res communes* qu'elles semblaient être, apparaissent désormais comme ayant été des *res nullius*. Autrement dit, il n'existe aucun droit naturel ou philosophique qui puisse d'une manière ou d'une autre limiter le fait de l'appropriation humaine, puisque celle-ci porte en elle la démonstration rétrospective de l'appropriabilité de ses objets, c'est-à-dire de sa légitimité. L'inappropriable fondé sur la nature des choses est une coquille vide, et cette conclusion ne vaut pas seulement pour le domaine matériel, mais aussi pour le domaine aérien et maritime, et plus généralement pour les quatre éléments, auxquels correspondent les *res communes* romaines.

1. A.-C. R., *DI,* p. 216.

On voit d'où procède ce renversement. La nature des choses désigne, dans la doctrine théologique, ce qui est hors de portée de l'action démiurgique des hommes, qui doivent se contenter d'user diversement des choses[1] sans prétendre pouvoir les transformer ou *a fortiori* en créer de nouvelles. Les sciences physiques modernes viennent repousser ces limites : l'homme peut transformer la nature même des choses, en créer de nouvelles, à l'image de Dieu :

> « L'activité humaine étend incessamment ses conquêtes sur la matière, dont l'occupation physique n'a de bornes que le fait, sans barrière du droit. Pour affecter légitimement à tel domaine privé une chose quelconque non déjà occupée, il ne faut que la réalité d'un acte spécial de préhension. L'air, qui appartient à tous, est susceptible de devenir un objet de propriété privative en celles de ses portions qu'un individu parviendrait à s'attribuer à lui seul : j'emprisonne de l'air dans un vase, un fourneau, une machine, un ballon ; nul ne pourra, sans violer mon droit, user de cet air ni le rendre au réservoir commun. Le travail humain tend incessamment à étreindre la matière par une domination de plus en plus énergique ; il tire des choses déjà occupées un meilleur service, et il soumet à l'occupation certaines choses que notre impuissance laissait vacantes ou qui ne pouvaient être atteintes que par les jouissances du domaine universel. »[2]

La nature des choses n'est donc pas une limite *factuelle* à l'empire de l'homme, qui s'en est rendu maître. De plus, on ne saurait contester la légalité de cette appropriation sur le fondement des décrets divins, puisque le caractère normatif des choses se confond avec leur caractère factuel de loi physique, de sorte que tout ce qui est matériellement possible ne peut être qu'autorisé par Lui :

> « La loi n'a pas besoin d'intervenir pour déclarer communes à tous les choses que notre faculté physique d'appropriation est incapable d'atteindre. La toute-puissance du fait rend une telle déclaration superflue ; et il serait ridicule de décréter que l'air et la lumière appartiendront à tout le monde ; la nature le veut assez haut pour que l'homme ne s'ingère pas à le dire après elle. Il n'y a là rien à répartir, rien à garder ; la largesse de la Providence suffit à la jouissance simultanée de tous. »[3]

1. Cette distinction se trouve chez Thomas d'Aquin, *Somme théologique,* question 66, art. 1, Paris, Le Cerf, 1990, t. III, p. 437.
2. A.-R. C., *DI,* p. 216.
3. *Ibid.*

La volonté divine décrète donc non pas en édictant des normes, mais en autorisant des faits, par souci d'économie pourrait-on dire. L'air et la lumière sont inappropriables *de jure* et selon Sa volonté, tant qu'ils ne sont pas appropriés *de facto*. Quant à l'inappropriabilité *de facto,* elle fonctionne ici comme une sorte de présomption simple de l'inappropriabilité *de jure,* présomption simple qui, fût-elle de droit divin, peut être renversée dès lors que certains faits la contredisent, fussent-ils humains. L'inappropriabilité de droit divin, ou de droit naturel, n'entraîne donc l'édiction d'aucune limitation à l'empire humain en droit humain positif, elle est synonyme au contraire d'illimitation positive de l'appropriation. En pure théorie, cette illimitation n'est pas une appropriabilité infinie, mais seulement indéfinie. En effet, l'homme étant une créature finie, son empire sur les choses ne saurait être infini, sauf à l'égaler à Dieu : « Si vastes que soient les progrès humains, ils rencontreront toujours des limites, parce que l'homme restera toujours une créature bornée »[1] ; mais le droit est indifférent à ces raffinements scolastiques :

> « De même que nous ignorons ce qu'est le monde sans l'homme dans les infinies régions de l'immensité, de même nous ne savons pas jusqu'où il sera donné à notre empire de s'étendre dans les points de l'univers accessibles à nos perceptions et théâtre de notre vie. Ce que nous savons, c'est que l'humanité grandit par l'appropriation de ce qui auparavant semblait inappropriable. »[2]

Les *res communes* sont donc à tous jusqu'à ce que la preuve factuelle du contraire soit apportée, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'elles ne le soient plus : les *res communes* sont *ipso jure* susceptibles d'appropriation à la condition qu'elles le soient *ipso facto,* et les *res nullius,* ici appelées choses vacantes, sont *ipso jure* et inconditionnellement susceptibles d'appropriation. Au final, les unes et les autres sont donc *ipso jure* appropriables par le droit du premier occupant, la communauté négative du domaine matériel est désormais indéfinie, illimitée. Renouard

1. A.-C. R., *DI,* p. 217.
2. *Ibid.*

est assez lucide pour mesurer la portée de ce qu'il appelle lui-même un renversement :

> « Domat a dit avec le droit romain [n. 1 : lois civiles, liv. prélim. titre III, section 1, n° 1] : "Les cieux, les astres, la lumière, l'air et la mer sont des biens tellement communs à toute la société des hommes qu'aucun ne peut s'en rendre maître ni en priver les autres ; et aussi la nature et la situation de toutes ces choses est toute proportionnée à cet usage commun pour tous."
>
> « Ce passage expose la cause finale du grand fait d'inappropriation qu'il constate. La souveraine harmonie qui préside à la création a placé hors de l'appréhension des domaines particuliers les principales d'entre les choses sans la jouissance desquelles la vie deviendrait impossible à ceux qui s'en trouveraient exclus si elles étaient appropriées. Il est indispensable que tous respirent l'air, que le soleil luise pour tout le monde.
>
> « Il faut renverser les termes de la proposition de Domat si l'on veut remonter à son explication juridique. Ce n'est pas parce que ces biens sont communs à tous que nul ne s'en rend maître ; c'est parce que nul ne s'en rend maître qu'ils sont communs à tous. La communauté de leur usage, si elle est, dans l'ordre des lois providentielles, la cause de leur inappropriation, en est l'effet en droit humain. »[1]

Le renversement est donc d'abord logique et épistémologique. La théologie scolastique veut que le domaine de Dieu encadre positivement celui de l'homme, le droit romain veut que les *res communes* échappent par principe à l'empire de l'homme. Quelques révolutions coperniciennes plus tard, il faut dire que la science juridique construit ses objets (en postulant éventuellement leur origine), qui sont désormais les effets de la construction qui les cause.

On voit maintenant pourquoi le domaine immatériel selon Renouard ne saurait être qualifié de *res communes*. Il est vrai que la métaphore aérienne joue un rôle déterminant dans la caractérisation ontologique du monde des idées, et, comme nous l'a appris le développement précédent, certains juristes comme le doyen Demolombe n'hésitent pas à considérer les idées comme des *res communes,* au même titre que l'air. Si, pourtant, Renouard déduisait de la nature pneumatique des flux idéaux leur qualité de « chose » au sens romain, et leur

1. A.-C. R., *DI,* p. 215.

inscription subséquente dans l'horizon de la communauté négative, il faudrait conclure que le domaine immatériel est universel en puissance, dans l'attente que le génie humain découvre les moyens de le maîtriser. La cohérence de sa doctrine n'y résisterait pas, le domaine immatériel universel ne saurait être soumis au même régime juridique que le domaine matériel universel.

Il y a décidément beaucoup d'ironie dans cette notion de communisme des idées, qui surgit au moment même où la possibilité de concevoir des choses inappropriables en droit est bannie du domaine matériel, dont l'appropriation ne connaît plus comme limite que celle de la puissance des hommes. La doctrine de Renouard prend désormais des allures de défi : comment penser l'inappropriabilité des idées quand celle des choses est devenue proprement impensable ? Comment réintroduire le concept de la communauté positive universelle dans un contexte théorique où la seule communauté pensable est celle, négative, de l'appropriabilité illimitée de toutes choses ? En tout cas, pas en ayant recours à la catégorie des *res communes*.

7.2. Dominium ideæ, dominium terræ ?

Les idées ne sont pas seulement présumées inappropriables en droit, jusqu'à ce que leur appropriation en fait ait renversé cette présomption, elles sont strictement inappropriables en droit et en fait. Mieux encore, elles sont inappropriables en fait parce qu'elles le sont en droit, et non l'inverse ; et elles continueraient à l'être même si un prédateur sacrilège trouvait le moyen factuel de s'en saisir. La règle de droit naturel qui gouverne leur régime est qu'elles ne puissent être soumises à l'empire de l'homme, et non, comme c'est le cas dans le domaine matériel, que les hommes détiennent un droit sur toute chose dans la limite de leur seule puissance. Non pas que Renouard, en passant du domaine matériel au domaine immatériel, ait attribué une nouvelle fonction normative au droit naturel, mais plus simplement parce que les idées sont fatalement inappropriables *de facto,* sans que les progrès du génie humain puissent rien y changer. On pourrait douter de cette dernière affirma-

tion, en remarquant que les idées peuvent être marquées, et même codées, lorsqu'elles sont associées à une forme sensible, qu'elles sont par conséquent susceptibles d'être sélectivement diffusées, et en tirer argument pour considérer, sur le plan juridique, les flux idéaux de la même manière que les flux aériens (aban)donnés à l'ingéniosité des hommes par leur Créateur, et destinés, ainsi que les trois autres éléments, à subir le sort que connaît la terre.

Mais tel n'est pas le cas. En effet, pour ce qui concerne le domaine immatériel, il ne saurait être question de Ses volontés, fût-ce sur le mode négatif de la déréliction, puisque le monde des idées *n'est pas Son œuvre*. Sans doute, Dieu est-il cause de tout, et c'est parce qu'il a créé l'homme à son image que ce dernier pense. Mais la cause est ici finale, et les idées ne sont pas placées dans l'horizon de la communauté négative parce qu'elles ne sont pas ses créatures. Il faut justifier cette assertion qui semble contredire la lettre de la dissertation de Renouard. Nous avons vu en effet, mais sans y attacher l'importance qui convenait, que la présentation du domaine immatériel commence par ces mots :

> « Le monde d'idées au sein duquel nous naissons et vivons n'est pas notre œuvre ; il est notre domaine. »[1]

Une lecture orientée par le parallèle avec le domaine matériel pourrait laisser croire à une analogie entre le *dominium terræ* et le *dominium ideæ*, et suggérer que si le domaine immatériel n'est pas notre œuvre, c'est parce que c'est la Sienne, à l'instar du domaine matériel. Renouard exclut pourtant formellement une telle suggestion dans les paragraphes qui suivent :

> « Le capital intellectuel, propriété indivise de l'entière communauté humaine, est une création du travail. Sa formation a commencé dès le premier jour où un être pensant a été placé sur cette terre aux prises avec la nature matérielle, et a émis une idée communicable. Ce capital a saisi au passage et retenu à lui les idées, à durée plus ou moins longue, qui ont pu se transmettre d'homme à homme, de génération à génération. »[2]

1. A.-C. R., *DI,* p. 209.
2. A.-C. R., *DI,* p. 212.

Le propos est explicite et d'une clarté limpide : c'est l'entière communauté humaine qui a créé le monde des idées, et non pas Dieu. Il faut donc comprendre que si « [l]e monde d'idées au sein duquel nous naissons et vivons n'est pas notre œuvre », c'est qu'il n'est pas notre œuvre individuelle, à nous humains considérés *ut singuli,* ce qui n'empêche pas que chacun d'entre nous, en tant que membre du genre humain, soit bien l'auteur de ses propres idées. Il faut donc comprendre que lorsque Renouard écrit que le monde des idées n'est pas *notre* œuvre, il souligne qu'il n'est pas l'œuvre d'un individu particulier, et lorsqu'il écrit que ce monde des idées est *notre* domaine, c'est qu'il considère que chaque individu humain a droit, en tant que membre du genre humain, à accéder au « capital intellectuel » de ce dernier. On voit pourquoi le *dominium ideæ* ne saurait en aucun cas être assimilé au *dominium terræ :* tandis que le domaine matériel est partagé entre un domaine universel qui est Son œuvre et un domaine particulier qui est l'œuvre des hommes, il ne saurait être question d'une telle partition dans le domaine immatériel, qui est tout entier artificiel, de part en part œuvre humaine, dans lequel l'action de Dieu est tout au plus cause première et finale, mais en aucun cas cause efficiente. Or, il se trouve que ces idées entièrement créées par l'homme ont des propriétés naturelles qui les rendent absolument inappropriables, actuellement et potentiellement, aujourd'hui et à jamais puisque, *par nature,* une idée ne se perdant pas quand elle s'échange, tous peuvent en jouir entièrement et simultanément. Ici, le sens de ce *par nature* n'est plus celui que revêt cette expression quand elle désigne des choses matérielles qui échappent à l'empire actuel de l'homme, ce *par nature* ne signifie plus « par le décret de la Nature », mais « conformément aux propriétés de cet objet artificiel produit par l'homme pour le public ». Renouard peut conclure :

> « Autant est insensée la doctrine qui, méconnaissant l'essence finie et appropriable des choses matérielles, entreprend de les livrer à la chimère d'un communisme dont les impuissantes épreuves se perdent en désordres anarchiques, autant serait déraisonnable la prétention d'introduire dans le monde des idées l'institution de parts exclusivement réservées à certains esprits et interdites à certains autres. »[1]

1. A.-C. R., *DI,* p. 212.

Le fondement de cette communauté positive universelle des idées ne doit plus grand-chose (du moins directement) à la théologie, sinon la faculté même de penser, donnée par Dieu au premier homme. Le monde des idées est un domaine humain et non divin, raison pour laquelle le principe de son inappropriabilité trouve son fondement dans l'impossibilité logique de concevoir son appropriation, et non dans un décret divin que manifesterait le fait de son inappropriabilité. Là où le thème du communisme primitif est une résurgence historicisée du *dominium terræ* de la théologie, le communisme universel et positif du domaine immatériel est une notion tout à fait moderne, indépendante de l'idée biblique de Création, comme de la catégorie romaine de *res communes* qui se laisse déduire des seules propriétés ontologiques des idées.

Le domaine universel immatériel échappe donc aux ambiguïtés théoriques qui s'attachent aux *res communes* placées dans l'horizon de la communauté négative, il n'est pas non plus grevé de celles qui s'attachent à la notion de *dominium terræ,* dont le statut juridique est tributaire de la fonction normative qu'on attribue aux lois de la physique. Le monde des idées, qu'il soit considéré en lui-même ou en ses éléments, est soumis, de toute nécessité, absolument et inconditionnellement, au régime de la communauté positive universelle. Ce résultat, s'il éveille la curiosité du philosophe (et convoque celle de l'historien) devrait plonger le juriste dans l'embarras : comment penser désormais que les auteurs puissent se voir reconnaître des droits patrimoniaux sur leurs œuvres ?

page 390 bl

CHAPITRE IX

Le domaine réservé

1. DU TRAVAIL INTELLECTUEL

On ne saurait se méprendre sur la portée exacte des résultats proposés dans le chapitre précédent. Le communisme des idées n'a rien d'égalitaire, le domaine immatériel peut bien être universel, il n'en est pas moins peuplé de riches et de pauvres, strictement hiérarchisés sous le rapport de leur participation personnelle à son expansion. Son horizon utopique est celui d'un ordre spontanément hiérarchisé, plus proche des rêves de Guizot que de ceux de Marx. De plus, le communisme positif et universel des idées est sans nul doute dans l'esprit de Renouard la loi de l'Humanité, de même que la communauté négative des choses matérielles est une loi de la Providence, mais le régime juridique des idées considérées en elles-mêmes n'est pas celui des œuvres, et seul ce dernier nous intéresse vraiment.

Nous savons déjà que les œuvres sont soumises aux droits moraux de l'auteur, qui tiennent à sa responsabilité personnelle, et aux droits de jouissance du public qui, universels par nature, ne constituent pas une appropriation privative. Il est pourtant indéniable que le droit des auteurs opère une appropriation privative. En dehors des responsabilités morales qu'elles engagent et des jouissances intellectuelles qu'elles offrent, les œuvres sont aussi productrices d'utilités économiques, qui

fournissent à l'auteur sa rémunération. Comment penser la nature de cette dernière, telle qu'elle ne contredise pas le principe du communisme immatériel ?

On notera tout d'abord que cette rémunération est nécessaire, dans la mesure où la dépropriation est un travail, et les auteurs des êtres humains dotés d'un corps matériel et, accessoirement, d'une famille dont ils sont les chefs[1]. Par conséquent :

> « Une portion quelconque de propriété matérielle est indispensable à la vie de chaque homme. Tous ont besoin d'être propriétaires d'aliments pour se nourrir, de vêtements pour se couvrir, d'abris pour se loger. »[2]

Il n'existe guère, selon Renouard, que deux moyens de pourvoir aux besoins physiques des auteurs : la propriété et le travail. On notera dans cette opposition une nette inflexion de la signification du terme propriété qui, ici, ne désigne pas seulement le droit de propriété, mais encore sa fonction économique, qui est de produire des fruits, d'être une source de revenus. Leur rapport, d'après cet auteur, n'est pas d'opposition, mais d'alliance :

> « La propriété toute seule ne suffirait à la vie d'aucun homme. Ce n'est pas tout d'avoir un champ ; il faut encore que, par soi-même ou par d'autres, on laboure, on sème, on recueille, on s'approvisionne. La propriété sans travail serait la matière inerte, improductive, morte ; ce serait le repos absolu.
>
> « Le travail à son tour ne serait rien à lui seul. Ne faut-il pas que ce soit dans le service des choses matérielles que l'homme prenne ses aliments, ses vêtements, ses jouissances physiques ? Sans la possession de la matière, sans la propriété qui est le droit de perpétuité dans cette possession, le travail n'aurait ni objet, ni ordre : ce serait un tumulte, un combat, un chaos.
>
> « La propriété qui est le repos, le travail qui est le mouvement, doivent donc coexister. Sans leur harmonie, point de vie humaine. Ce que réclame le travail, c'est liberté d'abord, puis paiement ; la propriété n'a droit ni à récompense, ni à salaire, mais à inviolabilité. »[3]

1. « Un propriétaire ne possède qu'à la charge de certains devoirs à remplir. Sa condition est d'élever, de nourrir ses enfants » (A.-C. R., *ThDA,* p. 250).
2. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 457.
3. A.-C. R., *ThDA,* p. 260.

Il existe donc deux moyens de garantir la survie matérielle des auteurs en satisfaisant à leurs besoins physiques : le travail accumulé ou le travail vivant, la production passée ou la production présente, conférer aux auteurs une propriété inviolable dont ils pourraient tirer des revenus ou rémunérer leur travail. C'est vers cette seconde solution que se tourne Renouard :

> « À quelle classe appartiennent les auteurs ? On connaît déjà notre réponse. Nous ne les comptons point parmi les privilégiés de la Providence auxquels il a été donné de détenir un peu de ces choses matérielles que quelques-uns possèdent exclusivement à tous. Leur place, et c'est leur gloire, est à la tête de ceux qui vivent en échangeant leurs travaux et les services contre les objets matériels dont d'autres hommes avaient la propriété. »[1]

Du point de vue des taxinomies de Troplong, l'auteur de Renouard est un cas difficile. Bien que sa vocation créatrice, ainsi que la nature spirituelle des œuvres qu'il produit le destinent au plus haut rang social, il est pourtant associé à la classe inférieure des travailleurs, pour ainsi dire par défaut de propriété, puisque les propriétés littéraires n'existent pas. Sur ce point, Renouard le sait, la marge de manœuvre est étroite : une trop franche assimilation des auteurs aux travailleurs conduirait en effet à réduire à néant la distinction de la création intellectuelle et de la production matérielle, des honoraires et du salaire, du mandat et du contrat de louage. Aussi prend-il soin de préciser que si la création est un travail du point de vue des besoins matériels de l'auteur, on ne saurait ontologiquement assimiler la création d'une œuvre à la production matérielle, qui ne se rejoignent que du point de vue de la nature de leur rémunération :

> « L'industrie s'est mêlée à la littérature, et a trop souvent pris sa place. [...] Les littérateurs n'ont plus comme autrefois une existence à part, qu'ils tiennent des princes et des grands, dont la libéralité leur faisait de paisibles loisirs, et auxquels, en échange, ils donnaient des louanges et quelquefois de la gloire. Les lettres mènent à la fortune, jettent dans les affaires et les honneurs.

1. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 460.

> « L'observateur moraliste aurait à dire sur cette révolution mêlée de bien et de mal [...]. Mais somme toute, les idées sont mieux à leur place. Vivre du tribut volontaire que le public s'impose ne rabaisse aucune position, ne messied à aucun génie. »[1]

Même plongée dans le monde industriel, source de profit et de pouvoir, la supériorité morale du génie créateur est sauve. On peut donc qualifier les arts libéraux d' « industriels » sans ravaler leur auteur au rang de prolétaire ou d'artisan : il est en effet « premier des travailleurs, l'artisan du premier bien de l'humanité, d'une circulation des idées plus étendue, plus rapide, plus complète »[2]. Ainsi Renouard parvient-il à donner raison au spiritualisme moral en accordant la supériorité des arts libéraux sur les arts mécaniques et travaux de force, en se fondant sur la noblesse de leur destination spirituelle et universelle, tout en les inscrivant l'un et l'autre dans un même cycle d'échange, celui de l'économie marchande. Du point de vue juridique, la conséquence est considérable. Là où Troplong juge les œuvres de l'esprit inestimables à vil prix d'argent, Renouard considère au contraire que leur valeur morale augmente leur valeur vénale, et conclut de la supériorité des arts libéraux sur les arts mécaniques qu'ils doivent être mieux rémunérés.

Ainsi, du point de vue de leur utilité, les productions intellectuelles sont d'un genre supérieur à celui des productions matérielles. Est-ce à dire que les utilités intellectuelles sont, d'après Renouard, de même nature que les utilités matérielles ? Non, il suffit à celui-ci de reconnaître que les activités d'appropriation des choses matérielles et de dépropriation des idées propres, quoique ontologiquement différentes, sont l'une et l'autre inscrites dans l'horizon commun de l'industrie qui est celui de la finitude de l'homme et de l'impérieuse exigence de satisfaire les besoins de son corps. Identifier les utilités matérielles et intellectuelles est une thèse incertaine et inutile, il suffit de les unir dans un rapport d'équivalence. Le fondement philosophique de la rémunération des auteurs n'est donc pas la généralisation du principe d'utilité,

1. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 461.
2. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 460.

c'est, plus simplement : « La loi [...] qui veut que tout travail reçoive son salaire. »[1] Ajoutons que la justice commande aussi que le salaire soit en proportion de la valeur produite. Mais comment établir une proportion entre des valeurs incommensurables par nature ?

2. LA RÉMUNÉRATION DES AUTEURS

En quoi réside la valeur intellectuelle d'une œuvre ? Dans la contribution des idées dont elles sont porteuses à l'augmentation du capital intellectuel de l'humanité, c'est-à-dire dans la fécondité de ces idées, dans leur plus ou moins grande capacité à faire naître chez les esprits présents et à venir de nouvelles idées, elles-mêmes fécondes, etc. On voit le problème : la productivité spéculative d'une idée se mesure au nombre et à la fécondité des idées qu'elle contribue à faire naître. Cette productivité est ainsi fonction du nombre et de la nature des esprits, présents et futurs qui s'en saisiront pour produire à leur tour des idées nouvelles. Strictement dépendante de son avenir lointain, la valeur d'une idée est, en toute rigueur, imprédictible : il est illusoire, et inquiétant, de chercher à faire la somme des utilités intellectuelles qu'une œuvre est susceptible de produire dans le futur. Aucune évaluation objective de la valeur des idées n'est possible.

Ajoutons que cette impossibilité n'est pas un problème pour Renouard : la rémunération du service intellectuel que l'auteur rend à tous les esprits qui jouissent de ses œuvres ne se mesure pas, en effet, en argent, mais en gloire, qui peut être présente ou future et qui, dans tous les cas, ne saurait être réclamée comme un droit. Toutefois, si la valeur d'une œuvre se mesure aux progrès moraux de l'humanité qu'elle favorise, il est possible de prendre cette affirmation comme point de départ pour chercher à penser la production d'une œuvre comme un *service* rendu à l'humanité.

1. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 459.

2.1. Le service de la dette infinie

Il n'est pas possible de mesurer exactement ce que l'humanité reconnaissante doit à l'auteur qui, par ses créations, contribue à l'augmentation de son capital culturel, non seulement parce que les jouissances intellectuelles que peut fournir une œuvre sont inépuisables, mais encore et surtout parce qu'il serait outrancier d'attribuer l'idée d'un auteur au seul génie de ce dernier. Personne ne pense à partir de rien, et quel que soit le mérite de l'auteur il ne fait jamais que mettre en forme, intelligible et sensible, des idées qu'il a reçues de son milieu spirituel, de son éducation, de sa culture :

> « L'écrivain le plus original est l'œuvre de son siècle et des siècles antérieurs autant au moins que de son propre génie ; [...] le domaine général lui a fourni les éléments des idées par lui élaborées ; [...] en les rendant à la civilisation à qui il les doit, il s'acquitte d'un devoir envers l'humanité, et paie à ses contemporains et à ses descendants une dette de reconnaissance dont il est chargé envers ses contemporains et ses ancêtres. »[1]

L'originalité d'une idée est donc toujours relative et, dans cette relation, l'auteur apparaît comme étant débiteur de ses ancêtres et de ses contemporains, son œuvre s'inscrivant dans le cadre d'un vaste échange, sous la figure du remboursement partiel d'une créance que chacun contracte en bénéficiant des acquis spirituels de sa génération. On est loin du modèle de la puissance démiurgique absolue du producteur d'utilités matérielles, propriétaire direct et immédiat des biens qu'il soumet librement à son industrie parce que Dieu les lui a (aban)donnés : le rapport de l'auteur à son œuvre est d'emblée socialisé, inscrit dans un cycle d'échange transgénérationnel qui engage la relation d'une génération tout entière à ses devanciers, sous le rapport du progrès moral.

L'auteur n'est pas seulement le débiteur de ses ancêtres et de ses contemporains, il est encore le représentant des seconds en tant qu'il contribue à payer leur dette collective envers les premiers. L'auteur d'une œuvre de génie, productrice de puissantes et nombreuses jouis-

1. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 436.

sances intellectuelles pour le présent et pour l'avenir, offre en effet à sa génération le moyen de se hisser, au plan moral, à la hauteur des générations dont elle procède, et tenir ainsi dignement sa place dans l'histoire de l'humanité, ce pour quoi cet auteur mérite d'être reconnu et honoré par sa génération. Chaque génération a donc le devoir de contribuer à l'augmentation des richesses intellectuelles de l'humanité, sa dignité morale ; le rang qu'elle tient dans l'histoire de la civilisation est tout entier dans sa productivité spéculative globale. Ce devoir moral pèse sur chaque génération, c'est-à-dire sur chacun de ses membres considéré individuellement. Il est du devoir de chacun de cultiver l'humanité qui est en lui en contribuant à cultiver celle des autres par l'amélioration des Lumières publiques. Par sa nature même de production d'utilités intellectuelles, l'acte de création d'une œuvre littéraire ou scientifique s'analyse comme une contribution individuelle au service de la dette que chacun, en naissant, contracte à l'endroit de l'humanité en tant qu'il en est membre. Ce service est encaissé par l'humanité présente, que Renouard appelle le « public » ou la « société », au titre du remboursement de la dette due à l'humanité passée et léguée sous forme de créance à l'humanité future. Ainsi, les rapports moraux de chaque auteur avec le public est double : d'une part, en tant qu'il en est un des membres, il porte le poids de la dette collective qu'il contracte vis-à-vis de ses ancêtres par la libre jouissance des utilités intellectuelles qu'ils ont léguées aux générations futures ; d'autre part, dès lors qu'il contribue personnellement au recouvrement de cette dette, il devient *ipso facto* le représentant de ses contemporains, pour ainsi dire leur *champion* dans l'accomplissement de cette tâche infinie.

Il faut en effet se souvenir que sous le rapport des talents intellectuels règne parmi les hommes la plus grande des inégalités : certains sont de considérables producteurs de jouissances intellectuelles, l'immense majorité se contente de puiser au capital commun et ne contribue en rien, ou seulement de manière insignifiante, au service de la dette collective.

Il faut donc dire non seulement que les auteurs doivent être rémunérés parce qu'ils travaillent, mais qu'ils doivent de surcroît être reconnus et honorés comme contributeurs aux progrès des Lumières

publiques *en proportion* de leurs talents. Cette reconnaissance est bien évidemment et avant tout morale, elle se traduit par la gloire et les honneurs que reçoit le bienfaiteur de l'humanité, mais ne saurait cependant se contenter d'être morale dès lors que le travail, fût-il intellectuel, est sa seule source de revenus :

> « Dire que leurs auteurs sont payés par la satisfaction intérieure d'avoir pu se rendre utiles et par le plaisir d'exercer noblement leur intelligence, serait solder une dette par un sophisme : c'est là le meilleur prix, mais qui ne doit pas rester le seul. Le travail qui s'exerce sur les idées est aussi rémunérable que celui qui agit sur les choses ; et quiconque en a fait bénéficier autrui doit en bénéficier lui-même. »[1]

Le principe de la rémunération du talent de l'auteur selon Renouard est donc à chercher dans le nécessaire prolongement matériel, sonnant et trébuchant, de l'acquittement d'une dette morale que les contemporains de l'auteur contractent à son égard, en tant qu'il met son activité au service de l'augmentation du capital intellectuel de l'humanité :

> « Récompensez les auteurs. Payez-leur la dette sociale. Peu importe, si la production de leurs idées, si la faculté de les reproduire n'est pas un objet de propriété. Il suffit aux droits des auteurs comme aux droits de tous que ce soit une valeur légitime, un légitime objet de paiement. L'auteur a fait bien plus que de créer un objet appropriable. En dotant l'humanité d'une nouvelle combinaison de pensée, il n'a pas créé un objet destiné à accroître une richesse individuelle ; il a grossi le trésor commun des idées qui, sans être propre à de tels individus déterminés, est le vaste réservoir dans lequel tous pourront puiser, et qui ne fera que grossir et s'accroître par cela même que l'on y puisera davantage. Priver un travailleur quelconque de son salaire, c'est toujours une injustice. En priver un auteur, lorsque le bien de l'humanité consiste dans la plus étendue, la plus rapide, la plus complète circulation des idées, ce serait une ingratitude, et l'ingratitude est toujours une imprévoyance. Ce serait un trouble social. »[2]

Une ébauche de solution au problème de la rémunération des auteurs apparaît. Leur mérite est moral, la valeur de leurs œuvres est intellectuelle et inestimable, mais leurs talents sont susceptibles de plus

1. A.-C. R., *DI,* p. 213.
2. A.-C. R., *ThDA,* p. 264.

et de moins, et ces degrés correspondent à la contribution de l'auteur au paiement de la dette infinie qu'une génération contracte en usant librement des utilités intellectuelles produites par ses devanciers. Parce que cette contribution fait de l'auteur le bienfaiteur du public qu'il soulage de la tâche de rembourser cette dette, il en devient le créancier. On peut donc conclure que l'essence juridique de la rémunération des auteurs est la rétribution du service d'une dette que le public contracte à l'endroit des auteurs, en tant qu'ils paient celle que chaque génération doit à l'espèce humaine, quelque chose comme les *honoraires* que le public verse à ses champions. Il reste toutefois à en fixer le prix. Le problème s'est déplacé, mais n'est pas pour autant résolu.

2.3. Le prix de la dette

Les honoraires traduisent, dans la doctrine classique, que soutient Troplong par exemple[1], le prix d'affection attaché par le mandataire au service amical qui lui est rendu. Si le montant de la rémunération exprime non pas la valeur (inestimable) de l'œuvre, mais la reconnaissance du public, il faudrait, en suivant une distinction réaffirmée par Troplong[2], parler d' « honoraires des auteurs » plutôt que de « salaire des auteurs », puisque c'est bien de service amical et d'honneur qu'il est ici question, et non de louage d'industrie. De cette requalification se déduisent deux principes essentiels : le montant de la rémunération est fixé par le mandant, c'est-à-dire par le public, et il est proportionnel au service qui lui est rendu, c'est-à-dire à la satisfaction morale qu'il en retire. C'est dire qu'il ne saurait véritablement y avoir de « juste prix » en ces matières, ou plus précisément que ce juste prix n'est pas susceptible d'évaluation objective. Le jugement relatif à la valeur vénale qui

1. Cf. R.-T. T., *EL* (1), III, n° 792, p. 11, cité *supra,* chap. II.

2. « Dans le louage de service, ne voyez-vous pas la différence ? N'est-ce pas la puissance créatrice de l'homme même s'engageant à créer ? N'est-ce pas son activité personnelle, obligée à faire comme cause la chose stipulée, et se mettant au service d'un autre dans ce qu'elle a de plus libre, par une obligation qui restreint son indépendance ? » (*ibid.,* n° 225, p. 66).

doit s'attacher à l'œuvre sera un jugement de goût du public. Ce premier résultat est assez déterminant pour qu'on puisse en déduire la nature juridique de la rémunération des auteurs.

En premier lieu, si le jugement qui permet d'évaluer l'œuvre est un jugement de goût, il ne saurait se faire selon des règles, à la manière du jugement judiciaire. Le jugement du public est relatif à la part personnelle prise par l'auteur à la production de jouissances intellectuelles inédites, et porte tout à la fois sur l'originalité de l'œuvre et sur sa productivité spéculative. Ce jugement est subjectif et ne saurait à ce titre s'appuyer sur le droit philosophique, ou, comme le dit Renouard :

> « Pour résoudre le problème du plus juste mode de salaire dû à l'auteur, il faut avoir égard aux considérations d'utilité et de convenance réciproques entre lui et la société. »[1]

La question de la légitimité du jugement de goût ne repose donc plus sur celle des principes qui fondent les règles, mais sur l'autorité de celui qui juge. On accordera facilement à Renouard qu'aucune institution ne saurait représenter le public. Ni le gouvernement, ni le juge judiciaire, ni un collège de pairs ne sauraient en effet revêtir le même degré d'universalité que le public, dont le jugement, pour n'être pas objectif faute d'être nécessaire, sera au moins le plus général possible.

Il ne reste donc plus qu'à trouver un mécanisme de rémunération qui fasse du public le juge de la valeur des œuvres. Sur ce point, Renouard n'a pas à faire montre d'une grande inventivité, il lui suffit de reprendre le droit positif en vigueur depuis 1777 :

> « Un seul mode de paiement me paraît juste et possible : c'est celui qui attribue à l'auteur, sur chaque édition ou sur chaque exemplaire de son ouvrage, un droit de copie.
>
> « Ce moyen est celui que l'expérience a fait reconnaître comme le plus simple ; c'est aussi le plus équitable ; car en général, l'évaluation la plus judicieusement approximative de l'utilité d'un livre consiste dans le succès qu'il obtient. »[2]

1. A.-C. R., *ThDA,* p. 264.

2. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 462. Pour Renouard, le système selon lequel on laisserait à « tout un chacun la pleine liberté de fabriquer et de vendre l'ouvrage, mais à la charge de payer une certaine rétribution à l'auteur » (p. 464) est aussi envisageable. Ce système, celui

L'auteur se voit donc reconnaître, en rémunération du service qu'il rend à la société, l'exclusivité du droit de copier son œuvre. Ce droit est un bien qu'il peut vendre en échange d'une part des revenus que procure la vente de ces copies. De la sorte, la rémunération de l'auteur se fait en proportion du nombre des ventes ou encore de la faveur du public. Le public est bien le plus impartial des juges, puisqu'il n'est intéressé qu'à sa jouissance intellectuelle, mais aussi parce que l'opinion publique est la plus universelle des opinions.

Le miracle de la correspondance entre les utilités intellectuelles inévaluables et les utilités matérielles mesurables en vil argent s'éclaircit : en plaçant le public en position de juge et en érigeant le goût en critère de justice, Renouard rejoint bien, sous un certain rapport, la solution préconisée par les défenseurs des propriétés intellectuelles, puisque c'est bien en proportion de ce que les tiers sont prêts à payer pour accéder aux œuvres que l'auteur est payé ; mais il parvient en même temps à maintenir la différence de nature entre la vente d'objets matériels et le paiement des œuvres : ce dernier ne transfère pas un droit de propriété ou une des jouissances privatives qui s'y attache, mais représente, de la manière la moins inadéquate possible, la valeur du service rendu par l'auteur au public. Dans ce raisonnement, nous sommes bel et bien passés de la justice conçue comme soumission aux règles qui découlent des principes de justice, à la justice comme décret subjectif mais néanmoins non arbitraire, parce que prononcé par le moins injuste des juges possible, le plus universel et le plus désintéressé. Si, dans le domaine immatériel, ce n'est pas Dieu mais l'humanité qui crée le monde des idées, dans la doctrine de Renouard l'humanité trouve sa représentation la moins inadéquate dans une sorte d'universalité relative du marché de l'art et de la science, qui prétend jouer ce rôle de référence ultime quoique approximative de la valeur des choses. Sur le terrain des dispositifs des savoirs juridiques, la déclaration d'incompétence du droit philosophique fait place à la détermination pragmatique de rapports

de la redevance, se heurte cependant aux difficultés suivantes : « Ce qui le rend inadmissible, c'est l'impossibilité d'une fixation régulière, et l'excessive difficulté des perceptions. Peut-être, à force de soins, surmonterait-on les obstacles à la perception ; mais, quant à la fixation de la redevance, le règlement en est impossible » (p. 464-465).

d'utilité et de convenance, dont la détermination fait appel à la description scientifique des mécanismes qui régissent ce marché. C'est l'économie qui est la science de la juste rétribution des auteurs, en tant que science appliquée des principes du droit naturel.

Au bénéfice de ce remaniement dogmatique substantiel, nous avons sensiblement progressé dans la détermination de la nature juridique de la rémunération des auteurs. S'il s'agit bien d'une sorte d'honoraires, ceux-ci ne revêtent pas la forme du versement d'un prix, mais de l'allocation d'un droit patrimonial d'où découlent des utilités vénales, en proportion de la jouissance intellectuelle du public. Ce droit prend la forme de l'allocation d'une exclusivité sur la reproduction de l'œuvre, un droit de copie, qui institue un monopole d'exploitation économique de cette œuvre.

Ce droit est de toute évidence patrimonial. Renouard n'a pas pour autant rallié le camp des partisans des « propriétés littéraires », puisque ce droit n'a pas pour objet l'œuvre elle-même, mais son exploitation économique, sa reproduction à des fins mercantiles, en tant que cette activité s'inscrit dans le cadre d'un échange de services personnels entre le public et l'auteur. Il faut donc dire que le droit d'auteur réalise l'exploit de ne pas asservir l'œuvre à un droit privatif, de conserver le caractère absolument inappropriable des idées et le libre accès de tous aux jouissances intellectuelles qu'elles procurent, tout en instituant la captation des utilités matérielles qui naissent de la vente de ses copies, opérant ainsi un mécanisme d'appropriation tout à fait étonnant puisqu'il opère la réservation privative des fruits en laissant libre le principal dont ces fruits sont issus. Faut-il en déduire que le droit d'auteur est une sorte de concession que le public octroie à l'auteur sur les seuls fruits de son œuvre, en paiement de sa contribution à l'augmentation du capital intellectuel dont il dispose librement ?

C'est bien l'idée qui semble se dégager du raisonnement de Renouard, bien qu'il faille se garder de toute conclusion hâtive, puisque, on l'a vu, le public n'est pas propriétaire de l'œuvre (ce que suggère le terme de concession), mais tout au plus titulaire du droit de jouir librement de ses utilités intellectuelles. Il n'en est pas moins vrai que le même public est maître d'allouer des utilités matérielles aux

auteurs en remboursement de sa dette. Comment comprendre que ce public n'étant pas propriétaire des œuvres, celles-ci puissent cependant procurer des jouissances issues de son exploitation économique à un tiers ? Il y a là un montage qui nous est encore obscur et qui échappe décidément aussi bien à la conception de la propriété comme maîtrise souveraine que comme appartenance patrimoniale.

3. LA RÉSERVATION DE JOUISSANCE

Nous sommes bien sortis du cadre des « propriétés littéraires » : l'œuvre elle-même est insusceptible d'appropriation, et ce droit patrimonial ne porte que sur ses fruits. Tout se passe donc comme si le droit de l'auteur portait non pas sur un être, une *res* ou un objet, mais sur un usage, en l'occurrence la copie de l'œuvre et la vente de ces copies. Un droit sur des activités... Cette formule est d'autant plus obscure qu'elle ne ressemble à rien de ce que nous avons rencontré jusqu'ici (des droits sur les choses ou sur les universalités). Surtout, il faut se résoudre à constater le caractère éminemment paradoxal de ce droit qui réalise l'appropriation des fruits que procure un bien inappropriable, l'œuvre. Renouard accorderait volontiers qu'il s'agit d'un paradoxe, et c'est pourquoi le chapitre relatif au domaine immatériel universel se clôt sur cet énigmatique paragraphe :

> « Quoique par son essence, le domaine immatériel appartienne à l'universalité de jouissance du genre humain, il arrive cependant que le droit civil y crée, par *appropriation fictive,* certaines parts exclusivement réservées. »[1]

Nous tenons là une première et précieuse indication sur la nature de l'appropriation qu'opère le droit d'auteur, et que Renouard nomme réservation : elle est fictive.

1. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 214 (mes italiques).

3.1. La réservation comme appropriation fictive

En quoi consiste le caractère fictif de l'appropriation que réalise la reconnaissance de droits privatifs aux auteurs sur leurs œuvres ? À la différence de l'appropriation des biens matériels dans la conceptualisation souveraine de la propriété, celle des œuvres est le fruit de l'art juridique, et ne trouve son fondement qu'en lui. C'est la raison pour laquelle on ne saurait parler de « propriétés littéraires », le terme « propriété » devant être réservé aux appropriations réelles, c'est-à-dire physiques, naturelles.

On pourra trouver le raisonnement sophistique et le public lésé. Fictive en sa substance, l'appropriation des œuvres est bien réelle dans ses conséquences, et peu importe au fond à ceux qui doivent désormais payer l'auteur pour accéder à des idées réputées en libre accès, que le mécanisme juridique qui les y contraint imite ou pas la nature. Renouard ne cherche pas à nier que la reconnaissance de droits aux auteurs entraîne un renchérissement du prix du livre qui correspond à l'achat de l'encre et du papier, auquel s'ajoute la rémunération de la production intellectuelle, mais juge l'objection infondée sur le plan théorique, puisque la nature juridique du prix de l'œuvre n'est en aucun cas l'acquittement d'un droit d'accès à l'utilité intellectuelle que l'auteur aurait pu réserver. C'est la raison pour laquelle la possibilité d'accéder aux idées sans en payer le prix, en consultant le livre dans une bibliothèque par exemple, ne saurait être considérée comme une lésion du droit des auteurs, qui ne porte que sur l'exploitation économique de l'œuvre. La jouissance des utilités intellectuelles de l'œuvre reste par principe entièrement libre, et seul est restreinte la faculté qu'auraient des tiers à vendre des copies de l'œuvre sans le consentement de l'auteur. Dans la langue du droit français, qui est en cette matière celle des ordonnances de 1777, on doit alors parler non pas de droit, mais plus exactement de *privilège,* que Renouard définit comme « une loi privée, *privata lex* »[1]. En

1. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 466. Sur l'histoire des privilèges, on consultera F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français, op. cit.,* p. 347.

l'occurrence, le privilège reconnu aux auteurs leur alloue un monopole économique :

> « Monopole veut dire, par son étymologie, vente par un seul. C'est le droit de vente réservé, soit à un seul être individuel ou collectif, soit à une seule catégorie d'êtres individuels ou collectifs déterminés. [...] Le monopole n'est pas un simple fait ; c'est le titre juste ou injuste d'un droit positif qui, fermé à tout le monde, n'est ouvert que pour un seul ou pour plusieurs. Il est toujours un privilège ; mais un privilège n'est monopole que s'il confère la privative attribution de disposition vénale d'une chose ou d'un service. »[1]

Le privilège octroyé aux auteurs est donc un monopole, l'attribution privative des dispositions vénales tirées de la vente de la chose, et non la chose elle-même. L'argument est-il moins sophistique pour autant ? Il faut reconnaître que le privilège de l'exploitation économique du bien, en conférant à l'auteur le droit exclusif de copier l'œuvre, introduit la rareté non pas dans le monde des idées à proprement parler, ni dans celui des œuvres, mais dans celui des copies de leur support matériel, dont la détention effective est le plus souvent la condition pour accéder à l'œuvre elle-même. On peut donc soutenir qu'un monopole de vente n'interdit pas le libre accès à l'œuvre ; il reste qu'on accède à l'œuvre par sa copie, et que le monopole de l'auteur renchérit cette dernière. On peut donc soutenir que *stricto sensu* le public n'est pas lésé, en opérant cependant la dissociation conceptuelle de deux notions ordinairement jointes : la libre disposition et la totale gratuité. Aussi, Renouard, qui refuse avec raison d'estimer que le prix de la copie est un prix d'accès à l'œuvre (quoiqu'il ait recours à l'analogie du péage dont on s'acquitte en passant un pont), reconnaît cependant qu'il y a là une sorte d'impôt ayant pour objet la collecte de la somme requise pour rémunérer le service des auteurs :

> « Sans doute ce renchérissement est un inconvénient ; car les livres à bon marché sont des propagateurs d'idée plus rapides, plus puissants, plus actifs que ceux dont le prix est élevé. Mais il n'y a pas de paiement pour les auteurs si l'on n'a, par une voie quelconque, recours au public pour le

1. A.-C. R., *DI,* p. 339.

> fournir. Renchérir un livre, parce qu'il faut acquitter le droit de copie, c'est établir une sorte d'impôt. Or, un impôt, quoique offrant toujours en lui-même des inconvénients pour le public, se légitime par sa destination, lorsqu'il rend, en dépenses générales, en sécurité individuelle, en garanties efficaces, plus que ce qu'il ôte à chaque contribuable. C'est acheter trop cher l'abaissement du prix du livre que de ne pas payer l'auteur, que de le sacrifier à ses travaux, que de le décourager et de le jeter dans l'avilissement par la misère. Le livre coûtera un peu plus, mais il verra le jour, mais on ne l'aura pas étouffé avant sa naissance ; mais surtout on aura pas été injuste envers celui à qui on le doit. »[1]

Cet impôt retire bien quelque chose au domaine du public ; c'est, comme le dit Renouard, une « délibation opérée sur le domaine universel »[2]. On ne peut s'empêcher de remarquer que le domaine, une fois opérée la délibation, n'est plus tout à fait universel. Le droit d'auteur, s'il respecte l'inappropriabilité réelle des idées, est cependant bien le fossoyeur du communisme des idées qui, pour être la loi de l'humanité, n'en est pas moins largement vidé de sa substance par la fiction juridique d'une appropriation des seuls fruits matériels à laquelle la totale et gratuite liberté de disposition des idées ne résiste pas. On en tirera l'enseignement suivant : un domaine régi par une véritable communauté positive et universelle ne saurait être ordonné hiérarchiquement. L'égalité naturelle est la condition du communisme juridique, sauf à nier le principe de justice selon lequel chacun doit avoir le sien. Les deux lois du domaine immatériel selon Renouard que sont l'inégalité des talents et la libre disposition ne peuvent, à terme, que se contredire, sauf à renoncer au règne de la justice, ou au moins de la justice particulière, en traitant également des talents inégaux. La signification historique des travaux de Renouard réside au demeurant moins dans l'invention du relevé moderne du communisme que dans l'invention d'un mode d'appropriation, artificiel mais très efficace, des productions intellectuelles, qui favorise le développement des richesses humaines tout en donnant une reconnaissance juridique durable à la hiérarchie spontanée du monde des idées, en s'assurant que l'échelle des rémuné-

1. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 463.
2. A.-C. R., *DI,* p. 345.

rations des travailleurs soit la manifestation précise des très inégaux talents spirituels de chacun. La communauté originaire des idées trouve ici sa signification ultime, qui n'est pas sans évoquer celle que lui confère Kant, comme condition de possibilité de l'institution d'une appropriation fictive de biens inappropriables plutôt que comme la réfutation de la légitimité de cette appropriation. Décidément, si utopie il y a chez Renouard, ce n'est pas celle du communisme des idées, mais bien plutôt celle, plus attendue, de l'expansion illimitée de l'empire de l'homme sur ses mondes matériel et spirituel. Comment justifier cette réserve opérée sur le domaine universel, ce compromis, qu'on a du mal à ne pas trouver boiteux, avec les droits du public ?

Penseur rigoureux, Renouard ne cherche pas à présenter cette conciliation pour autre chose que ce qu'elle est : un moindre mal. Il ajoute cependant que ce moindre mal est acceptable parce qu'il est temporaire. Parce qu'il est un privilège et non l'acquittement d'un droit d'accès, le droit des auteurs ne se justifie que comme paiement du service des auteurs, de même que l'impôt ne se justifie que par sa destination et ne saurait prétendre être une prérogative inconditionnée de la puissance publique : son caractère essentiel est donc de ne pas être perpétuel.

3.2. La réservation comme appropriation temporaire

Le public est en dette vis-à-vis de ses ancêtres puisqu'il use librement des biens intellectuels que ces derniers ont produits. Il doit s'acquitter de cette dette en léguant aux générations futures une situation patrimoniale plus florissante encore. Chaque membre du public doit chercher à s'acquitter de cette obligation vis-à-vis de l'humanité elle-même, tout membre de l'espèce humaine est tenu de contribuer au développement de son capital moral. Certains peuvent payer « en nature », si l'on peut dire, en augmentant directement ce capital par les œuvres qu'ils produisent : ce sont les auteurs. Les autres peuvent légitimement se voir demander de verser la contribution financière qui permet aux auteurs de livrer leur contribution intellectuelle. Il n'est donc

pas injuste de réclamer au public un sacrifice pour rémunérer ceux qui prennent cette dette à leur charge, si toutefois le mode de rémunération choisi ne lèse pas les générations futures, qui sont les destinataires ultimes des services rendus. La justice exige simplement une rémunération qui satisfasse les besoins physiques des auteurs et de leur famille, à proportion de leur talent, afin qu'ils puissent se consacrer à la science et aux arts. Passée la cause impérieuse qui le justifie, et qui procède de la logique de la rareté et de la finitude qui règne sur le monde matériel (celle de nourrir, de vêtir et de loger l'auteur et ceux qui sont à sa charge), le public doit recouvrer ses droits et cesser de verser un impôt qui ne saurait s'éterniser sans contredire sa destination qui est de garantir aux générations futures la libre jouissance d'un domaine immatériel toujours plus vaste. La délibation opérée au profit des auteurs n'est légitime que si elle est temporaire, et plus précisément viagère.

Le raisonnement de Renouard sur ce point se fait empirique : le droit des auteurs est le paiement d'un service rendu par l'auteur au public, le remboursement d'une dette personnelle dont la fonction est de garantir la vie matérielle de l'auteur et des siens, qui ne saurait par conséquent s'étendre au-delà de la vie du créancier, mais pas non plus en deçà. Surtout, la production d'une œuvre engage la responsabilité morale de l'auteur toute sa vie, et le simple constat que ses droits moraux sont viagers « suffit à ne pas laisser de doute de la convenance de privilégier l'auteur pendant la durée entière de sa vie »[1]. Le droit d'auteur est donc au moins viager, mais

> « la justice ne se borne pas là. Si le privilège était purement viager, l'auteur conclurait difficilement les traites commerciales nécessaires à la publication de son ouvrage. Dans tous les cas où une avance de fonds assez forte sera indispensable, il faudra que le spéculateur puisse compter sur une certaine durée de privilège, afin que, pendant ce temps, l'ouvrage se fabrique, se termine, s'écoule, et que les capitaux rentrent »[2].

Enfin l'auteur, comme le propriétaire, n'est pas un individu isolé, il a une famille, une maison ; la justice selon Renouard commande de

1. A.-C. R., *ThDA,* p. 273.
2. *Ibid.*

rembourser les auteurs de sorte qu'ils puissent s'acquitter de leurs obligations familiales. Aussi :

> « Tout en maintenant au public une large part, il faut se montrer juste envers la famille de l'auteur [...] un privilège doit appartenir à ses héritiers pendant un temps assez long pour leur être profitable. »[1]

Ces considérations sont tout à fait empiriques, et doivent, selon Renouard, le rester. Nous sommes dans les considérations d' « utilité et de convenance réciproques » sous les auspices desquelles doit être déterminée la juste rémunération des auteurs. C'est sans doute la raison pour laquelle Renouard, qui disserte des principes, ne souhaite pas proposer de durée précise, préférant laisser à la sagesse du public ou de son représentant, le législateur, le soin de proposer une solution. On peut néanmoins penser qu'en laissant le temps aux héritiers de parvenir à la majorité, ce dernier n'aura pas été injuste. L'essentiel réside ici dans le fait que le privilège, même s'il n'est pas strictement viager, ne peut en aucun cas être considéré comme un droit perpétuel, transmissible de génération en génération. Nous touchons au point où se cristallise la querelle des propriétés littéraires dont les partisans ne se lassent pas de rappeler l'état de misère des descendants de certains grands génies nationaux, pour revendiquer la perpétuité du droit et, à travers elle, sa cause, la propriété. Ainsi des héritiers de Corneille, qui ne durent qu'à la générosité de Voltaire, scandalisé par leur situation, d'échapper à la misère la plus noire. Cet argument ne convainc pas Renouard, pour qui

> « un droit perpétuellement transmissible, qui affecterait exclusivement à un petit nombre de personnes, l'exploitation des productions de l'esprit, porterait un préjudice évident à la diffusion des lumières et aux progrès de la société. [...] N'aperçoit-on pas que l'on ressusciterait ainsi ces privilèges perpétuels, objets, sous l'ancien droit, d'une animadversion si générale et si juste »[2].

Ce dernier argument est politiquement très efficace et particulièrement habile : il convoque en effet au secours d'une doctrine qui trouve son fondement dans une ordonnance royale de 1777 le spectre du

1. *Ibid.*
2. A.-C. R., *ThDA,* p. 245.

retour d'une espèce particulièrement dangereuse de féodalité, celle des hommes de lettres. Tandis que, dans le domaine matériel, le caractère absolu de la propriété est le rempart contre la division féodale du domaine, dans le domaine immatériel, la reconnaissance de la perpétuité ne transformerait pas la nature même du droit, mais le privilège temporaire en privilège perpétuel. Il en résulterait, comme pour tous les droits féodaux patrimoniaux, la dispersion des droits en une myriade d'ayants cause, sauf à recourir à un « système de franche substitution », ce qui reviendrait à créer « hardiment un majorat intellectuel » en donnant « par droit d'aînesse une représentation puissante aux droits de l'auteur »[1]. Si l'on veut bien se souvenir que les majorats ont été abolis progressivement entre 1830 et 1835[2] suite à une longue querelle dans laquelle les libéraux ont pris fait et cause contre l'institution, et si l'on ajoute que ces mêmes libéraux se retrouvent le plus souvent dans le camp des partisans de la propriété littéraire, on mesurera combien Renouard est non seulement un excellent juriste, mais encore un homme politique accompli. Quant aux enfants de Corneille, Renouard s'en tient à la solution suivante :

> « S'il arrive qu'un nom glorieux soit porté par des hommes condamnés à la misère, ce sont là des maux privés qui peuvent trouver des réparations. L'État peut se montrer généreux pour ces illustrations nationales, comme Voltaire pour la famille de Corneille. Ce ne sont pas là des considérations qui puissent autoriser à fausser un droit dans sa nature et dans ses conséquences. »[3]

Il faut donc conclure de cet argument que le droit des auteurs est par nature temporaire, parce qu'attaché à la personne même de l'auteur qu'il rémunère, et que, pour prétendre être légitimes dans un régime de liberté, les privilèges ne sauraient être octroyés à perpétuité, sauf à réintroduire la féodalité dans le droit moderne.

Fictive et temporaire, l'appropriation réalisée dans le domaine immatériel n'a donc rien à voir avec l'empire que les hommes établis-

1. A.-C. R., *ThDA,* p. 247.
2. Cf. J.-L. Halpérin, *HDPF,* n° 67, p. 112.
3. A.-C. R., *ThDA,* p. 247.

sent sur le domaine matériel. Ainsi s'éclaire la division des biens telle que la conçoit Renouard. De part et d'autre de la grande frontière qui sépare le matériel et l'immatériel, on trouve un domaine universel et un domaine particulier. L'apparence de symétrie est cependant trompeuse : le domaine universel immatériel n'est pas un analogon du *dominium terræ* et le domaine réservé n'est précisément pas le domaine approprié où règne, d'après Renouard, le tout-puissant article 544. Détenteur d'un monopole temporaire d'exploitation, d'une réserve de jouissance économique, l'auteur n'est pas propriétaire de ses idées, il n'est pas davantage propriétaire de ses œuvres, et il faut maintenant ajouter qu'il n'est pas même propriétaire du droit de copie sur lequel on lui accorde un monopole par voie de privilège. On dira que pour avoir un monopole de vente il faut pouvoir aliéner ce qu'on vend, en être le propriétaire. Si, comme on l'a vu, toute propriété est un monopole, tout monopole n'est cependant pas nécessairement une propriété, et affirmer que le droit d'auteur est un monopole d'exploitation ne réintroduit pas par la fenêtre ce que Renouard s'évertue à chasser par la porte. Il y a bien deux sortes de droits privatifs qui confèrent le droit exclusif de vendre : ceux, temporaires, que créent les privilèges et ceux, perpétuels, que créent les droits de propriété. Voilà cernés les caractères essentiels du droit d'auteur selon Renouard. C'est un privilège octroyé temporairement à l'auteur qui confère à ce dernier le monopole de l'exploitation économique de son œuvre et lui réserve ainsi les utilités vénales qu'elle procure, sous la forme d'un droit exclusif de copier les œuvres, de les vendre et de se réserver les bénéfices de ces ventes. Ce privilège est octroyé en rémunération d'une prestation morale rendue au public par la production d'idées qui enrichissent le domaine universel immatériel et peuvent ainsi être mises au compte du service de la dette infinie que chaque génération contracte envers l'histoire de la civilisation humaine.

4. QUALIFIER LA RÉSERVATION DE JOUISSANCE

4. 1. Privilège et arbitraire

Il reste à qualifier juridiquement ce droit, dont la cause est un service personnel, mais qui se réalise par la création d'une exclusivité sur des biens matériels : la propriété des revenus de l'exploitation de l'œuvre. On comprend qu'il soit possible d'hésiter : est-ce un droit réel ? Est-ce un privilège ? D'après Laboulaye :

> « Propriété ou privilège, voilà donc le point délicat qu'il faut étudier. [...] Vient-il d'une concession bénévole de la société, c'est toujours un privilège ; le droit n'existe que par la grâce du législateur et n'a d'étendue que celle que la loi lui donne ; mais au contraire, s'il n'est que le travail reconnu et garanti par la loi, si ce travail enfante des fruits matériels, si on peut vendre, donner, léguer ces produits comme ceux de la terre et de l'industrie, nous voilà si près de la propriété qu'à moins de raisons majeures, je ne vois aucun intérêt à changer un mot bien fait. »[1]

Si l'on en croit Laboulaye, le droit se distingue du privilège par sa cause : tandis que la propriété s'acquiert originairement de manière *naturelle,* c'est-à-dire *physiquement,* par droit d'accession aux fruits du travail, le privilège est une création artificielle du législateur. La querelle des propriétés littéraires se laisserait ainsi ramener à celle du droit positif et du droit naturel. On peine à le croire : Renouard accorderait sans difficulté que si le privilège est artificiel, sa reconnaissance par la loi est aussi nécessaire que la rémunération des travailleurs intellectuels est naturelle, et Laboulaye, en bon juriste, sait bien qu'un privilège de droit positif rapporte plus à son titulaire qu'un droit naturel qui ne serait pas sanctionné par l'autorité civile. On peut donc soutenir que le privilège est artificiel, que le droit de propriété est réel et que la nature commande à la loi de consacrer l'un et l'autre. La nécessaire reconnaissance du droit n'est pas en cause.

1. E. L., *EPL,* p. XXIII.

De fait, l'attaque de Laboulaye contre le privilège ne ressortit pas à la dissertation de droit philosophique, elle est politique : le privilège est artificiel dans le sens où il trouve sa cause dans la bonne volonté de l'autorité qui le concède, cette volonté est contingente, ce que l'autorité concède, elle peut le reprendre, le droit des auteurs est précaire parce qu'il est suspendu au bon vouloir du souverain. Autrement dit, en toute rigueur logique, même si sa validité est reconnue par le législateur, le privilège n'est pas un droit, c'est une libéralité.

Comment comprendre cet argument ? En n'oubliant pas que Laboulaye est historien autant que juriste et en le resituant dans son contexte, qui est celui du commentaire de l'ordonnance de 1777. D'après ce texte : « Sa Majesté a reconnu que le privilège en librairie est une grâce fondée en justice, et qui a pour objet, si elle est accordée à l'auteur, de récompenser son travail, si elle est accordée au libraire, de lui assurer le remboursement de ses avances et l'indemnité de ses frais. » Faut-il comprendre que le Roi fait aux auteurs la grâce de reconnaître leur droit, fondé en justice, ou qu'il se contente de leur concéder libéralement la jouissance d'une chose ou d'une situation, parce que cette concession ne viole aucune règle de justice, dont au demeurant le Roi est le seul interprète autorisé[1] ?

1. La question divise aussi les historiens contemporains. Selon Pierre Recht : « Il ressort clairement de ce texte que la "grâce" accordée par le Roi constitue la reconnaissance d'un droit. Le sens de ce texte est donc le suivant. Il y a désormais deux espèces de privilèges :

a) les uns réservés aux éditeurs sont les privilèges traditionnels, identiques à ceux qui sont accordés aux manufactures pour les indemniser de leurs frais et avances ; ils sont limités à quelques années, tout au plus la vie de l'auteur ; ce sont des libéralités.

b) les autres, quoique sous le même nom, sont accordés aux auteurs ; ils sont "fondés en justice" et leur fondement est l'activité créatrice de l'auteur. Ils sont perpétuels. [...] Je ne crois pas, comme Mlle Dock, que les libraires "confondaient le privilège avec le titre même de la propriété", au contraire ils distinguaient nettement la grâce accordée aux manufacturiers ou à toute personne autre que les libraires, qui était une libéralité, de celle accordée aux libraires qui était fondée en justice ; elle n'était qu'une garantie, une "protection que le souverain doit à tous" [...] Le privilège accordé à l'auteur ou à l'éditeur est donc la reconnaissance d'un droit préexistant de l'auteur, non l'octroi d'un droit » (*Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, histoire et théorie,* Paris, LGDJ, 1969, p. 35. *Contra,* cf. M.-C. Dock, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteurs,* thèse, Faculté de Paris, 1962).

La véritable opposition du droit et du privilège est donc moins celle de la nature et de l'artifice que celle de l'opposabilité et de l'inviolabilité du droit. Le défaut du privilège serait donc d'instituer un droit qui n'en serait pas un, faute de déterminer l'obligation universelle correspondante qui pèse sur chacun des tiers, mais aussi sur la représentation de la collectivité juridique, le souverain législateur. Il entre en effet dans la définition du droit réel d'être opposable à tous et absolument inviolable, y compris par le législateur, sauf juste cause et préalable indemnité. En définissant le droit des auteurs comme privilège, Renouard aurait donc sacrifié son universelle opposabilité et son absolue inviolabilité, transformant un droit au sens strict du terme en un titre à la fois précaire (non perpétuel) et relatif, parce que soumis à la volonté contingente de l'autorité qui l'octroie[1]. Politique, la charge sous-entend que la thèse de Renouard est héritière de l'absolutisme monarchique, régime de l'arbitraire dans lequel tous les droits sont suspendus à la bonne volonté du despote.

Il est vrai que, pour Renouard, le public n'est pas astreint à l'obligation légale de rémunérer les auteurs. Il n'en reste pas moins que la loi positive serait injuste si elle ne versait pas le salaire de la peine des bienfaiteurs de l'humanité, et que le droit philosophique dicte la nécessité de payer les auteurs, même si c'est à l'utilité et à la convenance qu'il revient de laisser le soin de déterminer la forme juridique de la rémunération. Cette forme est donc contingente aux yeux de Renouard, mais la contingence, ici, n'est pas l'arbitraire : pèse sur le législateur une obligation (morale) de résultats qui lui interdit, sauf à commettre l'injustice, de reprendre ce qu'il a donné. Le privilège, pour être *ad tempus,* n'en est donc pas pour autant précaire. Dans le sens rigoureux du terme, c'est bien un droit, opposable à tous les tiers, aussi inviolable

1. Comme le note F. Olivier-Martin : « Fréquemment les lettres de privilèges contiennent une clause stipulant que les privilèges accordés seront suspendus en cas de nécessité [...]. Même en dehors de clause expresse, la suspension des privilèges est de principe quand il y a des raisons graves d'utilité publique. Plus largement, le roi a toujours le droit de supprimer les privilèges qui deviendraient préjudiciables au droit commun, sauf à indemniser les privilégiés intéressants et à restituer l'argent versé si le privilège a été acquis à beaux deniers, ce qui était assez fréquent à l'époque » (*Histoire du droit français, op. cit.,* p. 347-348).

que le droit de propriété, quoique la détermination de sa forme, sans être indifférente, puisse être laissée à l'appréciation du législateur.

Il faut en effet distinguer deux moments dans le mécanisme d'allocation du droit d'auteur selon Renouard. Dans un premier temps, le législateur se met à l'école du droit naturel et reconnaît la nécessité de rémunérer les auteurs en leur accordant le privilège d'exploiter privativement leurs œuvres. Dans ce sens, l'ordonnance de 1777 se contente, tout comme l'article 544, de consacrer la justice, et le privilège des auteurs n'est pas plus, ou pas moins, suspendu à l'arbitraire d'un législateur injuste que ne l'est le droit réel de propriété en tant que droit positif. Dans un second temps, chaque individu qui satisfait au statut d'auteur devient bénéficiaire du privilège en se voyant allouer un droit privatif. Y a-t-il là un espace dans lequel l'arbitraire pourrait s'introduire ? Pourrait-on imaginer que la volonté de l'autorité publique conditionne l'acquisition par l'auteur de ses droits ? Si tel était le cas, Laboulaye serait fondé à voir dans la doctrine de Renouard un avatar industriel du despotisme le plus absolu.

Renouard, en bon historien du droit qu'il est aussi, est parfaitement conscient de se placer dans une position politiquement inconfortable en cherchant à donner une nouvelle jeunesse à la catégorie juridique de privilège, puisqu'il semble vouloir ressusciter l'Ancien Régime. C'est la raison pour laquelle il prend soin de distinguer le privilège, loi privée, du « régime du privilège », qui est l'état dans lequel se trouve une société lorsque les individus sont, sous le rapport de leurs droits, dans la dépendance personnelle des puissances privées qui les leur garantissent. On se souvient en effet que Renouard est un fervent partisan de la liberté du travail, qu'il défend contre le principe de l'autorisation préalable[1]. Mais c'est pour préciser que :

> « Il existe de justes et d'injustes privilèges, conservateurs ou destructeurs de l'égalité du droit. Un privilège est légitime quand il applique à des faits spéciaux des dispositions spéciales. [...] Ce ne sont point les exceptions de cet ordre, naturelles et nécessaires, qui constituent ce qu'on appelle le régime du privilège. Ce régime est celui où les droits apparte-

1. A.-C. R., *DI,* p. 97. Cf. *supra,* chap. II.

nant naturellement à tous se trouvent réservés et concédés à certains individus ou à certaines classes, et où l'organisation sociale est dominée par cette inégalité. »[1]

Tous les privilèges ne sont donc pas féodaux par nature, pourvu qu'ils respectent le principe moderne de l'égale liberté. Si tous les auteurs ont également accès aux droits privatifs que leur confère le privilège général octroyé à leur profession, ce mode de rémunération n'est pas indigne du régime de liberté qui règne dans la société moderne, c'est un droit au sens plein du terme, qui mérite cependant d'être distingué parce que son objet est spécial, et non pas général. Tous les hommes ont accès à la propriété, seuls les auteurs, mais tous les auteurs, ont le privilège d'accéder au monopole d'exploitation de leur œuvre. Le privilège est donc un droit spécial, mais c'est un droit.

Le nerf de la réfutation des objections de Laboulaye réside donc dans deux principes : celui de l'accès inconditionné pour tous les auteurs aux droits privatifs que contient le privilège attaché à leur statut professionnel, et celui de la liberté d'expression qui garantit à chacun la possibilité de devenir auteur et d'obtenir les avantages qui s'attachent à cette position. Le second principe ne souffre aucune discussion : il suffit de produire une œuvre pour en être l'auteur, et non seulement l'exercice de cette activité professionnelle ne requiert aucune autorisation préalable, mais on peut dire au contraire que le public encourage chacun à participer, dans la mesure de ses forces, aux progrès moraux de l'humanité. Qu'en est-il du premier principe ? Tous les auteurs sont-ils naturellement privilégiés, si l'on ose dire à propos d'une situation juridique artificielle ? La réponse serait affirmative si l'existence même de l'œuvre suffisait à créer les droits privatifs qui s'y attachent. Nous touchons au problème de l'enregistrement.

4.2. La question de l'enregistrement

Peut-on dire que la seule publication d'une œuvre suffit à conférer le titre d'auteur à celui qui l'a produite, lui ouvrant ainsi les bénéfices

1. A.-C. R., *DI,* p. 37.

du privilège ? Faut-il au contraire estimer qu'il faut encore que cette publication soit enregistrée par la puissance publique, que la jouissance des droits qui s'attachent au statut d'auteur sont donc suspendus à l'accomplissement d'une formalité, comme, par exemple, le dépôt légal ? La question est bien celle de la nature de cette formalité : se contente-t-elle de reconnaître un droit qui lui préexiste, ou bien lui donne-t-elle naissance ? Cette question fait l'objet d'une dispute entre Renouard et Gastambide à propos des conditions d'ouverture de l'action en contrefaçon[1].

L'un et l'autre s'accordent à considérer que le défaut de dépôt légal prive certainement l'auteur de l'action en contrefaçon, mais le prive-t-il de son droit ? Ni l'un ni l'autre ne jugent qu'une réponse positive puisse être conforme à la justice ; Gastambide, cependant, estime que telles sont les dispositions établies par la loi française, ce que conteste Renouard.

Selon Gastambide, en ne satisfaisant pas à la formalité du dépôt légal, l'auteur serait présumé avoir fait abandon volontaire de son droit de propriété au public. Partisan des « propriétés littéraires », il fait montre dans cette dispute d'une grande cohérence de raisonnement. L'auteur est propriétaire du manuscrit, il en fait par conséquent ce qu'il veut. Pour se voir reconnaître un droit sur son œuvre, il faut cependant que celle-ci soit publiquement authentifiée comme appartenant à son auteur. Le législateur a prévu à cet effet une procédure, le dépôt légal, qui permet l'enregistrement de cette propriété. Le refus ou l'oubli de cette procédure fait perdre à son auteur le droit à la protection que lui accorderait autrement le législateur contre les contrefacteurs. C'est l'enregistrement de l'œuvre qui ouvre les droits privatifs que l'auteur détient sur son exploitation économique. Il faut donc conclure qu'en droit français le travail intellectuel ne permet pas d'accéder *naturellement* à la propriété réservataire, qu'il ne suffit pas d'être auteur pour en avoir les droits, puisqu'il faut encore que ce statut soit constaté et authentifié par l'autorité publique. Cette position met en danger celle de Renouard ; elle introduit en effet au cœur du mécanisme d'attribution

1. Cf. Adrien Gastambide I, p. 42 *sq.* et p. 56, 101, 189.

des privilèges reconnus aux auteurs l'intervention, potentiellement arbitraire, de l'autorité publique. Bien entendu, il ne s'agit pas de soumettre l'existence juridique des œuvres à une autorisation préalable, et le plus souvent la procédure d'enregistrement prévue est purement formelle, comme c'est le cas du dépôt légal. Il reste que, par essence, l'enregistrement est un acte unilatéral que nous sortons donc du régime de la plus entière liberté dès lors qu'il est requis.

On ne sera donc pas surpris de constater que Renouard s'élève contre cette opinion, estimant qu'on ne peut attacher à « une pure négligence, une contravention, tous effets d'un acte volontaire, et en faire naître l'existence d'un contrat »[1]. Le refus ou l'oubli du dépôt légal ne saurait suffire pour que le public décide de priver l'auteur de droits qu'il se verrait reconnaître autrement, ou, plus exactement, les droits de l'auteur sont constitués dès la publication de l'œuvre, dès que le manuscrit existe, fût-il laissé dans un tiroir, parce que ces droits rémunèrent un travail de dépropriation attesté par l'existence même de l'œuvre avant toute forme d'enregistrement. Les privilèges de l'auteur peuvent bien opérer une appropriation fictive, on les acquiert naturellement par le travail, quelle que soit par ailleurs la forme qu'ils reçoivent dans le droit positif. La créance de l'auteur vis-à-vis de la société naît donc avec l'œuvre, et le dépôt légal n'intervient que lorsqu'il s'agit de porter ce droit devant le juge, d'établir la preuve de l'authenticité de l'œuvre. On objectera, à juste titre, qu'un droit qui ne saurait être revendiqué n'est pas vraiment un droit : en effet, l'absence d'enregistrement prive l'auteur de l'action en contrefaçon, laisse donc son droit sans défense, mais une chose est l'existence du droit, une autre sa protection. Du reste, Renouard ne dit pas que le système défendu par Gastambide est impossible, mais qu'il est injuste (ce que Gastambide accorde) et que le législateur français l'a écarté (ce qu'il n'accorde pas)[2].

On ne saurait dire plus clairement que si la loi est souveraine, si le législateur est libre de faire des conditions aux auteurs, la justice commande que le droit d'auteur soit inconditionné, que la simple existence

1. A.-C. R., *TrDA,* II, p. 374.
2. *Ibid.*

d'une œuvre publique soit un titre légitime dans les mains de celui à qui le public la doit, ou plus exactement que la preuve du privilège ne s'établisse pas seulement par voie de titre. Ce système oblige à distinguer l'existence du droit et celle de l'action qui le protège. La formalité d'enregistrement n'est pas créatrice du droit, mais c'est elle qui permet à son titulaire de mener une action en contrefaçon pour se protéger d'éventuelles atteintes à son monopole. Cette distinction est riche d'enseignements quant à la nature même du droit d'auteur dans la théorie qu'en propose Renouard.

Qu'est-ce donc, en effet, qu'un droit sans l'action qui le protège ? Rien de plus qu'une sorte de droit de posséder le monopole d'exploitation de l'œuvre jusqu'à ce que cette possession soit troublée par un tiers, quelque chose comme une situation de fait légitime tant qu'elle dure, privée de toute protection légale si elle est contestée. La procédure formaliste de l'enregistrement n'est donc pas la cause du droit, qui est dans la situation de possession, mais elle est la cause de la garantie de ce droit contre d'éventuels troubles de la possession ; elle arme le bras d'un droit qui lui préexiste. On peut donc préciser la nature du second moment constitutif du privilège des auteurs sur l'exploitation économique de leur œuvre : après avoir octroyé un privilège à tous les membres de la profession considérés *ut singuli,* l'autorité publique suspend la faculté de le défendre devant le juge à l'accomplissement d'une formalité.

L'accession aux fruits du travail intellectuel s'avère donc bien différente de celle qui règne dans le domaine matériel. Si, dans l'un et l'autre cas, l'acte de production est la cause du droit, le droit qui en découle est complet dans le domaine matériel, offrant au propriétaire l'action en revendication qui permet de défendre son droit devant le juge, tandis que dans le domaine immatériel, et eu égard à la nature artificielle de l'appropriation réalisée, la possession de l'action en contrefaçon est conditionné par l'enregistrement préalable de l'œuvre. Non pas que les procédures d'enregistrement soient inconnues du droit des biens matériels immeubles, mais ces formalités doivent être considérées dans le seul cadre des modes d'administration de la preuve, où le titre que confère l'enregistrement vient renforcer une possession devant

le juge. L'espèce d'état de possession dans lequel est l'auteur d'une œuvre qu'il n'a pas enregistrée a ceci d'étonnant qu'elle n'ouvre pas aux actions possessoires. Le droit est décidément nu, sans défense.

Rétrospectivement, l'objection de Laboulaye apparaît comme confuse. Ce dernier, raisonnant à partir du modèle de la propriété souveraine des choses matérielles, distingue le *droit* né de l'appropriation physique des biens, qui est soit un droit de propriété (ouvrant aux actions en revendication de la chose), soit un droit de possession (offrant la protection des interdits possessoires) de la *libéralité* octroyée par le despote, n'offrant aucune action en défense à son bénéficiaire. Le droit d'auteur déjoue cette distinction : comme les droits de propriété ou de possession, il consiste en une appropriation (la réservation de jouissance), réalisée par une situation factuelle (la publication de l'œuvre), qui confère des droits privatifs (qu'on appelle privilèges parce qu'ils sont propres à une profession) ; mais, à l'inverse des droits dans le domaine matériel, il ne trouve sa protection juridictionnelle (l'action en contrefaçon) qu'une fois réalisée une formalité (l'enregistrement). Dans le droit d'auteur, c'est l'artifice qui complète la nature, pour le plus grand profit de la liberté juridique. La cohérence politique et idéologique de la théorie de Renouard est sauve, au prix cependant d'une difficulté dogmatique qui reste à résoudre : celle de la nature de l'action en contrefaçon. Faut-il parler d'action possessoire ? Il semble que non, puisque la simple possession de fait ne suffit pas à ouvrir cette voie à l'auteur qui n'aurait pas satisfait à la formalité du dépôt légal. Faut-il parler d'action pétitoire ? Il faudrait, pour ce faire, reconnaître que l'action en contrefaçon protège une propriété, ce que Renouard refuse énergiquement.

4.3. Nature juridique de l'action en contrefaçon

Dans le domaine matériel des biens immeubles, on classe ordinairement les actions en pétitoires et possessoires[1], pour distinguer celles qui

1. Sur ce point, cf. Ourliac, P. O., J. M., *HDP,* II, p. 311 *sq.* et 348 *sq.* Ce classement gouverne encore le droit contemporain de la preuve. Ainsi J. Carbonnier écrit-il : « Le contentieux de la propriété immobilière est organisé à deux niveaux : le niveau du posses-

protègent un droit de propriété et celles qui protègent un simple fait, une possession[1]. Telle qu'elle nous apparaît, l'action en contrefaçon ne semble pouvoir s'inscrire dans aucune de ces deux catégories qui organisent classiquement la théorie des actions. On peut estimer, avec Laboulaye, que l'action en contrefaçon est une espèce un peu étonnante d'action en revendication de la propriété, *rei vendicatio,* qui est en droit moderne le type de l'action pétitoire :

> « Il est évident [...] que la forme donnée à nos idées n'entre dans le commerce que lorsqu'elle a pris corps dans un manuscrit ou dans un livre. C'est alors qu'elle devient une véritable propriété. J'ai traité avec un théâtre pour lui donner une pièce ; au terme fixé, je n'ai rien écrit, cependant ma tragédie est achevée ; je la garde tout entière dans ma mémoire, comme faisait Casimir Delavigne ; je l'ai récitée à des amis ; que peut me demander le théâtre ? Rien que des dommages-intérêts. Mais si j'ai rédigé mon manuscrit, et que je ne veuille pas le livrer, n'aura-t-il pas là un objet certain et dont le tribunal peut au besoin ordonner la délivrance ? »[2]

L'auteur détiendrait donc, selon Laboulaye, un véritable droit de suite sur sa propriété, le manuscrit, qui est un bien certain et ce droit permet à l'acheteur d'aller le chercher dans les mains du mauvais vendeur, comme à l'auteur d'en revendiquer les fruits par droit d'accession. Cette solution est entièrement solidaire de l'attribution à l'auteur d'un droit de propriété sur son manuscrit, elle ne résiste pas à la distinction du livre et du discours sur laquelle se fonde la théorie de

soire [...] et celui du pétitoire qui concerne le *fond du droit*, la propriété [...]. [L]e possessoire en ce sens que le possessoire a été conçu comme une sorte de préalable au pétitoire : une partie cherchera à faire reconnaître sa possession dans le procès possessoire afin de s'assurer la position de défendeur dans un procès pétitoire éventuel – position de défendeur qui est doublement avantageuse : elle dispense du fardeau de la preuve et elle confère la jouissance intérimaire de l'immeuble pendant la durée de la revendication » (J. C., *DCIII,* n° 200, p. 317).

1. À propos de cette distinction, Ourliac écrit : « Le droit de propriété peut se trouver infirmé par le fait de la possession. Propriétaires et possesseurs étant deux personnes différentes, pour rétablir l'harmonie entre les deux concepts, on peut faire disparaître le droit au profit de la situation de fait en raison de son ancienneté et des qualités qu'elle présente. À l'inverse, le fait peut s'effacer devant le droit, c'est le but des actions réelles, des actions pétitoires » (P. O., J. M., *HDP,* II, n° 169, p. 312).

2. E. L., *EPL,* p. XXXVI.

Renouard. L'action en contrefaçon, façon Renouard, n'est donc pas une pétition de propriété.

Faut-il par conséquent considérer qu'elle serait à classer dans les actions possessoires ? Si l'on se reporte aux opinions de Renouard lui-même en matière de possession dans le domaine matériel, il apparaît que celle-ci se distingue très classiquement de la propriété comme le fait générateur se distingue du droit qu'il engendre, et dont il peut, sous certaines conditions, fournir la preuve :

> « La possession est une présomption de propriété ; elle en est réputée la preuve si une preuve contraire n'est pas fournie. Elle prévaut sur toute allégation de preuve contraire et suffit à fonder seule le droit de propriété, lorsque, continue et non interrompue, paisible et publique, non équivoque, elle a duré pendant le temps déterminé par les lois pour acquérir la prescription. Le fait de la possession, de même que le droit de propriété, dont il est le point de départ, dérive de la faculté d'appropriation conférée à chaque homme pour soumettre à son domaine toute portion de la matière qu'il pourra atteindre, et qu'un droit acquis à autrui ne lui interdit pas. »[1]

Dans le domaine matériel, la possession est donc un fait, et les actions possessoires se contentent de juger les faits lorsque l'ordre public commande le respect des situations acquises dans l'attente que soient jugés, au pétitoire, au fond des choses, les droits de propriété :

> « Les jurisconsultes ont mis un grand soin à distinguer les actions qui engagent l'examen du droit de propriété et celles qui ne tendent qu'à constater les caractères apparents de régularité dont le fait de possession se trouve accompagné. Les premières, nommées pétitoires, tendent à la pétition de la chose et protègent le propriétaire ; les actions possessoires protègent le possesseur. Celles-ci, n'entrant pas dans le fond du droit, ne recherchent point à quel maître la chose se trouve attribuée à titre permanent et définitif ; elles se bornent à vérifier les conditions présentes de la possession et à garantir le fait contre les violences et les troubles ; elles n'assignent pas à chacun ce qui finalement lui appartiendra à l'époque où son droit aura été prouvé et déclaré ; elles règlent les situations actuelles et en commandent provisoirement le respect, dans un intérêt de paix publique et de soumission à l'ordre extérieur des sociétés. »[2]

1. A.-C. R., *DI,* p. 233.
2. A.-C. R., *DI,* p. 232.

Cette conception interdit qu'on puisse ranger l'action en contrefaçon dans les actions possessoires, puisqu'elle ne protège pas simplement une situation de fait, mais de véritables droits, octroyés par privilège et générés comme on l'a vu par le seul fait de la publication de l'œuvre. Dans la doctrine que Renouard propose de la possession matérielle, la garantie légale s'attache à un fait qui produit alors des effets juridiques, en l'occurrence les interdits possessoires qu'on revendique par le moyen des actions possessoires, sans que ce fait devienne pour autant un droit. On remarquera cependant que, dans le cas de la prescription acquisitive, la possession est le « point de départ » de la propriété. L'imprécision du terme pourrait donner à penser que la possession est en fait un droit de propriété incomplet, une « propriété qui commence », comme a pu l'affirmer Eduard Gans[1], mais telle n'est pas l'opinion de Renouard, sous la plume de qui l'expression « point de départ » ne fait que désigner un fait susceptible de se transformer en droit par le mécanisme de la prescription acquisitive, sans qu'il soit possible de considérer que les droits de possession et de propriété sont, *en général,* de même nature, le second étant l'accomplissement du premier.

La difficulté est donc bien la suivante : dans la présentation, au demeurant courante, qu'en propose Renouard, les actions protègent soit le droit de propriété soit le fait de possession, mais jamais le droit de possession, expression au demeurant absurde puisqu'elle confond le droit (de propriété) et le fait (de possession). L'action en contrefaçon ne protège pas un propriétaire au sens de l'article 544, bien qu'elle couvre un droit : nous sommes dogmatiquement dans l'impasse, sauf à recourir à une conception de la possession comme *possession légale,* véritable droit, bien qu'il soit distinct de la propriété, et à une notion de l'action possessoire considérée en elle-même comme garantie d'un droit, sans être pourtant fondée sur l'examen des titres, et non comme une simple propédeutique au procès pétitoire dont la fonction sociale serait d'en faire l'économie.

La notion de « possession légale » n'est pas introuvable dans le droit français, elle est simplement en décadence, au moins depuis le

1. Eduard Gans, *System des roemischen Civilrechts im Grundrisse,* Berlin, 1827, p. 211.

XVIe siècle, et se nomme autrement. En effet, la langue du droit, pour désigner ces actions possessoires qui auraient pour objet de garantir des droits et non des faits, qui ne seraient pas le moyen d'assurer le respect de situations temporaires dans l'attente d'un jugement au fond, dispose en matière de droit des biens, du terme de *saisine*[1].

4.4. Indicible saisine

Dogmatiquement, on ne saurait confondre le droit d'auteur selon Renouard avec la propriété de l'article 544 : il n'est pas absolu, puisqu'il est temporaire et ne porte pas sur un corps certain ; il est non pas

1. Selon Ourliac : 1 / « Les Francs s'attachent au fait plus qu'au droit, et ils considèrent surtout la jouissance utile et durable d'un bien : des trois prérogatives romaines, l'*usus,* le *fructus* et l'*abusus,* ils négligent la dernière pour s'attacher aux deux autres qui sont visibles et sensibles. Le secret et la clandestinité n'apparaissent pas compatibles avec l'existence d'un droit ; il n'y a de droit certain que celui que l'apparence extériorise, que l'on acquiert par des signes sensibles, que l'on maintient par des symboles et par des formes ; il n'y a de bien véritable que celui qui est susceptible de jouissance durable : celle-ci implique à l'évidence à la fois le *corpus* – la détention de la chose – et l'*animus* – qui n'est ici que l'intention de la garder ; mais cette jouissance durable implique aussi une distinction entre les biens "dont l'utilité économique est prolongée", les héritages, *feoda*, *alodia* et les cateux, argent, fruits, transitoires et périssables qui se détruisent par l'usage, et dont il est impossible de jouir.

« L'exercice normal, régulier, paisible d'un droit constitue un titre que des manifestations visibles viennent corroborer : on appréhende un bien ou on l'abandonne en accomplissant des gestes consacrés ; on manifeste son pouvoir par des rites où interviennent la lance, la motte de gazon, le fétu de paille, mais où la main garde le principal rôle. La main intervient dans les promesses, dans les procès, comme, ici, dans l'affirmation de la puissance sur une chose. [...] la saisine donne à celui qui la possède l'apparence de la propriété, elle n'est pas forcément une propriété perpétuelle ; elle peut être de plus ou moins longue durée. L'usager, le créancier gagiste ont la saisine pour un temps limité ; de même le douaire ne confère à la femme qu'un droit viager ; plus nettement encore le droit du donataire est susceptible de modalités infinies et la donation ne fait pas disparaître le droit du donateur qui garde une saisine et une propriété virtuelle.

« On en vient par là à poser le problème des saisines multiples qui a été obscurci à plaisir : la saisine actuelle est, croyons-nous, toujours exclusive ; la saisine du donateur ou de la douairière exclut forcément toute saisine concurrente du donateur ou de la famille du mari ; mais ceux-ci gardent un droit éventuel qui pourra, par exemple au cas de mort de la douairière, s' "actualiser" et revivre sous forme de saisine. On a dit que l'idée de perpétuité de la propriété échappait aux Francs ; tous les droits sur les choses apparaissaient comme assortis de termes et de conditions qui affectaient pareillement les saisines.

« En somme, on peut considérer la saisine franque à la fois comme un droit de propriété plus ou moins limité et comme le fait de la possession. La propriété est conçue, transmise, défendue sous la forme d'une saisine » (P. O., J. M., *HDP,* II, n°s 123 et 124, p. 236 à 238).

général mais spécial, c'est un privilège professionnel ; il confère une action dont la nature n'est pas de protéger un droit, mais une situation factuelle née de l'allocation impersonnelle d'un privilège à tous les auteurs et de la preuve formelle qui conditionne l'acquisition de cette qualité, l'enregistrement de l'œuvre.

Ces différences techniques trouvent leur origine dans des différences d'ordre conceptuel : à la différence du droit de propriété souverain, le droit d'auteur est de part en part personnel, c'est la rémunération d'un service rendu au public par l'auteur ; cette rémunération prend la forme d'un droit personnel, qui n'est cependant pas une libéralité, mais un droit, comportant une indéniable dimension réelle, puisqu'il réalise une appropriation privative aussi efficace dans ses effets juridiques que celle que réalise la propriété absolue. Elle s'en distingue pourtant puisqu'elle ne porte pas sur l'objet lui-même – l'œuvre – mais sur un usage, en l'occurrence sa reproduction. De plus, la preuve du privilège se fait non par titre, mais par l'enregistrement d'une situation factuelle, l'existence de l'œuvre, sans que l'action qui le protège puisse néanmoins être considérée comme possessoire, puisqu'elle garantit un droit. Autrement dit, le privilège patrimonial de l'auteur confère à l'apparence du droit, aux usages qu'il rend licites, les effets légaux du droit lui-même, à la condition toutefois que cette apparence soit publiquement constatée.

Cette appropriation est donc deux fois fictive. Elle est fictive dans un sens technique, puisqu'elle est l'œuvre de l'art juridique et non de la nature matérielle. Elle est fictive encore dans le sens où elle ne requiert aucun titre, assurant la protection d'une situation factuelle *comme si* cette dernière était la manifestation d'un droit.

Le déplacement ontologique est considérable. L'usage et la jouissance de la chose ne sont plus les manifestations extérieures et sensibles d'un rapport juridique purement intelligible qui unirait cette chose à son propriétaire, comme les actes de domaine manifestent la propriété souveraine, ce sont des actes attachés à une situation juridique qui, parce qu'elle « fait droit », est la substance du droit lui-même, le droit en acte. C'est la raison pour laquelle le procès qui naît de l'introduction de l'action en contrefaçon n'est pas, comme le procès possessoire, un

préalable à l'examen ultérieur du fond : d'une certaine manière, dans la propriété réservataire, il n'y a plus de fond, ou plus exactement le fond du droit *est* sa manifestation. Cette conception de l'appropriation privative, en accordant à un phénomène, à la manifestation sensible d'un droit, les mêmes effets qu'un droit, être juridique complet et suffisant en lui-même, est l'opérateur d'une véritable révolution intellectuelle. Dans un monde juridique où la propriété réservataire est pensable, il n'y a plus d'arrière-mondes, l'ontologie se confond avec la phénoménologie parce que l'apparence du droit est son essence même.

On comprend que Renouard ait toutes les peines du monde à qualifier le droit d'auteur tel qu'il le conçoit. On a vu qu'il s'agit d'un privilège, mais dès lors qu'il est question de préciser sa nature juridique et de la rattacher au système du droit civil, le vocabulaire se fait flottant, évoque un « impôt », une « dette », voire « une simple jouissance de quelques années »[1], qui n'est pas sans évoquer un « usufruit »[2], terme par lequel Renouard désigne le droit de l'éditeur, contraint de conserver la substance de la chose, laquelle consiste dans l'intégrité morale de l'œuvre[3], ou encore un « domaine utile »[4], laissant sous-entendre que le public serait l'éminence de ce domaine divisé[5].

1. A.-C. R., *TrDA,* II, p. 124.

2. C'est ce que Charles Comte reproche à la Convention de 1793 qui, en refusant d'accorder la perpétuité, n'aurait concédé qu'un usufruit aux auteurs, *Traité de propriété*, II, p. 150.

3. Cette qualification apparaît dans la discussion relative aux droits des éditeurs de supprimer ou d'altérer l'ouvrage dont ils ont acheté les droits. La position de Renouard sur ce point illustre combien, sauf le mot, sa théorie implique la reconnaissance des droits moraux de l'auteur. Renouard se réclame d'une citation célèbre de Pardessus : « Lorsque l'auteur fait cession de ses droits, ce n'est pas seulement pour en recevoir le prix, c'est aussi pour obtenir la publication de l'ouvrage. Si donc on prétendait que le droit du cessionnaire va jusqu'à pouvoir supprimer ou altérer l'ouvrage, on violerait essentiellement la nature du contrat et les intentions des parties. "La vente d'un manuscrit sans aucune réserve, dit M. Pardessus [n. 1, *Cours de droit commercial,* n° 310, partie III, titre I, chap. V, Vente des droits résultant des découvertes ou des productions de l'esprit, n°s 307 à 312)], n'a pas les mêmes effets que celles des propriétés ordinaires. Elle ne donne pas à l'acheteur le droit de disposer du manuscrit de la manière la plus absolue ; par exemple de le changer, refondre, augmenter par des intercalations, ou réduire par des suppressions. Il ne peut aussi le détruire ou se dispenser de le publier par la voie de l'impression ; il n'est, en réalité, qu'un usufruitier, qui doit jouir en conservant la substance de la chose" [...] Ces principes sont incontestables » (A.-C. R., *TrDA,* IV, p. 327).

4. A.-C. R., *TrDA,* III, p. 447.

5. Pour une reprise systématique de cette thèse, Pierre Recht, *Le droit d'auteur, op. cit.*

On peut voir dans ces hésitations l'échec de sa théorie[1]. C'est surtout l'indice de ce que cette dernière est d'un genre spécial qui rend superflue l'inscription des concepts légaux dans le système du droit civil, pour la raison qu'elle ressortit au moins autant au droit philosophique qu'à la romanistique, classique ou moderne. Inutile, le recours à ces catégories est surtout très incertain : aucune des qualifications proposées ne permet de rendre compte du déplacement conceptuel que réalise la propriété réservataire, particulièrement de son caractère à la fois fictif et pragmatique, qui interdit qu'on l'inscrive dans le couple du droit réel et du droit personnel, de la propriété et de ses démembrements, du possessoire et du pétitoire, etc. C'est ce déplacement conceptuel qu'exprime la notion de *saisine,* qui ne se réduit décidément pas à une simple technique juridique.

1. C'est ce que fait Pierre Recht, qui l'attribue au fait que Renouard « confondait le fondement du droit avec sa nature juridique », *Le droit d'auteur, op. cit.,* p. 52.

page 428 bl

CHAPITRE X

La saisine

1. L'HYPOTHÈSE DE LA SAISINE

Après avoir donné une actualité et une signification nouvelles à la communauté universelle et positive, Renouard se serait-il implicitement proposé de donner une seconde vie à cette autre catégorie juridique plus ou moins oubliée qu'est la saisine ? Une telle hypothèse ne peut être prospectée bien entendu que *contre* Renouard lui-même, qui connaît certainement le terme mais ne peut l'utiliser tant il connote non seulement la propriété matérielle mais encore la propriété *féodale*. La notion de privilège l'avait déjà rendu vulnérable à l'accusation d'absolutisme, celle de saisine l'aurait livré à la vindicte comme défenseur des fiefs. Le reproche est politiquement infondé, sa théorie du droit d'auteur est, tout au contraire, explicitement dirigée contre les « majorats intellectuels » qui, sous couvert de défense de la propriété intellectuelle, introduisent des féodalités littéraires dans le droit industriel. Sur le plan technique, Renouard ne conditionne pas l'octroi du privilège des auteurs au bon vouloir de l'autorité publique ; l'accusation d'absolutisme est donc, sinon de mauvaise foi, au moins un contresens sur sa pensée. Pour autant, on ne jurerait pas que le mécanisme juridique que réalise l'action en contrefaçon n'emprunte rien à la saisine, dont l'origine est indéniablement coutumière, et le destin associé

aux maîtrises foncières de l'ancien droit – celles que la romanistique a voulu rationaliser *ex post* par la théorie du domaine divisé[1]. Conviendrait-il alors de chercher l'esprit du droit d'auteur dans le passé du droit des biens, et plus exactement, en deçà des qualifications romaines, dans le droit coutumier de l'ancien droit français ? Ne serait-ce pas mobiliser une thèse historiquement plus que discutable au service d'une simple analogie, celle que suggère la ressemblance entre l'action en contrefaçon et les actions possessoires telles qu'elles se pratiquaient avant d'entrer en décadence ? L'objection serait tout à fait fondée si la saisine n'était qu'une simple technique juridique. Mais le terme désigne non pas une, mais un ensemble de techniques, et surtout leur mise en cohérence selon des principes directeurs qui ne sont pas ceux des propriétés souveraine ou patrimoniale. C'est la raison pour laquelle elle peut prétendre incarner un autre principe général d'intelligibilité du droit des biens, une conceptualisation alternative de la propriété.

Cette notion, aussi étonnant que cela puisse paraître au regard de ses très lointaines origines franques, fait figure de nouvelle venue dans la littérature juridique du XIXe siècle. On trouve certes des développements qui la concernent chez les commentateurs des coutumiers depuis le Moyen Âge, mais l'idée d'en produire une théorie rationnelle en lui attribuant la fonction de modèle explicatif de l'ancien droit des biens, date de la première moitié du XIXe siècle. Si les pratiques qu'elle désigne remontent à des origines qui se perdent dans la nuit des temps juridiques, si la mise en forme écrite de ces pratiques s'étend de la rédaction des *leges barbarorum* jusqu'aux grandes codifications coutumières de la fin du Moyen Âge, et s'il s'est depuis toujours

1. À ce propos, A.-M. Patault écrit : « La théorie dite du "double domaine" (propriété directe, propriété utile) est une construction doctrinale ingénieuse qui permet d'appliquer, "en prêt-à-porter", à chacune des propriétés simultanées coutumières, les mécanismes du *dominium* romain. Mais malgré l'effort considérable d'adaptation tenté par les juristes, elle est vision savante très loin des réalités : elle élimine artificiellement le lien d'obligation inhérent à la maîtrise foncière de ce temps » (A.-M. P., *IHDB,* n° 111, p. 133). Cet argument fragilise la subtile construction dogmatique que propose P. Recht qui voit dans la double nature du droit d'auteur un domaine divisé, une éminence perpétuelle et des utilités temporaires (*Le droit d'auteur, op. cit.,* p. 234-257).

trouvé des juristes pour proposer des commentaires de ces codes, utiliser et définir la notion de saisine[1], ce n'est que sous la plume des historiens modernes du droit qu'elle est érigée en catégorie dogmatique centrale du droit coutumier, lui-même promu au rang de système juridique complet et rationnel. C'est dire qu'en tant que catégorie de la science juridique, la saisine est une notion résolument moderne, contemporaine de la naissance de l'histoire *moderne* du droit, assise sur une conception objective, ou encore scientifique, de la discipline, fondée sur l'étude critique des sources, et non une conception rhétorique de l'histoire fondée sur la puissance édificatrice des *exempla*[2]. On notera d'ailleurs que c'est au moment où le terme de saisine disparaît quasi définitivement[3] des catégories en usage dans le droit positif, qu'elle devient un objet d'attention systématique pour les savants. La tentative de reconstruction théorique du droit des biens autour du concept de saisine est bien contemporaine de l'émergence du droit d'auteur. On peut dès lors se risquer à penser que la théorie du droit d'auteur échafaudée par Renouard pour exposer dans sa cohérence le droit positif français véhicule une conception réservataire de la propriété dont l'armature technique est conçue d'après le modèle théorique que nous fournit l'institution de la saisine, à condition que ce terme, qui nous est encore obscur, soit pris dans son acception la plus large.

Certaines raisons particulières militent en outre en faveur de cette hypothèse. En France, la première étude systématique de la saisine est l'œuvre d'Henri Klimrath (1807-1837), historien-juriste dont l'œuvre est considérable ; et bien que sa mort prématurée à l'âge de trente et un ans en ait suspendu l'achèvement[4], elle fait de lui le fondateur de

1. On trouve un index des principales sources dans la thèse d'E. Champeaux, *Essai sur la vestitura…, op. cit.* p. VI à XI, ainsi que la bibliographie des principales études consacrées à la saisine au XIXe siècle, p. I-VI.

2. Cf. D. Kelley, *Historians and the Law post Revolutionary France,* Princeton, Princeton University Press, 1984.

3. Elle subsiste dans le Code civil sous la seule forme de la saisine de l'héritier.

4. Laboulaye écrit à son propos : « Voilà, voilà celui qui sans la jalousie de la mort aurait donné à la France son Savigny » (E. L., *HPFO,* p. 53). Quand on connaît le prestige de Savigny au XIXe siècle et que l'on sait que Laboulaye est son disciple et bientôt son bio-

l'histoire moderne des droits populaires, ou coutumier, et, jusqu'à nos jours, l'un de ses théoriciens principaux.

Son étude sur la saisine est publiée pour la première fois en septembre 1835[1], dans la seconde livraison de la *Revue de législation et de jurisprudence* dont il est le collaborateur régulier depuis le premier numéro. Or il se trouve que Renouard est, lui aussi, dès le premier numéro, un collaborateur régulier de cette revue, dans laquelle il publie sa *Théorie des droits d'auteurs* au printemps 1837. Si l'on ajoute qu'à la fin de l'année 1834 et jusqu'à l'été 1836, puis durant l'année 1837 jusqu'à sa mort le 31 août, Klimrath est à Paris[2] où il fréquente les mêmes cercles que Renouard autour de Guizot, alors ministre de l'Instruction publique[3], et enfin que la livraison de la revue dans laquelle se trouve l'article sur la saisine contient une étude sur la propriété littéraire dans laquelle on trouve trop d'arguments discutés par Renouard pour qu'il ait pu ne pas la lire[4], il est difficile de croire qu'il n'ait pas eu connaissance de l'article de Klimrath au moment même où il termine sa propre dissertation.

graphe, on mesure la portée du compliment. C'est à L. A. Warnkœnig que l'on doit d'avoir publié ses principaux écrits de langue française, parfois inédits, dans l'ouvrage *Travaux sur l'histoire du droit français, par feu Henri Klimrath,* recueillis, mis en ordre et précédés d'une préface par M. L. A. Warnkœnig. Deux volumes, cartes en couleur, Paris, Joubert, 1843. Cet ouvrage sera noté H. K., *THDF* par la suite. Je remercie très vivement Louis Assier-Andrieu d'avoir attiré mon attention sur Henri Klimrath.

1. « De la saisine (étude historique) », *Revue de législation et de jurisprudence,* Paris, Bureau de la Rédaction, avril-septembre 1835, vol. II, p. 356-400. Ce texte trouve sa forme définitive, sous le titre *Étude historique sur la saisine d'après les coutumiers du Moyen Âge* dans l'édition due à Warnkœnig, qui fait mention de « changements et additions » que Klimrath aurait introduits en 1837, H. K., *THDF,* II, p. 339-399.

2. Cf. la préface de Warnkœnig, *THDF,* I, p. X et XIII.

3. Renouard fut l'élève de Guizot, il le croise à la Société de la morale chrétienne, puis surtout dans l'association politique « Aide-toi le ciel t'aidera », dont il rédige le manifeste. Son opuscule sur la réforme de l'instruction primaire sert de base aux réformes engagées par le ministère de l'Instruction publique que Guizot prend en charge de 1832 à 1836 (cf. sur ce point Pierre Rosanvallon, *Le moment Guizot,* Paris, Gallimard, 1985, p. 248). Quant à Klimrath, c'est à Guizot qu'il doit sa première charge publique de juge-adjoint au concours pour une chaire de droit vacante à la faculté de Strasbourg (Warnkœnig, H. K., *THDF,* I préface, p. X) et c'est tout naturellement qu'il lui dédie son *Mémoire sur les Olim et sur les parlements,* en 1837.

4. Auguste Marie, « De la propriété intellectuelle », *Revue de législation et de jurisprudence,* Paris, 1835, t. I, p. 81 *sq.* et t. II, p. 161 *sq.*

Cela dit, la théorie de la saisine de Klimrath se recommande d'elle-même comme une conceptualisation alternative de la propriété, peut-être la plus aboutie qu'ait connue la première moitié du XIXe siècle, propre à rendre compte de la propriété réservataire. On accordera par ailleurs la discontinuité patente, du point de vue de l'histoire des normes, entre le droit des biens tel qu'il se présente dans les coutumiers rédigés aux XIVe et XVe siècles (qui sont les principales sources de Klimrath) et la théorisation de l'ordonnance royale de 1777 que propose Renouard, mais s'il n'est pas question de défendre une très invraisemblable continuité historique entre la saisine foncière et le droit d'auteur considérés en tant qu'institutions, il n'est pas impossible de chercher à rendre compte de l'apparente proximité qui unit deux conceptions de l'appropriation élaborées en même temps par deux auteurs qui se fréquentaient assez pour avoir des préoccupations scientifiques communes.

Un tel rapprochement n'est d'ailleurs paradoxal qu'en apparence, et cette apparence doit être attribuée à la sous-estimation de l'importance qu'ont pu revêtir les recherches historiques sur l'évolution de la science juridique française : ce n'est que plus tard, au XIXe siècle, que l'histoire du droit est devenue antiquaire, voire cosmétique. Chez des auteurs dont la préoccupation majeure est de « terminer » la Révolution française, l'histoire est encore un réservoir conceptuel vivace[1]. On conçoit donc fort bien qu'un auteur aussi savant que Renouard, mis en demeure de penser l'appropriation fictive d'un objet inappropriable, ait pu faire appel, au moins implicitement, à ce qu'il sait de conceptions élaborées en des temps où la nature des choses, et tout spécialement celle de la terre, échappait à l'empire de l'homme. C'est dire qu'en plus des fortes affinités intellectuelles qui les lient, les démarches respectives de nos deux auteurs présentent de notables convergences spéculatives.

1. Sur ce point, Donald Kelley, *Historians and the Law…, op. cit.*

2. LE CODE CIVIL, COUTUMIER UNIVERSEL DU GÉNIE FRANÇAIS

L'orientation de la recherche de Klimrath, qui sur ce point emprunte à Savigny, se fonde sur le principe selon lequel, dans les sociétés qui connaissent une forte division du travail, le droit scientifique est, dans sa dimension théorique, une source indirecte du droit positif, et que l'histoire y joue le premier rôle en permettant, à travers l'étude des sources des catégories juridiques, l'exposition systématique et rationnelle de leurs déterminations. Ainsi actualisés, les concepts légaux peuvent servir de référence à l'interprétation du droit positif, fournir les types idéaux d'après lesquels il convient d'en orienter l'évolution, jouer le rôle réfléchissant ordinairement dévolu au droit naturel ou philosophique.

Chez Savigny, cette histoire est d'abord et avant tout celle du droit romain, en tant qu'il est le droit commun de l'Allemagne, et plus généralement le référent théorique commun de tous les droits nationaux européens, y compris ceux qui ont adopté la forme d'une codification législative[1], au moins pour ce qui concerne le droit des biens[2]. Klimrath ne se situe pas tout à fait dans cette veine, car s'il accorde la pleine actualité des études historiques, c'est comme partisan des institutions coutumières contre le droit romain. Regrettant la vénération qu'on éprouvait pour ce dernier, qui le faisait voir « comme la raison écrite et presque comme le droit naturel »[3], il écrit :

> « Ce qui nous encourage à le venger [le droit coutumier] d'un injuste oubli, c'est que le peuple, dominé par les besoins nouveaux, les mœurs et les idées modernes, a toujours protesté contre l'invasion du Droit romain, et que dans la plupart des circonstances décisives, ce sont les

1. Frédéric Charles de Savigny, *Traité de droit romain,* trad. franç. C. Quenoux, Paris, Hingray, 1840-1851, I, préface, p. XXVIII.

2. L'influence de l'élément politique, ou national, du droit se fait plus fortement sentir dans le droit de la famille ; en revanche, le droit des biens est, selon Savigny, essentiellement romain.

3. *Essai…,* H. K., *THDF,* I, p. 27.

> coutumes qui l'ont emporté, malgré les préventions qui leur étaient contraires : témoin le Code civil modelé en grande partie sur le Droit coutumier. »[1]

Le geste théorique ici esquissé renouvelle l'opposition rhétorique entre le droit populaire, ou national, et le droit romain qui incarne l'Empire et l'universalisme abstrait d'un dogme intangible, aveugle aux réalités changeantes de la vie concrète, étranger aux peuples à qui il ne s'impose que par la conquête. On comprend que cette thématique des « droits populaires », immédiatement et spontanément engendrés par les rapports de la vie réelle, ait pu éveiller l'attention d'un Guizot, théoricien du développement autonome de la société, et contributeur important à la naissance du concept moderne de rapports sociaux[2].

Cette querelle est celle des germanistes et des romanistes. Elle a rapidement revêtu une dimension politique en Allemagne[3], mais telle n'est pas l'orientation de Klimrath qui se refuse à la prolonger dans l'affrontement du peuple et de la caste des légistes, préférant la maintenir dans les limites de la science. Klimrath, né en 1806, a en effet grandi à l'ombre du Code civil, expression monumentale de l'unité nationale, contre lequel il serait vain de brandir des coutumes dont il a su, à ses yeux, intégrer l'essentiel. On sait en effet que Portalis parlait, à propos du Code, de transaction entre les coutumes et les solutions romaines. Klimrath accorde le terme, mais lui donne une interprétation bien particulière dans laquelle les coutumes sortent finalement seules victorieuses de cette paix des braves, puisque, selon lui, les dispositions essentielles du Code (relativement à la possession, à la propriété et ses démembrements, au droit des obligations – que Klimrath préfère appeler engagements –, en bref, à l'ensemble du droit des biens et du droit de la famille) sont d'origine coutumière. C'est dire qu'il est non seule-

1. *Essai…,* H. K., *THDF,* I, p. 28.

2. Sur ce point, Pierre Macherey, « Aux sources des "rapports sociaux" », *Genèses,* 9, 1992, p. 25-43.

3. Sur cette querelle, A. Dufour, « Savigny et l'École du droit historique », *Droits de l'homme, droit naturel et histoire : droit, individu et pouvoir de l'École du droit naturel à l'École historique du droit,* Paris, PUF, 1991, p. 161-162.

ment possible, mais nécessaire de proposer une nouvelle conception du droit des biens, non pas contre le Code, mais en interprétant ce dernier à la lumière de la science historique des droits coutumiers. Pour ce faire, Klimrath n'hésite pas à affirmer que le Code n'est pas le rejeton de la Révolution française, ni même celui de l'Empire, mais qu'il est, au moins pour ce qui concerne le droit des biens[1], le fruit du génie coutumier français, forgé à travers plus de mille ans d'histoire. Il déclare ainsi l'incompétence des romanistes à qui il oppose le système des droits coutumiers, ou pandectes des droits populaires français.

La clef de voûte du Code étant l'institution de la propriété, le concept matriciel de la refondation ici proposée est celui de saisine, ou encore de propriété coutumière, qu'il convient de substituer à la propriété romaine pour qu'apparaisse enfin la véritable cohérence du droit français des biens. L'argumentaire est sans doute politiquement habile : la thèse de l'origine coutumière des dispositions du Code permet d'en appeler à la saisine non pas contre l'article 544, mais contre son inscription dans un horizon herméneutique trop empreint de droit romain. Il reste que si Klimrath n'a pas grand-chose en commun avec ceux qui, n'ayant rien oublié ni rien appris, rêvent encore d'effacer le dernier demi-siècle, il ne peut cependant manquer de se heurter à l'assimilation courante de l'ancien droit à la féodalité. Dans un geste qui rappelle celui de Renouard réhabilitant la notion de privilège, Klimrath entreprend de dissocier le droit coutumier du droit féodal, afin de rendre politiquement acceptable l'actualisation du premier dans un contexte dominé par le rejet général du second :

> « Fleury, dans sa petite Histoire du droit, après avoir déclaré ingénument qu'il en était réduit aux conjectures et ne pouvait que deviner, devine hardiment que nos coutumes sont nées au milieu des violences et des usurpations des Xe et XIe siècles, et que leur diversité s'explique par les

1. D'après Klimrath, les principes d'origine coutumière reconnus par le Code sont relatifs aux meubles, en matière desquels la possession vaut titre (art. 2076) ; aux servitudes réelles, dont certaines, comme la mitoyenneté ou la vaine pâture, sont inconnues du Droit romain ; la publicité et la spécialité qui gouvernent le système hypothécaire, et les rentes foncières qu'il importe de pouvoir distinguer des droits féodaux et censuels abolis par la révolution. Cf. *Essai…,* H. K., *THDF,* I, p. 43-46.

> caprices et les intérêts divers des seigneurs qui les imposèrent à leurs sujets. Nulle part, que nous sachions, cette opinion bizarre n'a été développée avec l'étendue, ni appuyée des preuves, que semble réclamer une question de cette importance. Néanmoins, cette opinion, qui flattait le préjugé commun, se répandit promptement et elle était devenue à peu près générale à l'époque de la rédaction du Code, à ce point que ses auteurs se crurent souvent obligés de s'excuser des emprunts qu'ils faisaient au Droit coutumier et de prévenir, par une réfutation anticipée, l'accusation de tendre au rétablissement de l'Ancien Régime et de la féodalité. [...] Si l'on avait su lire Tacite, on eût été dispensé de chercher dans les injustices et la tyrannie des seigneurs et dans la barbarie du Moyen Âge, l'origine de coutumes, dont le germe existait, à ne pas s'y méprendre, au moins huit siècles auparavant. »[1]

Débarrassé de l'épithète infâme qui les identifient à l'Ancien Régime, les propriétés coutumières sont donc disponibles pour fournir le cadre conceptuel dont a besoin le droit des biens moderne naissant. La féodalité est certes une des formes historiques qu'elles ont revêtues, mais ce n'est ni la première, ni la seule :

> « Ce qui est incontestable, c'est que le génie moderne, né de l'alliance intime de deux principes qui semblent s'être cherchés pour se compléter l'un l'autre, les mœurs germaniques et le christianisme, s'est développé en Europe sous une variété presque infinie de formes diverses, suivant les temps et les lieux. La féodalité en fut une, fort générale il est vrai, mais accidentelle et temporaire. De ce qu'elle a dû périr, s'ensuit-il que les institutions germaniques n'aient pu survivre en aucune manière ? Et si, au contraire, elles ont continué et continuent chaque jour à se développer parmi nous en s'appropriant partout aux besoins des temps et des localités, s'ensuit-il qu'au fond de cette multiplicité il ne vit pas un principe un et identique, qui ramène toutes les modifications particulières à un grand ensemble ? »[2]

Épousant le geste de Savigny défendant l'actualité du droit romain, le ressort de l'argument de Klimrath est à chercher dans la dissociation du temps politique et du temps juridique : le droit d'un peuple peut survivre aux divers régimes politiques qu'il traverse, à commencer par

1. *Essai…,* H. K., *THDF,* I, p. 29.
2. *Essai…,* H. K., *THDF,* I, p. 33.

celui qui lui a donné naissance, parce qu'il est la manifestation de l'esprit de ce peuple considéré dans son principe, qu'on ne saurait confondre avec ses institutions politiques, qui sont contingentes. De même que la chute de l'Empire romain n'entraîne pas la disparition du peuple romain et de son droit[1], de même les coutumes du peuple français, pour avoir traversé le régime féodal, ne sauraient pourtant s'y réduire.

Ainsi, contre l'opinion dominante des historiens du Moyen Âge[2], mais encore et surtout contre Montesquieu et Guizot, il faut affirmer que le droit coutumier n'est pas féodal par essence, et que la saisine n'est pas nécessairement un « asservissement de la propriété »[3]. La question est historiquement difficile. À l'époque du plein développement de la féodalité domine en effet le principe selon lequel « en fief, il n'y a point de vraie saisine sans foi »[4]. Mais si la saisine est sans aucun doute la technique juridique qui préside à l'organisation du droit des biens féodaux, outre qu'elle est antérieure à l'établissement des fiefs, elle domine aussi le régime des biens libres (les alleux) :

> « Point de saisine en fief sans investiture et sans foi ; point de saisine en censive, sans vest et sans devest par le seigneur ; point de saisine en alleu sans ensaisinement par le juge ordinaire : tel est le principe exprimé dans toute sa rigueur. »[5]

1. Cf. Savigny, *Traité, op. cit.,* et I p. 4. Cette dissociation entre temps politique et temps juridique se trouve déjà dans l'*Histoire du droit romain au Moyen Âge* dont elle constitue une prémisse essentielle. « On croyait autrefois que le droit romain entraîné dans la chute de l'empire d'Occident, s'était, après six cents années, relevé comme par hasard ; fait imaginaire que depuis longtemps on s'accorde à rejeter » (Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen Âge,* trad. franç C. Guenoux, Paris, Mesnier, 1830, préface, p. II).

Klimrath a nécessairement eu connaissance de ces références puisqu'il leur a consacré un article : « De l'origine des institutions municipales, d'après MM. Savigny et Eichhorn », *Nouvelle Revue germanique,* mars 1829, p. 191-214 et avril 1829, p. 193-214.

2. L'expression est d'E. Champeaux, qui l'attribue à l' « École des feudistes ». Cf. *Essai sur la vestiture ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français,* Paris, Fontemoing, 1898, p. 27-30. L'ouvrage sera noté E. C., *EVS* par la suite.

3. Cf. Montesquieu, *De l'esprit des lois,* Livre XXX, chap. I-XXII, et Guizot, *Histoire de la civilisation en France depuis la chute de l'Empire romain,* Paris, Didier et Cie, 1846, vol. III, Seconde et troisième leçons (p. 25-79 dans la 9e édition, 1864).

4. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 381.

5. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 377.

Ce point est essentiel car il prouve que la saisine n'est pas une forme particulière de propriété, attachée à l'institution du fief, mais la détermination juridique de toute appropriation coutumière, féodale ou libre, une configuration alternative de la propriété *en général*. Irréductible à une période particulière de l'histoire du droit, elle embrasse aussi, par sa généralité, l'ensemble du droit des biens. C'est bien pourquoi la saisine se présente comme l' « âme de la législation » coutumière :

> « Le terme de saisine n'est plus guère employé, aujourd'hui, que pour désigner le droit qu'a l'héritier du sang ou l'héritier institué (le légataire universel) en concours avec de simples collatéraux, de se dire possesseur de la succession qui lui est échue, sans avoir besoin de demander l'envoi en possession par le juge, comme le successeur irrégulier, ni la délivrance par l'héritier saisi, comme les légataires à titre universel ou particulier.
>
> « Dans notre ancien Droit, ce terme avait une signification plus étendue, et les principes généraux sur la saisine servaient de règle à tous les droits quelconques qu'on peut avoir sur une chose. »[1]

Cette dernière phrase impressionne décidément par sa généralité : si la saisine est la règle de tous les droits quelconques qu'on peut avoir sur une chose, elle est l'institution archétypique de tout le droit des biens français, tel que le manifeste le Code Napoléon dont on vient de voir qu'il est considéré par Klimrath comme le chef-d'œuvre du génie coutumier français, à quelques romanismes près. Dès lors que l'interprète contemporain veut bien entendre le mot saisine dans un sens tout à fait général, celui qu'il revêt dans les grands coutumiers, il apparaît que « si l'emploi du mot a été restreint par l'usage à un cas spécial, l'idée qu'il exprime se retrouve dans une foule de dispositions de nos Codes, comme dans tout l'ensemble de leur système »[2], offrant ainsi la clef d'une compréhension systématique de la législation française, et plus précisément de l'article 544, qu'on ne parvient pas à saisir en adoptant une perspective par trop « romaniste »[3].

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 339.
2. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 340.
3. « Si nous prenions le Droit romain pour *criterium* de ce système, il faudrait convenir que le Code civil, en ce qui concerne les droits qu'on peut avoir sur les choses, comme à beaucoup d'autres égards, est tombé dans de graves écarts, dans d'abominables hérésies », (*Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 340). Le propos vise vraisemblablement la prétention

L'entreprise de Klimrath s'apparente donc bien à une refondation générale du droit français, dont le principe serait la neutralisation de l'élément romain. Peut-on lui accorder que la conception absolutiste de la propriété est d'origine romaine ? Symétriquement, faut-il tenir pour démontré que la saisine est le principe du droit coutumier des biens et qu'elle manifeste à ce titre le génie français ? Il est permis d'énoncer à ce propos les doutes les plus sérieux, en remarquant toutefois que l'intérêt spéculatif de la saisine est largement indépendant de la territorialisation dogmatique qu'en proposent les auteurs qui s'en réclament.

3. LA SAISINE

Le droit coutumier, d'après Klimrath[1], connaît plusieurs espèces de saisines parmi lesquelles la *saisine de fait* présente le plus de ressemblance avec la possession romaine, puisque « elle est attribuée à celui qui a la possession de fait, la simple détention de la chose »[2]. Cette détention confère au possesseur un simple pouvoir de fait sur la chose, qu'on appelle saisine :

> « C'est ainsi que le commodataire, le dépositaire, le créancier nanti, le fermier, la femme mariée qui tient sous clef des choses sur lesquelles, pourtant, elle n'a aucun droit efficace durant le mariage, et même le possesseur

affichée en 1814 par Savigny de corriger les incohérences du Code en regard du droit romain, mais peut fort bien viser les romanistes français, tout particulièrement les critiques formulées par Athanase Jourdan contre certaines de ses dispositions.

1. Ou, plus exactement, d'après Albrecht commenté par Klimrath, car sur ce point Klimrath se revendique explicitement des grandes lignes de la doctrine du Professeur de Göttingen : « Cette savante et laborieuse Allemagne, à laquelle nous devions déjà le plus beau traité de la possession suivant le Droit romain [*i.e.* celui de Savigny], nous a donné, comme pendant, un traité de la saisine suivant le droit germanique. L'auteur de ce dernier ouvrage, M. Albrecht [...] a traité son sujet avec un soin, une étendue et une intelligence des anciennes coutumes dont nul, à notre connaissance, ne lui avait donné l'exemple » (*Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 343). E. Champeaux constate cette filiation et critique la théorie de Klimrath dans le paragraphe qu'il consacre à l' « École d'Albrecht », n° 15, p. 30-37.

2. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 345. Les développements suivent de près la première partie de l'ouvrage d'E. Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts,* Königsberg, Bornträger, 1828, § 1-14, p. 1-129.

de mauvaise foi, sont dits avoir une saisine. Cette saisine donne au détenteur la faculté, la possibilité d'user et de disposer à son gré de la chose dont il est saisi. C'est là une pure conséquence de la possession de fait. »[1]

Il reste à expliquer comment cette pure possession de fait, qui ne trouve sa cause dans aucun droit, peut être protégée par le droit.

3.1. La saisine de fait

Cette question difficile est en tout point semblable à celle de la nature juridique des interdits possessoires en droit romain : pourquoi le droit protège-t-il un fait qui ne trouve pas sa cause dans un droit ? En droit coutumier (version Klimrath), il ne fait aucun doute que la saisine de fait est légalement protégée :

« À l'égard des tiers, et ici commence le droit, le détenteur jouit, en vertu de la saisine, d'un double privilège :

« 1 / Il peut repousser par la légitime défense toute agression commise par voie de fait actuelle sur la chose dont il est saisi.

« 2 / La saisine est placée sous la protection du juge. Cette protection se manifeste par des effets extrêmement importants.

« *a)* Le détenteur a une action possessoire contre quiconque l'a troublé de fait dans la saisine.

« *b)* Lorsque son droit est contesté par un adversaire, dont, de son côté, il se refuse à reconnaître le droit, le détenteur ne peut être dessaisi qu'en vertu d'un jugement, et jouit dans le procès des bénéfices de la défense.

« *c)* Lorsque le détenteur a cessé de posséder sans s'être dessaisi par tradition volontaire ou sans l'avoir été par jugement, il a le droit de suivre, par action réelle, la chose dont il se trouve indûment dessaisi. »[2]

Et, à propos de l'action possessoire qu'Albrecht reconnaît au détenteur, Klimrath ajoute :

« Cette action possessoire me paraît très contestable, et elle est rendue parfaitement inutile par le droit de suite, qui n'est lui-même fondé que sur le fait de la dépossession, sur le fait de la possession antérieure et

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 345.
2. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 346.

perdue. Il est vrai qu'on peut être troublé sans être dessaisi, mais l'action pour nouveau trouble ne compète qu'à celui qui a la vraie saisine de fait. »[1]

Ainsi, dans le système de Klimrath, il n'existe que deux conséquences juridiques à la détention de fait : la légitime défense en cas de dépossession violente et la protection du juge, laquelle s'accompagne de la jouissance des prérogatives de la défense et se réalise par la possibilité d'intenter une action réelle, un droit de suite sur la chose. La première, outre qu'elle rappelle le procès possessoire du droit français actuel, peut encore être interprétée en termes romains comme un fait de possession ouvrant à des interdits possessoires. La seconde est, en revanche, tout à fait étonnante puisqu'elle confère au possesseur non pas une action possessoire mais un véritable droit de suite sur la chose par la voie d'une action réelle. Il faut donc comprendre qu'à la différence des interdits possessoires romains (qui ne se laissent pas confondre avec les effets de la propriété, quoique certains auteurs aient pu y voir une « propriété qui commence »)[2], la simple possession de fait (détention) produit exactement les mêmes conséquences juridiques que l'allocation d'un droit réel. Voilà donc un fait qui n'est fondé sur aucun droit mais confère à celui qui peut l'établir une action réelle, comme si ce fait était un droit sur la chose, un *jus in re,* une propriété.

En termes romains, il faudrait donc corriger Klimrath, accorder le droit de suite à la rigueur, si l'on convient d'appeler droit de suite la protection de la possession de fait qu'instituent les interdits possessoires qui permet au possesseur dépossédé par violence de revendiquer la chose jusque dans les mains de tiers, mais il ne saurait en aucun cas être question de confondre cette action en restitution avec l'action réelle en revendication, qui ne peut avoir d'autre cause qu'un droit réel de propriété. En qualifiant l'action qui naît de la simple saisine de fait d'action réelle, Klimrath sort donc volontairement du cadre de la distinction possessoire/pétitoire selon le droit romain, et fait place à une possession

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 345-346, note 5 de la page 345.
2. Cf. *supra,* chap. IX.

de fait (détention) la protection que le droit romain n'accorde qu'à la seule propriété. La possession de fait est ici assimilée *dans ses effets* à la propriété de la chose, comme si le fait de la détention faisait droit de propriété.

Comme on l'a vu, la possession romaine produit certes des effets juridiques, mais n'est pas à proprement parler un droit, ni même, selon l'interprétation de Savigny qui sert ici de référence à Klimrath, un simple fait, qui ne serait juridique que dans ses effets[1]. La saisine de fait selon Klimrath n'est pas une possession romaine, parce que la possession de fait (détention) coutumière n'a pas seulement des effets juridiques, mais doit être considérée en elle-même comme un rapport juridique réel. Voilà donc un fait qui ne se contente pas de produire des effets légaux mais doit être considéré comme étant aussi un droit au sens plein du terme, un fait (la détention) qu'on peut revendiquer devant le juge non pas simplement au possessoire et au seul titre de la violence du trouble subi, qui est le fondement des interdits possessoires selon Savigny[2], ni même au titre de la propriété dont il serait le commencement, mais en tant que fait *légal* en lui-même. « Ceci, nous dit Klimrath, mène à la saisine de droit. »[3]

3.2. La saisine de droit

La saisine de droit est une autre espèce de saisine, qui se distingue de la saisine de fait en ce qu'elle ne suppose pas nécessairement la détention actuelle :

> « La saisine (de droit) est attribuée, en certains cas, par continuation ou par anticipation, à celui qui n'a point la possession de fait, soit qu'il ait cessé d'être possesseur ou qu'il ne l'ait jamais été. »[4]

1. « On ne contestera pas que la possession, en elle-même et d'après sa nature primitive, ne soit qu'un fait : il est également certain qu'elle produit certains effets légaux. Elle est donc en même temps fait et droit » (Savigny, *Traité de la possession,* trad. Jules Beving, Bruxelles, Hauman, 1840, p. 38).
2. Savigny, *Traité de la possession, op. cit.,* p. 28.
3. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 346.
4. *Ibid.*

Avec la saisine de droit, nous franchissons une étape importante dans la voie de l'abstraction juridique, puisque la possession ouvrant l'action réelle n'est pas nécessairement actuelle. La cause de cette possession distincte de la détention est par conséquent proprement juridique, et on peut parler de *possession légale*. Klimrath distingue quatre cas dans lesquels le possesseur peut être dit avoir une saisine de droit :

> « 1 / Le premier cas de la saisine de droit naît du dernier effet que nous venons de reconnaître à la saisine de fait. Ici la saisine de droit n'est autre chose que le droit de suite ou l'action réelle, qui compète à tout détenteur indûment dépossédé sur la chose ravie, volée ou perdue. Ce premier cas a lieu pour les meubles, et vraisemblablement aussi pour les immeubles. »[1]

Il arrive, suite à des troubles ou pour d'autres raisons, que le détenteur ne détienne plus la chose au moment où il la revendique. Dans ce sens, la saisine de droit est effectivement le simple prolongement de la saisine de fait, et trouve sa cause dans le fait de la détention antérieure dont les effets se font sentir au-delà de la situation initiale et la prolongent fictivement, pour ainsi dire. Le lien juridique tient dans la seule remembrance du lien factuel. Le second cas de saisine de droit introduit quant à lui de nouveaux éléments :

> « 2 / Lorsque le détenteur s'est volontairement dessaisi de sa chose par la tradition réelle, pour quelque cause et à quelque titre que ce soit, si cette chose est un meuble, il a perdu la saisine pour le tout ; mais s'il s'agit d'un immeuble ou d'une universalité de choses mobilières ou immobilières, il conserve la saisine (de droit) jusqu'à ce que la simple tradition de fait ait été suivie d'un acte public, solennel et authentique, de l'investiture ou de l'ensaisinement par le seigneur ou par le juge. Et *vice versa,* si l'investiture ou l'ensaisinement a précédé, il perd aussitôt la saisine de droit, quoique la saisine de fait lui reste jusqu'à ce que la tradition réelle se soit ensuivie. »[2]

Là où le premier cas continuait fictivement la détention, le second l'anticipe ; mais cette différence introduit entre les deux mécanismes une véritable différence quant à la nature de la dépossession : dans le premier cas elle est indue, et purement factuelle (vol ou perte), dans le

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 346 et 347.
2. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 347.

second elle est volontaire et juridique, et trouve son origine dans un transfert légal de la saisine.

La question du transfert de la propriété est classique et peut être schématisée de la manière suivante : le transfert est-il réalisé par l'accord des parties (la doctrine moderne dirait l'échange des volontés) ou bien n'est-il complet qu'à la remise de la chose, la tradition réelle, et, dans ce second cas, quels sont les rapports juridiques qui lient les parties entre elles et à la chose durant la période intermédiaire qui sépare l'accord de la remise ? Selon le droit romain, la propriété n'est transférée qu'avec la remise du bien ; entre-temps, celui qui se dessaisit volontairement de la chose contracte une obligation personnelle de remettre la chose à celui qui l'acquiert, qui détient alors un droit à se voir livrer la chose *(jus ad rem)*.

Le système décrit par Klimrath vient bouleverser cet ordonnancement. Il n'est plus question d'opposer l'accord des parties et la tradition réelle puisque le transfert de la saisine est réalisé par l'accord des parties – dont il faut préciser qu'il ne devient effectif que lorsqu'il revêt une forme objective, « un acte public et solennel » –, de sorte que cet accord ne s'oppose pas à la remise de la chose comme la dimension intelligible (et invisible) du transfert s'opposerait à sa dimension matérielle, puisque cet accord n'a d'existence juridique qu'en revêtant la forme ostensible d'un acte public. Le transfert de la chose se confond ici avec sa manifestation sensible. Plutôt que de distinguer l'accord des parties et la remise de la chose, il est donc préférable d'opposer deux formes, l'une symbolique et l'autre réelle, de remise de la chose. On peut alors dire que la remise réelle de la chose suffit à transférer la saisine de fait (la détention), mais que c'est la remise symbolique de la chose, l'investiture, qui réalise le transfert de la saisine de droit, que Klimrath appelle aussi propriété.

On aperçoit les conséquences immenses qui découlent de ce bouleversement : le transfert de la propriété est pour ainsi dire symbolisé. Au transfert du droit qui appelle toujours celui de la chose elle-même, dans sa réalité matérielle, se substitue le transfert symbolique de la chose même, qui opère ainsi une véritable dématérialisation de la propriété du point de vue de son transfert. On voit combien cette idée peut inté-

resser la civilisation commerciale dans laquelle la circulation des biens est en elle-même une valeur.

Avec cette seconde forme de saisine, le droit ne se confond plus avec le fait puisque la saisine de droit peut fort bien ne pas s'accompagner de la détention, mais le mécanisme décrit n'est pas pour autant fidèle au droit romain puisqu'il interdit la distinction rigoureuse du droit personnel (l'obligation qui naît de l'accord des parties) et du droit réel (la propriété qui naît de la remise de la chose), en faisant résider le transfert de la propriété dans la remise symbolique de la chose, qui peut ne pas coïncider avec sa remise réelle, mais est cependant conçu comme l'authentification légale de la réalité du transfert. Ainsi, la saisine de droit se distingue de la saisine de fait en ce qu'elle n'est pas fondée sur une situation factuelle, mais sur l'acte public et solennel d'authentification de cette situation factuelle, qui peut certes intervenir par anticipation fictive, mais qui ne saurait s'analyser comme réalisant simplement un changement dans des rapports purement juridiques et doit être compris comme une procédure de constatation, de certification et de qualification d'une situation factuelle (actuelle ou anticipée) lui conférant une efficace juridique. Dans ce sens, c'est bien l'investiture, ou la remise symbolique de la chose, qui réalise le transfert du droit réel, devenu indissociable de l'engagement personnel à livrer effectivement la chose, si cette livraison a été anticipée.

On ajoutera encore que la saisine n'étant plus simplement de fait, elle trouve son fondement dans le titre que lui confère l'investiture, et qu'on peut ainsi posséder en saisine au titre de la propriété, mais aussi au titre de l'usufruit, du douaire, ou de tout autre droit réel, qui peuvent tous être considérés comme des espèces diverses de propriétés.

Notons enfin que la saisine de droit en tant qu'elle se distingue du fait ne concerne que les immeubles, puisque pour les meubles il n'y a pas de distinction entre dépossession volontaire et dépossession indue. Nous avons déjà examiné ce point dans la première partie, lorsque nous l'avons rattaché à l'idée d'une responsabilité personnelle du détenteur de bien meuble, responsabilité dont le possesseur de bien immeuble est soulagé par l'intervention d'une puissance publique qui prend à sa charge la garantie de la possession de fait.

Cette distinction des meubles et des immeubles organise l'ensemble de l'exposé de Klimrath, puisque les meubles sont insusceptibles de vraie saisine (sur ce terme, cf. *infra,* § 3.4) et que le mécanisme de l'anticipation de la saisine de fait dans la simple saisine (sur ce terme, cf. *infra,* § 3.3) ne leur est pas applicable[1] ; aussi leur régime juridique est-il très différent de celui des immeubles et des meubles compris dans une saisine immobilière ou dans une universalité de choses.

Cette remarque nous fournit l'occasion de préciser ce point, en faisant droit à l'idée selon laquelle la distinction des meubles et des immeubles n'est peut-être pas la plus adéquate pour rendre compte de la division des biens dans le système de la saisine[2]. En effet, la distinction des meubles et des immeubles trouve son fondement moins dans la mobilité physique de la chose que dans la nature du régime qui lui est appliqué. Aussi est-il peut-être préférable d'introduire la distinction d'origine franque, des *capitalia* et des héritages[3] – biens qui, parce qu'ils sont destinés à la jouissance d'un individu, sont sous la seule responsabilité de celui qui en a la maîtrise physique – et de ceux qui, parce qu'ils sont destinés à la production – on pense d'abord et avant tout à la terre – font seuls l'objet d'une saisine de droit. Pour la clarté du raison-

1. « En meubles singuliers, toutes les contestations se décident suivant les principes de la simple saisine de fait ou de droit. Encore ne faut-il pas oublier que la saisine par investiture, par hérédité et par jugement n'a lieu que pour les immeubles ou universalités de choses, en sorte que, pour meubles singuliers, la saisine de droit se trouve réduite à l'injuste dépossession. Ainsi, pour avoir droit de suite sur un meuble, il faut en avoir été indûment dépossédé ; et pour pouvoir se dire dépossédé, il faut avoir été avant en possession » (*Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 393).

2. Cette réserve est suggérée par Champeaux, pour qui la distinction des meubles et des immeubles est étrangère au système de la saisine franque : « Il n'y a pas de différence de nature entre le meuble et l'immeuble [...] la division des biens en mobiles et immobiles est d'essence commerciale : voilà un trait qui frappe le commerçant plus que tout autre. Or cet esprit de commerce n'existait pas chez les Francs qui arrivèrent en Gaule, c'était des guerriers, des pillards, tout le contraire de commerçants » (E. C., *EVS,* p. 57).

3. Cf. *supra,* chap. IV. Voir aussi Ernest Champaux, E. C., *EVS,* p. 59-60, A. Dufour, « Notion et division des choses... », art. cité, p. 118-119, et A.-M. Patault, A.-M. P., *IHDB,* n° 74, p. 88.

A. Dufour cite une « définition doctrinale » de la notion d'héritage selon Philippe de Beaumanoir d'où il ressort que l'héritage « doit donc être perpétuel, immobilier et producteur de revenu périodique » (A. Dufour, art. cité, p. 121). La notion d'héritage renvoie ici moins à celle d'universalité de droit qu'à l'idée d'une saisine portant sur un objet assez durable et productif pour être transmis aux générations suivantes.

nement, on s'en tiendra cependant à la distinction des meubles et des immeubles, qui est celle proposée par Klimrath[1].

On comprend ainsi que la distinction entre la saisine de droit et la saisine de fait porte à conséquence quant à la distinction des biens : la saisine de fait s'applique à toutes les choses, parce que toutes sont susceptibles de détention soit par la maîtrise physique de la chose, soit par son usage public et continu, mais seuls les immeubles et les universalités de choses sont susceptibles d'une saisine de droit qui anticiperait la détention actuelle, car seules elles ont la durabilité qui permet de garantir la réalité d'une telle abstraction.

Les troisième et quatrième cas de saisine de droit nous intéressent moins à ce point du raisonnement, car ils sont un développement du cas de dissociation entre la saisine de fait et la saisine de droit d'une part[2], et l'illustration du caractère héréditaire de la saisine d'autre part[3].

Ainsi, la saisine n'est pas la possession romaine puisqu'elle n'est pas un fait protégé par le juge, mais un fait légal (saisine de fait) – dont l'efficacité peut d'ailleurs se prolonger après que le fait a cessé, ou prendre effet avant que la détention physique n'ait commencé (saisine de droit) – qui trouve sa cause juridique dans un acte public et solennel d'ensaisinement ou d'investiture, acte de déclaration d'un droit, mais aussi de remise symbolique de la chose elle-même. C'est pourquoi l'investiture déjoue la distinction romaine du *jus in re* et du *jus ad rem,*

1. On peut penser que Klimrath adopte la distinction des meubles et des immeubles non pas, on s'en doute, par fidélité à son origine romaine, mais parce que les sources qu'il dépouille, particulièrement le *Livre de Jostice et de Plet* et les *Coutumes du Beauvaisis,* qui datent l'un et l'autre de la fin du XIIIe siècle, moment où leurs rédacteurs sont déjà fortement imprégnés de droit romain. La lente infiltration du droit romain dans les coutumiers et ses conséquences conceptuelles est décrite, dans la perspective de l'introduction du couple meuble/immeuble, dans le chapitre IV d'A.-M. Patault : « La rencontre droit coutumier - droit romain », A.-M. P., *IHDF,* nos 70-87, p. 83-103.

2. « 3°. Lorsque la saisine a été adjugée par jugement, comme il arrivait dans l'ancien Droit, en cas de commise féodale, ou de forbannissement non purgé ou de perte du droit par quatre défauts, etc., la saisine de droit est acquise au moment du jugement, soit au seigneur, soit au demandeur, soit au juge, quoique la saisine de fait puisse se trouver encore en d'autres mains » (*Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 347-348).

3. « 4°. Enfin, la saisine de droit passe aux héritiers de sang, dès l'instant de la mort de leur auteur. Ces deux derniers cas n'ont lieu vraisemblablement, comme le second, que pour les immeubles et les universalités de choses mobilières ou immobilières » (*Saisine…,* H. K., *THDF,* II p. 348).

du droit réel et du droit personnel à propos des choses, mais aussi celle des corporels et incorporels, le droit n'étant pas conçu comme un rapport purement juridique, intelligible, mais comme une situation à la fois factuelle et légale qui, parce qu'elle est publiquement qualifiée, produit des effets légaux qui lui sont propres.

Il y a dans cette dernière notion de quoi scandaliser non seulement les romanistes, mais encore tous les juristes qui ne se satisfont pas de la confusion assumée des faits et des normes. On comprend cette insatisfaction du point de vue d'une logique qui prendrait la stricte séparation des faits et des normes pour prémisse, mais on peine à comprendre ce qui manque de clarté dans l'idée d'un fait qui serait en lui-même une norme, d'une situation factuelle qui serait considérée par une collectivité juridique donnée comme légale et légitime en elle-même, et dont le seul constat vaudrait titre devant le juge.

Du reste, ce sont moins les prémisses métaphysiques qu'engage la querelle logique qui ne manque jamais de s'élever lorsqu'on aborde les rapports entre faits et normes qui font l'intérêt de la dissertation de Klimrath, que l'émergence d'un mode de conceptualisation de la propriété qui implique son propre mode de rationalisation du droit, sa terminologie et sa syntaxe. Ce qui apparaît en effet dans la saisine de droit, c'est que le droit de propriété ne se définit pas tant comme une norme, ou même comme une faculté du sujet reconnue par une autorité légale, que comme une situation de fait, actuelle, continuée ou anticipée, légalement efficace, ou, pour le dire avec Klimrath : « Il ne s'agit pas des droits sur les choses, mais de leur efficacité contre les tiers, laquelle dépend du fait de la saisine. »[1] Une étude de ce mode de rationalisation du droit nous entraînerait cependant du côté de l'élaboration d'une science juridique moins formelle que pragmatique, et l'on se contentera de retenir de cette mention qu'elle suffit à ne pas prendre Klimrath pour un irrationaliste ou un mauvais penseur.

De ce qui précède, il ressort que la saisine de droit et la saisine de fait ne sont pas deux institutions différentes, mais plutôt la même institution considérée dans des situations juridiques distinctes. Aussi ne

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 355.

faut-il pas s'étonner qu'elles obéissent aux mêmes principes et puissent parfois se trouver réunies. La réunion de la saisine de fait et de la saisine de droit est appelée par Klimrath simple saisine.

3.3. Simple saisine

> « La simple saisine comprend à la fois la saisine de fait et la saisine de droit, et elle s'oppose à la vraie saisine dont il sera question plus bas. La réunion de la saisine de fait et de la saisine de droit sous une dénomination commune n'a rien d'étonnant, si l'on considère que l'une n'est que la continuation ou l'anticipation fictive de l'autre, et qu'elles produisent des effets analogues ; car l'appréhension de fait correspond à la légitime défense, et l'action réelle contre tout tiers détenteur, à la protection du juge contre tout tiers demandeur ou agresseur. »[1]

La saisine de fait et la saisine de droit sont fondées sur les mêmes principes et produisent les mêmes effets parce que leur distinction n'est jamais que la décomposition de deux moments d'une institution unique, la simple saisine, qui protège le saisi en lui accordant la faculté de défendre son bien s'il le détient et de le suivre s'il ne le détient plus ou pas encore. La saisine de fait se présente comme un fait légal valant titre, dont on peut se réclamer, et la saisine de droit comme l'élément constitutif de cette efficacité juridique, par l'installation symbolique du saisi dans sa possession, ce qui produit les deux effets juridiques suivants : la légitime défense du détenteur troublé et le droit de suite du saisi dépossédé ou qui n'a pas encore été mis en possession (pour les immeubles). Les principes communs à la saisine de fait et à la saisine de droit, réunis dans la simple saisine, sont au nombre de trois. On se contentera cependant de commenter le second[2], qui règle la question des saisines multiples :

> « 2. Il peut y avoir dans le même temps, sur le même immeuble ou sur la même universalité de choses, plusieurs saisines (de fait ou de droit) pour des causes diverses, à des titres divers. C'est ainsi que l'ancien droit distin-

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 348-349.

2. Le premier règle le statut des meubles qui sont compris dans une saisine immobilière ou une universalité de choses : « Celui qui a la saisine (de fait ou de droit) d'un immeuble, a, par cela seul, la saisine sur tous les objets mobiliers qui garnissent cet

> guait, pour les immeubles, la saisine allodiale de la saisine en fief et de la saisine en censive ; la saisine à titre de propriété, de celle à titre de douaire, de nantissement, d'hypothèque, de bail à rente, d'autorité maritale, etc. C'est que plusieurs saisines immobilières ou universelles, pourvu qu'elles soient à divers titres, ne s'entre-détruisent point, mais se limitent, tandis que plusieurs saisines mobilières s'entre-détruisent et s'excluent. Toute saisine purement mobilière [n. 2 : Je dis purement mobilière, afin d'exclure le cas de meubles garnissant un immeuble ou faisant partie d'une universalité de choses], à quelque titre qu'elle existe, est toujours de même nature, et il ne peut y avoir à la fois sur le même objet mobilier qu'une seule juste saisine. »[1]

Nous avons vu que la saisine déjoue aussi bien l'opposition du fait et du droit que celle du droit réel et personnel. Ici, c'est le caractère absolu au sens d'exclusif de la propriété absolutiste, qualifiée de romaine par Klimrath, qui s'avère incapable de rendre compte du montage juridique proposé. Dès lors que la saisine trouve sa cause dans une situation de fait, un ensemble d'usages déterminés de la chose par exemple, ou la jouissance de certaines de ses utilités, ce fait peut fort bien coexister avec d'autres situations de faits, d'autres usages de la même chose, d'autres jouissances de ses utilités, à la condition toutefois que ces usages, ces jouissances, ne s'autodétruisent pas. Cette condition se laisse décomposer en trois déterminations : pour être

immeuble ; ce qui ne veut pas dire qu'il ait sur ces objets un droit absolu, et puisse se les approprier selon son bon plaisir ; mais, lorsqu'il a contre le détenteur de ces objets un droit quelconque dérivant de sa saisine immobilière, ce droit affecte les objets mobiliers compris dans cette saisine, et devient réel à leur égard. Aussi, son efficacité se manifeste-t-elle non seulement contre celui qui a la saisine de fait de chaque meuble en particulier, mais encore contre tous les tiers qui auraient également des droits sur les mêmes objets » (*Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 349).

Le second propose une solution en cas de conflit entre deux saisines de droit identiques : « En cas de concours et de collision de plusieurs simples saisines sur une même chose, celle-là doit l'emporter comme juste saisine qui est la plus ancienne en date. Ce principe est absolu en fait de meubles. Si le même objet a été perdu ou volé ou qui l'a perdu d'abord, et qui peut prouver sa possession antérieure, fera prévaloir sa saisine de droit, non seulement sur la saisine de fait du tiers entre les mains de qui la chose sera trouvée, mais aussi sur la saisine de droit de celui à qui elle fut volée ou qui la perdit postérieurement. En fait d'immeubles ou d'universalités de choses, le même principe n'a lieu qu'entre saisines dont le titre est le même, et qui sont par conséquent inconciliables » (*Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 350).

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 350.

compatibles entre elles, les saisines doivent relever de cycles juridictionnels différents[1] – ne pas appartenir au même « système » – ; ou bien être fondées sur des titres distincts, et par conséquent ne pas porter sur les mêmes usages de la chose ; elles doivent enfin avoir un immeuble pour objet, puisque les meubles, ou plus exactement les *capitalia,* dont le régime juridique est d'être absolument sous la maîtrise physique de leur propriétaire, sont incapables de satisfaire à la seconde condition, qui exige que la même chose puisse servir simultanément différents usages.

L'interdit logique énoncé par Hobbes selon lequel le propre et le commun sont strictement exclusifs l'un de l'autre est donc largement étranger à ce mode de conceptualisation de la propriété, non pas parce que le principe de contradiction n'y trouverait pas droit de cité, mais parce que, d'une part, la saisine s'accommode d'un pluralisme juridictionnel dans lequel le philosophe anglais ne verrait qu'un absurde imbroglio d'empires se détruisant mutuellement, et que, d'autre part, l'objet même de la saisine n'est pas dans la substance de la chose conçue comme une *res extensa,* mais dans la situation concrète qu'elle protège, dans certains usages auxquels la chose est soumise, ainsi que dans les jouissances qu'on en tire. La saisine réalise donc bien une maîtrise foncière, mais cette maîtrise n'est pas nécessairement absolue, puisqu'elle

1. On trouve une présentation étonnante de clarté en des matières aussi complexes chez E. Champeaux : « Supposer un propriétaire qui concède son bien en fief à un vassal, qui le concède à son tour à un censitaire [...] Qui est celui qui a la saisine ? [...] C'est celui qui retire du bien son utilité. [...] Quel est celui qui peut être considéré comme retirant du bien son utilité ? nous sommes obligés de répondre : tous les trois [...] : le seigneur reçoit les services, le vassal un cens, le censier le fruit. *Grand Coutumier,* p. 204. [...] ces diverses possessions vont-elles se heurter l'une l'autre ? [...] Nullement. Pour qui comprend le mécanisme des juridictions du Moyen Âge, ces saisines ne sont pas subordonnées l'une à l'autre ; elles appartiennent chacune à un cycle judiciaire différent. La saisine du propriétaire appartient à la juridiction justicière *(Land Recht),* celle du vassal à la juridiction féodale *(Lehrecht*), celle du censier nous apparaît dériver de l'ancienne juridiction censuelle ou cottière *(Nofrecht).* Chacun de ces cycles transporte sa saisine dans un monde juridique différent. Dans l'intérieur de chacun de ces cycles, elles sont seules [...] C'est que chacun de ces cycles de droit a pour base une association différente ou un principe différent. C'est le groupement pour l'exploitation du patrimoine, l'association colongère ou de cour ou censuelle qui produit [...] la juridiction cottière ; c'est l'association féodale qui produit la juridiction féodale ; c'est l'ancien principe de souveraineté romaine qui forme la base de la juridiction justicière » (E. C., *EVS,* n°s 43-44, p. 119-121).

ne peut prétendre porter sur la nature même de la chose et inclure le pouvoir d'en abuser, soit par destruction, soit par dénaturation, dès lors que de tels actes porteraient éventuellement préjudice aux tiers jouissant de saisines distinctes sur ce même bien. Une autre manière de présenter ce résultat est de noter que, pour que des saisines multiples sur un même bien soient concevables, il convient que les usages légalement protégés auxquels la chose est soumise n'affectent pas la conservation de la nature même de la chose. La saisine, de par son caractère éventuellement multiple, institue la règle selon laquelle, au moins en matière d'immeubles, ou plus exactement d'héritage, la nature de la chose considérée en elle-même est indisponible, au sens que revêt ce terme dans la maîtrise souveraine, incluant non seulement la cessibilité mais encore la faculté de détruire. L'appropriation privative que réalise la saisine ne peut donc porter que sur les usages qui conservent la substance même de la chose. On dira encore que la saisine opère une réservation privative des seuls usages de la chose, que son objet n'est pas la chose matérielle elle-même, ou encore que la réservation de jouissance opère la dématérialisation de la propriété, qui porte désormais sur des activités productives et non plus sur un corps physique certain. Encore faut-il que ce corps certain puisse être soumis à des activités productives : c'est la raison pour laquelle seuls les immeubles, ou plus exactement les héritages, peuvent être mis en saisine multiple, et non les *capitalia*.

La chose ne disparaît donc pas dans la perspective de la saisine, elle conditionne l'existence de l'objet du droit de propriété qu'elle n'est plus. Que doit être cette chose pour que les saisines multiples soient concevables ? Elle doit être telle que la distinction entre l'*usus* et l'*abusus* ait un sens, ce qui n'est pas le cas pour les biens consomptibles au premier usage, ou plus largement pour tous les biens dont la substance se corrompt dans l'usage. Il faut donc que le bien soit durable. Il convient encore que l'usage de ce bien procure des jouissances distinctes de l'usage lui-même, ou encore que le bien soit productif de fruits et qu'il ne s'épuise pas dans cette production. L'expression même de *corpus* doit désormais être considérée comme malheureuse, tant elle évoque la facticité de la chose, son étendue physique, là où l'objet juri-

dique de chaque saisine est dans l'usage qualifié par le titre de l'ensaisinement et les jouissances qu'il offre[1].

On comprend maintenant pourquoi, dans la conception réservataire de la propriété, la possession factuelle qu'est la saisine n'est pas un *erzatz* de propriété, mais la propriété elle-même en tant qu'elle se confond avec son apparence. Ce n'est en effet pas en tant que maître souverain de la chose elle-même que le saisi est maître des usages qu'elle sert ; il n'y a d'ailleurs, au sens strict, aucun maître de cette chose, puisqu'on ne saurait concevoir une saisine contenant le droit d'abuser de la substance. On objectera que les immeubles sont cessibles, parfois sous condition de consentement du groupe ou de la famille, comme dans le retrait lignager par exemple. Mais l'aliénation d'un bien foncier doit ici être comprise non pas comme l'exercice de la faculté individuelle ou collective d'abuser de la nature d'un héritage, mais comme l'acte juridique réalisant le transfert, la cession de l'ensemble des saisines afférentes dont le groupe est propriétaire, cette propriété n'étant elle-même jamais absolue. Aussi peut-on dire, en prenant garde d'interpréter cette conclusion à l'aune de ce qui précède, que les biens sur lesquels peuvent être accordées des saisines multiples, principalement les terres productives, sont inappropriables en eux-mêmes. La propriété réservataire qu'institue la saisine porte sur les usages et les jouissances qui en résultent, et non sur la chose, rendant ainsi concevable l'idée de « propriétés simultanées » sur un même bien, dont la nature n'apparaît jamais sur la scène juridique[2].

Le mécanisme de la saisine déplace ainsi l'opposition du propre et du commun qui organise la conception absolutiste de la propriété, la correspondance entre ce qui est « privatif » et ce qui est « exclusif » qui est ici mise en cause, puisque la saisine confère certainement un droit privatif, droit qui peut fort bien être absolument privatif, universellement opposable aux tiers, et non pas relativement privatif, comme dans le mécanisme de l'indivision, si la saisine est accordée au titre de la

1. On trouve cette analyse chez Champeaux (E. C., *EVS,* n° 29, p. 89 *sq.*) et chez A.-M. Patault (A.-M. P., *IHDB,* n° 9, p. 23).

2. Cf. A.-M. Patault, A.-M. P., *IHDB,* n° 1, p. 15.

pleine propriété[1] ; mais l'exclusivité réalisée par ce droit est toujours limitée par les exclusivités simultanément constituées par des tiers sur la même chose, exclusivités qui imposent à tout le moins l'accès de ces tiers à la chose dans les conditions déterminées par leurs titres respectifs. Nous découvrons ici une forme de propriété collective inconnue de la conception souveraine, parce qu'irréductibles aux figures de la communauté que celle-ci tolère. Les saisines multiples n'instituent pas une communauté objective de l'espèce aperçue dans la théorie de l'usufruit du doyen Proudhon, où la communauté réside précisément dans la substance de la chose que l'usufruitier et le nu-propriétaire sont tenus de conserver, puisqu'en saisine les droits ne portent jamais sur la substance de la chose qui reste inappropriée. Il n'est pas non plus question d'indivision, puisque les saisines sont multiples par essence, et n'ont rien de précaires, tandis que les droits des communiers *individis* sont suspendus à la faculté reconnue à chacun d'eux de réaliser le partage. Il n'est enfin pas question de la communauté armée des mitoyens, puisque les saisines, pour être multiples, ne sont pas concurrentes. La figure de la communauté qu'offrent les saisines multiples est celle de la décomposition des divers usages possibles d'une même chose, alloués privativement à des personnes distinctes. Cette figure contourne l'interdit hobbesien en appelant « propriété » l'exclusivité des usages et la réservation des jouissances, sur fond d'inappropriabilité du bien dont on fait usage, dès lors que celui-ci est durable et productif. Cette inappropriabilité, de droit et de fait, apparaît donc comme la garantie de la permanence des droits, puisque par sa nature la chose elle-même est durable, perpétuellement disponible pour l'appropriation de nouveaux usages. Où se trouve confirmé le fait que l'interdit hobbesien est strictement solidaire de ses prémisses métaphysiques, en l'occurrence de la possibilité de s'approprier et de transformer la nature des choses, conçues comme pures étendues, et que ces prémisses sont décidément

1. La théorie de la saisine « droit réel relatif » est défendue par Albrecht, mais on ne retrouve ni l'idée ni la formule dans celle de Klimrath, chez qui, certes, la saisine ne confère pas un droit réel absolu, incluant l'*abusus,* mais pour qui dans tous ses moments la saisine offre une action opposable *erga omnes,* et qui, dans le cas de la saisine complète, ou vraie saisine, l'emporte contre toutes les prétentions adverses.

trop étroites pour rendre compte de la richesse de la scène juridique du droit des biens, qui peuvent être tout autre chose que des corps matériels.

Ainsi, la nature de la simple saisine, qui nous apparaît comme la réservation exclusive de certains usages d'une chose dont la substance est inappropriée, réservation opérée par la déclaration publique du monopole de jouissance à travers un acte solennel qui offre à son bénéficiaire la protection de la justice. Avec la saisine de droit, nous avons découvert que la saisine pouvait ne pas être accompagnée des faits de détention qui la causent dans le cas où ces faits sont fictivement continués ou anticipés. Mais les développements sur la simple saisine nous montrent combien la réunion du fait et de sa reconnaissance officielle dans l'investiture renforce la saisine, tant l'actualité du fait revêt, dans cette conception de la propriété, valeur de titre. La valeur probante de l'apparence de la propriété s'explique désormais par le fait que cette apparence est l'objet même de la propriété, que les usages ne sont pas la conséquence d'un droit sur la chose, mais l'objet du droit lui-même, et qu'il suffit par conséquent d'établir l'usage exclusif pour que le droit soit prouvé. C'est cette logique de l'identité du titre et de la situation de fait qu'il qualifie qui se développe jusqu'à l'accomplissement de la saisine dans sa forme achevée, la vraie saisine, ou prescription acquisitive d'an et jour.

3.4. La vraie saisine

> « La vraie saisine est, en général, celle qui a duré an et jour. Elle ne diffère pas essentiellement de la simple saisine, mais en degré seulement, étant cette même saisine devenue inattaquable par une sorte de prescription acquisitive contre l'action réelle née de tout autre simple saisine au même titre. »[1]

Dans la langue du droit romain, la prescription acquisition *(usucapio)* est une des institutions les plus mystérieuses qui soient, puisqu'elle

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 347-353.

opère une sorte de transmutation du fait en droit qui vient relativiser considérablement la notion de perpétuité attachée à la propriété (cf. *supra,* chap. III). Dans la conception de la propriété comme réservation de jouissance, la vraie saisine apparaît comme le prolongement naturel de la simple saisine, plus précisément comme un moyen de résoudre les conflits opposant deux simples saisines au même titre. Lorsque aucune des deux parties ne peut appuyer sa revendication d'une possession paisible et continue d'an et jour, c'est la règle de l'antériorité qui permet de désigner la juste saisine (il s'agit là du troisième principe qui gouverne le régime de la simple saisine). Si, par contre, une des deux parties peut prouver une possession d'an et jour à l'appui de sa revendication, cette règle s'inverse et c'est la saisine ultérieure qui l'emporte, puisqu'elle aura mis un terme à la précédente. Ici, le changement est notable, il ne s'agit plus seulement de brandir la saisine contre un fait, la dépossession, ou contre le droit de tiers sur des meubles qui ne sauraient être considérés indépendamment de l'immeuble qui les contient, mais aussi de faire échec à un droit, mieux encore, à un droit acquis antérieurement en vertu du troisième principe régissant les simples saisines. Comment comprendre qu'en contradiction totale avec ce troisième principe, une saisine antérieure ne puisse prévaloir contre une saisine postérieure identique en titre, c'est-à-dire aussi bien quant à la situation qu'elle protège que quant à l'autorité qui la garantit ? C'est que la vraie saisine n'est jamais qu'une saisine simple, qui se prouve mieux que celle qui ne peut se prévaloir de la possession d'an et jour, précisément parce que cette possession d'an et jour est le meilleur titre possible dont on puisse se prévaloir à l'appui d'une revendication en saisine. La saisine simple, qui est la réunion du droit (de la situation de fait authentifiée par l'investiture) et de l'actualité de la possession, pour acquérir la valeur probante qui la rend vraie saisine, doit se soumettre à un formalisme plus strict qui vient fortifier cette possession actuelle par l'exigence de durée, le délai d'an et jour.

La vraie saisine est donc bien une simple saisine, la plus évidente des simples saisines, celle qui se prouve par une possession continue « pendant l'an et jour publiquement, paisiblement et propriétairement,

sans trouble ni contradiction »[1], une saisine de droit qui a non seulement pour elle l'ensaisinement et le fait actuel de la détention la plus récente, mais encore une situation dont les caractères sont la durée et la continuité (l'an et jour), la publicité (possession publique), l'absence de contestation en fait ou en droit (paisibilité) et la bonne foi du possesseur qui possède non pas en prouvant qu'il pensait être le propriétaire légitime, ce qui réintroduirait en matière d'*animus* une sorte d'arrière-monde subjectif – l'intention du propriétaire –, mais en faisant constater qu'il présente toutes les apparences du propriétaire parce qu'il agit comme s'il en était un, propriétairement.

On peut sans difficulté recourir aux notions de *corpus* (possession longue et continue, paisible) et d'*animus* (bonne foi du propriétaire) pour classer les caractères de cette vraie saisine, à la condition toutefois de se souvenir que le *corpus* n'est pas la chose elle-même, mais les usages que désigne le titre de la saisine, et d'ajouter que l'*animus* n'est pas l'intériorité subjective du propriétaire individu singulier, mais la foi générale et publique dans la légitimité d'une situation qui naît non pas d'un lien juridique invisible mais de la réalité des usages de la chose, de sorte que l'*animus* se confond ici avec le constat public de l'usage propriétaire de la chose. Aussi est-ce la réalité du *corpus* qui constitue la meilleure preuve de cette bonne foi. On comprend que les romanistes y aient quelque peu perdu leur latin : l'*animus* est tellement objectif qu'il se confond avec le *corpus,* lui-même dématérialisé au point de n'être pas un corps, mais une activité... De sorte que :

> « En cas de collision de plusieurs vraies saisines au même titre, et partant inconciliables entre elles, la plus récente l'emporte. Celui en effet, qui prouve avoir été en saisine pendant la dernière année, prouve, par là même que la saisine de son adversaire a été interrompue depuis an et jour, et a, par conséquent, perdu le caractère de vraie saisine. »[2]

On peut désormais conclure : les saisines de fait, de droit, simples et vraies sont quatre moments d'une institution unique[3], qui désignent

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 352.
2. *Saisine…,* H. K., *THDF,* p. 353.
3. Selon Champeaux, Klimrath commet un lourd contresens à propos de la saisine de droit : « [Klimrath] croyait voir une possession idéale, opposée à la possession de fait, en un

quatre degrés de protection juridique d'une situation de fait, ces degrés étant fonction de celui d'authentification publique et autorisée de cette situation, conférant progressivement à celui qui en jouit des moyens de plus en plus incontestables pour se garantir contre les tiers.

Ainsi, en schématisant à l'extrême, trois idées maîtresses se dégagent de ce qui précède quant à la nature de la saisine : elle garantit un fait légal, cette garantie est graduelle, et elle a pour objet des usages et non la chose elle-même.

La saisine est une situation qui reçoit protection légale pour elle-même, et non pas en tant qu'exercice des pouvoirs que confère un rapport juridique intelligible. Cette protection légale varie selon le degré de reconnaissance publique de la situation qu'elle légitime, jusqu'à la rendre absolument incontestable lorsque l'investiture est réunie à une possession de bonne foi, paisible et continue, pendant an et jour. Dans ce sens, la saisine est la protection non pas d'un droit, chose incorporelle (en gaïen) ou possession intelligible (en kantien), mais de certains usages déterminés de la chose, considérés pour eux-mêmes comme légaux, et qui se prouvent par leur constat. La saisine ne protège donc pas un rapport de propriété abstrait liant un sujet et un objet, ni même certains actes en tant qu'ils seraient la manifestation de ce rapport abstrait, donc masqué. La saisine ne protège pas non plus ces actes en tant qu'ils seraient annonciateurs d'un rapport de

mot le droit réel synonyme de propriété. Cette façon de voir est inexacte. La saisine de droit, c'est la saisine de l'héritier, qui se transfère sans nouvelle vêture, c'est-à-dire sans saisine de fait. À côté de cette saisine de droit, il voit une saisine d'an et jour, qui combinée avec la saisine de droit donnerait la propriété pure et simple. Heusler a très bien montré que non seulement la théorie de Klimrath était fausse, mais encore que la citation qu'il faisait du *Grand Coutumier* n'était pas exacte. Il ne faut donc pas hésiter à écarter ces expressions de saisine de droit, saisine de fait, simple saisine, etc. qui embarrassent tant les auteurs français. Il n'y a qu'une seule saisine, et un seul mode de transfert de la saisine : l'investiture, soit réelle, soit symbolique » (E. C., *EVS,* p. 201-202). Il ne saurait être question de prendre parti dans ce débat érudit, quoiqu'il faille noter combien la clarté et la formidable érudition de Champeaux prédisposent favorablement son lecteur ignorant ; on se contentera donc de constater qu'au-delà du débat proprement historien, Klimrath et Champeaux s'accordent à reconnaître qu'il n'y a qu'une seule saisine, dont les principes se retrouvent par-delà la diversité de ses manifestations, et que tous les modes d'acquérir cette saisine se ramènent à un acte de reconnaissance d'une situation de fait par une autorité compétente pour le faire, une investiture, soit réelle soit symbolique.

droit intelligible en voie de constitution, un « commencement de propriété ». Toutes ces interprétations ont en effet en commun de réintroduire une division entre le droit intelligible et les actes qui s'y attachent, alors que la saisine réalise leur unification, donnant son efficace juridique au rapport tangible, concret, qui unit le saisi à sa propriété[1]. Le titre que confère l'investiture n'est donc pas une manifestation certaine du lien intelligible, il est la symbolisation d'un rapport réel dûment constaté.

La protection juridique de la saisine est fonction de son degré de reconnaissance. La saisine de fait est le plus bas degré de garantie possible d'une situation juridique, elle confère la légitime défense contre la dépossession violente et une action en restitution de la chose, mais elle reste soumise à la détention actuelle de la chose. La saisine de droit s'impose à la saisine de fait, puisqu'elle est le fruit d'une investiture qui symbolise dans les formes légales cette dernière, et peut ainsi anticiper ou poursuivre fictivement une détention qui n'est pas encore ou plus actuelle. La simple saisine est la correspondance entre la situation de détention actuelle et le lien légal, elle est donc une forme supérieure de saisine de droit, une saisine de droit confirmée par l'actualité des faits. La vraie saisine est l'inscription de cette correspondance du fait et du droit dans la durée, elle est donc la plus forte des saisines, une saisine simple qu'aucune autre saisine de droit, même antérieure, ne peut venir renverser. Il apparaît ainsi que la saisine est moins l'allocation d'un droit par une autorité souveraine exerçant légitimement une compétence normative, que la procédure par laquelle une situation de fait se survit à elle-même par sa symbolisation dans un rituel auquel s'attachent des effets légaux. Sa validité juridique n'est pas tant dans la compétence de l'autorité qui fait advenir à l'existence des rapports légaux de nature intelligible que dans l'acceptation ostensible et durable, par une collectivité juridique concrète, de rapports réels assez stables pour perdurer notoirement sans être troublés. La théorie

1. Dans son analyse de la saisine, Champeaux n'est pas allé jusqu'à identifier la propriété et son apparence, quoiqu'il écrive : « La propriété était considérée comme possession, c'est-à-dire comme propriété apparente » (E. C., *ESV,* p. 46).

moderne de la saisine est donc le fruit d'un effort théorique considérable pour parvenir, sur le mode du futur antérieur, à penser l'unité originaire des rapports de droit et des rapports de fait en surmontant leur scission dans la catégorie de *fait légal*.

Cette réunion est rendue possible parce que la saisine ne porte pas sur une chose, mais sur ses usages et les jouissances qui en découlent. En effet, l'objet de la saisine n'est pas la substance de la chose elle-même, sur laquelle l'homme n'exerce aucun empire, au moins pour ce qui concerne les biens immeubles. L'objet de la saisine est une situation concrète de production, l'activité même de production, un ensemble déterminé d'actes concrets qui découlent de l'engagement de faire servir une chose à une fin déterminée. C'est cette détermination réelle qui permet de penser que sa protection légale soit constitutive d'un rapport juridique également déterminé, dont la nature concrète est propre à revêtir la forme d'un symbole rituel, mais pas celle d'un signe purement intelligible. Inversement, on verra dans l'indétermination absolue du domaine de la propriété souveraine une conséquence de son caractère purement incorporel.

La chose, parce qu'elle n'est plus elle-même l'objet de la saisine, peut accueillir une multiplicité de maîtrises différentes, à la condition toutefois que sa nature physique se prête à des usages multiples ou successifs, qu'elle soit durable et productive. Cette multiplication introduit une limitation réciproque de chacune des saisines, et donc un rapport d'obligation personnelle dans la relation des propriétaires à leurs biens, celle de ne pas troubler les autres saisines qui s'exercent sur le même bien. Pour autant, on peut concevoir une saisine unique sur un bien, portant sur l'ensemble des usages qu'il peut servir, cas dans lequel, d'après Klimrath, la saisine correspond au droit absolu visé par l'article 544. Une interprétation « coutumière » de l'article 544 est donc possible : il désigne un cas particulier de vraie saisine à titre de propriété.

De ces déterminations essentielles se dégagent un certain nombre de caractères propres au droit de propriété en tant que saisine. En premier lieu, bien qu'elle institue des droits réels, la saisine se présente comme personnelle, et ce à un double titre : par sa nature même,

l'investiture est un engagement personnel entre le saisi et la collectivité juridique, par lequel le saisi s'oblige à agir en propriétaire, et la communauté à respecter sa propriété. On ne saurait en effet conserver une propriété tenue en saisine sans procéder aux actes qui font la substance même de cette propriété. Un propriétaire négligent ou fainéant ne peut revendiquer ni la vraie saisine, qui suppose la possession d'an et jour, ni la simple saisine qui exige la réunion du droit et du fait. À l'inverse, le fait d'agir propriétairement renforce la force légale de la saisine de droit en la transformant en simple saisine, voire même, après an et jour, en vraie saisine, ce qui la rend absolument inviolable. Un propriétaire *in actu,* diligent, constant et persévérant au-delà du délai d'an et jour est donc certain de bénéficier de la protection du juge. Le mécanisme des saisines multiples introduit en outre des rapports d'obligations personnelles entre les titulaires de saisines distinctes sur un même objet, qui interdisent de distinguer absolument les aspects proprement réels et proprement personnels du droit.

En deuxième lieu, les saisines multiples superposent les rapports privatifs et collectifs : la saisine est absolument exclusive, opposable *erga omnes,* et inviolable si elle est vraie, mais elle s'inscrit dans le cadre d'une division juridique des activités productives qui lui donne en même temps un caractère nécessairement collectif, dès lors qu'elle est considérée du point de vue objectif, à savoir celui de la chose elle-même en tant que cette dernière peut faire l'objet d'une multiplicité de propriétés simultanées. La saisine articule ainsi le propre et le commun dans un rapport de nécessaire complémentarité, dans lequel l'activité de chacun peut être comprise sous un double rapport, à la fois comme la réservation de la part individuelle de travail qui revient à chacun, et comme élément d'une activité globale, objectivement collective. On verra dans cette remarque une détermination de la nature de la collectivité juridique représentée par l'autorité qui procède à l'investiture : cette collectivité est aussi une communauté de travail.

Le troisième caractère de la propriété comme saisine est la publicité. Il découle en effet de la réunion du droit et du fait dans la saisine que cette dernière est nécessairement publique, et que son degré de protection juridique est fonction de cette publicité. C'est pourquoi la

possession d'an et jour, si elle est paisible alors même qu'elle est notoire, est la meilleure preuve de propriété qui soit : une propriété manifeste qui n'est pas contestée doit être réputée incontestable ; c'est dans la reconnaissance par tous de la légitimité de la situation que se trouve le fondement de la légalité du titre. Ce résultat confirme la nature personnelle et concrète de l'engagement que réalise la saisine : c'est la collectivité juridique, communauté concrète de travail, qui est, par sa proximité, compétente pour attester ou contester une possession, c'est de son acceptation constante et renouvelée que dépend la solidité des droits acquis, et celle-ci est fonction de la réalisation des engagements du saisi à agir propriétairement. L'investiture ne crée donc pas un rapport juridique intelligible, elle symbolise cette acceptation, lui confère la publicité qui garantit au saisi la sécurité juridique que mérite la constance de ses actes. Il ressort de ce dernier point que la saisine ne trouve pas ses caractères en elle-même, mais dans l'engagement de la collectivité à protéger les actes propriétaires du saisi.

Le quatrième trait fondamental de la propriété comme saisine est, par conséquent, qu'elle ne saurait être absolue dans le sens que la doctrine dominante au XIXe siècle donne à ce terme, mais qu'elle est au contraire toujours relative à la force de l'engagement qui la sous-tend. Il en résulte que la durée du droit est par définition fonction du titre de la saisine, acquis lors de l'investiture, qui symbolise l'engagement de la collectivité. Raison pour laquelle Klimrath préfère le terme d'engagement à celui d'obligation, trouvant le premier plus concret que le second : l'engagement dont il est ici question se confond en effet avec sa confirmation dans les faits. Ainsi, la communauté peut s'engager à faire jouir un particulier de l'exclusif usage d'un bien donné, engagement qui sera toujours déterminé par l'effectivité de la jouissance accordée : la vraie saisine, mais aussi la simple saisine, qui sont les plus inexpugnables des saisines, se prouvent par la possession actuelle et finissent avec elle. C'est encore la dimension nécessairement concrète de l'engagement qui explique que ce dernier ne puisse être tout à fait indéterminé, et qu'il puisse par conséquent fort bien contenir un *terme*. Telles sont en effet, et par nature, les saisines à titre de dépôt, ou

encore, par exemple, de louage, fussent-ils *ad longum tempus*[1]. Par essence, la propriété comme saisine s'inscrit dans la durée réelle de l'activité réelle pour laquelle elle est octroyée et ne saurait donc être perpétuelle par nature, quoiqu'elle puisse être transmissible aux héritiers si ces derniers poursuivent l'œuvre qu'elle garantit en s'appuyant sur un titre juste et transmissible. La prétention de Klimrath à interpréter l'article 544 à l'aune de la saisine invite donc à limiter le sens du terme « absolu » à celui de complet, pour désigner une saisine unique sur tous les usages possibles d'une chose.

Les historiens juristes du XIXe siècle ont proposé quantité de systèmes pour expliquer la mystérieuse nature de la saisine coutumière. On se gardera de juger que la tentative de Klimrath est plus réussie que celle d'un autre, et l'on ne tirera donc pas de conclusions quant à la propriété dans l'ancien droit d'après les coutumiers. Il reste que la moisson théorique de cet auteur est particulièrement riche, à la hauteur des ambitions considérables qui sont les siennes. Jugeant égoïste la propriété romaine, il parvient à lui opposer une conception alternative de l'institution où règnent la confusion du droit réel et du droit personnel, la superposition complémentaire des rapports privatifs et collectifs, la nécessaire publicité des actes propriétaires et des transferts de titre, la relativité de ses déterminations, en particulier quant à sa durée. Moins égoïste parce que débarrassée de la nécessité d'être absolue, la propriété comme saisine est aussi un reflet plus exact des rapports de la vie réelle parce qu'elle est moins formelle – Klimrath dirait moins rigide – que la propriété souveraine. On comprend donc que, dotée de telles qualités, Klimrath ait voulu la hisser au rang de catégorie juridique matricielle qui, par l'universalité de ses déterminations essentielles, puisse se prêter non seulement à la compréhension du passé, mais surtout à l'interprétation présente du Code Napoléon, ainsi qu'à d'éventuelles reterritorialisations sur des objets inédits. Il vante d'ailleurs explicitement les mérites de la saisine en matière de droit commercial, dont elle serait plus apte à épouser les contours changeants, mais on peut, sans prendre trop de risques,

1. Sur cette catégorie, Paolo Grossi, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di gomento nella problematica del diritto commune,* Pompei, Morano, 1963.

chercher à élargir son propos. En tant qu'elle a vocation à garantir des activités productives, au moins en matière de biens durables et productifs, on ne s'étonnera pas de constater que ses mécanismes fondamentaux s'appliquent sans efforts à l'ensemble de la sphère que Renouard appelle le droit industriel, y compris le domaine immatériel.

4. LA SAISINE, CONFIGURATION DE LA PROPRIÉTÉ RÉSERVATAIRE

4.1. Une saisine moderne, le droit d'auteur

Chez Klimrath, les termes de saisine et de propriété coutumière sont synonymes, et c'est dans cette stricte identité que l'institution trouve sa fonction dogmatique essentielle : incarner le pendant de la propriété romaine, son alternative conceptuelle. En se proposant de hisser cette propriété coutumière au même degré de rationalité que sa concurrente, Klimrath parvient cependant à dégager des déterminations fondamentales assez universelles pour n'être plus liées au commentaire d'un *corpus* déterminé, celui des Coutumiers, et pour transcender la signification historique que son auteur prétend lui donner, en l'occurrence épurer le Code civil de son élément romain. De plus, s'il est indéniable que la saisine coutumière est essentiellement foncière, quoiqu'on puisse détenir en saisine des objets meubles, si donc le raisonnement de Klimrath est solidaire de la notion d'héritage, archétype des biens détenus en saisine, la forme systématique qu'il donne à sa théorie la rend indépendante de cet archétype dès lors que les objets auxquels on l'applique sont eux aussi durables et productifs. La doctrine de l'historien juriste ne comporte donc aucun obstacle à son application à l'ensemble du droit industriel, et rien ne s'oppose à ce qu'on la retrouve dans l' « appropriation fictive » que Renouard dégage du commentaire de l'ordonnance royale de 1777 relative aux privilèges des auteurs et libraires.

Sans doute, en passant des maîtrises foncières de l'ancien droit aux œuvres littéraires et scientifiques, la saisine change-t-elle d'aspect : elle

perd son caractère rural et communautaire, mais ses déterminations techniques essentielles restent identiques. Dans un cas comme dans l'autre en effet, l'objet du droit n'est pas la chose considérée en elle-même – l'œuvre –, mais certains des usages qu'elle sert, en l'occurrence la possibilité de tirer profit de la vente des copies de son support matériel. Ce déplacement de la chose (Renouard dirait l'objet) vers son exploitation économique fait fond, dans un cas comme dans l'autre, sur l'inappropriabilité de sa nature même. En effet, de même que selon Renouard l'œuvre est inappropriable en elle-même, puisqu'elle est dès publication mise à la disposition de tous, de même la saisine foncière selon Klimrath laisse hors du champ de l'appropriation la nature même de la terre dont les usages sont réservés.

Le parallèle est étonnant : tout se passe comme si Renouard, qui accorde l'appropriabilité de la terre (aban)donnée par Dieu aux hommes, revenait, en matière de biens immatériels, aux conceptions en vigueur avant que ne triomphe la thèse du caractère négatif de la communauté originaire ; comme si, sur ce point, la parenthèse moderne, préparée par la seconde scolastique et ouverte par Hobbes, se refermait au moment où l'empire humain abordait enfin les rivages du monde des idées. Il y a peut-être là matière à méditer sur la saisine comme forme de propriété propre aux défrichements inauguraux – qu'il s'agisse de forêts, de poésie ou de procédés industriels –, la propriété souveraine se prêtant plus volontiers à l'accumulation et la propriété patrimoniale à la conservation et à la perpétuation du capital accumulé.

Quoi qu'il en soit, dès lors que l'objet du droit n'est ni la terre ni l'œuvre, mais leur exploitation économique, une des difficultés de la conception souveraine de la propriété s'en trouve considérablement simplifiée. On se souvient combien, dans cette perspective, la nécessaire matérialité de la chose, et la stricte distinction du droit réel et du droit personnel qui s'ensuit, rendaient difficile l'idée que l'industrie elle-même puisse être appropriée. Demolombe refuse d'accorder la propriété du travail, Troplong la constate, mais peine à la penser. Dans la conception patrimoniale de la propriété, ces difficultés sont quelque peu aplanies, le travail étant la forme extérieure de la faculté laborieuse, bien inné constitutif de la personnalité même du propriétaire. On

remarquera que cette qualification n'est pas tout à fait en harmonie avec les législations modernes selon lesquelles ce bien, pour être inné, n'en est pas moins aliénable comme un vulgaire bien acquis – sous condition toutefois de non-perpétuité. La solution de Klimrath est plus élégante, elle permet de penser la propriété de l'industrie, la sienne et celle d'autrui, comme fait légal. Aussi, lorsqu'il juge la saisine apte à rendre compte des réalités du commerce moderne, ne croit-il pas si bien dire : le « droit industriel », en tant que droit de l'industrie considérée en elle-même, comme *res* juridique, y trouve en effet des déterminations techniques tout à fait adéquates.

Une telle réussite ne saurait surprendre. Alors que la propriété souveraine met en scène l'opposition de l'homme et de la nature, de l'esprit actif et de la matière amorphe, et alors que la propriété patrimoniale se construit dans la distinction d'une intériorité absolument libre et d'une extériorité résistante, la saisine moderne nous dévoile l'homme aux prises avec son industrie, se réservant les jouissances de ses propres œuvres, instituant l'appropriation des usages de biens qu'il a lui-même artificiellement produits.

On notera encore que l'application de la saisine aux matières du droit industriel se laisse d'autant mieux concevoir que les usages qu'elle réserve sont économiques. Non pas qu'il soit impossible de concevoir, *in abstracto,* la saisine de jouissances intellectuelles, mais la saisine est rétive aux abstractions, et il semble bien que les charmes poétiques et les vertus morales des héritages fonciers du Moyen Âge, des manuscrits à copier et des inventions à breveter aient éveillé chez leurs exploitants un intérêt moindre, en comparaison de leur rapport matériel. La propriété comme saisine ne se préoccupe que de la dimension économique de la chose, elle se confond avec la réservation des utilités matérielles qu'elle procure. Autant on peut facilement imaginer la propriété souveraine d'un bien improductif, ou l'appartenance de ce dernier à une universalité juridique, autant on voit mal l'intérêt de réserver des usages vénalement stériles. La saisine se confond avec la création d'une exclusivité *économique,* et l'industrie réservée avec son prix. C'est ce que Renouard nous donne clairement à entendre dans sa théorisation du droit d'auteur : l'exclusivité sur la vente des copies d'une œuvre lit-

téraire ou artistique est, en effet, par sa nature même, non pas une activité humaine digne d'être considérée pour ses vertus propres, secondairement profitable, mais une rémunération matérielle qui récompense l'effort consenti par l'auteur pour augmenter le capital intellectuel du public. C'est même le seul usage de l'œuvre qui soit productif d'utilités matérielles, raison pour laquelle il est rationnel que la rémunération de l'auteur prenne la forme juridique de sa réservation privative. La réservation qu'opère la saisine en droit moderne est une réservation de valeurs vénales. On peut donc à juste titre évoquer à son endroit une « propriété économique »[1].

En matière de droit d'auteur, comme pour ce qui regarde l'usage de la terre, dès lors que l'appropriation prend la forme de la réservation non pas d'une chose mais d'une valeur, il devient possible de concevoir plusieurs appropriations simultanées sur le même objet. On se souvient que Renouard est conduit à proposer une théorie nouvelle du droit des auteurs sur leurs œuvres afin de rendre justice à leur contribution, sans toutefois léser irrémédiablement les droits du public, qu'on ne saurait qualifier de patrimoniaux puisqu'ils sont universels et portent sur des jouissances morales, mais qui se laissent cependant analyser en termes de libre disposition, qu'entrave le renchérissement du prix des livres qui découle de la rémunération des auteurs. Il y a donc bien quelque chose comme une contradiction entre des droits qui sont pourtant de nature différente, les uns intellectuels, les autres patrimoniaux, les uns universels, les autres particuliers. En toute rigueur, comme le dit fort bien Laboulaye, « [q]u'on admette cet argument [...] on va droit au communisme »[2]. Il faudrait en effet conclure du principe de la libre disposition des idées à la nécessaire gratuité d'accès aux œuvres, et donc à l'illégalité de la moindre délibation du domaine immatériel, fût-elle fictive. La communauté positive et universelle des œuvres serait le seul

1. Selon Champeaux : « La véritable théorie du *corpus* pour le droit coutumier part non seulement, comme le croit de Ihering, de l'apparence juridique de la propriété, mais en même temps de son aspect économique. Le *corpus,* c'est l'ensemble des actes par lesquels se manifeste le droit d'une époque par rapport à la chose, c'est l'exercice du droit de propriété » (E. C., *ESV,* p. 55).

2. E. P., *EPL,* p. XXXIII.

régime juridique à être strictement conforme aux droits de l'humanité. On pourrait alors ajouter qu'il en va de même pour les biens qui sont à la libre disposition du public, l'air et les mers, mais aussi, pourquoi pas, la terre et ses fruits... Laboulaye n'a peut-être pas tort de se méfier d'une telle doctrine, lui qui entend par « propriété » la propriété souveraine d'un corps certain, droit réel et immédiat d'une personne sur une chose, mais c'est le grand avantage de la propriété réservataire que de permettre qu'on conçoive une multiplicité d'appropriations sur un même bien ; et Renouard, qui ne se situe plus dans l'horizon de la propriété souveraine sur des choses matérielles lorsqu'il traite du droit d'auteur, est parfaitement conscient de n'avoir pas fait le moindre pas dans la direction du communisme en accordant à des titulaires distincts une pluralité de droits de nature différente sur la même œuvre. Comme on l'a vu, pour être multiples et simultanées, les saisines n'en sont pas moins privatives et exclusives puisqu'elles sont opposables *erga omnes,* ce qui fait d'elles, au sens le plus strict, des droits réels. C'est très précisément ce qui se passe avec les privilèges des auteurs, qui s'imposent jusques et y compris à l'autorité publique qui les octroie, ce qui les distingue de simples libéralités.

Il en résulte que les divers titulaires de saisines entretiennent des liens d'obligation personnelle réciproques, à commencer par celle de laisser celui qui jouit de la réservation d'un usage sur la chose la faculté d'y accéder. Le droit de chacun à accéder aux jouissances intellectuelles de l'œuvre ne saurait faire obstacle à la juste rémunération de l'auteur, qui suppose que ce dernier puisse copier ou faire copier le support matériel de son œuvre. Inversement, l'auteur ne saurait revendiquer, au titre de ses droits patrimoniaux ou moraux, une diffusion sélective de ses œuvres qui léserait gravement le public. En la publiant, il s'engage personnellement à en faire le bien commun. De même, les droits du public interdisent à l'auteur de revendiquer la perpétuité de ses droits patrimoniaux, qui donnerait au renchérissement de l'œuvre un caractère permanent, incompatible avec la liberté d'accès aux utilités intellectuelles qu'elle contient.

Plus radicalement, tout comme l'investiture est la symbolisation d'un engagement personnel réciproque entre le saisi et la communauté

juridique, le privilège octroyé à l'auteur est, par sa nature même, la réalisation d'une dette morale, la forme matérielle d'une obligation personnelle, ou plus exactement de relations d'obligations réciproques dans lesquelles l'auteur est à la fois le créancier du public, puisqu'il se porte volontaire pour contribuer à payer la dette collective de sa génération envers les précédentes, et son débiteur dans la mesure où, ne pouvant créer *ex nihilo,* il doit son inspiration aux idées de ses ancêtres et de ses contemporains. Ainsi le privilège des auteurs, au moins dans la théorie qu'en propose Renouard, est artificiellement créé par l'autorité publique au titre du recouvrement d'une dette morale : c'est l'obligation qui crée le droit réel, la reconnaissance du droit réel qui éteint l'obligation. C'est donc la nature de l'obligation qui détermine celle du droit réel, ses caractères et sa portée. D'une certaine manière, on peut dire que dans la conception réservataire de la propriété, le droit réel se trouve entièrement englobé dans la sphère du droit personnel, ou encore que tous les droits sont par essence personnels, que tout droit est nécessairement un engagement de la communauté juridique envers son titulaire, irréductible à la seule obligation passive universelle de respecter la loi en ce qu'elle comprend nécessairement des obligations déterminées. En réfutant le droit de propriété supposé romain au titre qu'il est « égoïste », il n'est pas impossible que Klimrath ait eu en vue cette nécessaire médiation personnelle entre le titulaire du droit et son objet. En refusant de faire du droit d'auteur un droit réel au sens qu'il donne à l'article 544, il est certain que Renouard a en vue l'indéniable dimension personnelle d'un droit pourtant patrimonial, et l'impossibilité subséquente d'en faire une propriété absolue, comme le sont, selon lui, les propriétés du domaine matériel.

De ce que c'est la nature de l'obligation personnelle qui imprime ses caractères à celle du droit réel, il résulte que la forme du droit réel est fonction de cette obligation. C'est là sans doute qu'on trouve l'explication du peu d'empressement de Renouard à donner une forme déterminée à un droit dont il vient d'exposer la nature. La rémunération des auteurs est de droit naturel (« tout travail mérite salaire »), mais les modalités d'application de ce droit sont laissées à l' « utilité » et à la « convenance » du public et des auteurs. On a pu voir dans cette

absence de formalisation un défaut de la doctrine de Renouard. Interprétée dans la perspective de la saisine, cette absence apparaît comme découlant nécessairement d'une conception de la propriété qui attache moins d'importance à la précision de la forme qu'à l'adéquation de l'expression des rapports de la vie réelle que règlent les institutions juridiques. Jusnaturaliste dans les principes, la démarche de Renouard se fait aussi pragmatique que la doctrine klimrathienne de la saisine lorsqu'il s'agit de définir le droit des auteurs. De ce que ses formes restent largement indéterminées, on n'en déduira pas que la saisine est arbitraire dans ses déterminations, puisque la volonté de l'autorité qui procède à l'envoi en saisine doit se contenter de constater des faits – qui sont, eux, clairement déterminés – en assurant leur protection légale. Ainsi l'État ne saurait priver l'auteur de son droit, quoiqu'il puisse proportionner l'efficacité de sa protection au degré de publicité faite à l'œuvre.

Sauf erreur, Klimrath n'a jamais évoqué la question des droits d'auteurs. L'intuition selon laquelle la notion de saisine permet de rendre compte de ce que certaines institutions du droit des biens français pouvaient avoir de vague ou d'hérétique du point de vue de la romanistique, trouve pourtant sa pleine confirmation dans cette matière. Le droit d'auteur est bien une propriété, mais il n'est ni une maîtrise souveraine, ni une appartenance patrimoniale. En le concevant comme saisine, ces traits spéciaux ne sont plus ni vagues ni hérétiques, ils sont au contraire tout à fait conformes à la nature de l'institution. Peut-on en conclure que l'hypothèse d'une résurgence implicite de cette forme d'appropriation au cœur du droit des biens immatériels est vérifiée ? Les développements précédents donnent à penser que ce qui se présentait comme une analogie extérieure manifeste une véritable homologie conceptuelle.

Un point reste cependant à éclaircir avant de pouvoir conclure, qui a trait à la nature du droit que confère le titre de saisine. Dans la présentation que Klimrath en propose, la saisine ne crée pas en elle-même un droit, elle offre une protection juridique à des actes de propriété dûment constatés. On pourra y voir une conception un peu fruste, d'après laquelle il ne saurait y avoir de droit hors de sa manifestation,

quelque chose comme un défaut de capacité d'abstraction rendant impossible la distinction de la propriété et de son apparence, du droit et de son domaine. Klimrath, qui ne craint pas les abstractions, verrait sans doute dans cette critique un signe de l'étroitesse qui caractérise les esprits juridiques un peu trop romanisés. On se contentera d'y déceler une déformation de la saisine due au prisme de la propriété souveraine à travers lequel elle est ici appréhendée. Dans l'optique de la propriété souveraine en effet, le fait ne fait pas droit, c'est le droit qui se manifeste dans les faits. Telle n'est pas la prémisse qui soutient la conception de la saisine, où le fait est légal parce qu'il est notoirement accepté par la collectivité juridique, l'autorité publique n'ayant pas pour fonction de dire le droit, mais de garantir le fait qu'elle se contente de constater. En confondant le droit et l'apparence du droit, en accordant l'existence de ces êtres juridiques passablement monstrueux que sont les faits légaux, Klimrath ne se contente pas de proposer une conception alternative de la propriété, il confère une vertu normative à certains rapports de la vie réelle. Renouard le suit-il jusque-là, au moins pour ce qui concerne le domaine immatériel ? Peut-on voir dans l'enregistrement de l'œuvre à travers la formalité du dépôt légal un équivalent conceptuel de l'investiture coutumière dans la théorie de la saisine ?

4.2. La genèse du droit, investiture et enregistrement

Dans la description qu'en propose Klimrath, l'investiture apparaît comme un rite solennel dont, d'après notre auteur, on ne trouve « nulle part d'explication plus complète et plus intéressante que dans ce [...] Coutumier d'Artois »[1]. Telle qu'elle y est décrite, l'investiture revêt les trois caractères suivants : 1 / elle symbolise l'institution d'un nouveau rapport juridique unissant le seigneur à l'acheteur de l'héritage, nouveau bénéficiaire de la réservation de jouissance ; 2 / ce n'est pas le vendeur qui transmet la saisine à l'acheteur, c'est le seigneur, faisant ici fonction d'autorité judiciaire, qui dessaisit le premier et qui ensaisine le

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 378.

second, comme l'exprime la remise symbolique du bien par le vendeur « par raim et par baston en le main dou signeur pour ahireter l'achateur », suivie de la déclaration de saisine du vendeur, décrite par la figure symbolisant le lien juridique nouvellement créé. C'est donc le seigneur qui saisit et dessaisit ; 3 / cette cérémonie se déroule en public, devant « les hommes qui l'ont à jugier ». C'est la publicité de l'investiture qui lui confère sa portée juridique, parce que cette publicité est pour les juges une preuve de la validité du titre qu'elle établit.

L'investiture se présente donc comme la déclaration par l'autorité judiciaire, au terme d'un rituel public, d'un nouveau rapport de droit. Une précision s'impose toutefois : de la première idée on pourrait déduire que l'investiture est un acte d'autorité, une prérogative exercée par le seigneur ; c'est bien ce qui semble ressortir du Coutumier d'Artois, dont il faut souligner cependant qu'il est relativement récent, puisqu'il date du XIVe siècle, période où la féodalité s'est généralisée[1]. C'est pourtant Klimrath lui-même qui nous met en garde contre une analyse insuffisamment attentive aux évolutions historiques de la saisine, qui prendrait la forme que revêt cette institution lorsqu'elle est associée au régime des fiefs pour son essence intemporelle[2]. On ne saurait en effet confondre la saisine et la propriété féodale, puisque la propriété libre (les alleux) est aussi tenue en saisine. L'idée selon laquelle le saisi « devrait » son droit à une autorité seigneuriale qui aurait compétence pour créer des droits pourrait bien ne pas être étrangère à la généralisation du régime des fiefs et aux efforts des seigneurs pour imposer partout l'adage « pas de terres sans seigneurs ». On n'en fera donc pas une détermination essentielle au concept même de saisine[3]. Klimrath note au demeurant combien lourde est la tendance, à partir du XVe siècle, à substituer des instruments écrits à ces formes rituelles :

> « Ces solennités rigoureuses, mais qui assuraient si bien la certitude et la conservation des droits réels, ne se maintinrent que dans les coutumes dites de saisine et de nantissement. Ailleurs on en dévia plus ou moins,

1. E. Champeau, E. C., *EVS,* n° 46, p. 140-142.
2. Cf. *supra,* chap. X, § 2, citation *in* H. K., *THDF,* II, p. 377.
3. Cette analyse se trouve chez Klimrath, bien sûr, mais est confirmée par Ourliac, O. P., *HDP,* II, n° 189, p. 338.

admettant que la désaisine se pouvait faire par lettres ou par instruments, ou par-devant témoins, et qu'appréhension de fait équipolle à saisine. Alors on dut admettre aussi comme conséquences, que l'acheteur qui avait tenu de fait an et jour excluait les héritiers du vendeur, quoique celui-ci ne fût point dessaisi, et que le fermier ne pouvait être expulsé par l'acheteur. »[1]

Ainsi l'histoire de l'investiture serait celle d'un rite solennel de déclaration d'un titre de propriété ou de son transfert, assez rapidement inscrit dans le cadre juridique du fief où il aurait pris la forme d'un engagement féodal (et donné l'occasion d'un impôt), pour dégénérer vers la fin du Moyen Âge en un acte authentique écrit[2], quelque chose comme l'ancêtre de l'enregistrement écrit du droit moderne. Sous ce rapport, le sens du rituel nous apparaît moins comme l'affirmation théâtrale d'un pouvoir souverain de créer des droits, l'exercice d'une compétence souveraine qui trouverait sa cause (juste ou pas, c'est une autre affaire) dans une propriété éminente par exemple, que comme la symbolisation d'une propriété qui préexiste à sa déclaration : la saisine est constituée avant même l'investiture, comme saisine de fait, et sa transformation en saisine de droit désigne l'efficacité juridique nouvelle qui sera désormais la sienne, certainement pas la création d'un rapport juridique nouveau. Surtout, l'investiture réalise l' « envoi en saisine », donne la force du rituel à la remise matérielle de la chose au saisi. Ce n'est donc pas simplement un acte juridique abstrait, c'est l'opération par laquelle la chose est mise à la disposition de son nouveau propriétaire devant des tiers qui s'engagent à respecter son droit.

On voit tout le profit que l'on peut tirer de l'adoption d'une telle perspective pour rendre compte de la nature de la procédure d'enregistrement de l'œuvre, dans la théorie de Renouard. Comme on l'a vu,

1. *Saisine…,* H. K., *THDF,* II, p. 380.

2. D'après A.-M. Patault, la féodalisation de l'investiture prépare sa disparition et l'introduction du système de la clandestinité des transactions qui triomphe, pour un temps seulement, avec le Code civil : « L'investiture devenue seigneuriale, tend à perdre son caractère d'information des tiers. Elle n'est plus que source de profit fiscal et rappel du droit éminent du seigneur. À la fin du Moyen Âge, la poussée romanisante, hostile à toute intervention externe dans l'opération de transfert, s'efforcera d'écarter le seigneur. "Ne prend saisine que qui ne veut" dira l'adage. Avec le déclin de l'investiture seigneuriale, déclinera aussi ce qui subsistait encore de publicité foncière » (A.-M. P., *IHDB,* n° 16, p. 32).

cette procédure n'est pas en elle-même génératrice des droits qu'elle se contente de rendre efficaces en armant le privilège de l'auteur de l'action en contrefaçon et en opérant dans le même temps la remise symbolique des œuvres au public. Ainsi, selon Renouard,

> « le dépôt est [...] ordonné dans l'intérêt du progrès social ; il a pour objet d'enrichir le précieux trésor national où se rassemblent tous nos produits intellectuels, et de créer, pour chaque citoyen la possibilité de consulter tous les livres »[1].

On ne saurait être plus clair : le dépôt légal symbolise l'accès désormais libre aux « produits intellectuels » des livres, et opère matériellement la remise de l'œuvre au public, qui pourra toujours se les procurer à la Bibliothèque Nationale. Il est, de plus, indissociable de l'engagement personnel de l'auteur puisqu'il est l'attestation officielle de sa volonté de voir l'œuvre publiée. On a vu en effet qu'il suffit à l'œuvre d'exister pour que celui qui l'a produite se voie reconnaître la qualité d'auteur et soit titulaire du privilège qui s'y attache. Le dépôt légal, en déclarant cette situation nouvelle, rend ce privilège efficace en offrant à l'auteur la possibilité d'agir contre d'éventuels contrefacteurs. Il y a donc bien plus qu'un simple « enregistrement » dans cet enregistrement qui remplit, de même que le dépôt de brevet[2], la triple fonction de favoriser la preuve du droit, de le rendre juridiquement efficace et de mettre la chose à la disposition du public, réalisant ainsi l'engagement de l'auteur. Renouard est d'ailleurs explicite sur ce point : « Le dépôt [...] est tout à la fois une mesure de police et un impôt établi dans l'intérêt des lettres. »[3] En tant que mesure de police, l'institution se contente de faire le recensement des œuvres afin de faciliter la preuve

1. A.-C. R., *TrDA,* IV, p. 371.

2. Dans ce cas, comme pour les propriétés littéraires, le dépôt a pour objet de garantir l'accès du public à la production, ici l'invention, mais à la différence des propriétés littéraires pour lesquelles « le droit de propriété existe indépendamment de la formalité du dépôt, dont l'absence n'éteint que l'action » ; lorsqu'il s'agit des [propriétés d'inventions industrielles] « un brevet d'invention n'étant valable que s'il s'applique à une industrie nouvelle, la publicité antérieure à la demande du brevet, par cela seul qu'elle détruit le caractère de nouveauté, rend impossible la validité du brevet [...] le défaut de nouveauté à l'instant du dépôt annulera toute possibilité de privilège » (A.-C. R., *TrDA,* p. 388).

3. A.-C. R., *TrDA,* IV, p. 374.

de leur paternité, remplissant ainsi une fonction analogue à celle de l'enregistrement des transferts de biens immeubles, mais en tant qu'impôt elle exige de l'auteur une formalité (payante) qui lui permettra de défendre ses intérêts patrimoniaux en justice, et elle installe le public dans ses nouveaux droits. Sans doute ne faut-il pas prendre ici Renouard au pied de la lettre : le dépôt légal ne fait l'objet d'aucune disposition de la loi fiscale[1], mais il peut fonctionnellement être considéré comme un analogue des droits de mutation puisqu'il obéit à la même finalité : garantir la jouissance réelle d'un droit[2].

Il reste cependant une différence irréductible entre la saisine des immeubles fonciers selon Klimrath et le droit d'auteur selon Renouard : alors que l'industrie appliquée à la terre est en elle-même une appropriation « naturelle » (au sens physique) ou encore matérielle, l'art juridique du législateur est requis pour que la production intellectuelle soit privativement appropriable. Il est vrai que l'industrie du défricheur médiéval fait fructifier des biens matériels, tandis que celle du travailleur intellectuel transforme des idées, objets artificiels légués par le génie des générations précédentes. La nature physique de la chose n'est donc pas la même dans l'un et l'autre cas ; pour autant sa

1. Cf. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre, d'hypothèque et des contraventions à la loi du 25 ventôse, an XI,* Paris, Bureau du contrôle de l'enregistrement, 1835-1839. Citation tirée de la seconde édition, Paris, Losse, 1839-1851, IV, n° 3735, p. 728-729.

2. La référence dans ces matières est très certainement le monumental *Traité* de Championnière et Rigaud, dont la première édition est contemporaine des dissertations de Klimrath et Renouard. D'après ces auteurs, « Les mutations sont un juste sujet d'impôt ; l'acquéreur a besoin pour devenir propriétaire de toute la protection de la loi civile ; il semble en effet que la translation de propriété soit plus exorbitante du droit naturel que sa conservation ; la civilisation, après avoir sanctionné le droit de jouir, dut faire un effort de plus pour constituer celui de disposer. [...] C'est ainsi que les droits de mutation que nous payons aujourd'hui, sont les droits seigneuriaux que l'on payait avant la destruction du régime féodal... Nous payons au Trésor public ce qu'autrefois le Trésor public et les seigneurs se partageaient. La dette est exigible dans les mêmes circonstances, à raison des mêmes mutations ; elle se liquide à peu près de la même manière. [...] Championnière et Rigaud décèlent encore, parmi les droits de mutation, ceux qui proviennent de la volonté du propriétaire d'une terre libre ou franc-alleu, qui se plaçait sous la protection d'un seigneur puissant, à la charge pour celui-ci de le défendre » (*ibid.,* p. 546). C'est dans cette dernière espèce de droit de mutation qu'on pourrait chercher à déceler l'ancêtre conceptuel du dépôt légal, qui a lui aussi pour objet de placer l'auteur sous la protection de l'autorité judiciaire en lui conférant l'action en contrefaçon.

nature juridique est semblable sous le rapport de la saisine à laquelle elle est soumise. Le privilège de l'auteur est certes une création légale, tandis que la possession légale est un ensemble d'actes matériels, mais l'allocation du privilège est tributaire de l'acte de production intellectuelle qui donne naissance à l'œuvre. Dans un cas comme dans l'autre, le droit est *naturaliter* dans le fait même de la production, jugée valide et légitime en elle-même par la collectivité juridique. Ainsi s'explique le mystère du *fait légal,* légal parce que naturellement légitime et positivement déclaré. La conception réservataire de la propriété est entièrement solidaire d'un droit naturel objectif, où le droit n'est pas dans la faculté de l'individu, mais dans son activité productive.

On peut donc conclure à la validation de l'hypothèse qui sous-tend le développement précédent : la saisine est bien la configuration de la propriété réservataire telle que le droit d'auteur nous la donne à voir dans le droit civil moderne : un monopole d'activité productive, octroyé *ad tempus* au titre de la réalisation d'un engagement moral. D'après Klimrath, sa souplesse la recommande aux sociétés commerciales modernes. Au vu du succès présent de cette conception de la propriété, on peut affirmer sans risque qu'il a été entendu au-delà de ses espérances. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de s'en étonner : sans doute est-il de l'essence du commerce de se méfier des formes, mais si la propriété réservataire épouse aussi bien les contours de l'industrie humaine, c'est parce que la nature essentiellement morale de la réservation permet de rendre compte de l'aspect le plus spectaculaire de la propriété ainsi conçue : sa *dématérialisation*. La propriété perd ici le statut métaphysique d'interface entre l'esprit et la matière, la liberté intérieure et le monde extérieur, pour se faire rétribution matérielle d'un service, échange de valeurs, jusqu'à pouvoir, si elle est sollicitée dans ce sens, se confondre entièrement avec l'institution du marché.

page 478 bl

Conclusion

Dans l'introduction de ce livre on a fait allusion aux trois problèmes qu'on s'attend ordinairement à voir traiter dans les livres de philosophie consacrés à la propriété, c'est-à-dire celui des fondements, des origines et des fins de la propriété, ainsi qu'à la nécessité de résoudre préalablement celui de savoir ce qu'*est* la propriété. Au terme de la présente recherche, on peut estimer que le préalable est satisfait et qu'il est possible non pas d'apporter une réponse, mais de déterminer la position de ces trois problèmes.

1. QU'EST-CE QUE LA PROPRIÉTÉ ?

Dans son acception la plus large, et la plus abstraite, et par conséquent la plus indéterminée, la propriété est un rapport garanti entre une entité juridiquement reconnue et un bien, un *chacun* et son *sien,* l'expression juridique de l'avoir. On peut sans doute concevoir cet avoir comme une essence et ses formes juridiques comme les diverses manifestations de celle-ci. Une telle approche se heurte cependant à une objection dirimante : la propriété *réelle,* dès lors qu'elle est considérée dans ses déterminations techniques essentielles, ne renvoie pas à une essence unique, car la pluralité de ses formes juridiques concrètes,

ou configurations empiriques, manifeste autant de conceptions irréductiblement distinctes de l'institution. Ces conceptions nous sont apparues au nombre de trois : la maîtrise souveraine, l'appartenance patrimoniale, la réservation de jouissance.

Dans la perspective de la maîtrise souveraine, la propriété est l'exercice d'une puissance de gouverner (entreprendre et conduire) les choses matérielles ou tout être réifié par un rapport juridique qui lui impose d'être passif, c'est-à-dire soumis. Cette puissance, quoique limitée par la loi et par la contiguïté des fonds, n'en est pas moins absolue dans le sens où elle tend à évacuer toute forme de médiation personnelle entre le propriétaire et sa propriété, la première disposant ainsi du droit de faire servir la seconde à tous les usages et mésusages. Dans ce sens, le droit de propriété est réel, exclusif et perpétuel. Les choses dont on est le souverain sont des biens matériels, ou réifiés, une matière passive et largement indéterminée, terre d'accueil de l'action formatrice de son maître. Le monde de la maîtrise souveraine est celui du dualisme ontologique où les biens matériels sont de pures substances étendues, vierges de toutes autres qualités, pures matières nues.

Cette configuration se présente ainsi comme la manifestation empirique de la liberté personnelle du propriétaire, entendue comme puissance de l'esprit actif, exercice autonome d'une volonté rationnelle qui commande la soumission des choses matérielles ou réifiées qu'elle se donne pour objet. C'est pourquoi cette liberté, lorsqu'elle se fait empire sur les choses extérieures, prétend réaliser l'humanité de l'homme dans le monde, ou plus exactement ce qu'il y a de plus libre et par conséquent de plus noble dans cette humanité, et ne connaît pour limite que celle des autres propriétaires, dans la citoyenneté et dans la mitoyenneté.

Au contraire, la configuration qui réalise l'appartenance patrimoniale entremêle les aspects personnels et réels dans la mesure où elle repose entièrement sur un rapport originaire d'appartenance, rapport d'identité entre un être juridique artificiel – une universalité de droit – et son but constitutif qui relève du droit de propriété parce qu'il est pensé dans les termes de l'avoir. Cette appartenance originaire commande la distribution, à travers des mécanismes assez complexes de

représentation (tutélaire ou mandataire), de droits et pouvoirs juridiques qui sont téléologiquement déterminés par la constitution interne de chaque patrimoine. Dans cette configuration, la propriété apparaît donc comme un ensemble de droits de jouissance et d'administration qui ne sont ni des « droits à », ni des « droits de », mais des « droits pour », inscrits dans la finalité constitutive du patrimoine, ce pour quoi il est affecté.

Les choses sont ici des biens patrimoniaux, c'est-à-dire des éléments dont le statut juridique se déduit de leur appartenance à une universalité juridique, en tant qu'il est fonction de leur degré de participation au but constitutif de cette dernière. Ils se laissent ainsi classer selon leur degré de convenance à la détermination téléologique constitutive du patrimoine, sur une échelle qui mène de l'inaliénabilité totale des biens essentiels à l'existence même du patrimoine, jusqu'à la nécessaire aliénabilité de ceux dont la sortie est exigée par la réalisation du but auquel le patrimoine est affecté. Dans cette vision du monde, toutes les choses sont appropriables, c'est-à-dire susceptibles d'être affectées à un but, et d'être ainsi unifiées sous le rapport le plus abstrait, celui de leur valeur pécuniaire. Dans ce sens, tout patrimoine est réductible à un capital. La propriété ne connaît donc aucune limite extérieure, ou pour mieux dire, sa limite est intériorisée. En effet, il n'est plus ici question de la liberté de l'esprit actif face à la matière inerte. Le patrimoine, corps juridique artificiel, est la forme objective d'une volonté cristallisée dans l'acte de sa fondation, la liberté des titulaires de droits patrimoniaux étant par conséquent une liberté finalisée, entièrement déterminée par les intérêts juridiques que l'existence même du patrimoine cristallise.

Quant à la conception réservataire de la propriété, elle se manifeste dans le droit empirique comme l'allocation d'une exclusivité, sous la forme d'une saisine, ou octroi d'un privilège de jouissance exclusive sur une activité productive, au titre de la rémunération du service que cette activité rend à l'autorité qui accorde le privilège. La propriété apparaît ainsi comme inscrite dans un rapport d'échange, ou plus exactement dans un engagement personnel dont l'objet est l'activité productive elle-même en tant qu'elle est créatrice de valeur. Le droit de

propriété étant le mode juridique de l'appropriation de cette production, et de la captation des utilités qui en résultent, il est par essence temporaire, peut fort bien ne porter que sur un usage déterminé de la chose, et se trouver ainsi superposé à d'autres exclusivités, garanties simultanément sur d'autres usages du même bien, ce que la langue du droit appelle des « saisines multiples ». Le point de vue de la réservation de jouissance est celui de la valeur que prennent les choses dans la production et dans l'échange, le monde étant conçu comme une inépuisable friche, pleine de ressources vénales, où la propriété a pour limite la sphère des biens qui sont inestimables, soit parce que leur valeur est exclusivement morale, soit parce qu'ils ne valent rien. Il est encore une fois question de liberté, et plus précisément de la juste reconnaissance, c'est-à-dire de la juste rémunération de la liberté humaine en tant que cette dernière se confond ici avec le génie démiurgique de l'espèce, son industrie, sa capacité à créer de la valeur.

On peut chercher à présenter ce résultat en considérant le traitement différencié que chaque conceptualisation de la propriété propose des relations entre être et avoir, ce qui peut se formuler plus précisément en faisant appel au couple du propre (ce qui ne se dit que d'un seul être, ou d'une seule classe d'êtres) et de la propriété (le sien externe).

La généalogie hypothétique de la conception souveraine de la propriété, à peine esquissée dans le troisième chapitre, nous a conduit du côté de la propriété personnelle des *capitalia,* que les historiens du XIXe siècle à nos jours associent à la propriété franque. Selon cette conception, la propriété est le lieu où s'opère l'extension de la sphère personnelle dans le monde, le point où se réalise et où s'inscrit dans le temps long des institutions juridiques la transformation du monde en propre personnel. Dans ce sens, la maîtrise souveraine, à tout le moins sous sa forme archétypique, est la forme juridique de l'appropriation du monde, de son intériorisation, de la transformation des biens extérieurs en biens propres, par la propriété.

Le second modèle théorique, celui de l'appartenance patrimoniale, diffère du premier en ce qu'il n'est plus ici question de « passage » ou de transformation. La propriété n'est plus l'institution de la frontière

entre la personne et le monde, l'intérieur et l'extérieur, mais le rapport d'identité originaire du propriétaire et de son patrimoine, ce par quoi ce dernier est à la fois son propre et sa propriété. Il faut souligner combien cette identification du propre et de la propriété est le fruit d'un véritable tour de force linguistique, qui trahit le caractère moderne de cette conception : l'expression « patrimoine », associée à une personne, est synonyme d' « hérédité » ou encore d' « héritage » dans la langue du droit civil moderne. Pourtant, les héritages désignent précisément, dans la langue dont ils procèdent, celle du droit germanique, les biens qui ne sont pas des propres, qui ne sont pas des *capitalia,* à savoir les biens familiaux dont la destination est d'être transmis de génération en génération, et qui sont de ce fait frappés de diverses formes d'indisponibilité. En faisant basculer les héritages dans la sphère des propres, la théorie moderne du patrimoine opère l'unification de l'être et de l'avoir personnel, puisque c'est désormais dans les termes de la propriété, en tant que rapport originaire d'appartenance, que se constitue le propre de chacun. C'est dire que le propriétaire n'est pas ici confronté à un monde qui lui est extérieur, voire étranger, mais qu'il appartient à *son* monde, au monde artificiel de l'homme, ou encore que ce monde est tellement le sien qu'il entre dans la définition de son être propre, ce qu'exprime avec force la fulgurante formule de Marx : « L'essence de l'homme, c'est le monde de l'homme. »

Il n'est pas interdit de céder à la tentation de penser que ces deux modèles sont logiquement dans un rapport de conditionnement réciproque. On peut sans doute voir, à la manière de Hegel, dans le patrimoine personnel ou « propriété interne », la configuration constitutive de la personnalité juridique, et par conséquent la condition de possibilité de la propriété souveraine de chaque individu, qui doit être une personne juridiquement capable. On peut tout aussi bien considérer que la patrimonialisation du monde commence là où se termine l'appropriation du monde extérieur, lorsque les objets extérieurs forment un monde qui est, pour l'homme, déjà le *sien*. On pourrait alors penser que la propriété patrimoniale prend le relais de la propriété souveraine lorsque le monde est devenu entièrement artificiel, et comme préalablement approprié, en ajoutant que ce moment logique pourrait

bien être celui où l'impératif d'accumulation de richesses fait place à celui de leur perpétuation transgénérationnelle.

Quoi qu'il en soit, le tableau de ces rapports logiques doit être complété par le troisième modèle théorique que le droit moderne met à notre disposition, celui de la propriété réservataire, qui se présente comme appropriation fictive, propriété dont l'objet n'est ni ne devient jamais *propre*. Dans la propriété réservataire, en effet, la propriété porte sur l'activité même du propriétaire, et non sur la chose qui reste toujours, quant à son essence, en deçà de toute appropriation réelle, à l'instar des idées dans le droit d'auteur ou de la terre dans la saisine coutumière. Peut-être faut-il alors faire droit à l'intuition selon laquelle ce mode de conceptualisation de la propriété est toujours celui des défrichements inauguraux, des accumulations initiales, encore trop timides pour se penser comme de véritables appropriations, où l'homme ose pour la première fois étendre son empire sur des forêts enchantées, des trésors de pensée et autres objets qu'il ne sait pas encore se représenter comme *siens*. En ce sens, la signification de ce troisième moment logique serait celui qui correspondrait à l'appropriation des choses qu'on ne saurait concevoir comme appartenant à l'homme, et qui ne lui reviennent qu'à raison des efforts qu'il leur consacre. Après la soumission des choses naturelles au propriétaire souverain, l'identité de soi à son monde dans l'appartenance patrimoniale, la propriété réservataire trouverait à se définir dans l'entre-deux de l'esprit présent et de l'esprit passé, du travail vivant et du travail mort, comme si la donne anthropologique était changée, comme s'il n'était désormais plus question de maîtriser le monde naturel, ni même le monde de l'homme, mais l'homme lui-même, ses propres facultés créatrices.

2. FONDEMENTS

Il est bien difficile de constater l'existence de l'institution de propriété et d'en décrire les arcanes sans se demander ce qui la justifie. Dès lors que le droit existe en effet, il se trouve des personnes pour

revendiquer leur part, et pour appuyer ces revendications sur des arguments rationnels. Pourquoi faut-il que l'on respecte ma propriété, et pourquoi faudrait-il que je respecte les droits de propriété des tiers ? Sur quelles bases, pour quelles raisons ces revendications sont-elles légitimes ?

L'exercice engage la détermination des principes fondateurs de l'institution, mais ne saurait s'apparenter à une pure activité de connaissance : en énonçant les conditions auxquelles est soumise la légitimité des règles empiriques, l'examen des fondements prétend évaluer la justice de ces règles, à l'aune des principes qu'elle produit et, *in fine,* quel que soit le degré de sophistication intellectuelle du raisonnement proposé, contribuer au règlement des conflits, à la distribution empirique du sien à chacun. La portée politique de cette évaluation est évidente : selon que les règles de droit examinées sont ou non conformes aux principes de légitimité qui leur sont applicables, on déduira qu'il convient d'abolir, de reconnaître ou de réformer les droits existants. Dès lors, la question de la détermination des fondements est indissociable (sauf à devenir gratuite, et par conséquent sans objet) de celle de l'application (on parle de positivation, ou encore de concrétisation) des principes aux règles empiriques, de la conformation de l'institution empirique de la propriété aux déterminations principielles de la propriété juste. La question des fondements se confond donc avec celle de l'articulation du réel et de l'idéal, de la théorie et de la pratique, et plus exactement avec celle des conséquences pratiques d'une évaluation théorique de la rationalité du droit de propriété.

Si l'on pense que les formes empiriques de l'institution de propriété manifestent une essence unique, l'évaluation de la légitimité de cette institution se confond avec l'examen de la rationalité de cette essence, mais cette substitution perd son sens si l'on accorde que ces formes concrètes, ou configurations, loin de renvoyer à une essence unique, mettent en œuvre une pluralité de conceptions distinctes. Or, on l'a vu, tel est bien le cas.

Il y a plus : non seulement le problème des fondements de l'institution ne saurait être traité en lui substituant celui de la rationalité de son essence supposée, sans égard aux configurations empiriques qu'elle

revêt, mais encore et surtout, la production, par la doctrine juridique, des conceptualisations de la propriété qui s'attachent à chacune de ces configurations n'est pas seulement le résultat de la tentative purement scientifique de décrire leur logique interne respective, elle est aussi un excellent moyen de mettre au jour leur rationalité et, par là, leur justification immanente. Ainsi le modèle réservataire de la propriété expose-t-il à la fois le principe d'intelligibilité des mécanismes mis en œuvre par la saisine, et un idéal de la propriété réservataire juste, selon lequel cette propriété rémunère un service rendu conformément au principe de l'égalité des échanges. De même, le modèle de l'appartenance patrimoniale fournit les outils théoriques requis pour penser l'évaluation de la juste administration des patrimoines, et le contrôle des agents qui en ont la charge. Quant à la propriété souveraine, le respect de l'égale liberté des propriétaires souverains n'est pas seulement l'idée dans laquelle réside la cohérence du droit réel et absolu, mais aussi le moyen de déterminer la justice de son allocation. Autrement dit, les divers modes de conceptualisation de la propriété ne sont pas des modélisations axiologiquement neutres, puisque chacun d'entre eux engage des procédures immanentes de production des idéaux de la propriété juste qui lui sont propres.

La question des fondements s'en trouve compliquée d'autant : la propriété juste n'est pas la même selon que l'institution est conçue comme maîtrise, appartenance ou réservation, et de surcroît pas pour les mêmes raisons, voire même, pas selon les mêmes protocoles de raisonnement, puisque le mode de questionnement relativement à la justice de la propriété diffère selon ces conceptions. Il en résulte que le problème de la propriété juste se pose pour ainsi dire trois fois, toujours différemment, sans qu'il soit possible de cultiver l'espoir de ramener cette diversité à l'examen de la rationalité d'une essence simple. Le constat de l'irréductible pluralité des modes de conceptualisation de la propriété, et par suite des modes de questionnement de leur légitimité, déplace donc le lieu même de l'articulation des principes et des règles, de la théorie et de la pratique : le problème des fondements devient celui de la critique rationnelle des idéaux de la propriété juste produits par la doctrine juridique dans l'effort de rationalisation des formes

empiriques de propriété. On peut, pour désigner ce lieu théorique, parler de *justice légale* dans le sens où les principes de justice – le plus souvent implicites – dont il est question sont immanents aux conceptions propres à chaque configuration juridique du droit de propriété, pour le distinguer des principes de la justice *supralégale,* rationnellement pure, mais extérieure et largement indifférente au droit (qui d'ailleurs le lui rend bien...).

Il faut ici parler de mode de questionnement de la justice et non de mode de conceptualisation, parce que chaque mode de conceptualisation de la propriété n'engage pas un idéal unique de la propriété juste, mais bien plutôt un faisceau de critères, un protocole d'évaluation, une manière de penser le problème de la légitimité qui lui est propre, offrant ainsi un champ précis et bien délimité de questions qui appellent certains types de réponses et en excluent d'autres, sans cependant jamais les fournir. Il est donc ici question de détermination ouverte, celle que réalise une condition, et non pas celle de la causalité efficiente.

Ainsi, dans le mode souverain de conceptualisation de la propriété, l'universalité de la relation directe du propriétaire à sa chose pose la question de la justice en termes d'égalité entre les propriétaires. Cette égalité peut s'entendre (contre la doctrine dominante au XIXe siècle) comme égalité dans l'accès à la propriété, et pose le problème de l'existence des non-propriétaires comme injustice ; mais elle recouvre surtout le problème de l'égalité des fortunes, où se profile l'affrontement d'au moins deux idéaux contradictoires : celui de la plus grande augmentation des richesses, et celui de la médiocrité des propriétés. Dans un cas comme dans l'autre, la question est celle de la justice comme juste répartition des propriétés entre les propriétaires libres, ou problème de la *justice distributive*.

Dans le mode patrimonial de conceptualisation de la propriété, l'allocation de divers pouvoirs d'administration et de jouissance à des titulaires distincts pose la question de la compatibilité de leurs intérêts (on peut fort bien imaginer des patrimoines mal constitués, dont les finalités ne sont pas compatibles entre elles) et de l'éventuelle prévalence de certains de ces intérêts au détriment des autres dans la détermi-

nation téléologique de l'administration du patrimoine. La question d'une juste propriété est ici celle de l'équilibrage de ces intérêts, ou encore du choix d'un mode de vie pour le patrimoine, qui est celui des rythmes de son évolution. Ces rythmes sont ceux qui procèdent de la composition quantitative des flux (contradictoires) d'entrée et de sortie des biens qui composent le patrimoine, en fonction des impératifs (parfois contradictoires) de conservation et d'augmentation de ce patrimoine. Le point d'équilibre est propre aux déterminations téléologiques constitutives de chaque patrimoine, et la forme que prend la question de la justice dans ce mode de conceptualisation de la propriété est la réalisation de cette harmonie, qui invite donc à parler de *justice harmonique*.

Dans le mode de conceptualisation réservataire de la propriété s'applique le principe de proportion entre la rémunération du producteur et le service rendu par l'activité productive exercée sur le domaine de l'autorité qui octroie le privilège. Les formes de cette rémunération sont tributaires de l'utilité et de la convenance, puisque le rapport qui lie le propriétaire et l'autorité dont il tient sa propriété est un rapport personnel. La forme que prend la question de la justice dans ce mode de conceptualisation de la propriété est celle de la *justice rétributive*.

On aimerait que les justices distributive, harmonique et rétributive soient trois concepts distincts et comparables entre eux, obéissant par exemple à des modèles mathématiques précis (ceux de l'égalité simple, de l'égalité de rapports, et de l'égalité entre rapports de rapports, par exemple) auxquels on pourrait assigner des domaines de compétence bien délimités, et qu'elles soient donc quelque chose comme des « sphères de justice » différenciées selon la nature des rapports qu'elles règlent (répartition des richesses, réparation des injustices, etc.), ou selon la nature des activités humaines à laquelle elles s'appliquent (justice économique, familiale, politique, etc.). Il n'en va, hélas, pas ainsi : la justice ici appelée distributive vise aussi l'harmonie entre les citoyens propriétaires (ou la stabilité de l'État) et prétend rétribuer leur qualité de propriétaire, dont on a vu qu'elle implique des capacités de gouvernement et une certaine forme de sagesse. La justice dans la conception patrimoniale de la propriété peut être dite harmonique dans le sens où

elle réalise un équilibre entre des rythmes d'administration, mais elle opère bien entendu une distribution de droits (de jouissance et d'administration) et peut, dans cette mesure, fort bien être qualifiée de distributive. La justice dans la conception réservataire de la propriété est rétributive, puisqu'il est question de rétribuer un service personnel, mais elle se fait selon un principe de proportion qui n'est pas une égalité simple mais une égalité de rapports, selon un principe distributif qui est fonction du service que chacun rend à l'autorité qui octroie le privilège. Autant dire que ces modes de questionnement n'ont pas de frontières bien définies et qu'ils ne méritent certainement pas le rigoureux nom de *concepts*, mais désignent tout au plus une certaine *tendance* à aborder la question de la justice dans une perspective déterminée, de préférence à une autre.

Pour n'avoir pas la précision des concepts mathématiques, ces tendances ne sont cependant pas tout à fait abstraites ou indéterminées. En désignant non pas un idéal unique de justice de la propriété, mais des manières déterminées de la rendre, les modes de questionnement de la justice engagent en effet assez concrètement l'adoption des configurations juridiques de l'État justicier, ou des formes juridiques que revêtent les institutions politiques chargées de produire, énoncer, appliquer et contrôler des valeurs de justice. Faire le choix de raisonner à partir d'un mode de conceptualisation de la propriété ne conduit donc pas seulement à adopter une certaine perspective (ouverte) sur le problème de la justice, elle porte en elle l'existence d'institutions politiques déterminées, susceptibles de réaliser les idéaux de justice que l'inscription dans cette perspective permet de concevoir.

On voit qu'il ne saurait être question de penser une telle tendance comme téléologique : la pluralité des idéaux de justice pensables dans un mode de questionnement donné et celle des institutions susceptibles de réaliser chacun d'entre eux l'interdit. Il n'est cependant pas impossible de parler d'orientation, si ce terme désigne la détermination d'un champ de possibles, à la manière d'une arborescence, conditionnant la possibilité de certains montages juridiques et en en excluant d'autres, sans les soumettre à une finalité unique et ultime. Cette orientation non téléologique peut être désignée par le terme de *destination politique*

de la propriété, qui désigne ainsi l'articulation des configurations de la propriété et de l'État justicier, le lieu de passage du droit des biens au droit politique *via* les déterminations techniques des institutions en charge de réaliser les idéaux de justice légale propres à chaque mode de conceptualisation de la propriété.

Non téléologique, cette destination est bien politique dans la mesure où elle engage des déterminations irréductiblement contradictoires des configurations de l'État en charge de réaliser les idéaux de justice légale de la propriété, c'est-à-dire dans la mesure où le choix de s'inscrire dans telle ou telle conception de la propriété engage la nature même du régime politique, les déterminations techniques de la constitution de la communauté politique.

En se déplaçant sur le terrain de la justice légale, l'interrogation philosophique sur les fondements de la propriété doit renoncer à produire une justification ultime, générale et intemporelle de l'institution ; elle offre par contre le moyen d'éclairer les prétentions contradictoires des acteurs en mettant en lumière leurs conséquences quant à la nature même de la communauté politique et de son régime institutionnel. La destination politique des diverses conceptualisations de la propriété est en effet, entre autres, ce à propos de quoi la communauté politique se déchire et se constitue dans la recherche des formes institutionnelles à donner à ce déchirement.

3. ORIGINES

Le XIXe siècle, faisant fond sur une définition dogmatique de la propriété comme droit absolu d'une personne sur une chose, et accordant largement l'absolue légitimité des droits acquis, a confondu la question des origines avec celle de la propriété primitive, disputant de savoir si elle était commune ou privée en faisant porter à la réponse la responsabilité de dire si cette dernière est un droit de l'homme inaliénable et imprescriptible ou une usurpation. La question des origines, prise dans toute sa généralité, déborde cependant largement celle de la

propriété primitive, pour se confondre avec celle des *causes* de la propriété, ce qui fait qu'il y a des droits de propriété et qu'ils sont ce qu'ils sont.

De très nombreuses disciplines concourent à l'intelligence de ces causes, qui ont en commun de se définir comme des savoirs positifs de l'homme (ici dans son rapport aux choses) et d'appartenir à ce titre, dans le dispositif des savoirs juridiques contemporains, à des sciences qui sont historiques par essence, puisque l'Histoire est, depuis le XIXe siècle, et comme l'écrit Foucault, « le milieu d'accueil à la fois privilégié et dangereux »[1] des sciences humaines. C'est donc à l'Histoire qu'on demande de nous apprendre comment, au gré de quelles forces, au service de quels intérêts, à la suite de quels événements la propriété est devenue ce qu'elle est.

Il reste alors à se demander quelle histoire serait celle des modes de conceptualisation de la propriété mis en évidence dans le présent travail. La difficulté réside ici dans la possibilité de concevoir une histoire proprement conceptuelle de la propriété qui ne serait cependant ni celle de la pure idée de propriété ni celle des discours sur l'institution, mais plutôt l'histoire de son concept réel (Hegel dirait : effectif) ou, plus exactement, celle de ses conceptualisations réelles.

On a vu tout au long de cet ouvrage qu'il convenait en effet de distinguer avec précaution ce que les auteurs pensent de la propriété (la représentation qu'ils en ont), ce qu'ils en disent (les opinions qu'ils défendent à son endroit) et ce qu'ils en font, parfois sans le savoir eux-mêmes, et presque toujours sans le dire (les productions catégorielles auxquelles ils ont recours pour traiter les questions de droit). Le récit du devenir des idées et des discours peut tout au plus prétendre être une histoire des idéologies propriétaires, mettant en évidence le rôle de tel ou tel grand auteur dans leur formation, et la diversité des usages politiques dont elle est susceptible dans un contexte donné. Seul le devenir des conceptualisations en usage dans l'élaboration des configurations empiriques de l'institution peut prétendre être une histoire conceptuelle de la propriété réelle.

1. Michel Foucault, *Les mots et les choses,* Paris, Gallimard, 1966, p. 382.

Une telle histoire ne saurait être tout à fait linéaire ni tout à fait continue. En effet, la production des conceptualisations de la propriété dans l'élément technique du droit engage une temporalité qui n'est pas celle des montages normatifs, lesquels peuvent bon gré mal gré, au prix de concessions faites à la spécificité des rythmes qui président à leur évolution, être réinscrits dans l'histoire générale des positivités. Sans doute les rythmes de production et d'évolution des modes de conceptualisation de la propriété dépendent-ils du devenir des normes et des institutions empiriques, puisque c'est cette évolution qui commande les efforts de rationalisation de la doctrine ; mais cette dépendance est relative à leur condition de production et non à leur contenu. Ainsi, l'élaboration de la conception souveraine de la propriété a bien entendu quelque chose à voir avec la promulgation de l'article 544 du Code, dont elle se veut la glose fidèle, mais l'existence d'autres conceptions de la propriété se réclamant du même article prouve assez que l'élément conceptuel du droit ne se déduit pas des montages normatifs qu'il prétend interpréter.

La temporalité de cet élément conceptuel n'est pas non plus celle des opinions dont la singularité ne se laisse saisir qu'en regard de leur contexte, formé d'un tissu discursif d'arguments, de thèmes, de métaphores, de lieux communs suffisamment caractérisés et récurrents pour qu'il soit possible de les décrire sous la forme de traditions intellectuelles assez massives pour donner une impression de continuité. On a souvent souligné la parenté probable entre l'article 544 du Code civil et la glose de Bartole[1] : une histoire linéaire et continue qui chercherait à remonter de Portalis à Bartole peinerait pourtant à rendre compte de cette réactivation, qui s'explique plutôt par la connaissance (directe ou indirecte) que les rédacteurs avaient des formules élaborées par la glose et par sa capacité à héberger de nouvelles significations. Cette réactivation de la lettre d'un texte est donc bien la réitération d'un « moment

1. La formule de Bartole est la suivante : *« jus de re corporali perfecte disponendi, nisi lex obsistat »* ; elle était certainement connue des rédacteurs du Code civil. Cf. Charles Munier, « *"Dominium"* et *"proprietas"* chez les canonistes et les moralistes du XVIe au XIXe siècle », in *Études de droit contemporain,* Actes du VIe Congrès international de droit comparé, Hambourg, 1962, p. 125.

bartolien », non pas comme une mystérieuse « influence » qui procéderait par capilarité cérébrale, ni même comme une répétition à l'identique, mais au contraire comme une re-différenciation sémantique. On trouve certes sous la plume de Portalis des expressions que Bartole a rendues célèbres, le *jus utendi* et le *jus disponendi,* mais le droit de jouir et de disposer est loin d'avoir la même signification dans les traités du Glossateur et dans le Code.

Il apparaît donc que la temporalité à l'œuvre dans la production catégorielle de la science juridique procède par sauts, sur fond de la permanente disposition de textes qui tirent leur autorité de la reconnaissance que leur confère le souverain ou du prestige qu'y attachent les jurisconsultes. Cette permanence n'est cependant en rien une sortie de l'histoire vers la sphère des êtres éternels, elle ne désigne pas l'identité à soi d'Idées immobiles, mais au contraire la permanence *de leur devenir.* Dans cette mesure, on peut bien dire que ces textes sont *passés,* au sens où Bartole écrit avant Portalis, mais aussi *présents* dans la mesure où leur autorité même (présente ou passée) les rend actuellement disponibles pour n'importe quelle entreprise de réitération herméneutique opérée selon les règles. Ainsi, quoique la réitération herméneutique dont procèdent ces conceptualisations interdise de penser qu'elles soient sans histoire, la permanente différenciation de la lettre des textes déjoue aussi bien la linéarité continue de l'histoire sociale que la continuité des lieux communs reconstituée par l'historien des discours politiques. Autrement dit, quoique les modes de conceptualisation de la propriété soient pleinement « historiques », on ne saurait rendre compte de leurs significations ultimes en se contentant de les projeter sur le plan de l'histoire du monde, en confondant leur histoire avec celle des institutions ou des idéologies.

De même, on ne saurait indexer cette production catégorielle sur l'histoire des corpus qui lui servent de base textuelle. En effet, comme on l'a vu, les conceptualisations de la propriété sont, quant à leur structure logique interne, indépendantes du texte qu'elles sont censées éclairer : tandis qu'en Allemagne on s'attache essentiellement à gloser les pandectes romains, les réflexions de la doctrine prennent en France la forme d'un commentaire du Code Napoléon, sans qu'on puisse vrai-

ment faire jouer un rôle majeur à cette différence sur le plan proprement conceptuel. Il est vrai que Klimrath associe étroitement la propriété comme saisine aux grands coutumiers français, mais c'est la même configuration qui organise le droit d'auteur moderne selon la doctrine qu'en propose Renouard, qui s'appuie sur une ordonnance royale de 1777 qu'on aura toutes les peines du monde à qualifier de « coutumière ». Les diverses conceptualisations de la propriété sont donc moins le fruit du choix de commenter un *corpus* déterminé que celui de diverses stratégies d'interprétation, et parler de propriété « romaine », « coutumière » ou autre, c'est confondre l'origine textuelle et les significations qu'on lui prête.

Au demeurant, on pourrait présenter les modes souverains, patrimoniaux et réservataires de la propriété comme le résultat de trois différents protocoles de lecture de l'article 544, la conception souveraine se réclamant de la fidélité à la lettre, la conception patrimoniale de sa nécessaire relativisation par la mise en relation avec d'autres dispositions du Code – qu'éclaire le recours au droit philosophique –, et la conception réservataire de la nécessaire invention d'une branche inédite du droit, complémentaire au droit civil des biens parce qu'elle excède la portée de l'article 544, invention qui trouve sa justification scientifique dans l'appui que lui fournit l'analyse historique et son fondement textuel dans une restriction de la portée de l'article 544 par le jeu des articles relatifs à la possession, particulièrement l'article 2279.

Sans doute chacune de ces stratégies est-elle inscrite dans la reconnaissance de la pleine validité et de la pleine légitimité du Code, mais cette reconnaissance, loin d'interdire l'interprétation, en est le stimulant. Elle est d'ailleurs le point de départ obligé de tout juriste dont la vocation professionnelle réside dans la clarification et la présentation du droit empirique qui se présente à lui, puisque, en l'occurrence, ce qui se présente aux juristes français au début du XIXe siècle, c'est le Code. Il est vrai qu'au cours du XIXe siècle le Code civil s'est imposé comme un grand texte, amendable, interprétable, mais au fond indépassable, à l'instar de la Constitution de 1787 pour les États-Unis, quelque chose comme la constitution civile de la France moderne, comme le suggérait le doyen Carbonnier. On a pu voir dans cette continuité le signe non seulement

du conservatisme politique, mais encore de la frilosité scientifique de la pensée juridique de l'époque. Il faut avoir une conception bien naïve de l'art de l'interprétation pour penser que la permanence d'un texte puisse être un frein à la créativité conceptuelle de ses lecteurs. Comme on l'a vu, c'est à l'abri des dispositions du Code, ou de ses principes fondamentaux supposés, que les juristes du XIXe siècle produisent des conceptualisations de la propriété qui contredisent frontalement celle qui se prévaut d'une lecture scrupuleuse de l'article 544.

Il est décidément bien difficile aujourd'hui de comprendre le succès de la thèse historique de Julien Bonnecase, regroupant l'essentiel des juristes de la première moitié du XIXe siècle sous la bannière de l' « École de l'exégèse », au motif que leurs œuvres se contenteraient de répéter servilement le Code en le confondant avec le droit. Cette thèse, élaborée de l'aveu même de son auteur à partir de la lecture des seules préfaces[1], se fonde sur la confusion des intentions proclamées et de la réalité du travail effectué, dont la simple lecture suffit à établir l'impossibilité de dégager une méthode d'interprétation qui soit commune aux auteurs cités.

Le récit proposé par Bonnecase n'est donc pas celui du devenir de la pensée juridique, mais de ce que la pensée juridique voudrait qu'on pense d'elle. C'est cette confusion dans l'objet qui mène, en matière de propriété, à conclure que les auteurs conçurent unanimement la propriété comme le droit absolu d'une personne sur une chose matérielle. Il n'est pas impossible que l'immense majorité d'entre eux aient accordé foi à ce dogme, mais on a vu qu'il convenait de distinguer soigneusement leurs croyances des conceptualisations auxquelles ils ont recours dans le traitement des questions techniques.

C'est pourquoi l'histoire de l'élément conceptuel du droit de propriété n'est pas celle de la positivation du dogme propriétaire, de sa déclaration en 1789 à sa positivation dans le Code civil en 1804, jusqu'à ses applications diverses dans la jurisprudence des tribunaux tout au long du siècle. Le penser reviendrait à réduire le droit à la législa-

1. Julien Bonnecase, *L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants,* Paris, De Boccard, 2e éd., 1924

tion, et les interprétations prétoriennes et scientifiques du Code à des applications mécaniques de la lettre de l'article 544.

Le but de l'histoire conceptuelle de la propriété étant de produire le récit du devenir des conceptualisations mobilisées par l'usage des formes concrètes du droit de propriété, cette histoire devrait avoir pour objet les événements qui, dans la pensée juridique, ont concrètement transformé l'outillage catégoriel dont disposent les juristes pour penser l'institution. Relève par exemple d'une telle histoire la question de savoir comment la conception absolutiste de la propriété, élaborée à partir du modèle typique de la propriété personnelle des *capitalia,* est devenue l'*organon* de la propriété foncière, masquant cependant mal la cohabitation conflictuelle de ce modèle avec ceux des propriétés réservataires et patrimoniales ; ou encore de quelle manière, grâce à quels arguments, quels raisonnements, quelles doctrines, la propriété réservataire en est venue à occuper dans le droit français une place pour ainsi dire hégémonique dans la sphère des propriétés intellectuelles, au détriment de la conception souveraine pourtant défendue par la majorité des auteurs.

Ce « comment » renvoie bien entendu aux décisions théoriques des juristes – juges, professeurs et avocats –, mais aussi aux objets nouveaux qui se présentent à eux dans l'attente d'une qualification adéquate, aux rapports de la vie réelle qu'il leur revient d'exprimer dans la langue du droit. En ce sens, une telle histoire, pour être conceptuelle, ne saurait être isolée de l'histoire des pratiques juridiques : la résurgence de la conception réservataire de la propriété ne s'explique pas sans référence à l'importance croissante des biens immatériels dans l'économie ; les premiers (et éphémères) succès rencontrés par la conception souveraine dans le droit rural a sans doute fort à voir avec la puissance nouvellement acquise au sortir de la Révolution française par les riches paysans indépendants dans la communauté villageoise. Autrement dit, pour être conceptuelle, cette histoire ne doit pas nécessairement considérer que le devenir de ses objets est entièrement gouverné par le principe de leur dynamique interne ; elle désigne plutôt la part, restreinte mais incontestable, qui revient à la philosophie dans l'élucidation du phénomène juridique.

4. FINS

Lorsque Thomas d'Aquin se demande si la possession de biens extérieurs est naturelle à l'homme, il répond par l'affirmative pour ce qui est de leur usage, ces biens étant « comme faits pour lui »[1]. Une autre question est de savoir si la propriété privée est légitime ; elle est traitée dans l'article suivant et ne relève pas du droit naturel, mais du droit positif. Une autre question encore, qui porte le n° 96 dans la *Somme théologique,* est de savoir si, dans l'état d'innocence, l'homme peut exercer son empire sur les créatures inférieures.

Ainsi précisée, la question des fins de la propriété ne porte ni sur la propriété idéale dans l'utopie paradisiaque, ni sur les formes positives, collectives ou privées, de la propriété, mais engage une discussion d'ordre métaphysique qui implique des considérations sur la destination de l'homme après la chute, comme être placé sous l'horizon du manque, mais capable cependant de pourvoir à ses besoins, et sur la hiérarchie des créatures dans le monde voulu par Dieu.

Cette question a une histoire et, se faisant moderne, la propriété se fait, en son essence, privée, opérant la confusion entre la question des fins et celle des fondements de la propriété privée considérée comme institution positive. C'est peut-être dans les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel que se trouve l'expression la plus systématique et la plus stimulante de cette confusion : à la propriété est désormais attribuée la mission spéculative non pas tant de pourvoir aux conditions d'existence d'êtres humains finis dans un monde où règne la rareté, mais d'effectuer le principe de la liberté personnelle, ou encore de la volonté libre, qui est la raison ultime des temps modernes. Par conséquent, la propriété en son concept se confond avec la propriété privée, et la question de ses fins n'est plus indifférente à la diversité des formes empiriques de l'institution, puisque son devenir est celui d'une configuration particu-

1. Thomas d'Aquin, *Somme théologique,* Paris, Le Cerf, 1990, t. I, question 66, art. 1, p. 436.

lière, la pleine propriété libre, à qui revient désormais la lourde tâche de porter le devenir de la liberté juridique des individus. La question des fins de la propriété est devenue indissociable de celle des fondements de la propriété privée.

Les résultats de la présente recherche invitent cependant à disjoindre ce qui est ici confondu, parce qu'il est impossible de ramener la pluralité des conceptualisations de la propriété à une essence unique, et même si l'on accordait (ce qu'on ne fait pas) que l'essence de la propriété moderne est la propriété privée, ce caractère « privé » de la propriété, qui désigne la nature d'individu singulier du propriétaire, n'est propre à aucune de ces conceptualisations. Tout au contraire, chacune des configurations empiriques qui les soutiennent admet la possible allocation de droits aussi bien privatifs que collectifs, offrant ainsi des modalités différenciées d'articulation du propre et du commun.

Il est vrai que dans la conception souveraine de la propriété, le propre et le commun se trouvent dans un rapport d'exclusion réciproque, fondé sur un interdit logique, qu'on trouve exprimé avec une exceptionnelle vigueur chez Hobbes et repris depuis lors par l'écrasante majorité des auteurs, selon lequel une même chose matérielle ne peut être *in solidum* et simultanément la propriété de deux propriétaires distincts. La conséquence de l'adoption de cette prémisse est une nécessaire marginalisation des formes collectives de la propriété, qui trouvent refuge dans l'usufruit (communauté sans communauté autre que celle d'un pur objet), dans l'indivision (communauté solidaire pour ainsi dire suspendue, parce qu'en attente de partage) ou dans la mitoyenneté (communauté armée des charges qui naissent de la contiguïté des héritages).

Cette marginalisation interdit cependant de conclure à l'irrationalité de ces formes collectives, ou de les ramener à l'état de survivances historiques d'un stade inférieur du développement de la civilisation, qui ne s'expliquerait que par le retard pris dans la réforme des lois et le dogmatisme conservateur des juristes. Certes marginales du point de vue du modèle typique qui informe ce mode de conceptualisation de la propriété, elles occupent cependant une place de choix dans le droit

positif, où elles sont, avec le recours à la personnalisation des sujets collectifs et avec la technique de l'établissement de servitudes, parmi les moyens les plus fréquemment utilisés pour qualifier des rapports de droits complexes, engageant une pluralité de propriétaires sur un même bien. En ce sens, elles ne sont pas moins modernes que le type de l'individu singulier propriétaire plein et absolu d'un bien.

Quant aux rapports du propre et du commun dans le mode de conceptualisation patrimoniale de la propriété, ils sont pensés sur le mode de l'identité et de la différenciation distributive : en un certain sens, parce que le patrimoine est, par nature, l'unité d'une multiplicité, l'appartenance patrimoniale est à la fois et nécessairement particulière et collective ; plus précisément, elle est la particularisation d'un collectif dans la constitution d'une totalité singulière, juridiquement déterminée. Cette identité de l'individuel et du collectif produit des rapports de différenciation interne, allouant des droits à des titulaires dont la nature est indifféremment individuelle ou collective, tant du point de vue de l'administration du patrimoine que des bénéfices de la jouissance : un patrimoine peut en effet être destiné à faire jouir aussi bien un individu singulier que les membres d'un groupe ou encore le groupe considéré comme un être singulier, une personne morale. Ce patrimoine peut être administré par un agent, mais aussi par un groupe d'agents. On aura donc des patrimoines distribuant des droits plus ou moins privatifs ou plus ou moins collectifs selon la nature de leurs titulaires qui est fonction de l'identité singulière de chaque patrimoine.

Enfin, dans la réservation de jouissance, au moins pour les biens qui sont susceptibles de servir plusieurs usages en même temps, les rapports du propre et du commun sont pensés sur le mode de la superposition. La confusion ontologique entre droit réel et personnel, propriété et créance, qui prévaut dans ce mode de conceptualisation de la propriété, autorise en effet la dissociation conceptuelle du droit privatif et du droit exclusif, une réserve privative de jouissance n'étant pas exclusive d'autres réserves privatives de jouissance portant sur le même objet. Toutes les figures de la superposition sont ici possibles : la succession temporelle des mêmes usages, la simultanéité d'usages distincts et compatibles, la division de l'immeuble, comme dans le droit de

superficie, etc. Ici, les droits sont privatifs dans la mesure où leurs bénéficiaires sont des individus singuliers, mais ils sont aussi bien collectifs au sens où plusieurs propriétaires se partagent les usages d'un même bien et assument les charges qui découlent de cette situation.

Exclusion et marginalisation, identification et différenciation interne, superposition et simultanéité sont les modes d'articulation respectifs du propre et du commun dans la maîtrise souveraine, l'appartenance patrimoniale et la réservation de jouissance. On se gardera donc de penser que la propriété privée, celle de l'individu singulier, est la seule forme rationnelle, ou moderne, de l'institution. Toutes les combinaisons que ces conceptions rendent pensables sont également rationnelles, également modernes, et l'on peut se demander à l'inverse si les différents protocoles d'articulation du propre et du commun qu'elles mettent en œuvre ne seraient pas autant de réponses possibles à une même question posée par la nature même de la production moderne – marquée à la fois par l'individualisation du producteur dans la division du travail et par la socialisation grandissante du travail –, celle de savoir comment s'opère l'allocation et la garantie de droits privatifs dans le contexte de l'interdépendance croissante des activités humaines, soit parce que leur proximité l'impose, soit parce que la spécialisation des producteurs requiert leur coopération.

Autrement dit, il est impossible d'identifier la propriété moderne et la propriété privée. La théorie de l' « individualisme possessif » a pu dominer les esprits, imprimer sa marque aux théories, s'imposer dans la législation, elle n'est jamais venue à bout de la pratique juridique, toujours ouverte à des configurations dans lesquelles les propriétés collectives ou communes ont leur place. La tragédie des *commons* n'a jamais vraiment eu lieu.

Nous voilà donc ramenés au degré de généralité des interrogations de Thomas d'Aquin : même en contexte moderne, la question des fins de la propriété ne se laisse pas réduire à la justification téléologique de la propriété *privée* ; elle invite plus radicalement à se demander pourquoi il y a de la propriété plutôt que rien, sachant que rien, en l'occurrence, ce serait l'absence de tout rapport d'appropriation, la communauté positive et universelle de toutes choses.

Avec la communauté positive et universelle, il n'est plus question de « communauté » au sens d'une communauté particulière et déterminée, exclusive de tiers (quels qu'ils soient) qui n'en font pas partie. Le terme s'entend ici du domaine des choses strictement inappropriables et désigne les objets qui sont à la libre disposition de tous, liberté absolue et inconditionnée d'une série non close de sujets (au sens courant), considérés *ut singuli* et également libres dans leurs relations réciproques de disposer d'objets et d'organiser librement les conditions de cette disposition. De ce point vue, la maîtrise souveraine, l'appartenance patrimoniale et la réservation de jouissance sont autant de postures théoriques du refus de penser cette communauté, d'en conjurer la possibilité pratique, pour asseoir la nécessité de la propriété sur cette conjuration.

Ainsi, dans la maîtrise souveraine des choses, l'inappropriable surgit comme la limite extérieure, l'au-delà de l'empire de l'homme sur les choses, et l'expression désigne la sphère des choses non susceptibles d'appropriation par nature, sans se confondre avec celles qui sont appropriables mais actuellement sans maître, ce pour quoi la romanistique distingue les *res communes* et les *res nullius*.

Le problème de l'inappropriabilité est deux fois déplacé dans la conception patrimoniale de la propriété. Il l'est une première fois, relativement au patrimoine lui-même qui n'est pas tant inappropriable (puisqu'il est ici question d'un être qui se constitue en tant qu'être dans l'appropriation de soi) qu'insaisissable par les tiers, ce que certains auteurs ont pu exprimer en opposant, dans le cas des patrimoines personnels, la propriété de soi à toute aliénation de la personnalité, y compris volontaire. Il l'est une seconde fois, à propos des biens qui composent le patrimoine et qui sont plus ou moins incessibles selon leur degré d'appartenance au patrimoine, ou selon la puissance de ce patrimoine à leur endroit. Insaisissabilité et incessibilité sont ici substituées à l'inappropriabilité, le mode de conceptualisation patrimoniale de la propriété ne permettant pas de concevoir des objets qui ne seraient pas soumis à la propriété, comme s'il était incapable de poser l'existence de son autre en l'acceptant dans sa radicale altérité. La communauté positive et universelle s'y trouve donc comme une idée non pas seulement exogène,

mais absurde et par conséquent inqualifiable, qui revêtirait la forme, par exemple, d'un patrimoine sans appartenance ni organe.

La question de l'inappropriabilité dans la réservation de jouissance mobilise la distinction entre la nature des choses (y compris les objets immatériels) et les usages que ces choses sont susceptibles de servir. Sont inappropriables les objets dont la nature ne saurait être transformée ou détruite par l'homme, quels que soient les progrès de ses Lumières, ou encore les êtres qu'il ne lui appartient pas de créer, dont il n'est pas et dont il ne peut pas être le créateur, ce qui lui est donné. Le domaine des choses inappropriables se confond alors avec le domaine universel confié à l'autorité au nom de laquelle sont octroyés les privilèges de jouissance aux particuliers – l'humanité créatrice à qui est destiné le monde des idées, ou le Dieu chrétien, créateur et raison suffisante des choses matérielles, pour reprendre les exemples étudiés, qui ne sont pas limitatifs. Il n'est pas impossible d'évoquer ici la notion de sacré pour rendre compte de l'existence d'un domaine personnel qui limite l'empire de l'homme et l'inscrit dans un rapport d'obligation, ou plutôt d'engagement.

On notera, au vu de ce qui précède, que même si l'inappropriable est une catégorie non seulement pensable, mais encore largement structurante (fût-ce sur le mode du déni comme dans l'appartenance patrimoniale) de ces conceptions de la propriété, chacune d'elles en fournit une version nécessairement atrophiée ; chacune organise en effet sa subversion théorique pour rendre pensable sa négation, puisque dans tous les cas il s'agit non pas d'asseoir l'existence et la légitimité de la communauté positive et universelle, mais au contraire de réaliser l'exploit théorique de limiter, encadrer, entamer, délégitimer un concept par définition illimité et absolu. Ainsi des *res communes* qui, dans la pensée moderne, sont moins un au-delà du monde de l'homme, sorte de cosmos absolument inaccessible comme le furent les éléments mêmes des choses (la terre, le feu, l'eau et l'air) pour les Anciens, que des êtres en attente de devenir *res nullius,* choses qui ne sont pas encore appropriables mais qui pourraient l'être un jour, puisqu'elles sont inscrites elles aussi sous l'horizon théologique de la communauté négative, et que l'extension de l'empire de l'homme est indéfinie. Ainsi encore

de l'insaisissabilité du patrimoine lui-même, notion qui marque certes une limite à l'appropriation par les tiers, cette limite étant cependant tracée par une autre appropriation, constitutive du patrimoine lui-même, celle de soi par soi. Quant à l'inaliénabilité et à l'incessibilité des biens qui se confondent avec l'existence empirique du patrimoine, elle est artificielle et contingente, ces biens étant par nature patrimoniaux. L'inappropriable en tant que tel est ici purement et simplement escamoté et remplacé par les notions d'inaliénabilité et d'incessibilité, notions que l'on peut juger protectrices, mais qui sont philosophiquement bien pâles tant elles savent se faire accueillantes à la propriété dont elles recommandent tout au plus au droit positif qu'il en suspende certains effets.

Dans la réservation de jouissance, le domaine de l'autorité qui octroie les droits de propriété est en principe positif et universel. La distinction de la nature et des usages de la chose ouvre cependant l'espace théorique requis pour penser ce qui pourrait apparaître au premier abord comme une contradiction dans les termes : la possibilité d'opérer des délibations sur ce domaine universel au bénéfice de particuliers, comme si l'universalité du domaine était susceptible de plus ou de moins, comme si l'on pouvait, sans la ruiner, l'entamer à condition que ce soit un peu, et pas trop longtemps.

Dans chacune de ces conceptualisations s'opère ainsi, à un moment ou à un autre, un gauchissement théorique qui vide la notion d'inappropriabilité de pans entiers de sa substance et ouvre la possibilité de penser l'existence de la propriété. Il arrive même que la communauté universelle et positive soit mobilisée pour en fournir la justification ultime, comme c'est le cas chez Kant ou dans la théorie du droit d'auteur de Renouard. La subversion est alors complète.

Négativement donc, apparaissent trois figures, toujours plus ou moins boiteuses, du communisme juridique : l'au-delà de l'empire de l'homme, l'auto-appropriation dans sa dimension purement intérieure, le domaine de l'Autre. Chacune de ces figures est boiteuse, car elles sont toutes inscrites dans la visée théorique de parvenir à une conciliation des inconciliables, la notion absolue de communauté positive et universelle et l'appropriation, au moins partielle, de cette communauté.

Dans ce sens, en contexte moderne, la définition juridique du communisme est toujours le premier pas vers sa décadence. Mais c'est aussi, négativement, la matrice des conceptualisations de la propriété ; conceptualisations qui trouvent leur fin ultime dans les procédés qu'elles mettent en œuvre pour oublier le mal qui les ronge.

On peut établir un lien entre la victoire idéologique de l'individualisme possessif et la forclusion juridique de la communauté positive universelle : la confusion dogmatique entre l'essence de la propriété et sa forme privative conduit à identifier la liberté personnelle et la propriété privée, et par conséquent à faire de la communauté positive universelle, qui est pourtant, en toute rigueur, un droit de libre disposition accordé sur toutes choses à chaque membre de la communauté considéré *ut singuli,* l'antithèse de la liberté personnelle. Si cette confusion n'a pas su rendre impensables les formes collectives de propriété, elle a par contre durablement associé les concepts de propriété et de liberté, interdisant ainsi qu'on puisse penser leur découplage. Pour dire les choses autrement, l'impensé de la modernité propriétaire n'est pas à chercher dans « un autre mode de posséder », plus social, plus collectif, ou plus commun, mais dans une conception de la liberté dont l'exercice ne présupposerait pas l'appropriation des choses, leur soumission à un empire particulier. Un monde où l'individualisation des personnes ne se jouerait donc plus dans leur rapport aux choses. Un monde où la liberté serait, quant aux choses, celle d'indifférence.

Bibliographie

I. SOURCES

Nécrologie de A.-Ch. Renouard, *Journal des économistes,* n° 66, septembre 1878, p. 399 *sq*.

Acollas Émile, *La propriété. Le droit mis à la portée de tout le monde,* Paris, C. Delagrave, 1885.

Acollas Émile, *La propriété littéraire et artistique. Le droit mis à la portée de tout le monde,* Paris, C. Delagrave, 1886.

Agnès Jean-Alfred, *De la propriété considérée comme principe de conservation ou de l'hérédité,* Guingamp, Jollivet, 1839.

Alauzet Isidore, *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français, précédée d'une introduction sur le droit de propriété,* Paris, Imprimerie nationale, 1849.

Albrecht Wilhelm Eduard, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts,* Königsberg, Bornträger, 1828.

Aubry Charles, Rau Charles, *Cours de droit civil français,* traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariæ, revu et augmenté, 1re éd., 5 vol., Strasbourg, F. Lagier, 1839-1846.

Aubry Charles, Rau Charles, *Cours de droit civil français,* 2e éd., contenant le texte des lois qui ont modifié la législation en Belgique, la jurisprudence de la Cour de cassation et des cours d'appel belges, 3 vol., Bruxelles, Méline & Cans, 1850.

Aubry Charles, Rau Charles, *Cours de droit civil français,* 3e éd., 6 vol., Paris, Cosse, 1856-1858.

Aubry Charles, Rau Charles, *Cours de droit civil français,* 4e éd., 9 vol., Paris, Marchal Billard et Cie, 1869-1879.

Aubry Charles, Rau Charles, *Cours de droit civil français,* 5e éd. revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par MM. G. Rau et

Ch. Falcimagne, avec la collaboration de M. Gault [t. I à V], et par M. Étienne Bartin [t. VI à XII], 12 vol., Paris, Marchal & Billard, puis Marchal & Godde, 1897-1922.

Aubry Charles, art. « Zachariæ (Charles-Salomon) », in *Biographie universelle* de Mme C. Desplaces (éd.), t. XLV, Paris, Plon, 1865, p. 3 *sq*.

Auge Lazare, *De l'inviolabilité de la propriété,* Paris, Dentu, 1857.

Avisse Henry, *Établissements industriels. Industries dangereuses, insalubres et incommodes,* Paris, A. Delhomme, 1851.

Avril A.-L., *De la conservation des propriétés foncières,* Paris, Belin, 1830.

Barre Charles-Joseph, *L'État sauvé par la propriété foncière,* Paris, Chaix, 1848.

Bastiat Frédéric, *La propriété et la loi,* Paris, Institut économique de Paris, 1848.

Baudrillart Henri, « Du principe de propriété. Discours d'ouverture du Cours d'économie politique », *Journal des économistes,* t. VIII, Paris, 1855, p. 321-342.

Baudrillart Henri, *La propriété,* Paris, Hachette, 1867.

Bayle-Mouillard Jean-Baptiste, *De l'emprisonnement pour dettes, considérations sur son origine, ses rapports avec la morale publique et les intérêts du commerce, des familles, de la société, suivie de la statistique de la contrainte par corps,* Paris, Imprimerie royale, 1836.

Bekker Ernst Immanuel, « Zur Lehre von Rechtssubjekt : Genuss und Verfügung ; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen », *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts,* t. XII, Iena, Mauke, 1873, p. 1-135.

Bélime William, *Traité du droit de possession et des actions possessoires,* Paris, Joubert, 1842.

Bélime William, *Philosophie du droit, ou Cours d'introduction à la science du droit,* 2 vol., Paris, Joubert, 1844-1848.

Bénech Raymond-Osmin, « Du respect des Romains pour le droit de propriété », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XXXIII, Paris, 1848, p. 54-110.

Bénech Raymond-Osmin, « Le droit de propriété et J.-J. Rousseau », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XXXVIII, Paris, 1850, p. 129-180.

Bergasse Nicolas, *Essai sur la propriété, ou Considérations morales et politiques sur la question de savoir s'il faut restituer aux émigrés les héritages dont ils ont été dépouillés durant le cours de la Révolution,* Paris, A. Egron, 1821.

Blanc Étienne, *Traité de la contrefaçon et de sa poursuite en justice,* Paris, Raymond, 1838.

Blanc Étienne, *Observations adressées par les artistes à la Chambre des députés sur la nouvelle loi relative à la propriété intellectuelle,* Paris, Impr. Thryzuolos, s.d.

Blondeau Hyacinthe, *Traité de la séparation des patrimoines, considérée spécialement à l'égard des immeubles,* Paris, Videcocq, 1840.

Bonnier E., « Traité de la séparation des patrimoines, considérée spécialement à l'égard des immeubles, par M. Blondeau », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XIV, Paris, 1837, p. 432-443.

Brinz Alois von, *Lehrbuch der Pandekten,* 1re éd., 3 vol., Erlangen, A. Diechert, 1857-1860.

Brinz Alois von, *Lehrbuch der Pandekten,* 2e éd., 4 vol., Erlangen, A. Diechert, 1873-1895.

Cabantous L., « Esquisse d'une théorie de la séparation des patrimoines », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. IV, Paris, 1836, p. 27 *sq.*

Caillemer Robert, *M. Frédéric Taulier, sa vie, ses œuvres (1806-1861),* discours prononcé à la Faculté de droit de Grenoble le 18 novembre 1864, Paris, Grenoble, 1864.

Caresme Émile, *De la propriété littéraire dans l'histoire et selon le droit,* Nîmes, Impr. de Clavel-Ballivet, 1863.

Carou Jean-Marie, *Principes ou traité théorique et pratique des actions possessoires,* Paris, Thorel, 1839.

Cassin A.-F.-M., *Sur la liberté, la propriété et la souveraineté,* Leçon extraite du cours de philosophie morale fait au Collège royal de Caen, Caen, Imprimerie de F. Poisson, 1834.

Chassan Joseph-Pierre, « La propriété dans les révolutions et dans l'organisation des gouvernements », *L'Observateur des tribunaux, pour servir à l'étude des passions, des mœurs et de l'histoire,* n° 6, Paris, 1835, p. 157-172.

Chauffour Victor, « Compte rendu de Aubry et Rau (1839-1846), *Cours de droit civil français,* t. V », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XXVIII, Paris, 1846, p. 372-375.

Chavot Théodore, *Traité de la propriété mobilière, suivant le Code civil,* 2 vol., Paris, Passot & Poncet, 1839.

Comte Charles, *Traité de la propriété,* 2 vol., Paris, Chamerot, 1834.

Considérant Victor, *Théorie du droit de propriété et du droit au travail,* 3e éd., Paris, Librairie phalanstérienne, 1848.

Cousin Victor, *Justice et charité,* petits traités publiés par l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, Didot, 1848.

Cousin Victor, « Du droit de propriété, des devoirs sociaux », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XXXII, Paris, 1848, p. 312 *sq.*

Dageville Gabriel-Jacques, *De la propriété, politique et civile,* Paris, Delaunay, 1813.

Delalleau Charles, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique,* 2 vol., Paris, Alex Gobelet, 1828.

Demante Antoine-Marie, *Cours analytique de Code civil,* continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre (t. IV-IX), 9 vol., Paris, G. Thorel (et Plon Frères), 1849-1884.

Demante Gabriel, « Étude sur la théorie de l'occupation du rôle de cette notion dans la controverse de la propriété foncière », in *Recueil de l'académie de législation de Toulouse,* t. XII, Paris, Durand, 1864.

Demolombe Charles, *Cours de Code Napoléon,* 31 vol., Paris, Durand & Pédone-Lauriel, 1845-1869.

Demolombe Charles, *Cours de Code civil,* 2e éd., 31 vol., Paris, Durand & Pédone-Lauriel, 1860-1882.

Du Caurroy de La Croix Adolphe Marie, « Lettre sur le *Traité des droits d'usufruits, d'usage, d'habitation et de superficie de M. Proudhon* », in *Thémis,* t. VI, Paris, 1824, p. 109 et 317.

Dunoyer Charles-Barthélémy, *L'industrie et la morale considérée dans leurs rapports avec la liberté,* Paris, A. Sautelet et Cie, 1825.

Dunoyer Charles-Barthélémy, *De la liberté du travail, ou simple exposé des conditions dans lesquelles les forces humaines s'exercent avec le plus de puissance,* 3 vol., Paris, Guillaumin, 1845.

Dupuynode Gustave, *Études d'économie politique sur la propriété territoriale,* Paris, Joubert, 1843.

Duranton Alexandre, *Cours de droit français suivant le Code civil,* 20 vol., Paris, Nève, 1825-1842.

Duvergier Jean-Baptiste, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique,* continuation de l'ouvrage de Charles-Bonaventure-Marie Toullier, 5e éd., 6 vol., t. XVI à XXI, Paris, Warée Oncle et Fils aîné, 1835-1843.

Duvergier Jean-Baptiste, « De l'étendue du droit de propriété ; plus spécialement des droits des propriétaires d'établissements industriels relativement aux propriétaires voisins », *Revue étrangère de législation et d'économie politique,* t. X, Paris, 1843, p. 425-446 et 601-624.

Duvergier Jean-Baptiste, « Des caractères distinctifs du louage d'ouvrage et du mandat salarié », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. VI, 1837, p. 60 *sq*.

Fenet Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* 15 vol., Paris, Videcocq, 1827.

Fouillé Alfred, *La propriété sociale et la démocratie,* Paris, Hachette, 1884.

Fournel Jean-François, *Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif,* 2 vol., 3e éd., Paris, Warée Oncle, 1812.

Garnier François-Xavier-Paul, *Régime des eaux, ou Traité des eaux de la mer, des fleuves, rivières navigables et flottables, et autres eaux de toutes espèces,* 3e éd., 4 vol., Paris, Chez l'éditeur, 1839-1842.

Gastambide Adrien-Joseph, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres, ou de la Propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture,* Paris, Legrand & Descauriet, 1837.

Gastambide Adrien-Joseph, *Historique et théorie de la propriété des auteurs,* Paris, Cosse & Marchal, 1860.

Girardin Émile de (éd.), *Le droit au travail au Luxembourg et à l'Assemblée nationale,* par MM. de Lamartine ; Thiers ; Louis-Blanc ; Dufaure ; Duvergier ; de Hauranne ; de Tocqueville ; Wolowski ; Ledru-Rollin, etc., 2 vol., Paris, Lévy, 1849.

Giraud Charles-Joseph-Barthélemy, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains, sous la République et sous l'Empire,* Aix, Aubin, 1838.

Guiffrey Georges, *De la propriété intellectuelle au double point de vue du droit et de l'histoire,* Paris, Institut polytechnique, 1862.

Hastron Hyppolyte, *De la propriété en droit romain et en droit français,* tribut académique offert à la Faculté de droit de Poitiers pour obtenir le grade de docteur, Poitiers, Impr. de N. Bernard, 1866.

Hello Charles-Guillaume, « De l'inviolabilité du droit de propriété », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XXIII, Paris, 1845, p. 5-67.

Hennequin Antoine-Louis-Marie, *Traité de législation et de jurisprudence suivant l'ordre du Code civil,* 2 vol., Paris, Videcocq, 1838.

Henrion de Pansey Pierre-Paul-Nicolas, *Des biens communaux et de la police rurale et forestière,* par le président Henrion de Pensey, 3e éd. corrigée et augmentée. Avec une notice historique sur la vie et les ouvrages de l'auteur, par M.-L. Rozet, Paris, T. Barrois Père et B. Duprat, 1833.

Henrion de Pansey Pierre-Paul-Nicolas, *Du régime des bois communaux selon le nouveau Code forestier pour servir de supplément au Traité des biens communaux,* Paris, T. Barrois Père, 1827.

Henrion de Pansey Pierre-Paul-Nicolas, *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes,* 3e éd. augmentée d'un discours prononcé à la rentrée de la Cour de cassation par M. le Président, « de la loi sur l'organisation municipale » et d'une introduction par M. Parent Réal et d'une notice sur l'auteur par L. Rozet, Paris, T. Barrois Père et B. Duprat, 1833.

Huart Arthur, *L'autobiographie du doyen Proudhon,* Besançon, Imprimerie de Dodivers, 1880.

Jay Joseph-Laurent, Beaume Alexandre, *Traité de la vaine pâture et du parcours,* Paris, Durand, 1863.

Jobard Jean-Baptiste, *Organon de la propriété intellectuelle,* Paris, Mathias, 1851.

Jobard Jean-Baptiste, *Constitution d'une noblesse industrielle à l'aide des marques de fabrique ; considérées comme blason de l'industrie et du commerce,* Bruxelles, Slingeneyer Jeune, 1846.

Jourdan Athanase-Jean-Léger, « Compte rendu de l'ouvrage de Jean-Marie Pardessus, *Traité des servitudes ou services fonciers,* 5e éd., Paris, Garnery, 1820 », *Thémis,* t. II, Paris, 1820, p. 275-285.

Jourdan Athanase-Jean-Léger, « Une observation sur les deux derniers volumes de Charles-Marie Toullier », *Thémis,* t. VI, Paris, 1824, p. 339 *sq.*

Jourdan Athanase-Jean-Léger, « Quelques réflexions sur l'histoire de la philosophie du droit en France (extrait d'un ouvrage dont la première partie est intitulée "Institutions judiciaires") », *Thémis,* t. VIII, Paris, 1826, p. 97-105.

Klimrath Henri, *Travaux sur l'histoire du droit français, par feu Henri Klimrath,* recueillis, mis en ordre et précédés d'une préface par M. L. A. Warnkœnig, 2 vol., cartes en couleur, Paris, Joubert, 1843.

Klimrath Henri, « Programme d'une histoire du droit », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. II, Paris, 1835, p. 81-112.

Klimrath Henri, « De la saisine (étude historique) », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. II, Paris, 1835, p. 356-400.

Klimrath Henri, « Compte rendu de l'ouvrage de Lafferrière, *Histoire du droit français* », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. IV, Paris, Bureau de la rédaction, 1836, p. 48-106.

Klimrath Henri, « Étude sur les coutumes », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. VII, Paris, 1837, p. 107-161.

Klimrath Henri, « Géographie des coutumes, avec une carte de la France coutumière », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. VII, Paris, 1837, p. 161-214.

Klimrath Henri, « Disposition des coutumes », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. VII, Paris, 1837, p. 321-393.

Klimrath Henri, « Histoire du droit public et privé de la France », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. VIII, Paris, 1838, p. 51-58, 105-131 et 361-375.

Klimrath Henri, « Histoire du droit public et privé de la France *(suite)* », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. IX, Paris, 1839, p. 98-114 et p. 289-310.

Klimrath Henri, « Histoire du droit public et privé de la France *(fin)* », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XI, Paris, 1839, p. 107-116 et 289-310.

Klimrath Henri, « Cours d'histoire du droit français (discours préliminaire) », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XVIII, Paris, 1843, p. 129 *sq*.

Laboulaye Édouard-René Lefebvre (de), *Histoire du droit de propriété foncière en Occident,* Paris, L'auteur-Durand-Remmelmann, 1839.

Laboulaye Édouard-René Lefebvre (de), « Compte rendu de Henri Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français* », *Revue étrangère de législation et d'économie politique,* t. X, Paris, 1843, p. 730-745.

Laboulaye Édouard-René Lefebvre (de), *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre, suivies des trois discours prononcés au Parlement d'Angleterre par Sir T. Noon Talfourd,* traduits de l'anglais par Paul Laboulaye, Paris, A. Durand, 1858.

Laboulaye Édouard-René Lefebvre (de) et Guiffrey Georges, *Introduction à la propriété littéraire au XVIIIe siècle, recueil de documents publiés par le comité de l'Association pour la défense de la propriété littéraire et artistique,* Paris, Hachette, 1859.

Lahovary Alexandre N., *Du « dominium » ou droit de propriété en droit romain. Du régime de la propriété foncière au point de vue des droits réels qui peuvent en être détachés dans l'ancien droit français et dans le droit actuel,* thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, Paris, Impr. E. Thunot, 1865.

Lamartine Alphonse, *Du droit au travail et de l'organisation du travail,* Mâcon, Imprimerie de Chassipolet, 1845.

Lamartine Alphonse, *Discours de M. de Lamartine, député de Mâcon, sur la propriété littéraire et artistique,* prononcé à la Chambre des députés le 13 mars 1841, Mâcon, Imprimerie de Dejussieu, 1841.

Laveleye Émile Louis Victor (de), *De la propriété et de ses formes primitives,* 2e éd., Paris, G. Baillière, 1877.

Leclerc Louis, « Simple observation sur le droit de propriété », *Journal des économistes,* t. XXI, Paris, 1848, p. 300-306.

Le Courtois J., *Monsieur le Conseiller Charles Rau (extrait de* La France judiciaire*),* Paris, Durand & Pédone, 1877.

Lerminier Eugène, *De possessione analytica Savignianeae.* Doctrinae expositio, dissertatio juridica inauguralis, quam die XIII julii 1827, Parisis, Typis E. Guiraudet, 1827.

Lerminier Eugène, *Philosophie du droit,* 2 t. en 1 vol., 3e éd., Paris, Guillaumin, 1853 (1831).

Leroux Pierre, *De la ploutocratie,* Paris, Imprimerie de Pierre Leroux, 1848.

Locré Jean-Guillaume, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion ou Conférence historique, analytique et raisonnée du projet de Code civil, des observations des tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d'État, des observations du Tribunat, des exposés des motifs, des rapports, des discours...*, Paris, Imprimerie impériale, 1805-1814.

Lucas-Championnière Paul, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales, ouvrage contenant l'exposé complet des institutions féodales,* Paris, C. Hingray, 1846.

Lucas-Championnière Paul et Rigaud Esprit, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre, d'hypothèque et des contraventions à la loi du 25 ventôse an XI,* 6 vol., dont un supplément, Paris, Cosse, 1839-1851.

Marcadé Victor-Napoléon, *Éléments du droit civil français, ou Explication méthodique et raisonnée du Code civil,* 3 vol., Paris, Cotillon, 1842.

Marcadé Victor-Napoléon, « Le Code civil et ses interprètes », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XXV, Paris, 1846, p. 286-303.

Marcadé Victor-Napoléon, *Cours élémentaire de droit civil français, ou explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence,* 5e éd., augmentée de plusieurs questions et des lois et arrêts réçents, 6 vol., Paris, Cotillon, 1852-1856.

Marcadé Victor-Napoléon, « Questions sur la possession », *Revue critique de législation et de jurisprudence,* t. IV, Paris, 1854, p. 459-474.

Marie Auguste, « De la propriété intellectuelle », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. I, Paris, 1835, p. 81 *sq.,* et t. II, Paris, 1835, p. 161 *sq.*

Marinier L-A., *Introduction à une théorie de la possession ou Aperçus philosophiques sur le droit civil et spécialement sur la propriété et la possession,* Paris, Impr. de Moquet, 1856.

Mercier (ouvrier typographe), *Système social pratique ou théorie des intérêts matériels : de la propriété par l'association et de l'organisation du travail par la corporation collective, contient une réponse de Eugène Sue,* Paris, Impr de E. Brière, 1848.

Merlin de Douai Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux,* 4e éd., 8 vol., Paris, Garnery, 1827-1830.

Merlin de Douai Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,* 5e éd., 15 vol., Paris, Garnery, 1827-1828.

Mignet François-Auguste-Alexis, « Notice historique sur la vie et les travaux de M. Charles Comte », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. II, Paris, 1846, p. 223-244.

Molinier Victor, « Étude sur le droit de propriété », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XII, Paris, 1840, p. 419-439.

Motte Olivier (ed.), *Lettres inédites de juristes français du XIXe siècle, conservées dans les archives et bibliothèques allemandes,* 2 vol., Bonn, Bouvier, 1989-1990.

Orsier Joseph, *Vie et travaux de Zachariæ (Karl Salomon), jurisconsulte et publiciste allemand, d'après des documents inédits,* Paris, Librairie internationale, 1869.

Ortolan Eugène, *Des moyens d'acquérir le domaine international, ou propriété d'État entre les nations, d'après le droit des gens public, comparé aux moyens d'acquérir la propriété entre particuliers, d'après le droit des gens privé ; avec des propositions sur les moyens d'acquérir en droit romain et en droit civil français,* thèse de la Faculté de droit de Paris, Paris, 1849.

Pardessus Jean-Marie, *Cours de droit commercial,* 4 vol., Paris, Garnery, 1814-1816.

Pardessus Jean-Marie, *Traité des servitudes ou services fonciers, 8e éd. augmentée en ce qui concerne principalement les actions possessoires, les chemins, les cours d'eaux, les usages, le voisinage et la compétence des juges de paix d'après la loi du 25 mai 1838,* 2 vol., Paris, Nève, 1838.

Parieu Félix Esquirou (de), *Études historiques et critiques sur les actions possessoires,* Paris, Joubert, 1850.

Passy Hyppolyte, « De la division des héritages et de l'influence qu'elle exerce sur la distribution des richesses », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XIII, Paris, 1841, p. 241 *sq*.

Passy Hyppolyte, « De l'inégalité des richesses et des causes qui la produisent », *Journal des économistes,* t. XIX, Paris, 1847, p. 217-234.

Pellat Charles-Auguste, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements, contient une traduction des Pandectes VI,* 2e éd., Paris, Plon Frères, 1853.

Portalis Jean-Étienne Marie, *Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété, présenté le 26 nivôse an XII,* in *Écrits et discours juridiques et politiques,* Aix, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 111 *sq*.

Pouillet E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation,* Paris, Marchal, Billard et Cie, 1879.

Proudhon Jean-Baptiste-Victor, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie,* 9 vol., Dijon, Imprimerie de Douillier, 1823-1827.

Proudhon Jean-Baptiste-Victor, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie,* 2e éd. : les tomes VI à VIII relatifs aux droits d'usage sont annotés, augmentés et mis en harmonie avec la nouvelle législation sur les forêts par M. Curasson, 8 vol., Dijon, V. Lagier, 1836.

Proudhon Jean-Baptiste-Victor, *Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public,* 4 t. en 5 vol., Dijon, V. Lagier, 1833-1834.

Proudhon Jean-Baptiste-Victor, *Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*. Comprend un éloge de M. Proudhon de M. Curasson, 3 vol., Dijon, V. Lagier, 1839.

Proudhon Pierre-Joseph, *Qu'est ce que la propriété ? Premier mémoire : recherches sur le principe du droit et du gouvernement,* in *Œuvres complètes,* t. I, Paris, A. Lacroix, Verbœckhoven et Cie, 1867

Proudhon Pierre-Joseph, *Deuxième mémoire : lettre à M. Blanqui sur la propriété,* in *Œuvres complètes,* t. I, Paris, A. Lacroix, Verbœckhoven et Cie, 1867.

Proudhon Pierre-Joseph, *Avertissement aux propriétaires,* in *Œuvres complètes,* t. II, Paris, A. Lacroix, Verbœckhoven et Cie, 1868.

Proudhon Pierre-Joseph, *Solution du problème social,* in *Œuvres complètes,* t. II, Paris, A. Lacroix, Verbœckhoven et Cie, 1868.

Proudhon Pierre-Joseph, *Le droit au travail et le droit de propriété,* in *Œuvres complètes,* t. VII, Paris, A. Lacroix, Verbœckhoven et Cie, 1868.

Proudhon Pierre-Joseph, *Les majorats littéraires, examen d'un projet de loi ayant pour but de créer au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel,* in *Œuvres complètes,* t. XVI, Paris, A. Lacroix, Verbœckhoven et Cie, 1868.

Proudhon Pierre-Joseph, *Théorie de la propriété,* avec une introduction de Chantal Gaillard, Paris, L'Harmattan, 1997 (1861).

Renaud Achilles, « L'article 2279 du Code Napoléon interprété par ses origines germaniques. Dissertation par M. Renaud, traduite par M. Chauffour », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XXIII, Paris, 1845, p. 81-89.

Renouard Augustin-Charles, *Traité des brevets d'invention, de perfectionnement et d'importation ; suivi d'un appendice contenant le texte des lois et règlements rendus en France ; un précis de la législation anglaise ; les lois des États-Unis de l'Amérique septentrionale et des Cortès d'Espagne,* Paris, A.-A. Renouard, 1825.

Renouard Augustin-Charles, « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. V, Paris, 1836-1837, p. 241-274.

Renouard Augustin-Charles, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts,* 2 vol., Paris, J. Renouard, 1838-1839.

Renouard Augustin-Charles, *Chambre des députés. Session 1841. Rapport fait au nom de la Commission chargée de l'examen du projet de loi relatif au travail des enfants dans les manufactures, usines ou ateliers. Séance du 25 mai 1840,* Paris, A. Henry, 1840.

Renouard Augustin-Charles, *Traité des brevets d'invention,* 3e éd., entièrement nouvelle, Paris, Guillaumin, 1844.

Renouard Augustin-Charles, *Du droit industriel dans son rapport avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses,* Paris, Guillaumin, 1860.

Renouard Augustin-Charles, « Mémoire sur le contrat de prestation de travail », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques,* t. XXVII, Paris, Alcan, 1868, p. 161-202, p. 365-396.

Renouard Léopold, *De la propriété,* thèse de la Faculté de droit de Paris, soutenue pour l'obtention de la licence, Paris, W. Remquet et Cie, 1854.

Rendu Ambroise et Delorme Charles, *Traité pratique de droit industriel, ou Exposé de la législation, et de la jurisprudence sur les établissements industriels,*

les brevets d'invention, la propriété industrielle, artistique et littéraire, Paris, Cosse, 1855.

Rossi Pellegrino, *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie,* publiés par ses fils, 2 vol., Paris, Guillaumin, 1857.

Rossi Pellegrino, *Cours d'économie politique professé au Collège de France,* 2 vol., Paris, Guillaumin, 1854.

Rossi Pellegrino, « Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'économique de la société. Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques : Section d'économie et de statistique », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. VI, Paris, 1837, p. 246 *sq.,* et t. XI, Paris, 1838, p. 5 *sq.*

Saint Chéreau Charles (de), *Essai sur l'organisation de la famille et de la propriété sous la république démocratique. Réforme du Code civil,* Paris, Julien Lanier et Cie, 1849.

Sedillez Mathurin Louis-Étienne, *De l'unité en politique et en législation, ou Développement d'un principe applicable à la législation de tous les temps et de tous les peuples. Suivi d'un essai sur la propriété,* Paris, Pougens, 1802.

Smith Valentin, *Origine de la possession annale,* Lyon, s.n., 1854.

Taulier Frédéric Marc-Joseph, *Théorie raisonnée du Code civil,* 7 vol., Grenoble, chez Prudhomme, et Paris, chez Videcocq & A. Delhomme, 1840-1848.

Thiers Adolphe, *De la propriété,* 2e éd., Paris, Lheureux, 1868 (1848).

Toullier Charles-Bonaventure-Marie, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique,* 8 vol., Rennes, Chez J.-M. Vatar, et Paris, Chez B. Warée Oncle, 1811-1818.

Toullier Charles-Bonaventure-Marie, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique,* 2e éd., 11 vol., Paris, Warée Oncle, 1819-1823.

Toullier Charles-Bonaventure-Marie, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique,* 3e éd. augmentée de notes contenant leurs rapports avec le Code, les dispositions législatives rendues dans le royaume des Pays-Bas et les arrêts de la Cour supérieure de Bruxelles, tant en matière de cassation qu'en degré d'appel, Bruxelles, A. Stapleaux, 1826.

Toullier Charles-Bonaventure-Marie, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique,* 4e éd., 13 vol., Paris, Warée Oncle et Warée Fils aîné, 1824-1828.

Troplong Raymond-Théodore, *De la prescription, ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil. Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code (VII-VIII),* ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier, 2 vol., Paris, Hingray, 1835.

Troplong Raymond-Théodore, *De l'échange et du louage, ou commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil. Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code (IX-X),* ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier, 3 vol., Paris, Hingray, 1840.

Troplong Raymond-Théodore, *Du mandat, ou commentaire du titre XIII du livre III du Code civil. Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code (XVI),* ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier, Paris, Hingray, 1846.

Troplong Raymond-Théodore, *De la contrainte par corps en matière civile et de commerce, ou commentaire du titre XVI, livre III du Code civil. Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code (XVI),* ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier, Paris, Hingray, 1847.

Troplong Raymond-Théodore, *De la propriété d'après le Code civil,* petits traités publiés par l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, Pagnerre, 1848.

Valette Auguste (Claude-Denis-Auguste), *De la propriété et de la distinction des biens, ou commentaire des titres I et II du livre II du Code civil,* publié par les soins de MM. F. Herold et Ch. Lyon-Caen, Paris, A. Marescq, 1879.

Viollet Pierre, « Caractère collectif des premières propriétés immobilières », *Bibliothèque de l'École des Chartes,* Paris, Publications de l'École des Chartes, 1872, vol. XXXIII, p. 455 *sq.*

Vuy A. « Compte rendu de l'histoire du droit de propriété foncière en Occident, par M. Laboulaye », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XII, Paris, 1840, p. 452-467.

Wolowski Louis, « Projet de loi sur la propriété littéraire en Allemagne », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. II, Paris, 1835, p. 53 *sq.*

Wolowski Louis, « Des sociétés par actions », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. VII, Paris, 1837-1838, p. 180 *sq.* et 258 *sq.*

Wolowski Louis, « Notice nécrologique sur Klimrath », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. VI, Paris, 1837, p. 471 *sq.*

Wolowski Louis, « Conservatoire royal des arts et métiers. Cours de législation industrielle. Introduction (leçon d'ouverture prononcée le 9 janvier 1840) », *Revue de législation et de jurisprudence,* t. XI, Paris, 1840, p. 81 *sq.*

Zachariæ (von Lingenthal) Carl Salomon, *Le droit civil français,* par K. S. Zachariæ, traduit de l'allemand sur la 5e éd., annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon par MM. Gabriel Massé et Charles-Henry Vergé, 5 vol., Paris, A. Durand, 1854-1860.

Zachariæ (von Lingenthal), Karl Salomon, *Handbuch des französischen Civilrechts,* 4e éd., 4 t. en 2 vol., Heildelberg, J. C. B. Mohr, 1837.

II. LITTÉRATURE SECONDAIRE

Inauguration d'un monument à la mémoire de Aubry et Rau, Université de Strasbourg, Faculté de droit et des sciences politiques, 21 novembre 1922, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1923.

Sur le mode de production asiatique, Paris, Éditions Sociales, 1969.

Abolition de la féodalité dans le monde occidental, 2 vol., Paris, CNRS, 1971.

Savigny et la Ciencia juridica del siglo XIX, Anales de la Cátedra Francisco Suarez, n° 18-19, Granada, Universidad de Granada, 1978-1979.

Le domaine, Communications présentées à des journées de travail de la Société Jean-Bodin pour l'histoire comparative des institutions, 2e éd., Paris, Dessain & Tolra, 1983 (1949).

L'évolution du droit de propriété, travaux de l'Association Henri-Capitant des amis de la culture juridique française. Journées de Genève, 1946, 2 vol., Paris, 1947.

Nature des choses et droit, Paris, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, 1965.

Propriété et prescription, Himeji, Himeji Dokkyo University, 1995.

Ackermann Bruce (éd.), *The Economic Foundation of Property Law,* Boston, Little Brown, 1975.

Ackerman Bruce, *Private Property and the Constitution,* New Haven, Yale University Press, 1977.

Ackerman Bruce, Ellickson Robert, Rose Carol, *Perspectives on Property Law,* 2e éd., Boston, Little Brown, 1995.

Arnaud André-Jean, « Réflexions sur l'occupation, du droit romain classique au droit moderne », *Revue historique de droit français et étranger,* 4e série, t. XLVI, Paris, 1968, p. 183-210.

Arnaud André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français,* Paris, LGDJ, 1969.

Arnaud André-Jean, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise,* Paris, LGDJ, 1973.

Arnaud André-Jean, « *Imperium et dominium :* Domat, Pothier et la codification », *Droits,* n° 22, *Souveraineté et propriété,* Paris, 1995, p. 55 *sq*.

Assier-Andrieu Louis, *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française,* Paris, LGDJ, 1987.

Assier-Andrieu Louis, *Le droit dans les sociétés humaines,* Paris, Nathan, 1996.

Assier-Andrieu Louis, *Essai sur la perspective juridique. Contribution à une anthropologie du droit,* thèse pour le doctorat d'État, Paris, EHESS, 1996.

Balibar Étienne, *Le renversement de l'individualisme possessif. La propriété,* Actes de la Décade de Cerisy, juillet 1999, communication personnelle.

Bataille Georges, *La part maudite,* précédé de *La notion de dépense,* Paris, Minuit, 1967.

Batiffol Henri, « Problèmes contemporains de la notion de bien », *Archives de philosophie du droit,* t. XXIV, *Les biens et les choses,* Paris, 1979, p. 9 *sq*.

Baud J.-P., *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps,* Paris, Le Seuil, 1993.

Becker Laurence, *Property Rights : Philosophical Foundations,* London, Routledge & Kegan Paul, 1977.

Bellivier Florence, « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France », *in* Olivier Beaud, Patrick Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918,* Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 165-177.

Bellivier Florence, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique,* thèse pour le doctorat, Université de Paris, I, Faculté de droit, Paris, 1997.

Bellivier Florence, « Le génome entre nature des choses et artefact », *Enquêtes,* n° 7, *Les objets du droit,* Paris, EHESS, 1998, p. 55 *sq.*

Berry Christopher, « Property and possession. Two replies to Locke-Hume and Hegel », *in* J. Pennock et J. Chapman (eds), *Property. Nomos,* vol. XXII, New York, New York University Press, 1980, p. 89 *sq.*

Besnier R., « De la loi des XII Tables à la législation de l'après-guerre », *Annales d'histoire économique et sociale,* Paris, 1937, p. 321 *sq.*

Boisonnade G., *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique,* Paris, Guillaumin, 1873.

Bonfante P., *Teoria della proprietà nel diritto romano,* Roma, A. Sampaolesi, 1928-1931.

Bonnecase Julien, *La science du droit privé en France au début du XIXe siècle. La Thémis, 1819-1831. Son fondateur Athanase Jourdan,* 2e éd., Paris, Sirey, 1914.

Bonnecase Julien, *La faculté de droit de Strasbourg. Ses maîtres et ses doctrines, sa contribution à la science juridique française du XIXe siècle,* Toulouse, Privat, 1916.

Bonnecase Julien, *L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants,* 2e éd., Paris, De Boccard, 1924.

Bonnecase Julien, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels,* Bordeaux, Delmas, 1933.

Bouckaert Boudewijn, *De exegetische school. Een kritische studie van de rechtsbronnen – en interpretatieleer bij de 19 de eeuwse commentatoren van de Code civil,* Antwerpen, Kluwer, 1981.

Boulet-Sautel Marguerite, « De Choppin à Proudhon : naissance de la notion moderne de domaine public », *Droits,* n° 22, *Souveraineté et propriété,* Paris, 1995, p. 91 *sq.*

Boulet-Sautel Marguerite, « L'exégèse, la glose et leurs corps de référence », *Droits,* n° 24, Paris, 1996, p. 17-29.

Brewer John, Staves Susan, *Early Modern Conceptions of Property,* London, Routledge, 1995.

Brocher C., « Zachariæ, sa vie, son œuvre », *Revue historique de droit français et étranger,* Paris, 1868, vol. XIV, p. 433-447, et vol. XV, p. 295-347, 430-489 et 557-583.

Buckle Stephen, *Natural Law and the Theory of Property,* Oxford, Oxford University Press, 1991.

Bürge Alphons, *Das Französische Privatrecht im 19. Jahrhundert,* Frankfurt/Main, Klostermann, 1991.

Bürge Alphons, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *Revue trimestrielle de droit civil,* vol. 1, Paris, 2000, p. 1-24.

Burkert Herbert, « Nouveaux objets ou nouveau droit ? Une tentative de synthèse », in *Nouvelles technologies et propriété,* Montréal, Thémis, et Paris, Litec, 1991, p. 209 *sq.*

Calabresi Guido, Melamed Douglas, « Property rules, liability rules and inalienability : One view of the cathedral », *Harvard Law Review,* n° 85, Cambridge, Harvard University Press, 1972, p. 1089-1128.

Capitant Henri, « Essai sur la subrogation réelle », *Revue trimestrielle de droit civil,* Paris, 1919, p. 385-416.

Carbonnier Jean, « Notes sur la prescription extinctive », *Revue trimestrielle de droit civil,* Paris, 1952, p. 171 *sq*.

Carbonnier Jean, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Archives de philosophie du droit,* t. XXXIV, *Le sujet de droit,* Paris, 1989.

Castaldo André, « L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil, "le maître est cru sur son affirmation" », *Revue historique de droit français et étranger,* n° 55, Paris, 1977, p. 211-237.

Catala Pierre, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *Revue trimestrielle de droit civil,* t. LXIV, Paris, 1966, p. 185-215.

Catala Pierre, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *Recueil Dalloz-Sirey,* 16e cahier, chronique, Paris, 1984, p. 97-104.

Catala Pierre, « La "propriété" de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud,* Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97-112.

Catala Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique* – jus ex machina, Paris, 1998.

Cayla Olivier, « L'inexprimable nature de l'agent public », *Enquêtes,* n° 7, *Les objets du droit,* Paris, EHESS, 1998, p. 75-96.

Champeaux Ernest, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français,* thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, Paris, Fontemoing, 1898.

Charmont J., Chausse A., « Les interprètes du Code civil in *Le Code civil 1804-1904* », in *Le livre du centenaire,* t. 1, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 132-172.

Chauffardet Marcel, *Le problème de la perpétuité de la propriété. Étude de sociologie juridique et de droit positif,* thèse de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, Paris, Sirey, 1933.

Chrétien P., « L'inconcevable domaine national », in *Propriété et révolution,* Toulouse, CNRS, 1990, p. 159-164.

Christophe Paul, *L'usage chrétien du droit de propriété dans l'écriture et la tradition patristique,* Paris, P. Lethielleux, 1964.

Clère Jean-Jacques, « La vaine pâture au XIXe siècle : un anachronisme ? », *Annales historiques de la Révolution française,* Paris, 1982, vol. 54, p. 113-128.

Clère Jean-Jacques, « De la Révolution au Code civil : les fondements philosophiques et politiques du droit des successions », in *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romans,* Dijon, Éditions universitaires, fasc. 43, 1986, p. 7-56.

Clère Jean-Jacques, « En l'année 1857 ... la fin de la théorie de la propriété originaire de l'État », in *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons comtois et romans,* Dijon, Éditions universitaires, fasc. 44, 1987, p. 223-268.

Cohen G. A., « Marx and Locke on land and labour », *Proceedings of the British Academy,* vol. 71, London, 1985, p. 357-388.

Cohen G. A., *Self-Ownership, Freedom and Equality,* Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

Cohen Morris R., « Property and sovereignty », *Cornell Law Quarterly,* Ithaca, 1927, n° 13, p. 8 *sq.*

Comby J., « L'impossible propriété absolue », *La propriété foncière, deux siècles après 1789,* Paris, Publications de l'Association des études foncières, 1991, p. 9-20.

Cornil G., « Philosophie et droit privé : la possession en droit privé et en droit allemand », in *Revue de droit international et de législation comparée,* 2e série, t. X, Bruxelles, 1908, p. 421 *sq.* et 501 *sq.*

Cornu Marie, Fromageau Jérôme (dir.), *Fondation et trust dans la protection du patrimoine, droit français et droit comparé,* Paris, L'Harmattan, 1999.

Costa Pietro, *Iurisdictio : semantica del potere politico nella pubblistica medievale,* Milano, Guiffrè, 1969.

Coste-Floret Paul, *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil,* thèse de doctorat de la Faculté de droit de Paris, Paris, Recueil Sirey, 1935.

Couvreur Gilles, *Les pauvres ont-ils des droits ?,* Rome, Université pontificale grégorienne, 1961.

Croq Pierre, *Propriété et garantie,* Paris, LGDJ, 1995.

Dagognet François, *Philosophie de la propriété. L'avoir,* Paris, PUF, 1992.

Dauteribes André, *Les idées politiques d'Édouard Laboulaye,* Lille, Presses universitaires de Lille, 1990.

David A., « Les biens et leur évolution », *Archives de philosophie du droit,* t. VII, Paris, 1963, p. 165 *sq.*

Deleuze Gilles, Guattari Félix, *L'anti-Œdipe. Capitalisme et schizophrénie,* Paris, Minuit, 1969.

Demogue René, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, Revue critique de législation et de jurisprudence,* Paris, 1901, p. 236 *sq.* et 346 *sq.*

Demsetz Harold, « Toward a theory of property rights », *American Economics Review,* vol. 57, Nashville, 1967, p. 347-373.

Denoyer Jean-François, *L'exploitation du domaine public,* Paris, LGDJ, 1969.

Derine Raymond, *Le droit de propriété en France et en Belgique au XIXe siècle, droit absolu et quasi-illimité ? Contribution à l'histoire du droit privé moderne,* Léopoldville, Éd. de l'Université, 1959.

Derruppe J., « De la fiducie au crédit-bail », in *Religion, société et politique. Mélanges en l'honneur de J. Ellul,* Paris, PUF, 1983, p. 449-457.

Derruppe J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance,* Paris, Dalloz, 1952.

Despax Michel, *L'entreprise et le droit,* thèse pour le doctorat, Université de Toulouse, Faculté de droit, Toulouse, 1957.

Dijon Xavier, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif,* Bruxelles, Larcier, 1982.

Dock Marie-Claude, *Contribution historique à l'étude du droit d'auteur,* thèse, Faculté de Paris, 1962.

Dock Marie-Claude, *Étude sur le droit d'auteur,* Paris, LGDJ, 1963.

Donahue Charles Jr., « The future of the concept of property predicted from its past », *in* J. R. Pennock, J. W. Chapman (ed.), *Property. Nomos-Year-Book of the American Society for Political and Legal Philosophy,* vol. XXII, New York, New York University Press, 1980, p. 28-69.

Dubouchet P., « L'École de l'exégèse et la science du droit », *Droit prospectif,* n° 2, Aix, Presses de l'Université, 1986, p. 209-227.

Ducomte J.-M., « La Révolution française et la propriété littéraire et artistique », in *Propriété et Révolution,* Toulouse, Éd. du CNRS, 1990, p. 120 *sq.*

Dufour Alfred, « Notion et division des choses en droit germanique », *Archives de philosophie du droit,* t. XXIV, *Les biens et les choses,* Paris, 1979, p. 95-125.

Dufour Alfred, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire : droit, individu et pouvoir de l'École du droit naturel à l'École du droit historique,* Paris, PUF, 1991.

Dufour Edmond, *M. Troplong, son œuvre et sa méthode,* Paris, Amyot, 1869.

Dupuy René-Jean, *L'Océan partagé,* analyse d'une négociation, IIIe Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Paris, Pédone, 1979.

Dupuy René-Jean, « Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité », *Droits,* n° 1, Paris, 1985, p. 63-71.

Durand Charles, « Le régime juridique de l'expropriation pour cause d'utilité publique sous le Consulat et le Premier Empire », in *Annales de la Faculté de droit d'Aix,* n° 41, Aix, 1948, p. 5-104.

Edelman Bernard, « La rue et le droit d'auteur », *Recueil Dalloz-Sirey,* chronique, Paris, Dalloz, 1992, p. 91 *sq.*

Edelman Bernard, Hermitte Marie-Angèle (dir.), *L'homme, la nature, le droit,* Paris, C. Bourgois, 1988.

Esmein Adhémar, « Charles Giraud. Notice sur sa vie et ses œuvres », *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger,* n° 7, Paris, 1883, p. 229-247.

Feenstra Robert, « Les origines du domaine utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des *ultramontani*) », *Fata juris romani. Études d'histoire du droit,* Leyde, Presses universitaires de Leyde, 1974, p. 215-260.

Feenstra Robert, « *Dominium utile est chimerae :* nouvelles réflexions sur le concept de propriété dans le droit savant (à propos d'un ouvrage récent) », *Revue d'histoire du droit,* t. LXVI, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 381-397.

Ferretjans Jean-Pierre, *Essai sur la notion de propriété sociale ; de la propriété privée à la propriété collective : l'expérience yougoslave de socialisation de l'agriculture,* Paris, LGDJ, 1963.

Fournier S., Zénati F., « Essai d'une théorie unitaire de la prescription civile », *Revue trimestrielle de droit civil,* Paris, 1996, p. 339 *sq.*

Frison-Roche Anne-Marie, Terré-Fornacciari Dominique, « Quelques remarques sur le droit de propriété », *Archives de philosophie du droit,* t. XXXV, Paris, 1990, p. 238 *sq.*

Gaillard Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé,* Paris, Economica, 1985.
Galloux Jean-Christophe, « La distinction entre la personne et la chose », in *Nouvelles technologies et propriété,* Montréal, Thémis, et Paris, Litec, 1991, p. 213 *sq*.
Galloux Jean-Christophe, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », in *Recueil Dalloz-Sirey,* 29e cahier, Paris, Dalloz, 1994, p. 229-234.
Galloux Jean-Christophe, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des produits du corps humain en droit français », *Les Cahiers de droit,* t. XXX, nº 4, Québec, 1997, p. 1011 *sq*.
Garaud Marcel, *La Révolution française et la propriété foncière. Histoire générale du droit privé français (1789-1804),* t. II, Paris, Sirey, 1959.
Gardies Jean-Louis, « La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant », *Archives de philosophie du droit,* t. XXIV, *Les biens et les choses,* Paris, 1979, p. 131-151.
Gaudemet Eugène, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804,* Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1935.
Gaudemet Jean, *Étude sur le régime juridique de l'indivision,* thèse pour le doctorat, Université de Strasbourg, faculté de droit, Paris, Sirey, 1934.
Gaudemet Jean, « Utilitas publicas », *Revue historique de droit français et étranger,* Paris, vol. 29, 1951, p. 465 *sq*.
Gaudemet Jean, « Perseverantia voluntatis », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Meylan,* Lausanne, Impr. de Lausanne, 1963, t. I, p. 139 *sq*.
Gaudemet Jean, *Les communautés familliales,* Paris, Marcel Rivière, 1962
Gaudemet Jean, « *Dominium-Imperium*. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits,* nº 22, *Souveraineté et propriété,* Paris, 1995, p. 3-17.
Gautier Florence, *Triomphe et mort du droit naturel en révolution, 1789-1795-1802,* Paris, PUF, 1992.
Gazin H., *La notion de patrimoine dans la doctrine classique,* thèse de doctorat, Université de Dijon, Faculté de droit, Dijon, 1911.
Gazzaniga Jean-Louis, « Mandat et représentation dans l'ancien droit », *Droits,* nº 6, « La représentation », Paris, 1987, p. 21-30.
Gény François, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif,* Paris, A. Chevalier-Marecq et Cie Éd., 1899.
Geraud-Llorca Édith, « La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime 1750-1789 », in *La doctrine juridique* (publications du CURAPP), Paris, PUF, 1993, p. 53-77.
Gernet Louis, *Aspects du droit de propriété en Grèce,* conférence du 6 février 1959, Institut de droit romain de la Faculté de droit de Paris, dactyl.
Ginossar Shalmon, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* Paris, LGDJ, 1960.
Giudiccelli André, « Biographie expliquée de Raymond-Théodore Troplong », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique,* nº 20, Paris, 1999, p. 93 *sq*.

Godelier Maurice, « L'appropriation de la nature. Territoire et propriété dans quelques formes de sociétés pré-capitalistes », *La Pensée,* n° 198, Paris, 1978, p. 7-50.

Gordon Wendy J., « A property right in self-expression : Equality and the individualism in the natural law of intellectual property », *Yale Law Journal,* vol. 102, New Haven, 1993, p. 1533 *sq*.

Goubeaux Gilles, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », in *Études dédiées à Alex Weill,* Paris, Litec-Dalloz, 1983.

Goujon Pierre, « Législation et droit d'usage en France dans la première moitié du XIXe siècle », *in* Claude Journès (dir.), *La coutume et la loi,* Lyon, PUL, 1986, p. 15-25.

Goury Georges, *Origine et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles,* thèse de doctorat, Faculté de droit de Nancy, Nancy, Impr. A. Crépin-Leblond, 1897.

Goyet Charles, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire,* Paris, LGDJ, 1983.

Gray Walter, *Interpreting American Democracy in France : The Career of Édouard de Laboulaye (1811-1883),* Newark, University of Delaware Press, 1994.

Grey Thomas C., « The disintegration of property », *in* J.-R. Pennock, J.-W. Chapman (ed.), *Property Nomos. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy,* XXII, New York, New York University Press, 1980, p. 69-87.

Grzegorczyk Christophe, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *Archives de philosophie du droit,* t. XXIV, *Les biens et les choses,* Paris, 1979, p. 259-272.

Grzegorczyk Christophe, « Le sujet de droit : trois hypostases », *Archives de philosophie du droit,* t. XXXIV, *Le sujet de droit,* Paris, 1989, p. 9-24.

Gridel J.-P., *Le signe et le droit,* Paris, LGDJ, 1979.

Grossi Paolo, *Il dominio et le Cose, percezioni medievali e moderne dei diritti reali,* Milano, Giuffrè, 1992.

Grossi Paolo (dir.), *Itinerari moderni de la proprietà. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* vol. V et VI, Milano, Giuffrè, 1976-1977.

Grossi Paolo, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza guiridica postunitaria,* Milano, Giuffrè, 1977.

Guinchard Serge, *L'affectation des biens en droit privé français,* Paris, LGDJ, 1976.

Gurvitch Georges, « Socialisme et propriété », *Revue de métaphysique et de morale,* Paris, Hachette, 1930.

Halpérin Jean-Louis, *L'impossible Code civil,* Paris, PUF, 1992.

Halpérin Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804,* Paris, PUF, 1996.

Halpérin Jean-Louis, « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 », *Droits,* n° 22, *Souveraineté et propriété,* Paris, 1995, p. 67 *sq*.

Harpaz Ephraïm, *Le censeur, le Censeur européen, histoire d'un journal libéral et industrialiste,* Genève, Slatkine Reprints, 2000.

Hauriou Maurice, « La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée,* n° 4, Paris, 1925, p. 2-45.

Hayem H., « La renaissance des études juridiques en France sous le Consulat », *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger,* n° 29, Paris, 1905, p. 96-122.

Hermitte Marie Angèle, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels », *Archives de philosophie du droit,* t. XX, Paris, 1985, p. 331-348.

Hermitte Marie Angèle, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Archives de philosophie du droit,* t. XXXIII, Paris, 1988, p. 323-336.

Honoré A.-M., « Ownership », *in* A. G. Guest (éd.), *Oxford Essays in Jurisprudence, a Collaborative Work,* Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 107 *sq.*

Husson L., « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Archives de philosophie du droit,* t. XVII, *L'interprétation dans le droit,* Paris, 1972, p. 115-133.

Ionasco A., *La copropriété d'un bien,* Paris, PUF, 1930.

Ionasco A., « La nature juridique du droit de copropriété », in *Aspects du droit privé en fin de XXe siècle. Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart,* Paris, LGDJ-Montchrestien-Éditions techniques, 1986, p. 15-30.

Jamin Christophe, « Relire Labbé et ses lecteurs », *Archives de philosophie du droit,* t. XXXVII, Paris, 1992, p. 247-267.

Jamin Christophe, « L'oubli et la science, regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIXe et XXe siècles », *Revue trimestrielle de droit civil,* Paris, 1994, p. 815-827.

Jansse Lucien, *La propriété, le régime des biens dans la civilisation occidentale,* Paris, Éditions Ouvrières, 1953.

Jobbe-Duval Émile, *Études historiques sur la revendication des meubles en droit français,* Paris, Larose, 1880.

Josserand Louis, « Essai sur la propriété collective », in *Livre du centenaire du Code civil,* t. I, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 370 *sq.*

Joüon des Longrais Frédéric, *La conception anglaise de la saisine du XIIe au XIVe siècle,* thèse pour le doctorat, Faculté de droit de l'Université de Paris, Paris, Jouve, 1924.

Jourde Gaston, *Du culte du dieu Terme et de la limitation de la propriété chez les Romains, en droit romain. De la péréquation de l'impôt foncier, en droit français,* thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, Paris, Impr. de Moquet, 1886.

Kanayama Naoki, « La révolution et la prescription, la naissance du principe de l'imprescriptibilité de l'action en revendication en droit français », in *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?,* Orléans-Paris, Éd. du CNRS - PUF, 1988.

Kanayama Naoki, « Les civilistes français et le droit naturel au XIXe. À propos de la prescription », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique,* n° 8, Paris, 1989, p. 129-154.

Kantorowicz Ernst, « The sovereignty of the artist. A note on legal maxims and Renaissance theories of art », in *Selected Studies,* New York, J. J. Augustin, 1965, p. 267-279.

Kantorowicz Ernst, *The King's two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology,* Princeton, PUP, 1957.

Kelley Donald, Smith Bonnie, « What was property ? Legal dimension of the social question in France (1789-1848) », in *Proceedings of the American Philosophical Society,* vol. 128/3, Philadelphia, 1984, p. 200-230.

Kelley Donald, *Historians and the Law in Postrevolutionary France,* Princeton, Princeton University Press, 1984.

Kelley Donald, « Ancient verses on new ideas : Legal tradition and the French historical school », in *History and Theory. Studies in the Philosophy of History,* vol. XXVI, Middletown, 1987, p. 319-338.

Kelley Donald, *The Human Mesure : Social Thoughts in the Western Legal Tradition,* Cambridge, Harvard University Press, 1990.

Kelsen Hans, *The Communist Theory of Law,* New York, Praeger, 1955.

Kennedy Duncan, Michelman Franck, « Are property and contract efficient ? », *Hofstra Law Review,* n° 8, New York, Hempstead, 1980, p. 771 *sq*.

Kennedy Duncan, *The Role of Law in Economic Thought : Essays on the Fetishism of Commodities,* communication personnelle.

Kiss A.-C., *La notion de patrimoine commun de l'humanité,* Collected courses of The Hague Academy of International Law, t. 175, vol. II, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 99-256.

Klotz Gérard, *Ordre, nature, propriété,* Lyon, PUL, 1985.

Koselleck Reinahrt, « *Historia magistra vitae*. De la dissolution du *topos* dans l'histoire moderne en mouvement », in *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques,* trad. fr. J. et M.-C. Hoock, Paris, EHESS, 1990, p. 37-63.

Kristufek Z., « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne », *Revue historique de droit français et étranger,* vol. 1, Paris, janvier-mars 1966, p. 59-76.

Labrusse-Riou Catherine, Beaudoin Jean-Louis (dir), *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles,* Paris, PUF, 1987.

Lacchè L., *Histoire de l'expropriation du XVIIIe siècle à nos jours,* Orléans, Presses Universitaires d'Orléans, 1996.

Laferrière J., *Le droit de propriété et le pouvoir de police,* thèse de droit de l'Université de Paris, Paris, Giard & Brière, 1908.

Lassère Valérie, *La doctrine du patrimoine de Zachariæ,* mémoire de DEA, Université de Paris II, Faculté de droit, Paris, 1995.

Laubadère André (de), *Domanialité publique, propriété administrative et affectation,* Paris, LGDJ, 1950.

Lefebvre-Teillard Anne, *La société anonyme au XIXe siècle : du Code de commerce à la loi de 1867. Histoire d'un instrument juridique du développement du capitalisme,* Paris, PUF, 1985.

Legendre Pierre, « Du droit privé au droit public. Nouvelles observations sur le mandat chez les canonistes classiques », in *Études en souvenir de G. Chevrier. Mémoires de la Société pour l'histoire du droit des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romans,* t. II, fasc. n° 30, Dijon, Sirey, 1970, p. 7-35.

Legendre Pierre, « La France et Bartole », in *Écrits juridiques du Moyen Âge occidental,* Londres, Variorum Reprints, 1988 (1970), p. 133-172.

Legendre Pierre, « Méditation sur l'esprit libéral. La leçon d'Édouard de Laboulaye, juriste-témoin », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger,* n° 87, Paris, 1970, p. 83-122.

Lemmenicier Bertrand, « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ? », *Droits,* n° 13, Paris, 1991, p. 111-122.

Lepage Henri, *Pourquoi la propriété ?,* Paris, Hachette Pluriel, 1985.

Lepointe Gabriel, « Le concept de la propriété dans le Code civil : ses origines et son évolution durant le XIXe siècle », in *Études de droit contemporain,* Paris, Cujas, 1962, p. 101 *sq*.

Levy Emmanuel, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière,* thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, Paris, Pédone, 1896.

Levy E., *West Roman Vulgar Law. The Law of Property. Memoirs of the American Philosophical Society,* vol. XXIX, Philadelphie, 1951.

Levy Jean-Philippe, *Histoire de la propriété,* Paris, PUF, 1972.

Leyte Guillaume, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale,* Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1996.

Libchaber Rémy, « Biens », *Répertoire civil Dalloz,* Paris, 1997, p. 1-40.

Libchaber Rémy, « Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles de voisinage », in *Mélanges Christian Mouly,* t. I, Paris, 1998, p. 421-439.

Libchaber Rémy, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », in *Répertoire du notariat Defrénois,* première partie, Paris, 1997, p. 67 *sq*.

Libchaber Rémy, *Recherches sur la monnaie en droit privé,* Paris, LGDJ, 1992.

Lucas François-Xavier, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières – pour une fiducie des valeurs mobilières,* Paris, LGDJ, 1997.

Malafosse Jehan (de), « La liberté et l'appropriation des *res nullius* ou les défis de la liberté », in *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?,* t. II, Orléans-Paris, Éd. du CNRS - PUF, 1988, p. 725-732.

Mestre Jean-Louis, « L'expropriation face à la propriété, du Moyen Âge au Code civil », *Droits,* n° 1, *Le destin du droit de propriété,* Paris, 1985, p. 51-62.

Mestre Jean-Louis, « Les origines seigneuriales de l'expropriation », in *Recueil des mémoires et travaux de la Société d'histoire du droit et des institutions des pays anciens de droit écrit,* fasc. 11, Montpellier, 1980, p. 71 *sq*.

Meynial Edmond, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé, du XIIe au XIVe siècle dans les romanistes. Étude de dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du Pr Fitting,* t; II, Montpellier, 1908, p. 409-461.

Michaud-Quantin Pierre, *Universitas. Expression du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin,* Paris, Vrin, 1970.

Morin G., *La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété),* Paris, Sirey, 1944.

Motte Olivier, « Pour une histoire de la science juridique française », *Revista de estudios histórico-jurídicos,* n° 7, Valparaiso, Editiones Universitarias de Valparaiso, 1982, p. 369-386.

Munier Charles « *Dominium* et *proprietas* chez les canonistes et les moralistes du XVIe au XIXe siècle », in *Études de droit contemporain,* Paris, Cujas, 1962, p. 125-132.

Nicholas Barry, « Le langage des biens dans la *Common Law* », *Archives de philosophie du droit,* t. XXIV, *Les biens et les choses,* Paris, 1979, p. 55-65.

Nicolini Ugo, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia,* Milano, Guiffrè, 1952.

Nockelby John, « Tortious interference with contractual relations in the nineteenth century : The transformation of property, contract and tort », *Harvard Law Review,* n° 93, Cambridge, 1990, p. 1510-1539.

Mackaay Ejan, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in *Nouvelles technologies et propriété,* Montréal, Thémis, et Paris, Litec, 1991, p. 217-247.

Mackaay Ejan, « Les biens informationnels », *Cahiers STS,* n° 12, *Ordre juridique et ordre technologique,* Paris, Éd. du CNRS, 1986, p. 134-151.

Macpherson C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism, from Hobbes to Locke,* Oxford, Clarendon Press, 1962.

Macpherson C. B. (éd.), *Property : Mainstream and Critical Positions,* Toroto, University of Toroto Press, 1978.

Magheru Michel, *La conception philosophique de la notion de propriété en France,* thèse pour le doctorat, Faculté de droit de l'Université de Paris, Paris, Jouve, 1935.

Mallet-Poujol Nathalie, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », in *Recueil Dalloz-Sirey,* 38e cahier, chronique, Paris, 1997, p. 330-336.

Mallet-Poujol Nathalie, « La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative », in *Droit de l'informatique et des télécoms,* vol. 1, Paris-Bruxelles, 1996, p. 6-17.

Mallet-Poujol Nathalie, « Marché de l'information : le droit d'auteur injustement tourmenté ... », *Revue internationale du droit d'auteur,* n° 168, Paris, avril 1996, p. 93 *sq.*

Mann Borghese E., « The common heritage », in *Selected Papers on Ocean and World Order,* 1967-1974, Malta, Malta University Press, 1975.

Marty J.-P., *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie,* Paris, LGDJ, 1979.

Mercier-Josa Solange, « Liberté et propriété », *La Pensée,* n° 170, Paris, 1973, p. 54 *sq.*

Mestre Jean-Louis, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », in *Recueil Dalloz-Sirey,* chronique I, Paris, 1984, p. 1 *sq.*

Mevorach N., « Le patrimoine », *Revue trimestrielle de droit civil,* Paris, 1936, p. 811-825.

Miaille Michel, *Une introduction critique au droit,* Paris, Maspero, 1976.

Michaélidès-Nouaros Georges, *Le droit moral de l'auteur, étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Paris, A. Rousseau, 1935.

Michel Jacques, « Marx et la loi sur les vols de bois, les leçons du droit coutumier », *in* Claude Journès (éd.), *La coutume et la loi,* Lyon, PUL, 1986, p. 115-133.

Michelman Franck, « Possession vs. distribution in the constitutional idea of property », *Iowa Law Review,* vol. 72, Iowa, 1987, p. 1319.

Michelman Franck, « Tutelary jurisprudence and constitutional property », *in* F. P. Ellen, H. Dickman (eds), *Liberty, Property and the Future of Constitutional Development,* Albany, State University of New York, 1990, p. 127 *sq*.

Michoud Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français,* 2 vol., 3e éd., Paris, LGDJ, 1932 (1906-1909).

Moine I., *Les choses hors commerce,* Paris, LGDJ, 1996.

Mousseron Jean-Marc, Vivant Michel, « Les mécanismes de réservation et leur dialectique », communication personnelle.

Mousseron Jean-Marc, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges Breton-Derrida,* Paris, Dalloz, 1991, p. 277 *sq*.

Mousseron Jean-Marc, Raynard Jacques, Revet Thierry, « De la propriété comme modèle », *Mélanges offerts à A. Colomer,* Paris, Litec, 1993, p. 281 *sq*.

Muntzer H., *La propriété sans le vol,* Paris, Le Seuil, 1945.

Munzer Stephen, *A Theory of Property,* Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

Munzer Stephen, « Kant and property rights in body parts », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence,* vol. VI, London-Ontario, 1993, p. 319 *sq*.

Nancy Jean-Luc, *La communauté désœuvrée,* nouv. édition, revue et augmentée, Paris, Christian Bourgois, 1999.

Navet Georges, *De l'usage de Vico en France : le problème de la légitimité du droit civil,* thèse pour le doctorat, Université de Reims, Faculté des lettres, 1987.

Nedelsky Jennifer, *Private Property and the Limits of American Constitutionalism : The Madisonin Framework and its Legacy,* Chicago, Chicago University Press, 1990.

Olivier-Martin Félix, « Les divisions du louage en droit romain », *Revue historique de droit français et étranger,* Paris, 1936, p. 419 *sq*.

Ost François, « Le juste milieu, pour une approche dialectique du rapport homme-nature », *in* François Ost, Michel Van de Kerchove, Philippe Gérard, *Images et usages de la nature en droit,* Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1993, p. 13-73.

Ourliac Paul, Malafosse Jehan (de), *Histoire du droit privé,* 3 vol., Paris, PUF, 1969-1971.

Ourliac Paul, « Histoire et droit rural », in *Aspects du droit privé en fin de XXe siècle. Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart,* Paris, LGDJ-Montchrestien, 1986, p. 285-297.

Ourliac Paul, « La propriété, pour quoi faire ? », in *Mélanges L. Boyer,* Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, 1996, p. 523 *sq.*

Panofsky Erwin, *Idea. Contribution à l'histoire de l'ancienne théorie de l'art,* trad. fr. Henri Joly, Paris, Gallimard, 1989.

Parel Anthony, Flanagan Thomas (eds), *Theories of Property, from Aristotle to the Present,* Waterloo, Wilfried Laurier Press, 1979.

Patault Anne-Marie, « La propriété non exclusive au XIXe, histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », *Revue d'histoire du droit,* Paris, 1983, p. 217-237.

Patault Anne-Marie, « La propriété absolue à l'épreuve du voisin au XIXe siècle », in *Histoire du droit social. Mélanges Jean Imbert,* Paris, PUF, 1989, p. 457-465.

Patault Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens,* Paris, PUF, 1989.

Patault Anne-Marie, « La personne morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie », in *Droits,* n° 17, Paris, 1993, p. 80 *sq.*

Patault Anne-Marie, « Réflexions sur les limitations du droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République », *Revue historique de droit français et étranger,* Paris, 1977, p. 239-256.

Patault Anne-Marie, « Un conflit entre la Cour de cassation et le Conseil d'État : le droit de propriété et l'abolition des droits féodaux «, *Revue d'histoire du droit,* Paris, 1978, p. 427-444.

Patault Anne-Marie, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la nature juridique de la personne morale », in *La Révolution et l'ordre juridique privé,* Orléans-Paris, Éd. du CNRS - PUF, t. I, 1988, p. 151-159.

Piedelièvre A., « La nature juridique du droit de copropriété », in *Aspects du droit privé en fin de XXe siècle. Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart,* Paris, LGDJ-Montchrestien, 1986, p. 21 *sq.*

Pfitzer Laurent, *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957,* thèse, Université Robert-Schuman, Faculté de droit, Strasbourg, 1999.

Piret Armand, *Rencontre chez Pothier des conceptions romaines et féodales de la propriété foncière,* Paris, Sirey, 1937.

Plastara Georges, *La notion juridique de patrimoine,* thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, Paris, Rousseau, 1903.

Pocock J. G. A., *Virtue, Commerce, and History, Chiefly in the Eighteenth Century,* Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

Poulantzas Nicos, *Nature des choses et droit,* Paris, LGDJ, 1965.

Poumarède Jacques, « Défense et illustration de la coutume au temps de l'exégèse (Les débuts de l'École française du droit historique) », *in* Claude Journès (dir), *La coutume et la loi,* Lyon, PUL, 1986, p. 95-112.

Poumarède Jacques, « Penser la propriété », *in* G. Koubi (dir.), *Propriété et révolution,* Toulouse, Éd. du CNRS, 1990, p. 35 *sq.*

Pound Roscoe, *The French Civil Code and the Spirit of Nineteenth Century Law,* Boston, Boston University Law School, 1954.

Pourquier Catherine, *Propriété et perpétuité,* thèse pour le doctorat, Université de Montpellier I, Faculté de droit, Montpellier, 1998.

Radin Margaret, « Market-inalienability », *Harvard Law Review,* vol. 100, Cambridge, 1987, p. 1849 *sq.*

Radin Margaret, *Reinterpreting Property,* Chicago, Universty of Chicago Press, 1993.

Raynard Jacques, *Droit d'auteur et conflit des lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur,* Paris, Litec, 1990.

Recht Pierre, *Le droit d'auteur : une nouvelle forme de propriété, histoire et théorie,* Paris, LGDJ, 1969.

Reich Charles A., « The new property », *Yale Law Journal,* New Haven, 1964, p. 733-787.

Rémy Philippe, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXe siècle », *Annales d'histoire des facultés de droit,* n° 2, Paris, 1985, p. 91-105.

Rémy Philippe, « Éloge de l'exégèse », *Droits,* n° 1, *Destins du droit de propriété,* Paris, 1985, p. 115-123.

Rémy Philippe, « La Thémis et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit,* n° 4, Paris, 1987, p. 145-160.

Renard Georges, Trotabas Louis, *La fonction sociale de la propriété privée. Le point de vue philosophique : la pensée chrétienne sur la propriété privée ; le point de vue technique : le régime administratif de la propriété civile,* Paris, Sirey, 1930.

Renner Karl, *The Institution of Private Law and their Social Function,* traduit par A. Schwarzschild, London-Boston, Routledge & Kegan Paul, 1949.

Renoux-Zagamé Marie-France, *Les origines théologiques du concept moderne de propriété,* Genève, Droz, 1986.

Revet Thierry, *La force de travail. Étude juridique,* Paris, Litec, 1992.

Reynaud-Chanon M., « Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille », in *Recueil Dalloz-Sirey,* chronique, Paris, 1987, p. 264 *sq.*

Rials Stéphane, *Révolution et contre-révolution au XIXe siècle,* Paris, Albatros, 1987.

Rials Stéphane, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,* Paris, Hachette, 1988.

Riesenberg Pieter N., *Inalienability of Sovereignty in Medieval Political Thought,* New York, Columbia University Press, 1956.

Rigaudière A., « *Universitas, corpus, communitas* et *consulatus* dans les chartes des villes et bourgs d'Auvergne du XIIe au XIVe », *Revue d'histoire du droit,* Paris, 1988, p. 340 *sq.*

Ripert Georges, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines,* thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Aix-Marseille, Aix, 1902.

Ripert Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne,* 2e éd., Paris, LGDJ, 1951.

Ritter Joachim, « Personne et propriété selon Hegel », in *Hegel et la Révolution française,* Paris, Beauchesne, 1970, p. 65-87.

Rodota Stephano, *Il terrible diritto : studio sulla proprietà privata,* Bologna, Il Mulino, 1990.

Rose Carol M., « Crystals and mud in property law », *Stanford Law Review,* vol. 40, Stanford, 1988, p. 577 *sq*.

Rouast A., *Évolution du droit de propriété,* rapport à la séance du 7 juillet 1945 de l'Association Henri-Capitant des amis de la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri-Capitant,* t. I, Paris, Dalloz, 1947, p. 45 *sq*.

Ryan Alan, *Property and Political Theory,* Oxford, Blackwell, 1984.

Sagnac Philippe, *La législation civile et la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale,* Paris, Hachette, 1898.

Schlatter Richard, *Private Property, the History of an Idea,* London, Allen & Unwin, 1951.

Sériaux Alain, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe "avoir" », *Revue trimestrielle de droit civil,* vol. 4, Paris, 1994, p. 802-803.

Sériaux Alain, « La notion de choses communes, nouvelles considérations juridiques sur le verbe "avoir" », in *Droit et environnement, propos pluridisciplinaires sur un droit en construction,* Aix, Pressses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 23 *sq*.

Sève René, « La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *Archives de philosophie du droit,* t. XXIV, *Les biens et les choses,* Paris, 1979, p. 248 *sq*.

Spitz Jean-Fabien, « *Imperium* et *dominium* chez Locke », *Droits,* n° 22, *Souveraineté et propriété,* Paris, 1995, p. 27-37.

Stein Peter, « The general notion of contract and property in XVIIIth century Scottish thought », *Juridical Review* (new series), vol. VIII, Edinburgh-London, 1963.

Stillman Peter, « Hegel's analysis of property in the philosophy of right », in *Cardozo Law Review,* n° 10, New York, 1989, p. 1031-1072.

Stillman Peter, « Property, freedom and individuality in Hegel's and Marx's political thought », *in* J. Pennock et J. Chapman (eds), *Property Nomos,* vol. XXII, New York, New York University Press, 1980, p. 130-169.

Strömholm Stig, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale,* Stockholm, Norstedt & Söners Förlag, 1966.

Strowel Alain, *Droit d'auteur et copyright,* Bruxelles-Paris, Bruylant, LGDJ, 1993.

Strowel Alain, « L'œuvre selon le droit d'auteur », *Droits,* n° 18, 1993, p. 79 *sq*.

Suel M., « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger : La grammaire et le pouvoir,* Paris, 1974, p. 1295-1318.

Terré François, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits,* n° 1, Paris, 1985, p. 33 *sq*.

Terré François, *Esquisse d'une sociologie du droit de propriété,* Paris, Publications de la Faculté de droit de Paris, 1977.

Théry R., « De l'utilisation à la propriété des choses », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Georges Ripert,* t. II, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, p. 17 *sq.*

Thireau Jean-Louis, « La doctrine civiliste avant le Code civil », in *La doctrine juridique* (publications du CURAPP), Paris, PUF, 1993, p. 13-53.

Thomas Yan, « *Res,* chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *Archives de philosophie du droit,* t. XXV, Paris, 1980, p. 413 *sq.*

Thomas Yan, « L' "usage" et les "fruits" de l'esclave. Opérations juridiques romaines sur le travail », *Enquêtes,* n° 7, *Les objets du droit,* Paris, 1998, p. 203 *sq.*

Thommann M., « Droit naturel et Déclaration des droits de l'homme de 1789 », in *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?,* t. I, Orléans-Paris, Éd. du CNRS - PUF, 1988, p. 65-70.

Tonneau A.-J., *Un jurisconsulte de transition, Charles Toullier et son temps,* thèse pour le doctorat, Faculté de droit de l'Université de Rennes, Rennes, 1962.

Trigeaud Jean-Marc, *La possession des biens immobiliers. Nature et fondement,* Paris, Economica, 1981.

Tully James, *A Discours on Property : J. Locke and his Adversaries,* Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

Vandevelde Kenneth J., « The new property of the nineteenth century : The development of the modern concept of property », *Buffalo Law Review,* vol. 29, Buffalo, 1980, p. 325-367.

Vareilles-Sommière Gabriel de Labroue (de), « La définition et la notion juridique de la propriété », *Revue trimestrielle de droit civil,* Paris, 1905, p. 443 *sq.*

Vegting Wilhelmus Gerardus, *Domaine public et* res extra commercium. *Étude historique du droit romain, français et néerlandais,* Aalphen-aan-den Rijn, N. Samson, 1950.

Vidal Michel, « La propriété dans l'École de l'exégèse », *Itinerari moderni de la proprietà. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* vol. V, Milano, Giuffrè, 1976-1977, p. 7-40.

Villey Michel, *Le* jus in re *du droit classique au droit moderne, suivi de fragments pour un dictionnaire du langage des Glossateurs,* conférences faites à l'Institut de droit romain (1947), *Publications de l'Université de Paris,* n° 6, p. 187-225.

Villey Michel, « Notes sur le concept de propriété », in *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais,* Paris, Dalloz, 1976, p. 187-200.

Vivant Michel, « Les notions d'œuvre, d'originalité et de droit voisin du point de vue des traditions du Code civil », in *L'avenir du droit d'auteur et de droits voisins,* Paris, OPMI, 1994, p. 72 *sq.*

Vivant Michel, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur d'André Françon,* Paris, Dalloz, 1995.

Vivant Michel, « Le patronyme saisi par le patrimoine », in *Mélanges Colomer,* Paris, Litec, 1993, p. 517-531.

Vivant Michel (dir.), *Les créations immatérielles et le droit,* Paris, Ellipses, 1997.

Vuillierme J.-L., « La chose (le bien) et la métaphysique », *Archives de philosophie du droit,* t. XXIV, *Les biens et les choses,* Paris, 1979, p. 35 *sq.*

Vulcain R., *Essai sur le concept de propriété,* thèse pour le doctorat, Université de Paris I, Faculté de droit, Paris, 1980.

Waldron Jeremy, *The Right to Private Property,* Oxford, Clarendon Press, 1988.

Waszek Norbert, « L'histoire du droit selon E. Gans. Une critique hégélienne de F. C. von Savigny », in J.-F. Kervégan et H. Mohnhaupt (dir.), *Le droit entre nature et histoire,* Ius Commune, vol. 100, Frankfurt/Main, V. Klostermann, 1997, p. 257-280.

Whitman James, « Ihering parmi les Français, 1870-1918 », in Olivier Beaud et Patrick Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918,* Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 151-164.

Wieacker Franz, *Industriegesellschaft un Privatrechtsordnung,* Frankfurt/Main, Kronberg, 1974.

Witz Claude, *La fiducie en droit privé français,* thèse pour le doctorat, Université de Strasbourg, Faculté de droit, Paris, Economica, 1981.

Xifaras Mikhaïl, « L'École de l'exégèse est-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore Troplong, lecteur de Frédéric Charles de Savigny », in J.-F. Kervégan et H. Mohnhaupt (dir.), *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Frankreich und Deutschland / Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne,* Ius Commune, vol. 144, Frankfurt/Main, V. Klostermann, 2001.

Yolka Philippe, *La propriété publique : éléments pour une théorie,* Paris, LGDJ, 1997.

Zénati Frédéric, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif,* thèse pour le doctorat d'État en droit, Université Jean-Moulin, Lyon, 1981.

Zénati Frédéric, « Sur la constitution de la propriété », in *Recueil Dalloz-Sirey,* t. I, Paris, 1985, p. 171 *sq.*

Zénati Frédéric, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Revue trimestrielle de droit civil,* vol. 2, Paris, 1993, p. 305-323.

Table des matières

Introduction 7

Première partie

LA MAÎTRISE SOUVERAINE

Chapitre I – Des personnes et des choses 25

1. La *summa divisio,* ou le Code à la lettre 25

2. Droits réels et personnels : de l'objet à la cause des droits 27

3. Droits réels et personnels : de la cause à l'objet des droits 31

4. Droits réels et personnels : peut-on constater la liberté ? 34

5. Ce qui se constate : la distinction des choses et des biens 36

6. La *summa divisio* à l'épreuve du louage d'industrie et de service 40

Chapitre II – Le propriétaire 43

1. Libérer le travail ? 43

2. De la difficulté de n'être pas esclave 47

2.1. Position du problème 47

2.2. Louage de chose, louage d'industrie, vente 48

2.3. L'argument du travail forcé 51

3. Les régimes du louage d'industrie, ou la lutte des classements 56
3.1. Lutte des classements et mandat 56
3.2. Lutte des classements et louage d'ouvrage 59
3.3. Lutte des classements et *conductio* 61

4. Des travaux et des hommes 67
4.1. Des travaux et des domestiques 68
4.2. Des travaux et des gens de peine 70
4.3. Des travaux et des entrepreneurs d'ouvrage 72

5. De l'âme propriétaire et de sa distribution parcimonieuse parmi les hommes 75

6. De la réalité selon Raymond-Théodore Troplong 76
6.1. Le louage de chose comme droit réel 77
6.2. Le louage d'industrie et de service comme droit réel ? 79

7. Le gouvernement des biens comme vertu, ou l'apothéose du propriétaire 82
7.1. La parole propriétaire 82
7.2. L'élévation du propriétaire 85

Chapitre III – Le domaine, entrelacs des absolus 93

1. Droit et domaine de propriété 93

2. Absolu-réel 96
2.1. Absolu-réel : introduction au problème 96
2.2. Absolu, réel-corporel ? De l'usufruit I 101
2.3. Absolu-complet ? De l'usufruit II 104
2.4. Absolu-unitaire ? De l'usufruit III 106
2.5. La matière comme réalité absolue. Les biens immatériels 109

3. Du mésusage 114
3.1. Mésusage et transsubstantiation 114
3.2. Absolu-suprême 117

4. Absolu-perpétuel. De la prescription 124
4.1. Perpétuité et personnalité 124
4.2. Le temps des droits 126

4.3. La justification de la prescription selon Troplong 128
4.4. Le non-usage 132

5. Absolu-exclusif. De l'indivision 134

5.1. La loi d'airain de Hobbes 134
5.2. Indivisions pastorales 138
5.3. Exclusif-individuel ? Privatif ? Particulier ? 145

Chapitre IV – Les limites de la propriété 151

1. Les non-propriétaires 151

2. Soi-même comme un autre mur, ou de la mitoyenneté 155

2.1. La mitoyenneté, une servitude ? 156
2.2 La mitoyenneté, communauté armée 161

3. De la territorialisation du domaine 165

3.1. Le cas des meubles corporels 165
3.2. Des meubles aux immeubles 173
3.3. Du barbare au laboureur 177

4. La querelle des souverains. De l'expropriation 180

4.1. La juridiction et l'éminence 183
4.2. La souveraineté politique selon le doyen Proudhon 187
4.3. L'État, souverain fieffeux ? 191

Deuxième partie

L'APPARTENANCE PATRIMONIALE

Chapitre V – Le patrimoine, cet obscur objet 199

1. Le désir d'unité du sujet de droit 199

2. Le patrimoine, généralités 202

2.1. Droit romain 202
2.2. Droit médiéval 203
2.3. Droit moderne 205

3. Des universalités comme êtres fictifs 209

4. Les biens patrimoniaux – cas difficiles 212

4.1. Les biens innés sont-ils patrimoniaux ? 212
4.2. Les dettes sont-elles des biens patrimoniaux ? 223

5. La radicalisation de la théorie par Charles Aubry et Charles Rau 227

5.1. La notion d'utilité 227
5.2. Patrimonialité, commercialité, aliénabilité 231
5.3. Le patrimoine comme capital 235

6. La machinerie patrimoniale 239

6.1. La fongibilité des biens, ou de l'unité du patrimoine (I) 239
6.2. La subrogation réelle, ou de l'unité du patrimoine (II) 244

Chapitre VI – Le patrimoine, corps et âme 249

1. Personne et patrimoine 249

2. Le patrimoine comme corps artificiel 252

2.1. Le patrimoine comme gage 254
2.2. Des patrimoines vides. L'universalité du patrimoine 257

3. Le *vinculum substantiale* 261

3.1. L'unicité du patrimoine selon Zachariæ 261
3.2. L'unicité du patrimoine selon Aubry et Rau 264
3.3. Le *vinculum substantiale* entre être et avoir 266

4. Qualifier le *vinculum substantiale* 269

5. Cet étrange droit de propriété patrimonial 272

5.1. Le droit de disposer de son patrimoine 272
5.2. La personnalité du propriétaire patrimonial 277

5.2.1. La liberté du propriétaire patrimonial 280
5.2.2. L'universalité du propriétaire patrimonial 282

5.3. Administration du patrimoine 285
5.4. Propriété patrimoniale et titularité 290

Chapitre VII – L'appartenance 293

1. L'hypothèse des patrimoines sans sujets 293

2. Le but, propriétaire du patrimoine 298

3. L'appartenance originaire du patrimoine au but 303

3.1. L'appartenance, ou l'en-deçà de la souveraineté propriétaire 304

3.2. L'appartenance comme convenance 306

3.3. Les degrés d'appartenance 308

3.3.1. Degrés d'appartenance et régime des biens 309

3.3.2. Degrés d'appartenance et actes d'administration 314

4. La représentation dans la propriété patrimoniale 318

4.1. Tuteurs et mandataires 319

4.1.1. Représentation objective *vs* représentation volontaire 320

4.1.2. Transfert des droits *vs* transfert des pouvoirs 321

4.1.3. Commandement *vs* contrôle 323

4.1.4. L'architecture de l'organisation patrimoniale 325

4.2. Ce à quoi le patrimoine appartient 326

4.2.1. Le point d'appartenance 326

4.2.2. L'architecture patrimoniale : vue d'ensemble 332

Troisième partie

LA RÉSERVATION DE JOUISSANCE

Chapitre VIII – Le domaine immatériel universel 343

1. La résurgence moderne de la communauté positive et universelle 343

2. Propriété littéraire, droits des auteurs, propriété des biens immatériels 346

3. L'industrie et son droit 349

4. De la division des biens, qui est celle des domaines 352

5. Le monde des idées 355

5.1. Le *pneuma* moral 355

5.2. La formation des idées 361

5.2.1. L'idée et son expression 361

5.2.2. L'idée exprimée et son support 366

6. Une objection, la maîtrise du manuscrit 368

7. Le communisme des idées 376

7.1. Domaine immatériel et *res communes* 377

7.1.1. *Res communes* et *res nullius,* ancienne version 377

7.1.2. *Res communes* et *res nullius,* nouvelle version 379

7.1.3. *Res communes* et *res nullius,* selon Renouard 382

7.2. *Dominium ideæ, dominium terræ ?* 386

Chapitre IX – Le domaine réservé 391

1. Du travail intellectuel 391

2. La rémunération des auteurs 395

2.1. Le service de la dette infinie 396

2.2. Le prix de la dette 399

3. La réservation de jouissance 403

3.1. La réservation comme appropriation fictive 404

3.2. La réservation comme appropriation temporaire 407

4. Qualifier la réservation de jouissance 412

4.1. Privilège et arbitraire 412

4.2. La question de l'enregistrement 416

4.3. Nature juridique de l'action en contrefaçon 420

4.4. Indicible saisine 424

Chapitre X – La saisine 429

1. L'hypothèse de la saisine 429

2. Le Code civil, coutumier universel du génie français 434

3. La saisine 440
3.1. La saisine de fait 441
3.2. La saisine de droit 443
3.3. Simple saisine 450
3.4. La vraie saisine 456
4. La saisine, configuration de la propriété réservataire 465
4.1. Une saisine moderne, le droit d'auteur 465
4.2. La genèse du droit, investiture et enregistrement 472

CONCLUSION 479
1. Qu'est-ce que la propriété ? 479
2. Fondements 484
3. Origines 490
4. Fins 497

BIBLIOGRAPHIE 505
1. Sources 505
2. Littérature secondaire 515

page 540 bl

FONDEMENTS DE LA POLITIQUE

ESSAIS

Jocelyn BENOIST et Bruno KARSENTI (dir.) – **Phénoménologie et sociologie**
Michaël BIZIOU – **Adam Smith et l'origine du libéralisme**
Paulette CARRIVE – **La pensée politique anglaise. Passions, pouvoirs et libertés de Hooker à Hume**
Robert DAMIEN – **Le conseiller du Prince de Machiavel à nos jours**
Luc FOISNEAU – **Hobbes et la toute-puissance de Dieu**
Julian H. FRANKLIN – **Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste**
Simone GOYARD-FABRE – **Montesquieu, la nature, les lois, la liberté**
Laurent JAFFRO – **Éthique de la communication et art d'écrire. Shaftesbury et les Lumières anglaises**
Christian LAZZERI – **Droit, pouvoir et liberté. Spinoza critique de Hobbes**
Sandrine LEFRANC – **Politiques du pardon**
Agnès LEJBOWICZ – **Philosophie du droit international. L'impossible capture de l'humanité**
Thierry MÉNISSIER – **Machiavel, la politique et l'histoire. Enjeux philosophiques**
Henri PENA-RUIZ – **Dieu et Marianne. Philosophie de la laïcité** (2e éd.), traduit en espagnol
Emmanuel PICAVET – **Choix rationnel et vie publique**
J. G. A. POCOCK – **L'ancienne constitution et le droit féodal,** traduit de l'anglais par Sabine Reungoat et Michèle Vignaux
André ROBINET – **G. W. Leibniz. Le meilleur des mondes par la balance de l'Europe**
Jean-Fabien SPITZ – **John Locke et les fondements de la liberté moderne**
Michael STOLLEIS – **Histoire du droit public en Allemagne. La théorie du droit public impérial et la science de la police, 1600-1800**
Yves THIERRY – **Conscience et humanité selon Husserl. Essai sur le sujet politique**
Mario TURCHETTI – **Tyrannie et tyrannicide de l'Antiquité à nos jours**
Solange VERGNIÈRES – **Éthique et politique chez Aristote. *Physis, Ethos, Nomos***

Yves Charles ZARKA – **Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne**

Yves Charles ZARKA – **Hobbes et la pensée politique moderne** (2e éd.), traduit en espagnol, en italien, en catalan

Yves Charles ZARKA – **Philosophie et politique à l'âge classique,** traduit en italien

Yves Charles ZARKA – **Figures du pouvoir. Études de philosophie politique de Machiavel à Foucault** (3e éd.), traduit en espagnol

Yves Charles ZARKA (dir.) – **Raison et déraison d'État**

Yves Charles ZARKA (dir.) – **Jean Bodin : nature, histoire, droit et politique**

TEXTES

Tommaso CAMPANELLA – **Monarchie d'Espagne. Monarchie de France.** Édition bilingue avec introduction, notes, glossaire et bibliographie réalisée sous la direction de Germana Ernst

Tommaso CAMPANELLA – **Monarchie du Messie.** Édition bilingue avec introduction et notes par Paolo Ponzio. Texte latin traduit par Véronique Bourdette, revu par Serge Waldbaum

Ralph CUDWORTH – **Traité de morale. Traité du libre arbitre.** Introduction, traduction, glossaire, bibliographie et notes par Jean-Louis Breteau

Francesco GUICCIARDINI – **Écrits politiques. Discours de Logroño, 1512 – Dialogue sur la façon de régir Florence, 1521-1525.** Introduction, traduction, postface et notes par Jean-Louis Fournel et Jean-Claude Zancarini

G. W. F. HEGEL – **Principes de la philosophie du droit.** Texte intégral (accompagné des cours de Hegel), présenté, traduit et annoté par Jean-François Kervégan

MACHIAVEL – **Le Prince. *De principatibus*.** Édition bilingue. Texte italien établi par Giorgio Inglese. Introduction, traduction, postface, notes et commentaires par Jean-Louis Fournel et Jean-Claude Zancarini. Postface : *Sur la langue du* Prince, *des mots pour comprendre et pour agir*

Guillaume d'OCKHAM – **Court traité du pouvoir tyrannique.** Traduit du latin et annoté par Jean-Fabien Spitz

Henri de ROHAN – **De l'intérêt des Princes et des États de la chrétienté.** Édition établie, introduite et annotée par Christian Lazzeri

Francisco SUAREZ – ***De legibus*. Des lois et du Dieu législateur.** Édition bilingue établie et traduite par Jean-Paul Coujou

Jean TOLAND – **Raisons de naturaliser les Juifs, 1714. Tolérance et citoyenneté.** Introduction, traduction et notes par Pierre Lurbe

Yves Charles ZARKA, Franck LESSAY et John ROGERS (dir.) – **Les fondements philosophiques de la tolérance.** Tome I : Études ; Tome II : Textes et documents ; Tome III : Pierre Bayle. Supplément du Commentaire philosophique

Imprimé en France
par Vendôme Impressions
Groupe Landais
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme
Janvier 2004 — N° 50 553

page 544 bl