

RTD Civ. 2006 p.445

## La propriété, mécanisme fondamental du droit

Frédéric Zenati-Castaing, Professeur à l'Université Jean Moulin

### L'essentiel

Le code civil a fait de la propriété un système qui rend compte des principales notions fondamentales du droit. Les biens sont des propriétés. Les droits sont tous des droits de propriété, sauf les droits incorporels, qui n'en sont que l'assiette. Les personnes constituent une technique d'appropriation quand elles ne sont pas, ce que devait révéler le droit postérieur, elles-mêmes objet de propriété.

En des temps historiques où le droit civil entre simultanément dans le troisième millénaire et dans la post-modernité, l'atmosphère est à l'héritage. On découvre le caractère extraordinaire de l'aventure moderne et, dépositaires de l'un de ses plus grands monuments juridiques, on s'affaire à le conserver. On prend conscience de manière plus aiguë de la signification qu'a eue dans la modernité le mouvement de codification - le triomphe de la raison, de la nature et de l'esprit de système. Mais il n'est pas certain qu'on en perçoive bien la mesure. En s'activant à le rénover pour lui permettre d'affronter les défis du 21<sup>e</sup> siècle, on perd de vue sa dimension systémique. La raison en est, tout simplement, que l'on s'éloigne de l'esprit moderne et, peut-être même aussi, du caractère savant de notre système juridique <sup>(1)</sup>, faisant prévaloir pragmatisme et solutions sur le plaisir de construire et de regarder des grandes cathédrales. Après avoir affublé le code civil d'un insolite livre IV consacré aux dispositions applicables à Mayotte, on vient de créer un cinquième livre, qui s'intercale entre le troisième et le quatrième, consacré aux sûretés <sup>(2)</sup>, désormais détachées du livre III où elles avaient été logées par les fondateurs, oubliant que les sûretés sont aussi des manières d'acquérir.

Le plan du code n'est pas le produit du hasard. Il traduit la rencontre de l'esprit originel du droit civil, celui de la trilogie des personnes, des choses et des actions de Gaius, avec l'esprit des Lumières, qui fait culminer l'intérêt individuel à travers la perception subjective du droit. Cette deuxième dimension s'est traduite par la construction du code autour de l'idée de propriété. La deuxième partie de Gaius s'en est trouvée transmuée en un livre II intitulé « Des biens et des différentes modifications de la propriété » et la troisième est devenue l'imposant livre III qui traite « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ». L'omniprésence de la notion de propriété dans le code n'est pas un résidu de phraséologie révolutionnaire ni le souvenir d'un prurit passager de propriété. Elle est le produit de l'art législatif légendaire des membres de la commission du gouvernement du Consulat, dont on connaît l'esprit modéré. Les travaux préparatoires, dès la période intermédiaire, montrent que les codificateurs ont voulu construire un système autour de la propriété. Pour leur devancier, Cambacérès, l'ensemble de la loi civile repose sur la propriété ; il la voit jusque dans la capacité et dans la notion de personne <sup>(3)</sup>. On retrouve chez les rédacteurs du code, comme chez les parlementaires qui en ont débattu <sup>(4)</sup> l'idée que l'ensemble du code est consacré à l'exercice de la propriété. Portalis s'excuse du laconisme des dispositions que le code consacre à la propriété, s'agissant d'une matière aussi importante, en se justifiant par le fait que l'ensemble du code est consacré à l'exercice de la propriété, y compris les personnes <sup>(5)</sup>. Pour lui, la propriété fait partie de la constitution de la personne même et détermine ses relations

extérieures (6). Les éditeurs des travaux du code civil se sont fait l'écho de ce leitmotiv (7). La propriété ne se réduit donc pas aux prérogatives que l'on peut avoir sur les biens, elle est à la base du statut personnel et de l'activité juridique. C'est la raison pour laquelle le code range les successions, les contrats, les obligations, les sûretés, l'adjudication et la prescription parmi les manières d'acquérir la propriété.

Cette approche n'est pas fortuite ni dépourvue de sens. Elle signifie que la propriété est la clé des rapports de droit privé. S'il est vrai que le code a concilié et consolidé plus qu'il n'a bouleversé, il ne faut pas minimiser l'ampleur de son apport aux fondements du droit. On n'a pas, encore aujourd'hui, pris la pleine mesure de la rupture qu'il a provoquée dans ce domaine, rupture qui, par sa profondeur, peut, semble-t-il, avoir la prétention, à elle seule, de résumer la pensée juridique moderne. En refondant l'ordre civil, le code a, dans un double mouvement, rapproché les biens des personnes et les personnes des biens, agissant, ce faisant, sur la définition de ces deux notions de base et réformant la conceptualisation des relations qui s'établissent entre ces deux pôles.

Le code a rapproché les biens des personnes en unifiant la propriété et en uniformisant les biens. Il a supprimé la propriété divisée de l'ancien droit et sa distinction des différents types de domaines, conservant une propriété unique, de type romain et la protégeant contre tout risque de démultiplication par un régime des biens d'ordre public (prohibition des servitudes personnelles, limitations du nombre et de la durée des droits réels, etc.). Il a, parallèlement, supprimé l'infinie variété des statuts des biens, la cantonnant à l'irréductible (en ces temps) *summa divisio*, balayant les distinctions basées sur les critères de classe (noble/roturier) ou de famille (propres/conquêts). La simplification qui est résultée de ces bouleversements a eu une vertu heuristique : elle a fait découvrir que la propriété restaurée par les codificateurs est la même chez tous les sujets, qu'elle fait partie de l'homme, non seulement de sa nature, mais aussi de sa structure juridique, la personne. Cette révélation, qui a mis du temps à venir à la conscience de la postérité, recevait le puissant renfort du paradigme antique honoré par le code : en son temps, la propriété romaine, déjà, ne se distinguait pas de la personne.

Le code a rapproché les personnes des biens. Il l'a fait tout d'abord en achevant l'uniformisation des statuts personnels. Il n'y a plus, dans l'ordre qu'il a créé, qu'une seule catégorie de personnes. Cette simplification est, elle aussi, heuristique ; la disparition de la diversité des catégories de personnes rend évident que la notion de personne trouve son sens et son utilité dans le pôle auquel on l'oppose, les choses. La suppression de la pluralité des successions et des masses de biens corrélatives rapproche la personne de ses biens : il apparaît clair, dès l'instant où la personne n'a plus qu'un patrimoine, que le patrimoine, considéré comme aptitude à l'avoir, entre dans la définition de la personne, découverte que fit dans les lignes du code avec l'avantage du recul de l'extranéité, un de ses premiers lecteurs, Zachariae (8).

Malgré les relais que cette révélation trouva en France, les interprètes nationaux n'ont pas pris la mesure de l'apport systémique du code. La théorie du patrimoine n'a pas été comprise en ce qu'elle était une lecture structuraliste du code civil repensant les rapports entre personne et choses. Il a fallu, par exemple, un regard étranger pour se poser la question essentielle de savoir si, en conférant à la propriété un caractère unitaire, le code civil français a maintenu l'unité de nature qui existait depuis les romanistes médiévaux entre propriété et droits réels (9). La doctrine a donné une lecture minimaliste de la propriété, sous l'influence de la tradition de l'ancien droit et du déclin de l'esprit philosophique. L'avènement des idées sociales n'a pas arrangé les choses dans ce domaine. Il a inspiré aux juristes, comme relai de la pensée commune, une méfiance à l'égard de la propriété, les publicistes s'évertuant à la minimiser et les privatistes à en souligner les limitations, oubliant que sa limitation participe de sa nature, au point qu'à l'ère de l'Etat providence, la propriété apparaissait comme le plus piteux des droits privés. La politisation de la propriété a aggravé l'opacité du message du code.

On connaît la suite de l'histoire.

L'injustice de ce destin a fini par être dénoncée à la faveur de l'effet de catharsis qu'a produit sur la société française la vague des nationalisations des années 1980, provoquant la constitutionnalisation du droit de propriété (10). Cette rupture a mis un terme au mythe de l'érosion et de la marginalisation du droit de propriété dans l'inconscient collectif des juristes et a permis au droit français de renouer avec ses fondations (11). Faisant céder les verrous qui paralysaient la vision juridique de la propriété, elle a facilité la prise de conscience de l'extension incessante de l'appropriation à des formes des plus inédites et des plus inattendues de biens et son aptitude à réserver les utilités les plus novatrices, retour des choses qui a dévoilé le contresens que constituaient les litanies funèbres sur le droit de propriété. Depuis lors, la prise de conscience du caractère fondamental et primordial de la propriété n'a cessé de croître, dans l'ordre interne, comme dans l'ordre européen, rendant de nouveau possible la compréhension du message du code. Cette occurrence arrive bien tard, mais l'on sait que les révolutionnaires français, qui sont à l'origine du code, sont souvent allés trop vite, trop loin ; il ne suffisait pas de deux siècles, on l'a vérifié dans de nombreux domaines, pour digérer et assimiler leurs audaces institutionnelles et en faire des prophéties. Il était temps cependant d'arriver à cette remise à niveau, car les affaires qui agitent les hommes n'attendent pas : elles convoquent de plus en plus la catégorie des biens et celle de la propriété, rendant utile, voire nécessaire une reconfiguration de ces notions.

Le message du code sur la propriété peut être décrypté à la lumière de la tradition dont il est l'aboutissement et des enjeux contemporains auxquels il a su si bien se préparer. La propriété est au cœur des fondements du droit parce qu'elle se confond avec les choses en même temps qu'elle structure les personnes autour d'elles. Cette partie du message se dégage du seul plan du code, à la lecture des intitulés des deux premiers livres. L'autre partie du message n'est pas accessible de plain-pied, mais se dégage de la logique de l'ouvrage : la propriété est aussi le contenu du droit subjectif, derrière lequel il lui arrive souvent d'avancer masquée, d'où le propos du troisième livre, qui fait de toute acquisition et donc de tout droit, une manière de devenir propriétaire.

La multiplicité des aspects de cette omniprésence ne signifie pas que ce dont il est question soit une simple philosophie, un esprit du droit civil, qu'on exprime, couramment à travers le concept informel d'appropriation. C'est bien à une notion technique que l'on a affaire, en dépit de sa généralité et de la grande étendue de son spectre, à une notion protéiforme. Deux notions de propriété sont nommées, celle qui désigne *les choses* et celle qui désigne *les droits*. La troisième, celle qui structure *la personne*, est, pour l'heure, en grande partie innommée, mais elle apparaît formellement à travers ses attributs, la jouissance et la disposition.

### Les choses

Dans sa genèse lexicographique, la propriété, avant de traduire un pouvoir, désigne la chose, prise en elle-même et abstraction faite de tout droit. L'expression « avoir une propriété » n'est pas si vulgaire qu'elle paraît ; elle résulte de l'emploi d'une notion juridique méconnue, qui est à l'origine même du mot propriété. Etymologiquement, propriété ne vient pas de *dominium* (domaine), terme qui se définit comme le pouvoir exclusif que l'on a sur une chose, mais de *proprietas*. Ce concept étymologique n'exprime rien d'autre que ce qui se dégage immédiatement de sa lettre : la qualité qu'a une chose d'être propre, comme la *salubritas*, désignait la qualité d'une chose d'être salubre ou le *fructus*, celle de produire des fruits. Pour autant, la *proprietas* n'apparaît que tardivement dans le langage juridique, bien après le domaine, ancêtre de notre droit de propriété ; elle n'arrive qu'à la fin de l'histoire romaine, sous Justinien, pour désigner le caractère propre de la chose. Comme Villey l'a bien montré dans ses travaux d'historien, les Romains se représentaient la chose comme une constellation d'éléments : les éléments périphériques étaient les différentes utilités de la chose, et notamment l'*usus* ainsi que le *fructus*, et le noyau était la chose envisagée en elle-même,

indépendamment de l'utilité qu'elle comporte, littéralement, sous le rapport de la qualité qu'elle a d'être propre <sup>12</sup>, d'où le mot *propriété*, bien loin du sens qu'il a aujourd'hui. Cette dissociation entre les différentes dimensions de la chose et l'opposition entre sa dimension utilitaire et sa dimension privative est évoquée dans le Digeste et les Institutes de Justinien pour désigner ce qu'il reste de la chose lorsque, grevée d'usufruit, elle est dissociée de ses satellites utilitaires ; la *proprietas* désignait ce que nous entendons aujourd'hui par nue-propriété, à cette différence près, différence importante, que la *proprietas* n'a jamais été un droit à Rome. C'est la chose elle-même que conservait le nu-propriétaire, nue de toute utilité, alors que l'usufruitier se voyait transférer la partie utilitaire de la chose : l'usufruitier avait le domaine de l'usufruit alors que le nu-propriétaire conservait le domaine de la propriété : le domaine, c'est un détail important pour comprendre la thèse évoquée dans la deuxième partie, remplissait alors la fonction que remplit aujourd'hui le droit subjectif.

Les romanistes médiévaux ont la responsabilité de la transformation de la propriété en un droit et de la marginalisation progressive du domaine, qui s'en est trouvé supplanté par elle. Ils ont, ce faisant, préparé l'avènement et le triomphe du droit subjectif dans la pensée juridique moderne, mais ils ont aussi provoqué l'oblitération de la dimension objective de la propriété, laquelle s'est étiolée progressivement. La notion objective de propriété existait encore au début des temps modernes, notamment chez les humanistes qui réfutent les déformations du droit savant médiéval <sup>13</sup> et sous la plume des jusnaturalistes, qu'elle dérange, parce qu'elle contredit leur vision subjectiviste du droit <sup>14</sup>. Elle était encore assez couramment utilisée au 18<sup>e</sup> siècle <sup>15</sup>, comme l'atteste sa mention dans l'Encyclopédie, et tout particulièrement dans le droit intermédiaire où on la retrouve dans de nombreux textes, notamment constitutionnels <sup>16</sup>. Mais au 19<sup>e</sup> siècle, alors que la doctrine allemande ne l'a pas oubliée, les interprètes du code civil l'ont, pour la plupart, ignorée, bien que le code l'utilise comme, par exemple à l'article 545, qui dispose que nul ne peut être contraint de céder sa *propriété* si ce n'est pour cause d'utilité publique ou à l'article 2167, qui évoque le fait de purger sa propriété de ses inscriptions hypothécaires, ou encore pour désigner le fonds en matière de servitude <sup>17</sup>. Toullier en fait état en distinguant de manière limpide domaine et propriété, mais n'en tire aucune conséquence dans la suite de son enseignement <sup>18</sup>. Depuis lors, elle est pratiquement tombée dans l'oubli. Deux penseurs majeurs lui ont rendu justice, mais sans grand succès. Duguit l'a utilisée au service de son entreprise normativiste de déconstruction du droit subjectif en soutenant que la propriété n'est pas un droit mais une chose, qu'elle est une situation juridique objective constituée d'impératifs lui assignant une fonction sociale <sup>19</sup>. Villey l'a réhabilitée en exhumant la distinction romaine oubliée du *dominium* et de la *proprietas*, non sans l'arrière pensée, lui aussi, de pourfendre le droit subjectif <sup>20</sup>.

Si l'on laisse de côté ces récurrences d'inspiration peu ou prou partisans, on ne peut pas continuer à ignorer le rôle que joue dans le droit civil la propriété objective. Cette notion a une importance qui dépasse de beaucoup la question de l'usufruit. Il suffit, pour s'en convaincre, de songer au transfert de propriété, dont la compréhension a été faussée par les schémas médiévaux au profit d'une apocryphe notion de transfert du droit de propriété. Le transfert de propriété désigne le transfert de la chose elle-même, dans ce qu'elle a d'essentiel, sa qualité d'être propre, par opposition au transfert des utilités. La propriété n'est pas ici une forme particulière de bien faisant l'objet d'une transmission, mais le titre auquel un bien quelconque est livré à une personne : comme on le répète inlassablement depuis les origines romaines, une chose est de transférer la propriété, autre chose est de transférer la jouissance : dans un cas, c'est le bien lui-même qui est transmis, dans l'autre, c'est seulement son utilité. La notion de droit de propriété est rigoureusement étrangère à cette logique, comme le montre l'article 2182 du code civil, qui énonce que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété *et les droits* qu'il avait lui-même sur la chose vendue. Si la propriété transférée avait été un droit, le code se serait borné à prévoir que le vendeur ne transmet que les droits qu'il a. La propriété transmise, dans ce texte, c'est la chose vendue, les droits sont des accessoires de cette chose. Contrairement à ses interprètes, le code ne confond pas la propriété et le droit de propriété.

La nécessité de faire cette distinction est encore plus évidente lorsque l'acquisition a lieu à cause de mort. Le code, dans sa rédaction initiale comme dans celle résultant des textes postérieurs, prend soin de distinguer, en la matière, selon que l'acquisition se fait en propriété ou en usufruit, comme, par exemple à l'article 757, qui définit les droits successoraux du conjoint survivant ou à l'article 1094-1, qui aménage une quotité disponible spéciale entre époux. Cette manière de s'exprimer ne signifie pas que, seuls, des droits de propriété ou des droits d'usufruit sont transmis, ce qui serait absurde, mais, selon les cas, que des biens sont acquis en eux-mêmes ou qu'un simple droit de jouissance sur ces biens est accordé.

La notion objective de propriété persiste également à travers l'utilisation que l'on fait du mot propriété au pluriel pour désigner des biens de toute nature. C'est dans ce sens que l'on emploie couramment aujourd'hui l'expression propriétés incorporelles. Cette terminologie ajoute peu à ce qu'exprime le mot biens. Elle met l'accent sur la dimension privative des biens, laquelle est déjà incluse dans leur définition. Mais il n'est pas indifférent de nommer de la sorte les biens ; cela permet de restituer le caractère universel de l'appropriation, au rebours de la conception étriquée du droit de propriété qu'a retenue la tradition. Il y a là un procédé didactique qui permet d'avoir présent à l'esprit le principe qui veut que tout bien est soumis au régime de la propriété et pas seulement les biens corporels, rappel qui est loin d'être superflu. C'est cette approche qu'a adoptée inconsciemment le Conseil constitutionnel dans sa décision sur les nationalisations. Pour justifier la limitation de leur étendue, il a considéré que les nationalisations ne doivent pas trop restreindre le champ de la propriété privée sous peine de violer le principe constitutionnel assignant comme but à la société le droit de propriété : trop de nationalisation réduit le nombre des propriétés privées dans des proportions qui compromettent leur hégémonie de principe. Manifestement, ce n'était pas *le droit* de propriété qui était menacé par une campagne de nationalisation, mais *les propriétés* 📖(21).

Dans une approche plus fine, que j'ai retenue dans mon enseignement, l'acception objective de la propriété permet de désigner et de regrouper non pas tous les biens, mais seulement ceux qui ne sont pas des droits incorporels et, par là même, d'enrichir la distinction des biens. La *proprietas* avait ceci de particulier, en droit romain, qu'elle était, contrairement aux autres éléments constituant la chose, insusceptible de se transformer en un droit. Lorsqu'un usufruit était constitué sur un bien, les utilités de la chose étaient cédées à un tiers sous la forme de l'octroi d'un droit sur la chose d'autrui. En revanche, le nu-propriétaire ne recueillait aucun droit, il n'avait que le domaine de sa propriété, ce que tout le monde pouvait prétendre avoir sur son bien quel qu'il soit. De cette différence essentielle se dégage l'idée qu'il existe deux formes de biens, ceux qui consistent en un droit et ceux qui ne sont pas des droits, les droits incorporels et les autres. Le propriétaire d'un corps possède un bien qui n'est pas un droit, mais une chose à l'état pur. C'est cette chose que l'on pouvait appeler une *proprietas* et que l'on peut appeler aujourd'hui une propriété. Le titulaire du droit sur la chose d'autrui, quant à lui, n'est pas propriétaire de la chose, mais seulement du droit qui porte sur elle, il possède un *jus*, un droit incorporel, non pas une propriété. Cette opposition entre le fait d'avoir la propriété et celui d'avoir un droit transparaissait à Rome dans le binôme *dominium in re propria, jus in re aliena* 📖(22), binôme dont le souvenir est conservé par l'article 2182 du code civil et par l'article 34 de la Constitution. Les Romains ont, en outre, restitué cette distinction des biens juridiques et des biens non juridiques à travers leur célèbre opposition des choses corporelles et des choses incorporelles, les choses incorporelles étant, comme le disait Gaius, des biens qui ont une consistance juridique, alors que les *res corporales*, qui n'en ont pas, peuvent être touchées. Il ne reste plus qu'à enrichir cette vénérable articulation en dépassant le rudimentaire critère tactile qui ne sied plus aux exigences de la société de l'immatériel. Ce ne sont plus seulement les propriétés corporelles qui s'opposent aujourd'hui aux droits incorporels, mais également les propriétés incorporelles, lesquelles ne sont, en vérité, pas plus des droits que ne le sont les propriétés corporelles.

La distinction des propriétés et des droits incorporels n'a pas pour seul mérite d'enrichir la distinction un peu grossière des biens corporels et des biens incorporels, elle a aussi des prolongements techniques. Il existe un corps de règles commun aux droits incorporels qui ne s'applique pas aux propriétés incorporelles. Il s'agit du chapitre du code civil consacré au transport des créances et droits incorporels, corps de règles qui s'applique, outre les créances, aux droits d'associé et aux droits réels sur la chose d'autrui. Les droits incorporels sont des biens dont la tradition s'effectue par la remise du titre et par la signification ; leur abandon provoque leur extinction et ils sont susceptibles de prescription extinctive, régime étranger aux propriétés corporelles ou incorporelles.

Il ne fait pas de doute que la propriété objective, si elle était moins négligée, pourrait servir à un enrichissement de la distinction des biens et à un affinement des notions fondamentales qui en dépendent. Sa disgrâce est largement imputable au triomphe de l'acception subjective du mot propriété.

### Les droits

Le concept au moyen duquel on traduisait, à l'origine, le pouvoir exclusif qu'une personne a sur une chose n'était pas la propriété, dont on vient de voir qu'elle désignait la chose elle-même, mais le domaine. Le *dominium* n'était pas considérée par le droit romain comme un bien ni comme un droit, mais comme une puissance (23) et donc un pouvoir éminemment subjectif, indissociable du sujet (24). Il avait un champ illimité qui incluait toutes les formes de biens et pas seulement les choses corporelles. Il n'est donc pas incorrect, contrairement à ce qu'enseignent les auteurs les plus classiques, de parler aujourd'hui de la propriété d'un droit ou d'une oeuvre, ou encore d'une universalité : rien n'est plus romain, si, du moins, l'on admet que notre droit de propriété est l'héritier du domaine romain. Le droit de propriété que nous a légué le droit savant médiéval est, il est vrai, très éloigné du *dominium*. Il ressemble à un avatar de la qualité propre de la chose évoquée plus haut, une chose que l'on aurait artificiellement transformée en un droit. On est passé de la propriété au droit de propriété, mais on a, ce faisant, oublié le domaine. La raison de cette mystérieuse interversion semble être politique : les juristes modernes se sont attachés à légitimer la perte de substance de la propriété des seigneurs et ont substitué, pour y parvenir, la propriété du tenancier au domaine du seigneur, marginalisant, au profit du « droit » de propriété la notion de domaine (25), dont la disparition se fait aujourd'hui cruellement sentir.

Mais le domaine a-t-il vraiment disparu ? Si l'on en croit les fondateurs de l'école du droit naturel moderne, il serait toujours là, il emprunterait les traits du droit subjectif (26). Grotius, fondateur de l'école du droit naturel moderne, l'a affirmé en se proposant de *remplacer l'idée romaine d'appropriation, le suum, par le droit subjectif* (étant précisé que le « sien » est un substitut du *dominium*, à Rome). Il ne fait pas mystère, en note, de l'assimilation du droit subjectif au *dominium* et le présente expressément comme une prérogative attachée à la personne, caractéristique du *dominium* (27). L'analyse du droit subjectif comme une puissance était, à l'époque, courante (28).

C'est cette hypothèse d'une réincarnation du domaine dans le droit subjectif que je me suis employé à vérifier positivement.

La théorie contemporaine du droit subjectif va dans ce sens ; après avoir dérivé entre volonté et intérêt, la prérogative du sujet de droit est aujourd'hui définie à l'aide des concepts de la propriété : exclusivité, disposition, appartenance, maîtrise, etc. (29). Ce qui lui manque, c'est le modèle technique du *dominium*. On ne peut certes pas analyser le droit subjectif comme une puissance, mais rien ne s'oppose à la perspective de se le représenter, à l'instar du domaine, comme une prérogative attachée à la personne : n'est-ce pas la caractéristique même du droit subjectif que d'être propre au sujet ? Ce que l'on ne peut pas retrouver dans le droit subjectif, c'est l'unicité du domaine, caractéristique qui a succombé à l'épreuve de la pensée moderne : il y a autant de droits subjectifs que de biens. Mais cette perte de

substance n'empêche pas le domaine de conserver la totalité de ses autres caractères et de son régime sous les traits du droit subjectif.

Si la mission assignée au droit subjectif par Grotius a été oubliée, la nature des institutions n'en a pas moins repris ses droits. Après l'oubli des racines dominitaires du droit subjectif et un siècle et demi de tâtonnements entre pouvoir de la volonté et intérêt juridiquement protégé, un mouvement général de rapprochement de la propriété et du droit subjectif s'est amorcé. Maints auteurs ont, au cours du siècle précédent, redécouvert intuitivement le rôle de la propriété ou de notions voisines, comme l'appropriation, dans la structure du droit subjectif, ou encore, sans référence explicite à la propriété, ont trouvé dans le droit subjectif les traits caractéristiques de la propriété. Ripert rappelait que la justice consiste à donner à chacun le sien et en déduisait que l'exclusivité est le caractère essentiel de tout droit subjectif<sup>30</sup>. On retrouve, quelques décennies plus tard, cette idée dans le traité de Jacques Ghestin<sup>31</sup>. Le doyen Roubier a, quant à lui, mis l'accent sur la présence, dans le droit subjectif, de l'autre versant de la propriété, le pouvoir de disposer : est, à ses yeux, un droit subjectif, toute prérogative dont il est possible de disposer, en quelque sorte comme si, mais sans le dire pour autant, tous les droits subjectifs étaient des droits de propriété.

Capitant semble avoir été le premier à franchir le pas, à prononcer timidement le mot qui est sur le bout des lèvres de tous ces auteurs. Il a affirmé que les droits privés « comportent une *appropriation* », qu'ils « constituent pour leur titulaire un avantage spécialement réservé dont l'usage est exclusif de celui des tiers »<sup>32</sup>. Cette manière de prononcer le mot sans le dire a fait école. Jean Dabin, avec son célèbre essai sur le droit subjectif<sup>33</sup>, a recherché l'essence de cette notion dans les attributs de la propriété, savoir l'exclusivité et la disposition, qu'il rebaptise appartenance et maîtrise. Il retrouve ces attributs dans tout droit subjectif, dans lequel il voit le fait pour un objet d'appartenir à un sujet et définit cet objet de la manière la plus large qui soit : choses immatérielles autant que matérielles, attributs personnels, libertés, prestations dues par autrui, etc. Il y a, dans cette théorie fameuse du droit subjectif, une intuition très forte, à laquelle il manquait, pour passer de l'essai philosophique à la construction juridique, la redécouverte de la tradition. C'est dans la tradition que gisait le moyen de fonder techniquement les liens entre propriété et droit subjectif en même temps qu'elle permettait de les asseoir solidement.

Pour arriver à cette découverte, il fallait faire la constatation élémentaire, proche de celle de Roubier<sup>34</sup>, que tous les droits patrimoniaux et pas uniquement les droits de propriété sont soumis au régime des biens, qu'ils se transmettent, s'aliènent, sont susceptibles de possession et se prescrivent, fait qui suggère, à première vue, que tous les droits sont des biens, ce qui a d'ailleurs fini par être admis, et donc qu'ils sont, du moins lexicalement, des objets de propriété. Le constat de cette difficulté n'a rien d'une découverte. Planiol a lancé l'idée, qui eut un certain succès et qui est encore enseignée par certains auteurs, que la faculté d'aliéner n'est pas propre au droit de propriété, mais constitue une faculté spéciale, celle de céder son droit<sup>35</sup>, sans préciser cependant si cette faculté est incluse dans le lien unissant le sujet à son droit ou dans la personnalité juridique. L'évolution de la doctrine française que traduit cette contribution fut timide par rapport aux doctrines allemande et italienne, lesquelles, davantage sensibles à cette difficulté, ont résolument extrait le pouvoir de disposition du droit de propriété et l'ont inclus dans la personnalité juridique<sup>36</sup>.

Une autre explication pouvait être donnée de la force paradigmatique du droit de propriété à l'égard des autres droits patrimoniaux, c'était de faire de tous ces droits des droits de propriété. Ce tour de force a été réalisé par Ginossar, qui a reconstruit l'ensemble des droits patrimoniaux en un système cohérent<sup>37</sup>. Son point de départ est la distinction romaine des choses en corporelles et incorporelles et, en cela, l'apport qui est le sien apparaît essentiel : il est qu'il n'y a pas dans le patrimoine que des droits patrimoniaux ; on y trouve à la fois des choses corporelles et des droits. Ces éléments ont en commun d'être des objets de propriété, ce qui explique qu'ils soient tous soumis au régime des biens. Il

restait à expliquer pourquoi les droits incorporels, contrairement aux choses corporelles, n'apparaissent pas, eux aussi, comme des droits de propriété. Ginossar surmonte cet obstacle avec habileté. Il explique l'élosion du droit de propriété par la tendance structurelle de ce droit à être psychologiquement confondu avec son objet : de la même manière que le propriétaire parle de sa maison, le créancier parle de son droit de créance sans que ni l'un ni l'autre ne mentionne l'existence du droit de propriété qu'ils exercent sur leur bien, lequel se trouve oblitéré par pur effet de langage.

Cet apport est essentiel pour la compréhension du concept de propriété. Il permet de prendre conscience que tous les biens ne sont pas des droits et que le droit qui porte sur les biens corporels est celui-là même qui porte sur les droits incorporels. Une imperfection s'attache cependant à ce système, qui est la superposition de droits de même nature dans le cas des droits incorporels : il n'est pas satisfaisant de se représenter le créancier comme ayant deux biens, incorporés l'un dans l'autre en quelque sorte, un droit de propriété et un droit de créance. L'idée que le pouvoir de disposition est extérieur aux biens est plus élégante. Mais pourquoi réduire ce pouvoir extérieur à un droit de disposer, comme l'on fait Planiol et une partie de la doctrine étrangère, droit, au surplus, dont la nature demeure indéfinie ? Quel obstacle s'oppose au rattachement de ce pouvoir à la propriété considérée comme une prérogative extérieure aux biens et les transcendant tous ? Certes, la qualification de propriété apparaît inélégante dans la construction de Ginossar, par la redondance qu'elle entraîne, mais il n'est pas sûr qu'il faille l'abandonner, car elle a le mérite d'exister. Son imperfection provient peut-être du fait que cet auteur n'a pas été assez audacieux dans sa reconstruction, qu'il a hésité à s'attaquer à la nature juridique de la propriété, à remettre en question le postulat que le droit de propriété est un bien.

C'est cette remise en question qui m'a permis à la fois d'aller plus loin tout en enracinant la reconstruction que tous ces auteurs ont préparée dans des fondations historiques lui conférant la légitimité de la tradition et d'aller à la rencontre de la place que semble assigner le code civil à la propriété parmi les fondements du droit privé.

La tradition immémoriale dont procède le droit de propriété a occulté un trait majeur de son ancêtre, le *dominium*. Le domaine n'est pas un droit mais une puissance, prérogative par nature attachée à la personne : par conséquent, ce sont les choses qui sont transmises, pas le domaine, lequel, se trouvant à un niveau supérieur, les transcende toutes et leur donne leur caractère de biens. L'explication gisait là, telle un palimpseste, qui ne demandait qu'à revoir la lumière : les biens ne sont pas tous des droits mais tantôt des choses corporelles, tantôt des droits réifiés ; leur qualité de biens tout comme leur régime s'explique par le fait qu'ils sont des objets de domaine.

Comment expliquer qu'en substituant le droit de propriété au domaine, la pensée juridique moderne a oublié les caractères du domaine au point de conférer au droit de propriété une nature contraire à celle de son devancier ?

Quelques travaux historiques parcellaires apportent une réponse à cette question. La mutation féodale a consisté, comme l'a montré Meynial, à confondre le domaine et certains de ses objets, les droits réels (38). Il est possible d'avancer, sur cette base, qu'il s'en est suivi une espèce d'hybridation : d'une part le domaine est devenu un bien, perdant sa nature de puissance, et d'autre part les droits réels, qui n'étaient auparavant que des choses lui ont emprunté sa dimension de pouvoir, ce qui a peut-être été un événement décisif dans la généalogie du droit subjectif. Le domaine étant désormais un droit, il n'avait plus de vocation à porter sur d'autres droits ; le domaine des droits est devenu, pour cette raison, une expression impropre, concluait Bartole. D'où l'idée, promue par le même Bartole, que le domaine et tous les autres droits réels qui, selon lui, en procédaient, ont un objet corporel (39). Les bartolistes n'ont pas totalement liquidé le domaine des droits, le vrai domaine, qu'ils ne pouvaient ignorer, car il était dans les textes romains, mais ils l'ont marginalisé, laissant à la postérité le soin de l'oublier.

On comprend maintenant le sens du projet de Grotius de faire du droit subjectif le successeur du *dominium* : Grotius est le continuateur (éclairé) de Bartole, il pense que les droits, dès lors qu'ils sont conçus comme des pouvoirs, permettent de traduire chacun le domaine, d'autant que Bartole assimile explicitement chaque droit à un domaine. Là où le bartolisme a légué sa théorie des biens, dans tous les pays de droit civil, le droit subjectif l'a ainsi emporté sur le domaine. Il est significatif que cette substitution ne se soit pas produite dans la *common law*, qui, au contraire, n'a pas subi l'influence romaniste<sup>1</sup>(40). Les pays de droit civil ont cultivé le droit subjectif en l'organisant dans des classifications rationnelles et en perdant de vue qu'il était, dans l'esprit de ses promoteurs, une puissance. Cet oubli a fait que les droits subjectifs ont fini par devenir des biens sans que l'on soit en mesure de conceptualiser leur rattachement au sujet.

Remédier à cette imperfection ne passe pas par un retour pur et simple aux sources romaines et par une méconnaissance des données anthropologiques de l'évolution du droit. Plutôt que de faire table rase du droit subjectif, il convient de mettre en perspective les constructions modernes pour mieux les comprendre et les inscrire dans un *continuum* de la pensée juridique, bref pour réaliser enfin le projet de Grotius.

Le concept romain d'origine n'a pas été totalement oublié. En témoigne le code civil. Toullier, qui fut l'un de ses premiers interprètes, convoque la conception originelle du domaine dont il trouve la lecture éclairante pour l'interprétation du code<sup>2</sup>(41). Cela confirme que cet ouvrage recèle un sens implicite de la propriété en rupture avec la doctrine de l'ancien droit, probablement imputable à l'apport du droit intermédiaire. Toullier, il est vrai, se conforme à la doctrine couramment enseignée sous l'ancien droit et ne tente pas de défendre la conception pure du domaine romain. Proudhon retient la même interprétation ; il voit dans le droit de propriété du code une puissance pérennisant le domaine romain, mais adopte aussi, finalement, l'opinion commune<sup>3</sup>(42). La raison probable de l'hésitation de ces auteurs avertis est qu'ils ont considéré que la conception romaine de la propriété s'articule mal avec l'architecture du droit subjectif. Il n'est cependant pas certain que ces deux traditions soient inconciliables, car les révolutionnaires et les codificateurs ont voulu, dans ce domaine, revenir au droit romain.

Il est possible de donner un sens à l'omniprésence de la propriété dans le code et de conceptualiser la rupture qu'il a consommée dans la vision de la propriété issue de l'ancien droit. Il suffit pour cela de retrouver la puissance qui sommeille dans tous les droits subjectifs, en prenant à la lettre leur caractère subjectif et en cessant de les considérer comme des biens, seul leur objet pouvant être considéré comme tel. Les droits sont tous attachés à la personne, comme l'était le *dominium* ; ils ne s'en différencient, tribut payé à la modernité, que par leur pluralité : les biens ne sont pas rattachés au sujet par une puissance unique, comme ils l'étaient à Rome, mais par des liens individualisés, les droits subjectifs. Chacun de ces droits contient les attributs du domaine et permet au sujet à la fois d'affirmer son monopole et d'exercer le pouvoir de disposition, qu'il n'est pas besoin de loger dans la personnalité juridique pour justifier qu'il s'exerce sur tous les biens. Le domaine n'a donc pas disparu en étant remplacé par le droit de propriété, il s'est simplement démultiplié.

Son objet n'a pas changé. Il consiste toujours à la fois dans les choses corporelles, auxquelles il faut rajouter les propriétés incorporelles, et dans des droits incorporels, qui n'ont évidemment pas la même nature que les droits subjectifs. Il convient de réhabiliter la qualité de chose qu'avaient ces droits à Rome, qualité exempte de toute considération subjective et de toute notion de pouvoir. L'obligation ou la servitude, qui en sont les meilleurs exemples, ne sont pas des pouvoirs mais, comme le suggère leur connotation passive, des rapports juridiques objectifs entre deux personnes que le droit a réifiés pour en faciliter le commerce. Etrangers au schéma de la propriété qui caractérise le droit subjectif, ils semblent plutôt participer de la technique de l'obligation<sup>4</sup>(43), qui apparaît comme un paradigme pour tous les droits incorporels.

Cette construction permet d'éviter l'aporie rencontrée plus haut de la dualité de biens à laquelle conduit la théorie de la propriété des droits (le créancier possède à la fois une créance et un droit de propriété). Elle la surmonte grâce à la parenté qu'elle met en évidence entre le droit subjectif et le domaine. Si elle implique aussi une situation de droit sur droit, les droits superposés n'ont pas, pour autant, la même nature, l'un étant une chose (le droit incorporel), l'autre une puissance (le droit subjectif). Cela permet à l'un de porter harmonieusement sur l'autre et à l'anomalie que constituait le fait d'avoir deux biens en un seul de disparaître. En prime, cette lecture permet une synthèse des traditions romaine et romaniste-médiévale dont est issu le droit civil et ménage la continuité des constructions savantes.

L'abandon de la figure originelle du *dominium* présente cependant un inconvénient. En le remplaçant par le droit subjectif, on oublie qu'il ne traduisait pas seulement les liens de la personne avec ses biens, mais aussi, d'une certaine manière, la personnalité juridique. En vérité, cette dimension n'a pas disparu ; elle persiste dans la notion même de personne.

### Les personnes

Loin d'être étrangère à la notion juridique de personne, comme on pourrait le penser à première vue, la propriété a aussi partie liée avec cet autre concept de base qu'est l'antonyme des choses Mieux, sa place y est centrale. Elle investit la notion de personne sous tous ses aspects ; depuis toujours au coeur de la personne-sujet - la personnalité juridique - elle émerge à présent comme clé d'analyse de la personne objet de droit - la personne humaine. Pôle de rattachement et point de départ du droit subjectif dans le premier cas, elle a une parenté avec lui, mais sans redondance, car sa nature est différente : la propriété se confond ici avec la catégorie du sujet. Dans la personne humaine, en revanche, elle n'a pas une nature distincte du droit subjectif, identité qui apparaît, dans ce domaine, flagrante et d'une remarquable force explicative.

### La personnalité juridique

En suggérant que la propriété a sa place dans la théorie des personnes, Cambacères et Portalis se situent une fois de plus dans la tradition romaine <sup>1604</sup>(44). Le *dominium* était plus qu'un lien entre les personnes et les choses ; c'était une partie de la personne. Il n'y avait, dans chaque personne, qu'un seul domaine pour toutes les choses lui appartenant lesquelles venaient se placer sous l'empire de cette puissance. Le code civil en rend compte de manière explicite à l'article 1604 <sup>1604</sup>(45). Cet aspect ne fait que traduire la structure du domaine envisagé comme pouvoir sur les choses. Le *dominium* était plus que cela ; il participait, en outre, du statut personnel, du droit de cité, que toute personne n'avait pas nécessairement. Seuls les citoyens romains avaient le *dominium* parce que celui-ci procédait du droit de cité (d'où son appellation de *dominium ex jure quiritium*) qui leur était réservé <sup>1604</sup>(46). Cet élément du statut personnel incluait notamment le *commercium*, aptitude à l'acte juridique et en particulier aux aliénations. Pour autant, les Romains n'ont pas précisé la place que le domaine occupait dans la structure de la personne. La raison en est qu'ils ignoraient la notion de personnalité juridique, création moderne.

En exprimant la subjectivité juridique à travers les droits, le droit moderne a occulté les relations existant entre la propriété et la qualité de sujet de droit. Cependant, la théorie des personnes morales permet de retrouver la corrélation entre propriété et personne qu'avait instituée le *dominium* en tant que capacité.

Ce ne sont pas les Romains qui ont inventé les personnes morales ; toutefois, ce qui en tient lieu chez eux est révélateur du rôle de la propriété dans la constitution de masses de biens indépendantes des êtres humains. Par sa

grande fresque consacrée à la personnalité juridique, Saleilles a montré, avec l'aide des romanistes allemands, comment, à Rome, la corporation s'est dégagée de ses membres comme pôle de rattachement de leurs intérêts <sup>1</sup>(47). L'étude de cette oeuvre permet de découvrir le secret des relations existant entre personnalité et propriété. Au départ, le groupement n'avait pas d'autonomie juridique par rapport à ses membres, lesquels étaient copropriétaires des biens qui lui étaient affectés, mais ces biens jouissaient d'une certaine autonomie par rapport à leurs copropriétaires. Ils étaient administrés par des gérants et ne pouvaient pas être partagés, les copropriétaires ayant seulement la faculté d'obtenir l'équivalent de leur part en se retirant. Allant jusqu'au bout de cette logique, le droit romain tardif a fini par concevoir l'autonomie patrimoniale des corporations sous l'influence du modèle des cités et de l'Etat, mais l'idée ne lui vint pas de formuler cette autonomie en termes de personnalité, il a, simplement et pragmatiquement, raisonné en termes de propriété : *les biens communs se sont mis à appartenir à la corporation elle-même au lieu de ses membres* <sup>2</sup>(48). Cette mutation ne se réduisait pas à consacrer en droit une autonomie qui existait déjà dans les faits ; la reconnaissance à la corporation de la qualité de propriétaire au détriment des copropriétaires s'est accompagnée de la reconnaissance à son profit du pouvoir de faire des actes juridiques et d'exercer des actions en justice pour elle-même. Son existence juridique autonome était suffisamment forte pour lui permettre de continuer quand le groupement se réduisait à un seul membre. Il est clair que ce que nous désignons (et que les historiens désignent aussi sous l'influence du droit d'aujourd'hui) par les concepts abstraits de personnalité juridique et de patrimoine était alors très prosaïquement l'aptitude à être propriétaire. Créer une corporation, ou ce qu'on appellera, vers la fin de l'histoire juridique de Rome, une universalité, ce n'était pas créer une personne mais créer une entité d'appropriation séparée <sup>3</sup>(49). Le concept de personne ne viendra que bien plus tard, avec beaucoup de mérite sur le plan technique, mais avec l'inconvénient d'oblitérer le fondement véritable des masses de biens autonomes, qui n'est autre que la propriété.

Ce sont les romanistes médiévaux qui ont inventé les personnes morales. A une époque où la vie communautaire était très développée, on a voulu donner aux biens de certaines collectivités religieuses une autonomie par rapport à leurs membres que la copropriété ne permettait pas. Le processus fut voisin de celui qui a permis au droit romain d'atteindre ce résultat, mais pas avec les mêmes concepts. Les canonistes ont imaginé de donner aux corporations la qualité de personne de manière à protéger leur patrimoine en le rendant étranger à celui des copropriétaires <sup>4</sup>(50). Ils ont, pour cela, en s'appuyant sur les textes romains qui présentaient les corporations comme *l'équivalent* des personnes, franchi le pas en les qualifiant de personnes. Ils ont fait de même pour les universalités, dont les romanistes ont construit une théorie. Cette personnification n'était pas, dans leur esprit, une fiction, comme l'a montré Saleilles, mais, au contraire, une manière de restituer la réalité : les canonistes considéraient que la collectivité est tellement unifiée qu'elle constitue une forme d'organisme, *primo sensu*, un corpus, comme l'indiquent d'ailleurs les textes romains. Sans doute cette personne n'était-elle qu'un mot, mais cela n'enlevait rien à la force de la personnification pour la scolastique qui, sous l'influence du nominalisme, considérait qu'il n'existe pas d'autre réalité que celle que nous nous représentons par les concepts. C'était donc bel et bien la personne nominale ou « représentée » (celle que l'on se représente), au sens de reproduite par la parole (on ne parlait pas encore de personne morale), qui était propriétaire des biens, pas une simple allégorie.

L'héritage romain et romaniste est remarquablement résumé à l'époque moderne par Domat, qui, après avoir affirmé que les communautés « sont considérées comme *tenant lieu de personne*... à cause qu'elles ont leurs biens, leurs affaires, leurs droits, leurs charges et leurs privilèges, comme les particuliers » <sup>5</sup>(51), ajoute que « les biens et les droits d'un corps en communauté appartiennent tellement *au corps* qu'aucun des particuliers qui le composent n'y a aucun *droit de propriété* et n'en peut en *disposer* en rien » <sup>6</sup>(52). Ces quelques mots résument les liens qui existent entre propriété et personnalité juridique : être une personne, c'est tout simplement avoir la faculté de posséder.

L'acte de naissance de la personnalité juridique montre clairement que cette notion a été conçue sous le sceau de la

propriété : il fallait faire échapper des biens à l'emprise de personnes qui, *a priori*, en étaient les propriétaires. Pour y parvenir, on n'a pas trouvé mieux que de créer une personne, mais on sait que le droit comparé et la théorie juridique ont permis de prendre conscience que ce n'est pas la seule manière de le faire. Ce raisonnement fondateur n'en a pas moins fait florès dans tous les pays de droit civil, où la personnalité juridique est, depuis lors, perçue et inlassablement utilisée comme une technique d'appropriation séparée.

Les canonistes ont-ils, en inventant la personnalité pour conceptualiser la propriété, découvert autre chose que la nature des personnes morales ? Autrement dit, leur raisonnement vaut-il pour les personnes physiques ? On pourrait penser, en lisant Savigny, que la propriété permet avant tout d'expliquer ce que l'on appelle aujourd'hui (avec peu de bonheur) la personnalité morale (53). Mais on ne peut plus le penser depuis Aubry et Rau, lesquels ont appliqué aux personnes en général la théorie romaniste des universalités, dont on a vu qu'elle est indissociable de la théorie médiévale des personnes morales. Selon eux, la qualité de sujet de droit est constituée par une universalité virtuelle appropriante ; tout sujet est personne en ce qu'il est apte à la propriété, la personne est ce cadre structurel de l'appropriation (54). Ils définissent sans détour le patrimoine, dans lequel ils voient la personnalité juridique, comme une forme de droit de propriété (55). L'analyse est particulièrement nette chez Zachariae, qui n'hésite pas à démultiplier la personnalité dans les hypothèses exceptionnelles où la loi institue des patrimoines d'affectation liés à une qualité personnelle (56). La thèse de Zachariae, Aubry et Rau est tellement puissante que l'esprit juridique parvient difficilement, aujourd'hui, à concevoir une masse de biens sans une personne. Au-delà du fait qu'Aubry et Rau ont été marqués par la pensée subjectiviste et volontariste de leur temps, il y a, sous-jacente à leur théorie, une vérité immanente, qui est que la personnalité juridique est fondamentalement l'aptitude à la propriété. C'est probablement cela qui fait que leur thèse a eu tant de succès et qu'elle résiste au temps (57).

Comme eux, les auteurs subséquents ayant fait des recherches sur la personnalité juridique ont rencontré la propriété, l'ont approchée de très près, même s'ils n'ont pas vu, pour la plupart, qu'elle est l'essence de la personnalité juridique. On se souvient de la controverse sur la réalité des personnes morales. Ce sont les adversaires des personnes morales qui ont le plus mis en évidence que la personnalité a partie liée avec la propriété. Le courant animé par Planiol, qui était favorable à un retour à la propriété collective d'avant la personnification des canonistes médiévaux, dénonçait dans les personnes civiles un système doctrinal destiné à aménager un régime intégré de propriété commune qu'il est possible d'adopter sans avoir besoin du stratagème de la personnification : c'était on ne peut plus clairement restituer cette évidence historique (Planiol était aussi un historien) que la personnalité a été construite comme une technique d'appropriation. Planiol soutenait qu'il est possible d'obtenir un résultat analogue à celui recherché par la personnification en imaginant une copropriété dans laquelle les copropriétaires sont privés de leur pouvoir de gestion au profit d'un gérant (58). Les partisans de la conservation de la technique des personnes morales n'étaient pas non plus très loin de prendre conscience que l'enjeu de la personnalité civile est la propriété. Saleilles, un des tenants majeurs de l'école de la réalité, définissait la personnalité comme le fait d'être « capable de droits » et plus précisément comme la relation qui va s'établir entre l'individualité qui a cette aptitude et « l'appropriation des droits » (59). Les conditions étaient donc réunies pour que la doctrine prenne conscience des liens existant entre personnalité et propriété. Mais le tropisme du débat sur la réalité des personnes morales a capté toutes les énergies et a fait passer ses participants à côté d'une vérité fondamentale qui dépassait de beaucoup l'enjeu de leur controverse.

La théorie des personnes morales a eu cependant un mérite, celui de servir de révélateur en montrant que cette notion constitue une technique d'appropriation. C'est une des figures les plus marquantes de cette époque, Hauriou, qui, sous l'influence de Saleilles, a eu le courage de soutenir que l'enjeu de la personnalité juridique est la propriété et qui définissait celle-ci comme « un procédé de la technique juridique destiné à faciliter la vie de relation avec autrui par la synthèse de ce qui est propre à chaque individu » (60). Hauriou ne réduit pas la personnalité juridique à la

propriété, il y inclut aussi la capacité d'établir des rapports juridiques avec autrui, ce qui révèle une amorce de construction. Il prend le soin de préciser que la propriété dont il est question n'est pas le droit que l'on a sur ses biens, mais une virtualité. Il y inclut notamment la capacité d'acquérir, ce qui affine l'idée grossière d'Aubry et Rau d'un droit de propriété sur l'ensemble de ses biens.

L'histoire est très éclairante ; elle permet de relativiser la nécessité de la notion juridique de personne. Elle montre que ce concept n'est pas le seul à permettre de conceptualiser l'appropriation et, ce faisant, elle met en relief cette idée. L'appropriation n'est pas seulement le but que l'on poursuit lorsque l'on veut affecter des biens à un but déterminé, raison d'être des personnes morales, elle est au cœur de la notion générale de personne et le moyen technique de réaliser son objet, qui est d'établir une relation subjective avec le monde.

De ce point de vue, la personne-sujet et le droit subjectif remplissent la même fonction, mais à des niveaux différents. La personne est propriété virtuelle, simple aptitude à avoir des biens et en disposer, alors que le droit subjectif est la réalisation de cette aptitude sur un bien ou une masse de biens donnés. La personne est propriété virtuelle alors que le droit subjectif est propriété actuelle. C'est grâce à sa personnalité juridique que le sujet peut avoir des droits subjectifs, lesquels, en retour, permettent à la personne juridique de mettre en oeuvre ses attributs. La différence qui existe entre ces deux notions fondamentales est encore plus nette lorsqu'il s'agit d'expliquer le pouvoir qu'a la personne d'acquérir. Ce pouvoir n'est, à l'évidence, pas contenu dans le droit subjectif, il ne peut s'inscrire que dans la personnalité juridique, dont il révèle, d'ailleurs, la dimension dominitaire <sup>61</sup>. Il convient donc de parler de pouvoir et même de pouvoir fondamental pour exprimer les potentialités de la personnalité juridique rattachables à la propriété, là où, sur un autre registre, on parle de droit subjectif pour exprimer de manière statique la propriété actuelle des biens <sup>62</sup>.

Les droits subjectifs ne sont que les prolongements de ces pouvoirs fondamentaux sans en être l'objet, lequel est constitué par les biens. Ils sont les liens qui se tissent entre la personne et ses biens à la suite de l'acquisition. Il est donc plus exact de définir la personnalité juridique comme l'aptitude à avoir des biens que comme l'aptitude à avoir des droits, car les droits sont plus l'instrument de l'appropriation que son résultat.

Malgré ces différences, droits subjectifs et pouvoirs fondamentaux se rejoignent quant à l'étendue de leur assiette. La généralité intrinsèque des pouvoirs fondamentaux constitutifs de la personnalité juridique leur donne vocation à s'exercer sur un champ illimité, sur tous les biens figurant dans le patrimoine, en ce compris les droits incorporels, mais aussi sur les biens non pécuniaires et donc extérieurs au patrimoine, comme les souvenirs de famille, les sépultures ou les droits alimentaires. Il n'est jusqu'à la personne elle-même, on le verra plus loin, qui ne soit concernée par le pouvoir d'acquérir que confère la personnalité juridique.

La mise au jour de la dominité de la personnalité juridique permet de venir à bout de difficultés que l'on n'est jamais vraiment parvenu à surmonter. Elle explique que l'on puisse loger le pouvoir de disposer, qu'on a eu raison, depuis Planiol et Demogue, d'inscrire dans la personnalité juridique, mais sans comprendre pourquoi. La personnalité juridique comporte un pouvoir de disposer parce qu'elle est propriété ; c'est en tant que propriétaire que la personne, sauf restriction de la loi ou de la volonté, dispose, par l'activité juridique, de chacun de ses biens et de l'ensemble qu'ils constituent. Ce pouvoir est des plus fondamentaux, au point que le code en ait traité séparément du droit de propriété en lui consacrant des dispositions autonomes <sup>63</sup>.

Le pouvoir de disposer est la source même de l'activité juridique, comme l'ont découvert Demogue et les auteurs allemands qui l'ont inspiré <sup>64</sup>. Disposer n'est pas seulement, en effet, aliéner, ou renoncer ; c'est aussi administrer, c'est-à-dire accomplir toutes les autres formes d'actes juridiques, ainsi qu'il résulte des termes mêmes du code civil <sup>65</sup>.

(65). C'est aussi accomplir des actes constitutifs de droits réels, car, par de tels actes, on crée un droit sur un bien. Toute concession de jouissance est une manière de disposer pour les mêmes raisons. Quant aux engagements, ils ne sont pas moins des actes de propriété puisqu'en les contractant, le sujet dispose de l'universalité de ses biens. Le pouvoir fondamental de disposer atteste que l'acte juridique fait aussi partie de la personnalité juridique. La région de la personnalité juridique qu'Hauriou met en dehors de la propriété, l'aptitude à établir des rapports juridiques avec autrui, fait, en définitive, partie de la propriété à travers le pouvoir fondamental de disposer.

Ce pouvoir ne fait pas double emploi avec le droit de disposer contenu dans le droit de propriété et, donc, dans tout droit subjectif. Il en constitue le moteur. On sait depuis l'école objectiviste allemande de la fin du 19<sup>e</sup> siècle que le droit subjectif n'est pas un pouvoir de volonté et que la volonté a, en réalité, son siège dans la personnalité juridique. Sans cette volonté inhérente au sujet, le droit subjectif est une prérogative dévitalisée, un instrument inutile. C'est ce qui a conduit ladite école allemande et, à sa suite, Demogue, à distinguer dans la personnalité juridique la jouissance, pouvoir fondamental d'avoir, et la disposition, pouvoir fondamental de faire des actes juridiques, pour rendre compte de la situation des incapables, lesquels ont bien la jouissance de leurs droits mais ne peuvent en disposer faute de volonté 📖(66). Grâce à ces apports, la nature des incapacités s'en trouve, au surplus, mise en évidence. Celles-ci ne constituent pas une restriction à la capacité, définie de manière floue et peu discernable comme une aptitude à avoir et à exercer des droits, mais, très précisément et plus techniquement, comme une restriction au pouvoir fondamental de disposer.

La personnalité juridique apparaît donc comme l'aptitude à avoir et à disposer. Elle est aussi aptitude à s'obliger 📖(67). Mais ce pouvoir fondamental ne parvient plus à se dissocier des pouvoirs fondamentaux qui participent de l'idée de propriété depuis le temps lointain où le débiteur a commencé à donner quelque chose en gage à son créancier, son corps d'abord, puis ses biens par la suite. Le droit de gage général n'est pas seulement un instrument de l'obligation ou un de ses éléments constitutifs ; il entre dans les composantes de la personnalité juridique, car être apte à s'obliger, c'est avant tout être apte à offrir ses biens en garantie à ses créanciers. Cette composante n'est autre que le pouvoir de disposer, puisque l'aptitude vise à grever un bien, le patrimoine.

Il n'y a guère, dans l'aptitude à s'obliger, que l'aptitude à répondre de ses faits, qui semble être irréductible aux pouvoirs dominitaires de la personnalité juridique 📖(68). En témoigne le fait qu'on ne parle pas de capacité lorsqu'il s'agit de définir les personnes auxquelles un délit peut être imputé, signe de ce que l'aptitude dont il est question n'est pas du ressort des biens. Mais comme cette aptitude se réalise sur un mode essentiellement pécuniaire, la responsabilité met en cause aussi, indirectement, le pouvoir d'avoir, sans pour autant, quant à elle, en participer.

La personnalité juridique étant la relation que le sujet établit avec le monde extérieur, il n'est pas, finalement, surprenant que la propriété y occupe une grande part. Elle est, au fond, un concept formel très éloigné de la substance humaine située aux antipodes de la propriété. On ne s'attend donc pas à rencontrer la propriété lorsqu'il est question de cette substance même.

## **La personne humaine**

Le code civil n'avait en vue, quand ses rédacteurs qualifiaient la propriété de manière d'être entrant dans la constitution de la personne, que la personnalité juridique. Et pour cause, car la personne humaine, qui émerge à peine aujourd'hui comme concept juridique, n'existait pas alors en tant que telle. Cependant, la capacité d'abstraction de ses concepteurs est un des facteurs majeurs de sa légendaire faculté d'adaptation. En concevant la propriété comme la relation que les personnes sont susceptibles d'avoir avec tout intérêt susceptible de constituer un objet de droit, ils ont

rendu possible jusqu'à l'appropriation de la personne.

A partir du moment où la propriété n'est pas un simple droit patrimonial parmi d'autres, mais le lien unissant le sujet à tout ce qui lui appartient, son champ devient illimité. Dès lors qu'un objet est rattaché à un sujet par un droit subjectif, il est loisible de le considérer comme un bien et de caractériser le droit qui porte sur lui comme un rapport de propriété. Aucune règle positive n'impose de limiter la mise en oeuvre de ce mécanisme à l'horizon borné du patrimoine tel qu'on le définit aujourd'hui, c'est-à-dire à celui des choses pécuniaires. Ce sont les responsables mêmes de ce rétrécissement, les inventeurs de la théorie du patrimoine, qui l'affirment sans ambages. Zachariae a lancé l'idée, reprise ensuite par Aubry et Rau, que les attributs personnels sont des biens, des biens particuliers, certes, puisqu'ils sont acquis à chacun par la naissance, mais des biens tout de même, des biens innés, disaient-ils, en y incluant le corps humain, l'honneur, le secret de la correspondance et la liberté <sup>(69)</sup>. Il faut préciser, pour comprendre cette opinion inattendue, que si Aubry et Rau ont inventé une nouvelle compréhension du patrimoine, ils n'en ont nullement déduit l'existence d'une distinction des droits en patrimoniaux et extra-patrimoniaux, distinction qui n'a été inventée que plus tard à partir de leur assimilation du patrimoine au gage général. On est allé au-delà de leur pensée en attribuant à la théorie du patrimoine la vertu de réduire les biens au contenu du patrimoine étriqué <sup>(70)</sup> d'Aubry et Rau. Il existe, de toute évidence, des biens qui échappent aux poursuites des créanciers ; cette particularité n'est pas de nature à leur faire perdre la qualité de bien <sup>(71)</sup>.

La pratique ne s'est d'ailleurs pas embarrassée des constructions restrictives de l'école, qui l'invitaient à bannir la propriété du sanctuaire de la personne. La jurisprudence pionnière qui s'est assignée l'objectif de construire une protection des attributs de la personne contre les excès du progrès technique dans les domaines de l'information, de la communication et de l'image, a trouvé dans la propriété le moyen adéquat de dresser entre la personne et les tiers avides de s'emparer de son individualité un rempart adéquat <sup>(72)</sup>, approche qui persiste dans la jurisprudence contemporaine pour certains attributs. *A priori*, cette référence à un concept du droit des biens paraissait déplacée, mais elle ne l'était que si l'on rétrécissait la propriété à ce statut. Si l'on voit dans la propriété la structure et le contenu du droit subjectif, lui-même contextualisé comme transcription moderne du domaine romain, si l'on ne voit dans les droits de la personnalité rien d'autre que des droits de propriété portant sur la personnalité, la perspective change. Mieux, la dominité du droit subjectif se vérifie ici de manière spectaculaire : d'une part l'attache au sujet des droits de la personnalité perd son caractère d'exception puisqu'elle caractérise tous les droits subjectifs, d'autre part ces droits établissent entre leur titulaire et leur objet un rapport d'exclusivité <sup>(73)</sup> et lui confèrent, dans une certaine mesure, le droit d'accomplir des actes juridiques. Bref, les ingrédients essentiels de la propriété sont réunis. Il n'y a pas d'opposition entre les droits de la personnalité et la propriété, qui est en réalité le genre dont ces droits constituent l'une des espèces.

La congruence théorique du droit subjectif-domaine s'agrément d'une précieuse vertu opératoire en matière de personnalité <sup>(74)</sup>. Ce que possède le sujet, ce ne sont pas des droits de la personnalité, pas plus qu'un propriétaire ordinaire ne possède son droit de propriété, mais leur objet, qui est constitué d'attributs personnels sur lesquels il jouit d'un pouvoir de disposer ; le droit subjectif n'est pas l'objet de ce pouvoir, mais ce pouvoir lui-même. Le changement de perspective permet de surmonter la difficulté qu'occasionne l'approche classique, laquelle ne parvient pas à concilier la possibilité d'accomplir des actes juridiques sur les droits de la personnalité et leur attache à la personne. On est propriétaire de ses attributs personnels comme de ses biens ordinaires : on en jouit de manière exclusive et on peut en disposer, si ce n'est que le caractère particulier de ces biens, étroitement liés au sujet au point d'en faire partie, leur interdit toute transmission.

Le caractère opérationnel du droit subjectif-domaine se confirme par la facilité avec laquelle il permet de résoudre une

autre difficulté classique de la théorie des droits de la personnalité, celle de la liste et du critère des droits de la personnalité. Ce n'est ni le caractère déterminé et précis du contenu de la prérogative, ni sa consécration par la loi qui font le droit de la personnalité<sup>75</sup>, comme on le suggère le plus souvent, mais tout simplement le besoin d'appropriation qui apparaît à un stade donné pour tel aspect de la personne sous l'influence des transformations économiques, techniques et culturelles. Lorsque le juge ou le législateur veulent protéger un attribut de la personne, ils se décident à conceptualiser la protection en termes de droit subjectif et ce mot produit les effets de l'appropriation, exclusivité et disposition, avec ses corollaires, absence de preuve nécessaire de la faute et du préjudice. Le critère de la source formelle du droit de la personnalité n'est pas inexact, mais il est pauvre, car il ne rend pas compte de la montée en puissance des nouveaux droits de la personnalité avant leur consécration définitive par une source formelle.

La présence du paradigme de la propriété dans les droits de la personnalité est particulièrement tangible dans le droit sur le corps humain qu'a fini par consacrer le législateur, car la réification maîtrisée de la personne réalisée par les lois bioéthiques a forcé le trait de l'état du droit qui préexistait<sup>76</sup>. La proclamation de l'inviolabilité comme un droit subjectif n'a été rien d'autre que la consécration du pouvoir exclusif du sujet sur son corps et la reconnaissance des opérations juridiques sur le corps humain n'a été rien d'autre que la reconnaissance du droit qu'a le sujet de disposer de son corps. Ces deux principes permettent d'identifier dans le droit qu'a chacun sur son corps les deux attributs de la propriété<sup>77</sup> et de donner une réalité positive à l'idée lockienne de la propriété de soi<sup>78</sup>. L'assimilation par les codificateurs du corps humain à la personne humaine parachève le tableau de l'appropriation de la personne par le sujet : l'objet du droit sur le corps, c'est la personne elle-même, sans qu'il soit possible, *horresco referens*, d'échapper à l'inconfort de cette image par un recours à l'idée de liberté : la liberté permet d'agir *par* le corps alors que le droit subjectif permet d'agir *sur* le corps. La différence est encore plus nette quand ces facultés sont exercées non pas par le sujet mais par un tiers. L'administrateur exerce les droits de l'incapable *sur son corps* alors que le titulaire de l'autorité parentale exerce un pouvoir propre *sur la liberté* du mineur. La différence qui sépare le droit subjectif de la liberté s'impose techniquement ; elle ne peut être éludée.

En proclamant le droit à l'exclusivité de son corps et le droit de disposer de son corps, les lois bioéthiques n'ont pas contredit le principe de dignité dont elles ont achevé la réception en droit interne. La dignité au sens kantien, c'est le pouvoir unique qu'a l'espèce humaine d'être le législateur de sa vie<sup>79</sup>, ce qui est une autre manière d'exprimer le pouvoir juridique que l'on a sur soi. L'acception personnaliste que l'on tend à donner à ce mot va en sens contraire, mais n'invalide pas, pour autant, la maîtrise de soi, dont elle ne fait que borner l'exercice. Au fond, c'est là que se trouve la démarche du législateur quand il a pris la redoutable responsabilité de codifier la personne humaine, une démarche paradoxale, mais en même temps équilibrée et réaliste : enregistrer la tendance de l'homme à se réifier à l'égard de lui-même pour pouvoir plus efficacement assigner des limites à son action. Il n'y a là nulle révolution copernicienne : la vénérable distinction des personnes et des choses ne s'en trouve pas abolie, car c'est la personne juridique qu'elle oppose aux choses, pas la personne humaine, qui est bien un objet, comme tous les droits de la personnalité, dans le régime de protection mis en place par le législateur.

L'importance prise par le corps humain et sa consécration comme droit de la personnalité suggèrent intuitivement que c'est autour de cet aspect essentiel de la personne humaine qu'il convient de repenser sa protection. La thèse selon laquelle la personnalité est une et a été fragmentée de manière artificielle par le droit français<sup>80</sup> apparaît intéressante à cet égard, comme point de départ. Au fond, il n'y a qu'un objet dans les droits de la personnalité, la personne, laquelle est envisagée à travers chacun d'eux sous un rapport particulier. Mais comment justifier que la personne soit un objet, qu'elle soit l'assiette d'un droit, ce qui n'est pas sa vocation traditionnelle ? On peut le faire à partir d'une idée simple et de plus en plus reconnue, qui est que l'appropriation des choses devient nécessaire lorsqu'elles se raréfient ; l'abondance rend inutile la propriété, laquelle est avant tout le pouvoir d'exclure autrui pour

pouvoir jouir de ce dont tout le monde ne peut jouir. Il faut donc voir ce qui, dans la personne, est rare au point de justifier son appropriation et, par suite, sa constitution en objet d'un droit subjectif.

La personnalité, qui n'a jamais été définie par les auteurs <sup>81</sup>, apporte une réponse édifiante à cette question. Elle est ce qu'il y a d'unique chez chaque personne, ce qui la distingue irréductiblement de toutes les autres personnes, elle est son originalité <sup>82</sup>. La gît, à l'évidence, la rareté de la personne et qui permet de concevoir sa protection contre les convoitises et, partant, son appropriation. Dès lors qu'un aspect de la personne a un caractère d'originalité, il fait partie de la personnalité et peut prétendre être protégé par la technique du droit subjectif. C'est le cas du corps humain, matrice de tous les attributs personnels, mais aussi de l'image, de la voix, de la vie privée qui, envisagés comme des dimensions autonomes de la personne, peuvent, grâce à leur originalité, être érigés en biens et être protégés au moyen d'un droit subjectif. Mais ce n'est pas le cas des sentiments, qui ne semblent pas pouvoir suffisamment remplir la condition d'originalité pour être appréhendés comme des biens et ne peuvent donc être protégés qu'au moyen d'actions en justice. Le nom est admis comme bien et bénéficie de la protection du droit subjectif, mais plus au titre d'un signe distinctif que de la personnalité. En atteste le fait qu'il n'a pas nécessairement un caractère d'originalité. Le nom ne fait pas partie de la personnalité parce qu'il n'a pas de lien direct et nécessaire avec la source de la personnalité, le corps humain. En revanche, le domicile fait partie de la protection de la personnalité parce qu'au contraire, il répond à cette exigence. Il n'est certes pas un attribut du corps, mais il assure la protection des attributs du corps, une espèce de super-droit de la personnalité qui protège tous les autres à la fois ; source de sécurité pour l'intégrité physique et de discrétion pour l'image, la voix et la vie privée dont il exclut le public.

Ainsi redéfinie, la notion des droits de la personnalité apparaît fonctionnelle. Elle désigne les aspects de la personne qui ont un caractère d'originalité et peuvent bénéficier, pour cette raison, de la technique de protection des biens, le droit subjectif. Cette grille de lecture permet de rendre compte du régime des droits de la personnalité et de le clarifier <sup>83</sup>.

Ce régime se construit autour de l'évidence que la personnalité est attachée à la personne. Etant souligné que c'est la personnalité, et non pas le droit dont celle-ci constitue l'objet, qui adhère au sujet. L'attache à la personne des droits de la personnalité n'a, quant à elle, rien d'exceptionnel ; elle est un trait de tous les droits subjectifs. De ce que la personnalité se confond avec la personne, dont elle n'est rien d'autre qu'un caractère, celui d'originalité, il résulte qu'elle est inaliénable et imprescriptible, car il est ontologiquement impossible de s'approprier la personnalité d'autrui. L'imprescriptibilité attribuée aux droits de la personnalité n'est, en revanche, pas spécifique ; elle n'ajoute rien à l'imprescriptibilité que la propriété communique à tout droit subjectif. De ce que la personnalité se confond avec la personne, il suit également qu'elle est intransmissible à cause de mort pour les mêmes raisons et parce que la personne emporte dans son anéantissement la personnalité, seule la personnalité juridique lui survivant pour les besoins de la liquidation successorale. Enfin, la personnalité ne peut figurer dans le gage des créanciers, faute de pouvoir être vendue, mais c'est la seule raison qui la met en dehors des rapports pécuniaires. En dehors de cette limite, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit l'objet d'un commerce patrimonial, dès lors qu'aucune règle d'ordre public ne l'interdit. Celle, d'exception, qui prohibe les conventions conférant au corps humain une valeur patrimoniale se renferme sur son objet, le corps lui-même, et ne s'applique pas aux autres aspects de la personnalité, dont la commercialité n'a d'autre limite que leur structurelle inaliénabilité. La tentative d'introduire un dédoublement des droits de la personnalité pour remédier à leur indisponibilité <sup>84</sup> est donc surrogatoire.

\*\*\*

Par son omniprésence dans les notions fondamentales du droit, la propriété apparaît comme inhérente à l'art juridique. A travers l'accent qu'elle met sur le sujet et sur ses pouvoirs, il se vérifie qu'elle est, en outre, la clé de voûte du droit

moderne. La modernité s'est empêtrée dans l'héritage médiéval, qui l'a empêchée de réaliser pleinement son programme de subjectivisation du droit. Mais la réhabilitation du domaine rénové aux couleurs du droit subjectif qui sourd dans le code civil est de nature à l'aider à s'accomplir pleinement en lui permettant de devenir vraiment subjectif et à la personne juridique de devenir vraiment un sujet. La montée en puissance de la propriété qui se produit sous nos yeux aujourd'hui est peut-être ce dernier acte de la pensée juridique moderne.

**Mots clés :**

**PROPRIETE** \* Définition \* Mécanisme fondamental du droit

(1) V. sur cette hypothèse, du soussigné, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, D. 2002.15  ; L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique, RTD civ. 2002.691 .

(2) Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, art. 1<sup>er</sup>.

(3) L'article 2 du 1<sup>er</sup> projet de code civil de Cambacérès disposait : « La législation règle leurs (les citoyens français) droits civils : ces droits sont la faculté de contracter, *d'acquérir, d'aliéner et de disposer* » (Fenet, t. I, p. 17). Le lien évident existant entre droits civils et propriété et explicité par Cambacérès dans le rapport qu'il a établi sur son deuxième projet. « Trois choses, explique-t-il, sont nécessaires et suffisants à l'homme en société : être *maître* de sa personne ; *avoir des biens* pour remplir ses besoins ; *pouvoir disposer* pour son plus grand intérêt de sa personne et de ses biens » (*op. cit.* p. 100). Son troisième projet était divisé en trois livres, les personnes, les biens et les obligations, mais il présenta chacun de ces livres comme traitant de l'exercice du droit de propriété. « La législation civile règle les rapports individuels et assigne à chacun ses droits quant à la propriété : le code civil doit donc considérer : 1° Les personnes, relativement ... aux caractères qui leur donnent l'exercice du droit de propriété sur quelques biens ; 2° Les choses, pour déterminer si elles sont susceptibles ou non d'une propriété privée et comment le droit de propriété s'établit sur elles par d'autres causes que par l'effet des qualités personnelles ; 3° Les obligations que les hommes contractent entre eux relativement au droit de propriété » (*op. cit.* p. 141).

(4) « Tous les titres du code civil ne sont que les développements des règles relatives à l'exercice du droit de propriété » (Discours du tribun Grenier devant le corps législatif, Fenet, t. XI, p. 158).

(5) Portalis, présentation du titre « De la propriété » devant le Corps législatif, Fenet, t. XI, p. 132. Pour lui, la propriété est « l'âme universelle de la législation » (Exposé des motifs du titre de la propriété, Ecrits et discours juridiques et politiques, PUAM, 1988, p. 126

(6) « Il faut incontestablement ranger le droit de propriété dans la classe des droits qui sont inséparables de notre manière d'être » (De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique, t. I, p. 367). « Le principe du droit de propriété est en nous ... il est dans la constitution de notre être et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent » (Présentation du titre « De la propriété » devant le corps législatif, Fenet, t. XI, p. 113).

(7) « ... Pour régler les suites des rapports individuels, les lois civiles n'ont qu'à établir les règles de la propriété. La propriété est donc le sujet immédiat de leurs dispositions et par conséquent leur matière. Cette vérité est justifiée par le code civil ; ses dispositions sont toutes consacrées à établir les règles de la propriété : ou bien elles décident à qui les chose appartiennent, comment on les acquiert, comment on en jouit, comment on peut en disposer ; ou bien elles règlent les droits que les engagements donnent relativement aux choses, en expliquant comment ces engagements se forment et s'éteignent... » (Loché, Esprit du Code Napoléon, I, p. 66-67).

(8) V. du soussigné, Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, RTD civ. 2003.667 .

(9) P. Grossi, Tradizioni et modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà, Quaderni fiorentini 1976-1977, V-VI, p. 201 et s. ; Vidal, La propriété dans l'école de l'exégèse en France, *ibid.* 1978, p. 21 et s.

(10) Décis. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, Rec. p. 18 ; AJDA 1982.377, note Rivero ; JCP 1982.II.19788, note Nguyen Quoc Vinh et Franck ; RD publ. 1982.377, note Favoreu ; Rev. adm. 1982.153, note de Villiers ; Gaz. Pal. 1982.1.67, note Piédelièvre et Dupichot ; D. 1983.169, note Hamon.

(11) Droits, 1985, destin du droit de propriété.

(12) M. Villey, L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romain, RHD 1946-47.201 et s.

(13) On la trouve chez Charondas le Caron, élève de Cujas, qui enseigne que la propriété est rattachée à la chose alors que le *dominium* est rattaché à la personne (Pandectes, livre II, chap. XIX).

(14) Pufendorf critiquait certains auteurs, comme Ziegler, commentateur de Grotius, qui voyaient dans la *proprietas* « cette qualité que l'on conçoit dans les choses mêmes, en tant qu'on les considère comme appartenant à telle ou telle personne exclusivement aux autres » et dans le *dominium* « le droit que chacun a de disposer à sa fantaisie de ce qui lui appartient ... de sorte que ... le domaine est attaché à la personne au lieu de la propriété réside dans la chose même » (Le droit de la nature et des gens, trad. Barbeyrac, Bâle, 1771, p. 546).

(15) « La propriété, en termes de droit, signifie le fonds, le domaine, la seigneurie de quelque chose dont on est maître absolu » (Denisart).

(16) V. M. Suel, L'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété, la grammaire et le pouvoir, RD publ. 1974.129.

(17) V. art. 646, 652, 671, 680, 686.... Sur la doctrine allemande, V. M. Xifaras, Le code hors du code, Droits, n° 42, p. 64.

(18) « 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 alors 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 Pufendorf, ne peut être d'aucun usage dans la pratique ; mais, en théorie, *elle peut répandre du jour sur la nature du droit de propriété* » (Toullier, Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil, 1824, III, n° 83, non souligné dans le texte).

(19) Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3<sup>e</sup> éd. t. I, Paris, 1927, § 41, p. 445 et s.

(20) M. Villey, Critique de la pensée juridique moderne, Dalloz, 1976.

(21) V. du soussigné, La constitution de la propriété, D. 1985.181.

(22) « ... *sive domini sint, sive aliquid in e are jus habeant* » disait Gaius, dont la formule est immortalisée par le Digest (D. 39,2,19).

(23) Institutes de Justinien, 2, 4, 4.

(24) On retrouve la réminiscence de cette vision authentique de la propriété romaine chez les auteurs distinguant *dominium* et *proprietas*. V. *supra*, notes 13, 14 et 18.

(25) Le seigneur était à l'origine le seul propriétaire véritable de la terre, il avait le domaine éminent, la « directe », et donc la *proprietas*, alors que le tenancier n'avait qu'un droit dérivé de jouissance, le domaine utile. Sous l'effet de facteurs culturels, le droit vulgaire a fini par inverser la perspective, considérant le tenancier comme ayant le domaine de propriété, qu'on s'est mis à appeler *propriarius* et le seigneur comme bénéficiant d'une charge grevant la propriété. Les jurisconsultes ont fini par suivre ; ils ont opposé le propriétaire, qui a le domaine de propriété au seigneur, qui a le domaine direct. Ce glissement, qui prépare la liquidation de la théorie du double domaine, est très net chez Pothier, qui déplace le centre de gravité de l'appropriation du domaine vers le droit de propriété (Traité du droit de domaine de propriété, n° 2 et s. ; cf. Piret, La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodales de la propriété foncière, th. Paris, 1937, spéc. p. 196). Le domaine étant reconnu aux deux parties, il ne désignait plus rien de substantiel. Très paradoxalement, c'est le discrédit du régime féodal qui a perdu le domaine.

(26) Au 16<sup>e</sup> siècle époque d'éclosion de l'individualisme juridique et d'envol du droit subjectif, les canonistes se

demandaient si *jus* et *dominium* n'avaient pas la même signification (Spicq, Notes de lexicographie philosophique médiévale, Revue des sciences philosophiques et théologiques, t. 18, 1929, p. 272, note 4). Les promoteurs du droit subjectif n'hésitaient pas, quant à eux, à identifier l'un à l'autre (Gassendi, Opera, Lyon, 1658, t. II, p. 783 et s. ; M. Villey, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, 1957, p. 271 et s.)

(27) H. Grotius, Le droit de la guerre et de la paix, trad. De Courtin, t. I, Paris, 1687, L. I, chap. I, § IV et V.

(28) On la trouve, par exemple, chez Doneau (cf. J.-L. Thireau, Hugues Doneau, et les fondements de la codification moderne, Droits, 1997, n° 26, p. 89).

(29) V. notamment J. Dabin, Le droit subjectif, Dalloz, 1952.

(30) G. Ripert, Le déclin du droit, LGDJ, 1949, p. 195.

(31) J. Ghestin et G. Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, n° 183, 193.

(32) H. Capitant, Sur la nature des droits réels, Mélanges Sugiyama, 1940, p. 31.

(33) Cité *supra*, note 27.

(34) P. Roubier, Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie du droit subjectif, APD 1964.83.

(35) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, I, n° 1030 et 1037-1038.

(36) V. sur ces questions, D. Berra, Le principe de libre disposition des biens en droit civil, th. Nancy, 1969.

(37) S. Ginossar, Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, LGDJ, 1960.

(38) Meynial, Notes sur la formation du domaine divisé du XII<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle, dans les romanistes, Etude de dogmatique juridique, Mélanges Fitting, II, Montpellier, 1908, p. 409 et s.

(39) Bartole, *Digestum, De acquir poss., si quis vi differentia*, n° 4.

(40) Dans le droit anglo-américain, la *property* se rapproche du *dominium*, dont elle partage la généralité et l'on n'y exprime pas les relations intéressant les biens par la notion de pouvoir du sujet sur la chose.

(41) « 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 alors 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 Pufendorf, ne peut être d'aucun usage dans la pratique ; mais, en théorie, *elle peut répandre du jour sur la nature du droit de propriété* » (Toullier, Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil, 1824, III, n° 83, non souligné dans le texte). On a ici la conception authentique du *dominium*, celle de Charondas le Caron (*supra*, note 13) et celle qui évoque Pufendorf (*supra*, note 14).

(42) Proudhon, Traité du domaine de propriété, p. 6 et s.

(43) Cf. Ginossar, *op. cit.*

(44) V. A. Sériaux, Présentation, in Jean-Etienne-Marie Portalis, Ecrits et discours juridiques et politiques, PUAM, 2004.

(45) Ce texte définit la délivrance qui incombe au vendeur comme « le transport de la chose vendue *en la puissance* et possession de l'acheteur ». Rappelons que la délivrance constitue la tradition, laquelle, dans une certaine interprétation, emporte transmission de la chose, d'où le dédoublement de l'effet de la délivrance, qui fait acquérir la possession et rend propriétaire. C'est la chose qui est transférée, pas le droit (V. *supra*, Les choses), lequel est une puissance immobile sous l'empire de laquelle la chose vient se placer.

(46) Gaius, *Institutes*, 2, § 40.

(47) R. Saleilles, De la personnalité juridique, rééd. 2003, MD.

(48) Saleilles, *op. cit.* p. 78.

(49) Cela est si vrai que réinterprétant les textes romains, certains auteurs allemands en ont tiré une théorie du patrimoine sans maître : ils étaient tellement façonnés par la théorie de la personnalité juridique qu'ils étaient

incapable de concevoir qu'une entité d'appropriation fût autre chose qu'une personne et comme les textes romains n'attribuent pas les biens des corporation à des personnes, ils en ont déduit que ces biens sont sans maître, qu'ils sont créés pour atteindre un but qui suffit à justifier leur autonomie (A. Brinz, *Lerbuch des Pandekten*, t. III, 2<sup>e</sup> éd. 1888, § 59 et 432 et s. ; V. F. Bellivier, *Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France*, Actes du colloque de Strasbourg, Ann. Faculté de droit de Strasbourg, n° 1, 1997). En réalité, les biens corporatifs avaient bien à Rome un maître, mais ce propriétaire, la corporation n'était pas assimilé à une personne, ce qui ne viendra qu'au Moyen-âge.

(50) Saleilles, *op. cit.* p. 212 et s. spéc. p. 216. A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Puf, Droit fondamental, n° 67. La trouvaille est attribuée au pape Innocent III.

(51) Domat, *Le droit public*, L. I, t. XV.

(52) Domat, *Le droit public*, L. I, t. XV, sect. II, N° VIII.

(53) Savigny analysait la personnalité juridique comme la capacité de posséder, d'être propriétaire. Mais il déduisait de l'enseignement du droit savant médiéval qu'il y a là une technique qui ne sert à rien d'autre qu'à créer des êtres fictifs (*Traité de droit romain*, trad. Guénoux, Paris, 1855, t. II, p. 231 et s.).

(54) « Le patrimoine n'est pas un objet extérieur mais une pure abstraction. *C'est la personnalité même de l'homme* » (*Cours de droit civil français*, 1<sup>re</sup> éd. t. IV, § 573, p. 100, n° 2). L'analyse est reproduite plus loin sans équivoque : « Le patrimoine n'est, en effet, en dernière analyse, que la personnalité de l'homme » (§ 575, p. 102). Sur cet aspect méconnu de la théorie du patrimoine, V. P. Verschave, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, th. Lille II, 1984.

(55) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> éd. t. IX, § 577 : « Le droit de propriété dont toute personne jouit sur son patrimoine se désigne aussi sous le nom de patrimoine ».

(56) Hypothèse que Zachariae reconnaissait dans les majorats et dans les substitutions fidéicommissaires. Il n'hésitait pas, formule qu'Aubry et Rau n'auront pas l'audace de reprendre, à parler de « personnalité multiple » (V. A.-L. Thomat-Raynaud, *L'unité du patrimoine*, essai critique, th. Toulouse, 2004, n° 818 et s.).

(57) V., du soussigné, *Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine*, RTD civ. 2003, 673 .

(58) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 12<sup>e</sup> éd. n° 3005 et s. Demogue considérait que la personnalité civile n'est rien d'autre qu'une propriété collective (*Les notions fondamentales du droit privé*, p. 352).

(59) R. Saleilles, De la personnalité juridique, préc. p. 567.

(60) Hauriou, Principes de droit public, Sirey, 1910, p. 667 et s. Hauriou donne acte de manière explicite à Saleilles de son influence lorsqu'il traite de la personnalité juridique de l'Etat. « La solution de ce problème, écrit-il, m'a été fournie par les suggestions de Saleilles sur les rapports intimes entre propriété et personnalité. Je fus conduit à chercher la trace d'un font intérieur d'appropriation qui fut le signe de l'être subjectif ; Gabriel de Tarde avait déjà dit, dans une de ses formules intuitives : « être, c'est avoir » » (Précis de droit administratif, 1921, p. 88, n° 1, cité par Xifaras, *op. cit.* p. 63).

(61) Une bonne manière de déterminer la conception qu'ont eu les rédacteurs du code civil et de se référer aux conséquences de la perte de la personnalité juridique, qu'il admettait dans l'hypothèse de la mort civile (art. 25 C. Nap.). Cette sanction avait notamment pour effet de priver celui qui en était frappé du droit de succéder et d'acquérir à titre gratuit et d'invalider toutes les aliénations de biens postérieures à son prononcé, ce qui revenait à créer une incapacité totale d'acquérir. C'était, en un mot, priver de la faculté d'être propriétaire.

(62) V. les développements de ces analyses dans Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, Droit des personnes, Puf, Droit privé fondamental, 2006, n° 117 et s.

(63) Chap. III du titre de la distinction des biens : « Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent », art. 537 et s.

(64) Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, chap. II, la notion de sujet de droit, p. 320 et s.

(65) Art. 537 al. 2, qui définit le pouvoir de disposition des collectivités publiques.

(66) Demogue, *loc. cit.*

(67) F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.* n° 241 et s.

(68) F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.* n° 253 et s.

(69) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, II, § 162 tirent la notion des biens innés de l'enseignement de Zachariae, lequel a été influencé par la distinction kantienne des biens innés et des biens acquis (V. M. Xifaras, Propriété et justice. Recherche sur les modes de conceptualisation de la propriété chez les commentateurs du Code Napoléon, th. Besançon, 2001, p. 296 et s.). On la retrouve chez Boistel (Cours de philosophie du droit, Paris, 1899, § 98 et 131). V. D. Deroussin, Personnalité et « biens innés » chez Aubry et Rau : entre nature et abstraction, à paraître

aux Ann. Faculté de droit de Strasbourg).

(70) Il convient de rappeler qu'Aubry et Rau ont transformé l'universalité de fait à laquelle se réduisait le patrimoine dans la tradition en une universalité de droit. La conséquence de cette mutation a été que, depuis lors, seuls figurent dans le patrimoine les biens compris dans le gage des créanciers. Aubry et Rau définissent explicitement le patrimoine comme un ensemble de biens pécuniaires (Cours de droit civil français, t. IX, § 573, p. 335, 3°). Cette définition implique *a contrario* qu'il existe des biens non pécuniaires à l'extérieur du patrimoine, contrairement à ce qu'a retenu la postérité en déformant l'héritage des fondateurs de la théorie du patrimoine, ce que confirment Aubry et Rau en introduisant la notion de biens innés (V. note précédente), forme extrême de biens hors patrimoine.

(71) V. A. Sériaux, Rép. civ. Dalloz, *v° Patrimoine*, qui distingue les biens patrimoniaux et les biens extra-patrimoniaux.

(72) R. Nerson, Les droits extra-patrimoniaux, 1939, p. 501. Ce fut particulièrement du nom et de l'image.

(73) G. Goubeaux, Traité de droit civil. Les personnes, n° 279.

(74) V. F. Zenati-Castaing et T. Revet, Droit des personnes, n° 271 et s.

(75) V. R. Nerson, Les droits extra-patrimoniaux, th. Lyon, 1939 ; P. Kayser, Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, RTD civ. 1971.445.

(76) Le rejet de la réité de la personne est une attitude récente, probablement inspirée par la philosophie personnaliste du 20<sup>e</sup> siècle. Les Romains considéraient les êtres humains comme objet de domaine et pas seulement les esclaves : les personnes étaient objet de commerce juridique et même d'aliénation. Le Moyen-âge, sous l'influence du christianisme a réduit le pouvoir des hommes sur le corps, sans pour autant lui enlever sa réité. L'esprit moderne a fait du corps un objet distinct du sujet avec le rationalisme de Descartes et l'empirisme de Locke. Pour autant, aucun de ces courants de pensée n'a ravalé le corps humain ni ignoré sa spécificité.

(77) Sur l'utilisation de la propriété pour conceptualiser la protection juridique du corps humain, V. A. David, Structure de la personne humaine : essai sur la distinction des personnes et des choses, Puf, 1955 ; J.-C. Galloux, Essai de définition d'un statut du matériel génétique, th. Bordeaux, 1988 ; B. Lemennicier, Le corps humain, propriété de l'Etat ou propriété de soi ?, Droits, n° 13, 1991.116 ; J.-P. Baud, L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps, Le Seuil, 1993 ; S. Prieur, La disposition par l'individu de son corps, th. Dijon, 1998 ; B. Edelman, De la propriété-personne à la valeur-désir, D. 2004.155 .

(78) J. Locke, Traité du gouvernement civil, § 124 et s.

(79) E. Kant, Fondements de la métaphysique des moeurs, Vrin, 1980, p. 112 et s.

(80) V. B. Beignier, L'honneur et le droit, LGDJ, 1995.

(81) G. Goubeaux est l'exception, qui de manière intuitive, recherche la personnalité dans ce qu'il y a de propre à chaque individu (Traité de droit civil, Les personnes, n° 272).

(82) F. Zenati-Castaing et T. Revet, Droit des personnes, *eod. loc.*

(83) F. Zenati-Castaing et T. Revet, Droit des personnes, n° 276 et s. et 281 et s.

(84) E. Gaillard, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, D. 1985.129 et s. D. Acquarone, l'ambiguïté du droit à l'image, D. 1985.129.