

RTD Civ. 1993 p.305

Pour une rénovation de la théorie de la propriété

Frédéric Zenati, Professeur à l'université Jean Moulin

La propriété a été une institution centrale dans le code civil français. Axe de la construction ordonnant ses dispositions, objet selon le législateur napoléonien de toute la législation civile, elle devait avoir dans l'ordre nouveau consolidé par la codification un rôle sans précédent ⁽¹⁾. L'évolution postérieure a toutefois permis d'en douter. Les lois et règlements dont l'article 544 dispose qu'ils peuvent affecter la liberté d'exercice du droit de propriété n'ont cessé de croître sous l'effet des mutations économiques et sociales ; au point qu'on ait pu avoir l'impression que du statut d'exception ils étaient passés à l'état de principe. La propriété a bien souvent été présentée implicitement comme un espace résiduel d'initiative accordé à l'attributaire d'un bien obéré de réglementation. En vérité, ce n'était là qu'effet de myopie. Si le législateur s'intéresse autant à la propriété, c'est que la place de cette dernière est de plus en plus importante dans la vie sociale. La réglementation de la propriété n'était et ne reste qu'un hommage à son expansion.

Pour prendre conscience de ce paradoxe, il n'était pas indispensable de confronter l'observation de la réalité économique à celle de l'évolution du droit de la propriété. Ce droit comporte lui-même des indices d'expansion. Autrefois réservée dans l'opinion commune et dans la doctrine aux objets corporels, la propriété a conquis des formes inédites d'assiette avec le développement des biens immatériels ⁽²⁾. Après la réservation des créations intellectuelles et des clientèles, la propriété brigue la fonction de protéger la confidentialité de l'information sous quelque forme qu'elle s'exprime. Traditionnellement réservée au monde des choses, elle s'est vue solliciter dans le domaine des personnes pour organiser la protection de certains de leurs attributs. La promotion de la propriété n'est pas perceptible seulement à travers l'extension de l'appropriation et à l'incidence de ce mouvement sur la technique juridique. La pratique a remis en cause la conception élémentaire de la finalité de la propriété basée sur la satisfaction des besoins et des désirs du propriétaire. Elle a imaginé de rendre propriétaire une personne au seul effet de garantir l'exécution d'une obligation. On s'est ainsi souvenu que la propriété avait été autrefois une sûreté, on a fait resurgir d'antiques institutions et imaginé des nouvelles techniques contractuelles permettant au créancier de trouver son salut dans la propriété ⁽³⁾. Il est aujourd'hui plus que question d'introduire dans le vénérable droit civil un audacieux usage de la propriété faisant d'elle une technique d'administration du bien d'autrui ⁽⁴⁾. Avec le *trust*, acclimaté en *fiducie*, la propriété se dépasse téléologiquement en se transformant techniquement.

Le droit positif ne s'est pas contenté de suivre et de satisfaire - avec plus ou moins de ponctualité - le besoin d'appropriation. Il a démenti le discours décadent sur la propriété par des consécration spectaculaires. Les Cours suprêmes les plus éminentes ont affirmé que le droit de propriété est essentiel à l'ordre juridique et social et oeuvrent attentivement à sa préservation ⁽⁵⁾.

La découverte du rôle crucial que joue la propriété et des potentialités illimitées de son devenir rend urgent un retour à son étude fondamentale. Qu'est-ce que ce droit ? Quelle nature a-t-il qui lui permette de prétendre jouer un rôle qu'aucune autre prérogative ne peut prétendre jouer ? La propriété mérite mieux que la théorie qu'en a fait la doctrine après le code civil et qui continue aujourd'hui d'être enseignée de manière dominante, celle étroite d'un simple droit

patrimonial figurant au rang des diverses formes de biens pouvant composer un patrimoine. Loin de mériter le vernis romain dont on la pare, cette théorie, qui prend des libertés avec la lettre du code n'est qu'un vestige anachronique de la conception médiévale des biens formulés dans son état achevé par Bartole. De manière peu surprenante, il apparaît que la véritable vision romaine de la propriété sied autrement mieux aux besoins contemporains que les constructions romanistes héritées d'un temps archaïque. Alors que les juristes savants du Moyen-âge voient dans la propriété une chose qui se décompose en plusieurs droits susceptibles d'en être détachés, Rome voit dans la propriété une prérogative générale sur les biens et droits indéfectiblement liée à la personne. Les commentateurs du code ont trébuché sur cette théorie beaucoup plus proche de leur temps ⁽⁶⁾, mais n'ont pas résisté au poids de la tradition féodale, malgré la mission régénératrice que leur confiait l'ordre nouveau ⁽⁷⁾. Il n'est pas trop tard pour honorer ce rendez-vous et tenter de donner au droit civil moderne la théorie de la propriété dont il a besoin. Il est temps de revoir la notion de propriété, tant du point de vue de son objet (I) que du point de vue de son contenu (II).

I. - L'objet de la propriété

La propriété est traditionnellement caractérisée par la nature de son objet. Il n'est de véritable propriété, enseigne-t-on, que celle qui porte sur les objets corporels. Et comme ils dérivent de la propriété, il doit en aller de même des droits sur la chose d'autrui. Cette affirmation n'est fondée sur aucune règle de droit positif. Elle est justifiée par l'héritage du droit romain et par l'incompatibilité du régime de la propriété corporelle avec celui des objets immatériels.

Aucune de ces explications ne résiste à l'examen.

A. - *Le prétendu héritage romain*

L'étude du droit romain révèle que le *dominium* portait en réalité autant sur les *res incorporales* que sur les *res corporales* ⁽⁸⁾. Cette prérogative générale portait même dans l'ancien droit romain sur les personnes qui se trouvaient sous la domination du *pater familias*. C'est la redécouverte du droit romain au Moyen Age qui a provoqué une modification substantielle de ces schémas sous la pression des besoins spécifiques de la société féodale.

L'application des concepts juridiques romains a conduit dans un premier temps à voir dans la plupart des possesseurs de biens les propriétaires d'un droit. La rareté de l'*alleu* et la multiplicité des inféodations et sous-inféodations avait pour conséquence qu'il était rare qu'une personne fût propriétaire de la terre. La plupart de ses utilisateurs n'avaient sur elle qu'un droit sur la chose d'autrui, dont ils étaient, conformément au droit romain, *domini*. La subjectivité patrimoniale ne s'exprimait pas alors à travers la technique moderne du droit subjectif, mais au moyen de la figure romaine du *dominium*, puissance générale de la personne sur tous ses biens et droits. Le droit objet de la propriété n'était pas un pouvoir du sujet mais un rapport juridique objectif, au surplus incorporé dans la terre pour pouvoir être opposable à ses acquéreurs successifs ; il était un « droit dans la chose », un *jus in re* ⁽⁹⁾.

La propriété du droit ainsi conçu a fini par jouer un rôle secondaire dans la technique juridique. Le tenancier de la terre, plutôt que d'agir en justice contre un tiers pour obtenir celle-ci sur le fondement de la propriété de son droit, s'est mis à agir en empruntant l'action du propriétaire de la terre à titre « utile », là aussi à partir d'une terminologie romaine. Bien que non propriétaire de la chose, le tenancier se voyait ainsi reconnaître le droit de la revendiquer de manière « utile », la revendication exercée par le propriétaire lui-même prenant la qualificatif de *direct*. De manière moins orthodoxe, les glossateurs ont, à partir de l'idée que toute revendication est fondée sur un pouvoir, fondé l'action du tenancier sur un *dominium* original. Non pas la propriété de son droit, car, encore une fois, c'était la chose objet du droit qui était revendiquée, mais, donc, *la propriété de la chose elle-même*. Une propriété secondaire, inférieure à celle

du propriétaire de la terre, une propriété « utile » (10).

A cette première transformation majeure, s'est ajoutée une modification de la nature du *dominium* et de son sujet. Promu au rang de propriétaire de la chose elle-même, le tenancier n'avait désormais que faire de la propriété de son droit. Ce faisant il s'est mis à faire double emploi avec le droit du tenancier. Il appartient aux post-glossateurs de remédier à cette surabondance en fusionnant *dominium* et *jus in re* (11). Tous les droits dans la chose devinrent des *dominia* et réciproquement. Cette modification capitale a eu de nombreux effets. Elle ne pouvait rester sans incidence sur la conception de l'objet de la propriété. Le *dominium utile* devenant un paradigme on ne concevait plus que comme une anomalie la propriété d'un droit. La propriété proprement dite, affirme Bartole en reléguant la propriété des droits, porte sur une chose corporelle (12). Le célèbre post-glossateur justifie cette affirmation par la considération qu'étant un droit, la propriété ne peut porter sur un droit. Il y a là un aveu non équivoque de l'imputabilité du rétrécissement de l'objet de la propriété à sa mutation en un droit. Quand le *dominium* était une puissance, il pouvait porter indifféremment sur des corps et sur des droits. A partir du moment où il est ravalé au rang d'un droit sur une chose, il ne peut plus porter que sur une chose, par hypothèse corporelle.

Cette manipulation scolastique des textes romains est à la base de la théorie classique des biens, bien peu romaine en vérité. La justification de cette dernière s'en trouve moins convaincante. Si l'on conçoit que l'universalisme du droit romain sied à son extrapolation à une civilisation différente, il en va autrement du droit féodal, qui se trouve aux antipodes des préoccupations de la société moderne.

On ne sera dès lors pas surpris d'observer que le code civil, en dépit des interprétations qui en ont été données, ne reprend pas la théorie bartolienne de la propriété. Contrairement au code allemand, le code napoléon ne réduit pas l'objet de la propriété aux choses corporelles (13). La propriété y est décrite comme un droit portant sur une chose, ou sur un bien. Or nulle part le code ne réduit les choses aux corps et n'exclut qu'elles puissent, à l'instar du droit romain, avoir une nature incorporelle. Bien au contraire, la distinction des choses corporelles et des choses incorporelles est reprise par lui de manière implicite mais non équivoque (14).

On sait l'influence qu'a exercée Pothier sur les rédacteurs du code civil. Or la lecture du *traité du droit de domaine de propriété* enseigne que son auteur reprend la tradition romaine du *dominium* des choses incorporelles (15) et admet notamment la propriété d'une servitude, d'une succession voire d'une créance (16). Pothier va même jusqu'à affirmer qu'une chose incorporelle peut être revendiquée et usucapée tout autant qu'une chose corporelle (17).

Cette vision de l'assiette de la propriété est largement vérifiée à la lecture de dispositions ponctuelles du code. Les droits autant que les choses corporelles ont vocation à être l'objet d'un droit réel ainsi qu'en attestent les articles 588 et 597 qui évoquent les hypothèses de l'usufruit d'une rente viagère ou d'un droit accessoire à la propriété, l'article 2075 qui traite du nantissement de droits de créances et autres meubles incorporels, et l'article 2118 qui admet la possibilité d'hypothéquer un usufruit. Ils sont de manière non équivoque considérés comme sujets à propriété par les articles 1980, 1982 et 1983 qui utilisent la notion de propriétaire d'une rente viagère et par article 2181 qui évoque la propriété des droits réels immobiliers. Le code de commerce n'est pas moins explicite qui parle à l'article 116 de propriété de la provision de la lettre de change.

Il est donc clair que la nature corporelle de l'objet de la propriété constitue un dogme purement doctrinal (18) qui résulte de l'interprétation de la loi, voire de sa dénaturation. Non seulement l'histoire ne peut servir de justification à la théorie classique de la propriété, mais en outre elle lui apporte un désaveu.

Reste la deuxième justification qu'est l'incompatibilité du régime des biens corporels.

B. - La prétendue incompatibilité de régime des choses corporelles et des biens immatériels

Les biens immatériels, dit-on, sont insusceptibles de propriété parce qu'il est impossible de les appréhender matériellement. Cette objection procède de *l'a priori* que la propriété repose sur la possession. Si le postulat est historiquement fondé, toute l'évolution de la propriété lui apporte un démenti. La propriété n'a eu de cesse de se dissocier de la possession. Elle l'a fait notamment en devenant le fondement de l'action en revendication et en se transmettant de manière distincte de la jouissance. Il est vrai que l'appréhension matérielle d'un objet en facilite l'appropriation. La meilleure protection de l'exclusivité est assurément la main mise sur la chose. Mais seule une mentalité archaïque impose d'écarter l'idée que l'appropriation puisse être assurée d'une autre manière. Le droit permet d'établir le règne de la propriété. Les voies qu'il peut comporter permettent au propriétaire de combattre les atteintes portées à sa prérogative en les faisant sanctionner et même prévenir. L'incapacité d'une société à organiser la propriété incorporelle n'est que la traduction de l'insuffisance du degré de raffinement de son système juridique.

Au surplus, la possession n'est pas dépourvue d'effets en matière de biens incorporels puisqu'aussi bien prescription et irrecevabilité des revendications mobilières sont fondées sur la possession. L'idée se vérifie tout particulièrement en ce qui concerne les droits incorporels, lesquels sont expressément inclus dans la définition de la possession que donne l'article 2228 du code civil en consacrant la *quasi possessio* romaine. Elle se vérifie aussi dans une certaine mesure pour les propriétés incorporelles, encore que la jurisprudence ait ici tendance à être réticente¹⁹. Ainsi par exemple les marques sont-elles dans certains cas susceptibles d'acquisition par l'usage, c'est-à-dire en fait par la possession²⁰.

Les choses immatérielles ont vocation à l'application des autres techniques constitutives du régime de la propriété. Comme les choses corporelles, elles font l'objet de la plupart des modes d'acquérir. Certains de ces modes sont, il est vrai, spécifiques au *jus rerum corporalium*, mais ont une portée réduite. L'occupation se conçoit difficilement pour les objets non matériels. L'accession par incorporation également ; mais son appartenance aux modes d'acquisition est discutable²¹. En revanche, l'accession par production, qui est indiscutablement une manière de devenir propriétaire, est susceptible de jouer à l'égard d'entités immatérielles. Les fruits civils, par exemple, sont toujours des droits incorporels, qu'ils soient produits par des biens corporels ou des biens incorporels. Par ailleurs, ces derniers ont aussi quelques manières d'acquérir qui leur sont spécifiques. Les oeuvres de l'esprit ne s'acquiescent pas par accession comme la plupart des biens produits, à moins d'admettre qu'il y a spécification de cette chose commune que constitue le patrimoine scientifique technique et culturel de l'humanité, mais par création²². Encore faut-il relativiser l'originalité des modes d'acquiescent propres aux choses incorporelles. Les droits incorporels s'acquiescent principalement par constitution. Lorsque celle-ci résulte, ce qui est le cas le plus fréquent, de la volonté de l'homme, il y a acquisition par l'effet des obligations, mode d'acquiescent la propriété expressément recensé par la loi (art. 711 c. civ.). Cette forme d'acquisition ne se réduit pas au transfert de propriété par la convention et désigne également l'enrichissement apporté aux co-contractants par la naissance des créances issues de la convention²³. On analyse parfois la constitution des droits réels comme une transmission. Cette forme d'acquisition ressortit *a fortiori* aux manières de devenir propriétaire.

Les biens incorporels sous toutes leurs formes sont bien entendu sujets à transmission et donc à acquisition de la propriété, puisque la transmission est qualifiée comme telle par l'article 711 du code civil. La spécificité de la transmission entre vifs ou à cause de mort de certains biens incorporels n'altère pas cette évidence. Elle singularise déjà certains biens corporels.

Enfin, les biens incorporels sont tout autant que les corps susceptibles de s'acquérir par des modes légaux. Il n'est pas inconcevable qu'un bien d'une telle nature soit considéré comme vacant et, par suite, se voir attribuer à l'Etat (24). Les droits incorporels sont pour la plupart susceptibles de s'acquérir par prescription. De même, bien que l'article 2279 du code civil soit réservé aux meubles corporels, la jurisprudence apporte à ce principe de notables dérogations (25).

Les biens immatériels participent comme tout bien au contentieux de la propriété. Les droits incorporels sont autant que les choses corporelles sujets à revendication. Les actions réelles visant à consacrer l'existence d'un droit réel sur la chose d'autrui ne sont rien d'autre que la revendication d'un droit incorporel. Les droits de créance donnent rarement lieu à un contentieux pétitoire, mais leur revendication est possible. Elle est notamment prévue par la loi au profit du vendeur de meuble qui, à défaut de pouvoir revendiquer sa chose entre les mains d'un sous-acquéreur de bonne foi, est autorisé à revendiquer contre celui-ci la créance du prix de revente (26).

Les propriétés incorporelles ne sont pas non plus absentes du contentieux pétitoire. Les fonds de commerce sont susceptibles de faire l'objet d'une action en revendication (27) et leur propriété ne manque pas d'être parfois litigieuse, notamment dans les rapports existant entre les parties à une opération de distribution. Les brevets d'invention peuvent être revendiqués par le propriétaire de l'invention lorsque cette dernière leur a été subtilisée (28). La revendication porte alors sur un titre, mais celui-ci est en quelque sorte subrogé à l'invention.

Toutes ces applications de la technique de la propriété montrent que la propriété des biens incorporels ne constitue pas un abus de langage, mais une réalité du droit positif. Les consécration multiples dont elle fait l'objet dans le droit contemporain, loin d'être le produit d'une approche laxiste, apparaissent comme la consécration d'un mécanisme éprouvé dont les lettres de noblesse ont été occultées voire ternies par la résistance farouche d'une théorie récurrente et surannée. Les juridictions suprêmes ont considéré que les droits d'associé ayant fait l'objet d'une mesure de nationalisation sont objets de propriété et bénéficient, par suite, de la protection supra-législative dont jouit ce droit. Le Conseil constitutionnel a en 1982 proclamé sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 le caractère constitutionnel du droit de propriété et en a déduit la nécessité d'un contrôle des nationalisations d'entreprises (29). Ce contrôle s'est exercé sur des transferts de propriété portant non pas sur les actifs des sociétés nationalisées, mais sur les titres constitutifs de leur capital. La propriété des droits incorporels a donc désormais en France un fondement constitutionnel. La Cour européenne des droits de l'homme exerce sur le fondement de l'article 1^{er} du protocole n° 1 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme protégeant la propriété des biens des personnes un contrôle analogue sur l'expropriation des actionnaires dont les titres sont nationalisés (30). La notion de propriété des valeurs mobilières a reçu, s'il en était besoin, une consécration législative avec la loi du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières qui déclare copropriétaires les membres des fonds communs de placement (31). Tout droit incorporel et pas seulement les droits d'associé est aux yeux du législateur un objet de propriété. En témoigne la loi du 2 janvier 1981 instituant le bordereau de créances professionnelles qui permet à une entreprise de céder à titre de garantie d'un concours bancaire la *propriété* de ses créances (32). La jurisprudence n'est pas en reste qui, en admettant l'application des peines du vol à celui qui prend copie d'un document appartenant à autrui, semble, selon une interprétation, avoir consacré la propriété de l'information (33).

Contester que la propriété puisse porter sur des biens immatériels devient de plus en plus un combat d'arrière-garde. Les tâches de la doctrine sont ailleurs. La découverte de nouveaux horizons dans le champ de la propriété conduit à entreprendre une nouvelle réflexion sur le contenu de la propriété.

II. - Le contenu de la propriété

Bartole et ses épigones ont joué un rôle décisif dans l'élaboration de la définition classique de la propriété. La propriété est d'après eux *le droit de disposer complètement de la chose sans autre contrainte que ce que prohibe de faire la loi* (34). Cette approche tranche avec celle du droit romain, qui repose en fait sur l'absence de définition. *Plena in re potestas* exprime une souveraineté du propriétaire en sorte que définir sa prérogative serait la dénaturer. Les bartolistes ont franchi le pas en recherchant le contenu de la propriété. Certes, leur définition est très ouverte, mais elle a autorisé la postérité à être plus audacieuse en produisant une définition précise de la propriété. Au XVI^e siècle apparut ainsi la célèbre formule *dominium est jus utendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur* (35). C'est incontestablement de cet aphorisme que procède la définition que donne de la propriété le code Napoléon comme le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. L'idée de définir par un contenu ce qui par nature semble indéfinissable autrement que par des potentialités n'est pas due au hasard. Elle est la conséquence de la théorie bartolienne de la propriété. Dès lors que la propriété est confondue avec le *jus in re* sur lequel elle portait initialement, elle épouse ses contours et passe de l'état de virtualité à celui de prérogative rigoureusement délimitée. En faisant de la propriété un droit réel, les post-glossateurs l'ont réduite aux utilités que l'on inventorie habituellement pour délimiter les prérogatives accordées au possesseur de la chose d'autrui. A Rome, la *proprietas*, qualité de la chose d'être propre à quelqu'un (36) s'agrémentait notamment de l'*usus* et du *fructus*, avantages pouvant être concédés à un non propriétaire. Lorsque le propriétaire conserve toutes les utilités de son bien, il apparut expédient aux post-glossateurs de décrire le contenu de son droit comme contenant l'*usus* et le *fructus* susceptible d'être accordé à autrui outre l'*abusus*, usage réservé au propriétaire. Curieuse manière de définir la propriété que celle qui se réfère aux droits sur la chose d'autrui ! Ce paradoxe s'explique par les prolongements de la théorie féodale de la propriété. Confondant la propriété et son objet, le droit réel, les post-glossateurs ont été contraints d'intégrer le droit réel dans la structure de la propriété. L'usufruit a été ainsi élevé à la condition d'attribut de la propriété. Avant que d'exister à l'état formel lorsqu'il est consenti il s'est mis à exister à l'état causal, comme fragment, dans le giron de la propriété (37). Ainsi est née, bien que la notion n'apparût que bien plus tard, l'idée que le droit réel démembrer la propriété (38).

Si l'on admet que le code civil a abandonné la conception féodale de la propriété, force est de se démarquer de cette propriété anachronique. Il est possible alors de donner à la définition de la propriété qu'il comporte une lecture moderne en contemplation de l'héritage romain purgé de ses scories romanistes et eu égard aux avancées de la théorie juridique postérieure au code. Il ne faut pas alors définir la propriété par les usages qu'elle procure mais par le mécanisme qui permet ces usages : l'exclusivité (A). Pour le surplus le code doit être lu à la lettre. D'une part, être propriétaire, c'est disposer, c'est-à-dire accomplir des actes juridiques (B). D'autre part, exclure et disposer ne se conçoivent pas ainsi qu'il en allait dans l'ancien droit comme l'exercice d'un droit *relatif*, et en cela la théorie de la propriété est révolutionnaire, mais comme l'exercice d'un droit *absolu* (C).

A. - L'exclusivité

La propriété romaine s'est lentement édifiée à partir de la possession. La mise en place d'une protection judiciaire des biens contre le vol et la dépossession a provoqué la conceptualisation de l'appartenance. Celui qui revendique son bien en justice ne se contente pas de dire qu'il possédait la chose ; il affirme qu'elle est sienne : *meum esse* (39). C'est à partir de cette formule sacramentelle qui exprime on ne peut mieux l'idée d'un monopole que s'est construit le concept de *dominium* au cours du premier siècle avant Jésus-Christ.

Ce truisme que la propriété est le fait d'appartenir sera occulté par les romanistes médiévaux mais il resurgira à l'époque moderne. Pothier ne voit dans l'*usus-fructus-abusus* qu'une description des effets de la propriété qu'il définit comme le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient *privativement à tous autres* (40). On ne peut exprimer plus clairement l'idée que la propriété est un rapport d'exclusion, rapport dont l'absence contredit la propriété : propre et commun sont contradictoires, affirme en une formule célèbre le père du code civil (41).

Pour autant, le code civil n'exprime pas de manière claire l'idée que l'essence de la propriété gît dans l'exclusivité. L'absolutisme que confère à ce droit l'article 544 traduirait, selon certains, cette idée (42). Au-delà de la lettre, il ne fait aucun doute cependant que le code Napoléon a, dans l'esprit de l'ensemble de ses dispositions, cristallisé une rupture majeure avec le régime des biens de l'ancien droit en confirmant l'abolition de la propriété confondue et plurale léguée par la féodalité. Il n'est plus possible, en raison d'une sévère réglementation des droits sur la chose d'autrui, d'instituer un régime de propriété divisée permettant à plusieurs personnes de se déclarer à des titres différents propriétaires d'une même chose. Le droit nouveau, par l'attachement constitutionnel à la propriété qui le caractérise, repose en entier sur l'idée d'exclusivité (43).

Contre toute attente, seuls quelques rares exégètes ont mis en évidence cette dimension fondamentale. Toullier voit, certes, dans la propriété le droit d'exclure, qui se traduit notamment par les actions en justice que la loi met à la disposition du propriétaire (44). Mais la plupart des commentateurs du code civil se sont bornés à reproduire la définition médiévale de la propriété par ses effets. Il faudra attendre la tourmente de la fin du premier siècle après la codification pour qu'apparaisse la première remise en cause de la tradition. Les théoriciens du personnalisme bouleversent les constructions les plus fondamentales du droit privé à partir de l'idée que l'obligation est l'atome du droit. La propriété ne peut, dès lors, être selon eux qu'une relation et non pas le pouvoir d'une personne sur une chose. Le propriétaire serait celui qui peut obliger autrui par une sorte d'obligation passive universelle de s'interdire de prétendre retirer d'une chose une quelconque utilité (45). Les personnalistes diluent la notion d'obligation qu'ils vident de son contenu technique à force de l'étendre, mais ils ont le mérite de restaurer le truisme de l'appartenance : la propriété n'est rien d'autre que le fait d'être propre.

L'inexactitude en droit positif de la définition romaniste médiévale de la propriété est patente. Si être propriétaire se limitait au droit d'user d'une chose et d'en acquérir les fruits, il suffirait que la chose ne fût pas frugifère ou que son usage fût accordé à un tiers pour que la propriété fût exclue ou retirée. Or il n'en est rien. D'une part, toutes les choses, qu'elles procurent ou non des fruits, sont susceptibles de propriété. D'autre part, les tiers qui reçoivent l'*usus* et le *fructus* ou l'une de ces utilités n'en deviennent pas pour autant propriétaires, contrairement à ce qui se produisait en pareil cas sous l'ancien droit. De même, le propriétaire privé de l'une desdites utilités ne demeure pas moins un propriétaire. La privation de tous les avantages de la chose qu'occasionne la constitution d'un usufruit n'empêche pas le code civil de qualifier le nu-propriétaire de propriétaire (46).

La définition classique de la propriété ne présente dans l'ordre contemporain qu'un intérêt phénoménologique. La plupart des propriétaires se reconnaissent par le fait qu'ils jouissent d'une chose et qu'ils ont la faculté de porter atteinte à son intégrité. Mais le fait qu'ils ne le fassent pas ne signifie pas qu'ils ne sont pas propriétaires. Ces utilités pratiques ne sont pas essentielles à la compréhension de la propriété, même si certaines sont caractéristiques. Elles ne sont qu'une tentative d'inventaire exhaustif des avantages concrets que peut retirer une personne du fait d'avoir une chose en propre. Elles ne sont en réalité que des conséquences de fait de la propriété, que des vertus de l'exclusivité.

Non seulement elles n'ont pas l'importance qu'on leur confère habituellement, mais elles peuvent en outre occasionner une mauvaise compréhension de la propriété au plan technique. Comme la propriété romaine, la propriété

révolutionnaire consacrée par le code civil est plus un espace qu'un contenu. A l'intérieur de la muraille que constitue l'exclusivité, tout est possible 📖(47). Comme le disait Villey à propos du *dominium*, la propriété est un espace de non-droit 📖(48). Le propriétaire peut donner libre cours à sa liberté d'action dans son espace privatif sans avoir à requérir aucune licence, contrairement à celui qui jouit d'un droit sur la chose d'autrui, dont les prérogatives sont dépendantes et étroitement délimitées. Telle est la signification des limites réglementaires introduites par l'article 544 dans la définition de la propriété. Loin d'exprimer une restriction, cette référence traduit au contraire l'immensité des pouvoirs du propriétaire dont la souveraineté n'est limitée que par la loi. Inventorier les droits d'usage du propriétaire, c'est les réduire et accrédiéter que celui-ci se trouve dans la même situation que le titulaire d'un droit sur la chose d'autrui, c'est-à-dire d'un droit déterminé, c'est le ramener, au bout du compte, à ce statut, pourtant aboli par la Révolution.

Ce contresens est compliqué d'une oblitération de l'originalité du régime de la propriété par rapport aux autres droits sur les choses. C'est parce qu'il est liberté et donc faculté dans l'ordre des choses que le droit de propriété est, contrairement aux autres droits, qui ne sont pas intrinsèquement facultatifs, imprescriptible 📖(49). C'est pour la même raison que, comme la liberté, il est possibilité de choisir entre le bien et le mal et donc de commettre une faute. La réduction de la propriété à un droit délimité et déterminé comme les autres droits a bien failli conduire la jurisprudence à commettre l'erreur de faire de la propriété un droit insusceptible d'abus après avoir l'avoir un temps égaré quant à sa prescriptibilité 📖(50). Comment être en faute si l'on est dans les limites de son droit ? L'objection était juste pour les droits ordinaires qui sont une délimitation stricte de ce qui est permis et de ce qui ne l'est pas. Elle était erronée s'agissant d'une prérogative illimitée dont le seul moteur est la volonté de son titulaire. L'homme responsable est un homme libre. Le propriétaire est fondamentalement capable de faute l'est comme la personne dans le statut civil. La propriété n'est que la mise en oeuvre de la liberté dans l'ordre des biens et se trouve en conséquence soumise au même régime 📖(51). L'abus du droit de propriété est donc une nécessité ; mieux, il constitue un euphémisme, car il n'est point besoin pour déclarer responsable une personne de lui reprocher un abus de liberté. Quant à l'abus des autres droits, il n'est en réalité qu'un abus dans la volonté d'exercer ces droits, laquelle n'est autre que celle du propriétaire d'un droit incorporel. La connaissance de la nature véritable de la propriété eût permis de faire l'économie de la querelle de l'abus de droit.

Il est donc nécessaire de renoncer au triptyque légué par la tradition pour comprendre la propriété dans son cadre juridique contemporain. Ce qui rend techniquement propriétaire, ce n'est rien d'autre aujourd'hui que les procédés par lesquels l'ordre juridique permet à une personne d'imposer à autrui une relation privative aux choses (et en cela, la propriété, comme il sera développé ci-après, constitue une notion-clé du droit privé) et de protéger cette relation.

La propriété jaillit de la communauté. Cela n'est pas seulement une vérité historique mais une donnée permanente du régime de la propriété que donne la loi positive. Toute personne en situation d'appartenance collective peut imposer à ses copropriétaires la division de la chose commune en lots privatifs. Le droit au partage est la première prérogative du propriétaire et celle-ci est à ce point fondamentale que la loi lui confère un caractère d'ordre public 📖(52).

La conquête de l'exclusivité est permanente. Elle se poursuit par l'usage des armes que la loi fournit au propriétaire pour assurer la protection de son droit. Revendication, contrefaçon, restitutions pénales sont autant de manières pour l'exclusivité de se traduire positivement. Il n'est jusqu'au prince lui-même qui ne soit menacé par ces défenses dont l'utilisation ne reçoit pas de dérogation dans l'Etat de droit. Restitution et remise en état peuvent comme à tous lui être judiciairement infligés par le propriétaire. Certes, l'Etat a le redoutable privilège de pouvoir abolir le droit du propriétaire, car il est la source principale du droit, mais celui-ci est prémuni contre un tel danger par des garanties constitutionnelles. L'atteinte exceptionnelle à l'exclusivité que constitue l'expropriation n'est licite que si elle est imposée par l'utilité publique et que si elle est compensée par une juste et efficace réparation 📖(53). Seul, en principe,

le propriétaire a le pouvoir de remettre en cause la relation d'exclusivité, en disposant de la chose.

B. - *La disposition*

Disposer d'une chose, c'est en faire ce que l'on veut. C'est dans ce sens que l'on peut comprendre le droit de disposer qu'ont introduit les romanistes médiévaux et qu'ont explicité leurs successeurs à travers le triptyque des utilités de la propriété ¹³⁵(54). Ainsi entendu, le pouvoir de disposer n'apporte rien de plus que le premier attribut de la propriété. Grâce à son monopole, le propriétaire peut faire de la chose ce que bon lui semble sans qu'il y ait le moindre intérêt à inventorier les avantages qu'il peut en retirer. Dans ce sens, le droit de disposer ne constitue qu'une explication du régime de l'exclusivité ¹³⁶(55). Le mot disposer a dans le code civil un autre sens, plus technique, qui consiste dans l'accomplissement de la plupart des actes juridiques qu'est susceptible d'accomplir un propriétaire, par abandon, aliénation ou constitution de droits réels ¹³⁷(56). Ce sens est, il est vrai, tributaire de l'élément d'exclusivité puisque c'est grâce à la relation privative dont il jouit que le propriétaire peut accomplir sur elle un acte juridique. Il reste que le pouvoir d'agir juridiquement est tout à fait particulier et ne peut être réduit, comme le fait la théorie classique, à une manière d'« abuser » de la chose même si abuser peut parfois aboutir à disposer ¹³⁸(57). Sans nul doute, à l'instar des utilités de la propriété, est-il le fruit de l'exercice de la volonté du propriétaire, mais il produit en outre un résultat important : la modification de l'ordre juridique existant soit par la naissance d'un droit, soit par la disparition d'un droit, soit par la conjonction de ces deux phénomènes. La propriété est, comme la liberté, un pouvoir de vouloir et surtout un pouvoir de vouloir juridiquement. Elle permet à celui qui l'exerce de modifier l'état du droit.

Ce pouvoir est tellement fondamental qu'on a été tenté de nier qu'il fût un attribut spécifique du droit de propriété. Tous les droits patrimoniaux ne sont-ils pas susceptibles d'être aliénés, grevés de droits réels ou de faire l'objet d'une renonciation ? Par ailleurs, localiser à l'intérieur du droit patrimonial une faculté qui s'exerce sur lui-même apparaît irrationnel. Comment le droit peut-il à la fois agir juridiquement et être l'objet de l'acte juridique ? Ces apories ont provoqué en doctrine une dissociation de la disposition et de la propriété. La disposition est devenue une dimension de la personnalité ou de la capacité juridique. Toute personne a et exerce par elle-même ou par autrui une faculté de disposer de ses biens, espèce de pouvoir fondamental. Ce mouvement qui s'est développé d'abord en Allemagne et en Italie, s'est ensuite manifesté en France à la fin du XIX^e siècle avec la théorie de Planiol ¹³⁹(58) depuis lequel la doctrine admet que le pouvoir d'aliéner n'est pas propre au droit de propriété, mais constitue une faculté extérieure qui s'exerce sur tous les droits.

Comment de pas voir que cette difficulté est la conséquence de l'inadaptation de la théorie classique de la propriété ? Dès lors que la propriété n'est qu'un bien parmi d'autres, il est évident qu'elle ne peut remplir la fonction essentielle d'être le vecteur de l'activité juridique. Si elle est en revanche perçue comme la relation qu'établit la personne avec chacun de ses biens, non seulement ses biens corporels mais aussi ses droits incorporels, il va de soi qu'elle permet à celle-ci d'accomplir des actes juridiques autant sur ses droits que sur ses biens matériels. La simplicité du schéma jure avec les contorsions théoriques qu'a provoquées la théorie classique sans déboucher sur des constructions vraiment convaincantes et opératoires. Il a par ailleurs le mérite de rendre compte de la dissociation de la propriété en un pouvoir de jouissance et un pouvoir de disposition qu'opère le *trust* ¹⁴⁰(59), dont la réplique française que constitue la fiducie-gestion sera prochainement consacrée par le législateur ¹⁴¹(60).

On ne manquera pas d'objecter que la disposition du propriétaire n'épuise pas toutes les formes variées de l'activité juridique. Les engagements sont étrangers à l'activité du propriétaire, laquelle se réduit en fait à des actes diminuant l'acte du patrimoine. Cette proposition doit être vérifiée avec soin, car les théories ayant inclus la disposition dans personnalité juridique n'ont pas manqué de l'étendre à toutes les manifestations de l'activité juridique, sans exclure la

constitution des droits personnels. Pour qu'une personne dispose, il est nécessaire qu'elle mette en cause par son acte la situation juridique d'un bien. Cet effet est aisément perceptible dans l'acte abdicatif, qui provoque l'abandon, voire la disparition du bien. Il est aussi sensible dans l'aliénation, qui entraîne un changement dans la propriété de la chose. La constitution d'un droit réel est le plus souvent analysée comme une aliénation en réduction, ce qui peut lui valoir les observations qui précèdent. Mais il est préférable, pour la suite de la démonstration de justifier autrement son appartenance aux actes par lesquels la personne dispose d'un bien.

Selon la théorie de Ginossar, la structure des droits réels sur la chose d'autrui n'est pas faite, comme l'enseigne la théorie classique, de propriété, mais d'obligation ¹¹(61). La constitution de ces droits établit un rapport d'obligation entre leur titulaire et le propriétaire de la chose grevée. Cette obligation a une configuration particulière parce qu'elle s'exerce relativement à une chose : le propriétaire est tenu de laisser passer, ne pas construire, souffrir que l'on jouisse à sa place, etc. sur ou de sa chose. C'est une des raisons pour lesquelles cette obligation se distingue de l'obligation ordinaire, (parfois qualifiée surabondamment de *personnelle*), en ce qu'elle est *réelle*. Le droit réel sur la chose d'autrui, qui n'est que la face active de l'obligation réelle, confère à son titulaire un pouvoir d'une nature sensiblement différente de celle du propriétaire. La chose n'est pas à lui ; elle lui est simplement *affectée* ¹²(62). La constitution de droit réel est disposition non pas en ce qu'elle provoque la disparition du lien de propriété existant entre le propriétaire et son bien, mais en ce qu'elle altère ce lien par l'octroi d'une prérogative concurrente résultant de l'affectation de la chose à un tiers.

Ainsi analysée, la disposition par constitution n'a aucune raison de ne pas être étendue aux droits personnel. Certes, l'engagement d'un débiteur ne crée aucun rapport de droit sur un bien déterminé, mais le droit de gage général en quoi consiste notamment la créance est bien le produit de l'*affectation* d'une masse de biens à une obligation ¹³(63). Ce n'est pas un bien isolé, mais tout l'actif du patrimoine qui répond de l'obligation, en sorte que créer ce lien, c'est en fait disposer de l'ensemble de ses biens. Il n'y a pas là un nouvel abus de langage. Dans de nombreux domaines du droit civil et en particulier dans celui des régimes matrimoniaux, le lien existant entre le pouvoir de disposer et celui d'obliger s'impose. Il a été récemment consacré en cette matière par le législateur ¹⁴(64). Le seul obstacle théorique auquel se heurte ce lien, c'est le fait qu'en disposant de son actif le débiteur qui s'oblige ne dispose par véritablement d'un bien, car le patrimoine est attaché à la personne.

L'objection n'est pas décisive. La théorie d'Aubry et Rau « subjectivise » un patrimoine qui, dans son acception romaine, n'est qu'une masse de biens ¹⁵(65) dont on conçoit qu'elle puisse faire l'objet d'actes juridiques. S'il est vrai qu'une personne ne peut pas aliéner son patrimoine, cette proposition trouve ses limites dans le vie du sujet, lequel peut disposer de son patrimoine à cause de mort. Le décès réifie le patrimoine et transforme les droits personnels en une variété de droits réels, qui suivent la chose en quelques mains qu'elle passe et obligent les successeurs du disposant. Outre le droit de suite ainsi caractérisé, le droit de gage général se trouvent alors agrémenté d'un droit de préférence à travers le privilège de la séparation des patrimoines. Il ne s'agit pas d'avilir le droit personnel en le réduisant au droit réel, ni l'inverse, mais de démontrer que la différence qui les oppose n'est pas aussi importante qu'il paraît ¹⁶(66) et que leur constitution s'analyse uniformément dans un acte de propriété qui appauvrit son auteur. Il faut revenir à cette idée un temps abandonnée ¹⁷(67) que le créancier est une variété d'ayant cause.

Toute l'activité juridique apparaît en définitive comme la mise en oeuvre d'un attribut de la propriété, dont le rôle n'apparaît que plus important dans l'édifice du droit privé. Ce rôle est en outre démultiplié par l'absolutisme dont la propriété imprègne l'activité juridique.

C. - L'absolutisme

Il résulte de l'article 544 du code civil que les attributs de la propriété s'exercent de manière absolue. Le texte est même affecté d'une hyperbole : c'est de la manière la plus absolue que le propriétaire jouit et dispose de son bien. Le caractère absolu des attributs de la propriété apparaît à première vue comme la traduction de la vocation spécifiquement illimitée de la propriété, vocation mise en valeur par le contrepoint des lois et règlements qui clôt l'article. C'est le *perfecte disponendi* de Bartole. Mais il est plus que cela. La propriété du code civil est, comme celle de la Révolution, une propriété opposable *erga omnes*, contrairement à la propriété féodale qui, du fait du régime des tenures, pouvait exister à l'égard des uns et être inopposable aux autres ¹³(68). Ainsi s'explique l'hyperbole : ce n'est pas tant pour faire du propriétaire un autocrate que l'on a souligné l'absolutisme de son droit que pour exprimer sans ambages l'abandon de la relativité inhérente au régime du domaine divisé.

Au vrai, les deux significations du mot absolu se rejoignent. C'est parce que son droit est opposable à tous que le propriétaire jouit d'une souveraineté illimitée en dehors de la loi. Mais leurs prolongements techniques ne sont pas les mêmes. Alors que la première est le fondement de la théorie de l'opposabilité, la seconde, on l'a vu, peut expliquer la théorie de l'abus de droit.

C'est la théorie de l'opposabilité ¹⁴(69) qui peut donner à l'absolutisme de la propriété toute sa force de développement et trouver en elle le fondement technique qui lui fait défaut. Il revient à Ginossar d'avoir mis en évidence les liens existant entre l'absolutisme de la propriété et l'opposabilité, à partir de la querelle ayant opposé les classiques et les tenants du personalisme. Les premiers voyaient dans le droit réel, donc, de leur point de vue, dans la propriété, le fondement de l'opposabilité. Les seconds n'ont pas contesté cette analyse, mais s'en sont servis pour rapprocher droits réels et droits de créance. L'opposabilité du droit réel n'est rien d'autre à leurs yeux qu'une obligation, en sorte que l'obligation est l'atome autant du droit réel que du droit personnel. Il s'agit d'une obligation de ne pas faire qui incombe à toutes les personnes autres que le titulaire du droit réel. Indisposée par la déviation ainsi apportée à l'un de ses postulats, l'école classique a contre-attaqué en le reniant : l'opposabilité n'est pas spécifique aux droits réels, elle est un attribut de tout droit ; elle ne peut donc expliquer la spécificité du droit réel, à moins d'admettre que le droit personnel est doublement obligationnel. C'est précisément ce que soutient Ginossar. Le créancier n'est pas, selon lui, seulement créancier du débiteur, il l'est aussi du reste de l'humanité d'une obligation de ne rien faire qui nuise à son droit. C'est cette découverte qui a permis à son auteur de construire une théorie cohérente de la propriété des créances et, au-delà, de la propriété des droits ¹⁵(70). Notre contribution a consisté à compléter cette théorie en approfondissant la dimension absolue de chacun de ses attributs ¹⁶(71). A partir d'une distinction proposée par Roubier entre l'opposabilité du droit et l'opposabilité du titre ¹⁷(72), nous proposons de distinguer l'opposabilité de l'exclusivité et celle de la disposition.

1. *L'opposabilité de l'exclusivité* est celle de l'appartenance. Dans un régime de propriété absolue, le caractère privatif d'un bien n'existe pas seulement *inter partes*, il est opposable à tous. La propriété privée étant la règle et la communauté l'exception, personne ne peut prétendre ignorer l'appartenance d'un bien. Il suffit de savoir qu'un bien n'est pas à soi pour en déduire qu'il appartient à autrui et s'interdire de nuire à l'exercice des pouvoirs de son propriétaire. La possession n'est donc même pas nécessaire pour fonder l'efficacité de la propriété à l'égard des tiers dans sa seule dimension d'exclusivité. Il s'ensuit que les limites qui s'attachent à l'organisation d'une propriété des biens immatériels ne peut en aucune manière nuire à l'opposabilité de l'appartenance de ces biens.

Cette proposition doit cependant être nuancée en ce qui concerne les droits incorporels. L'existence de ces biens et donc de leur propriété est moins évidente que celle d'un corps ou d'une chose immatérielle. Les rapports juridiques sont des abstractions, donc des entités non palpables, ce qui explique que les Romains les aient fondamentalement

distingués des choses corporelles, *quae tangi possunt* (73). Les tiers peuvent involontairement agir à leur détriment et léser les intérêts de leur propriétaire. La seule manière pour eux de se persuader de l'existence d'un droit incorporel, c'est de connaître le titre qui le fonde. Cette réalité inéluctable a pour conséquence une spécificité irréductible de la propriété des droits : l'opposabilité du droit se ramène à celle du titre.

2. *L'opposabilité du titre* est celle de l'acte juridique accompli par le propriétaire en vertu de son pouvoir de disposition. Elle n'a pas la même force que l'opposabilité de l'exclusivité, car l'existence du titre ne présente pas le même caractère de publicité que l'existence du droit de propriété. Alors que je ne peux être sans savoir qu'une chose ne m'appartient pas, je peux ignorer qu'une chose appartient à telle personne plutôt qu'à telle autre. Cette difficulté explique qu'en matière d'opposabilité du titre, la psychologie des tiers joue un rôle déterminant.

La règle fondamentale n'en est pas moins l'opposabilité. Comme l'enseignant Aubry et Rau, le code civil a mis en place un système juridique dans lequel l'opposabilité aux tiers d'un acte juridique n'est subordonnée à aucun fait matériel ni à aucune formalité (74). Ce principe n'est rien d'autre, semble-t-il, qu'une conséquence du caractère absolu du pouvoir de disposer proclamé par l'article 544 de ce code. Il joue pleinement dans les relations du propriétaire avec les tiers. Il est au contraire perturbé dans les relations que celui-ci peut entretenir avec un *ayant cause* du même auteur que lui.

a) Dans les *relations avec les tiers*, l'opposabilité du titre présente peu d'intérêt à l'égard des choses corporelles et des choses immatérielles non constitutives d'un rapport juridique. Il importe peu aux tiers de savoir à qui elles appartiennent puisqu'il leur suffit de savoir qu'elles ne leur appartiennent pas. Le titre peut toutefois être utile dans le contentieux de la propriété, où son opposabilité est précieuse dans l'administration de la preuve. En revanche, le problème de l'opposabilité du titre devient cardinal lorsque ce dernier fonde l'existence de la propriété d'un droit incorporel. Lorsque le droit constitué par le propriétaire est un droit réel, son existence est révélée par la possession, du moins lorsque ce droit a un objet corporel. Il en résulte, comme l'enseigne la tradition, que le régime de l'opposabilité des droits sur la chose d'autrui est calqué sur celui de la propriété des choses corporelles. Il en va différemment du titre instituant un droit de créance. Son opposabilité est plus aléatoire car la possession des créances est moins perceptible que celle des droits réels, sans toutefois être totalement dépourvue d'effet (75). Les tiers sont dès lors fondés à contester l'opposabilité de la créance, dès lors qu'ils sont de bonne foi. La force de la propriété des créances s'en trouve amoindrie ; elle est dépendante de la psychologie des tiers, laquelle est présumée constituée par l'ignorance du droit lésé. Tout le dispositif de la protection de la propriété de la créance repose sur cet axiome. L'action paulienne ne peut vaincre qu'en cas de concert frauduleux avéré. L'action en responsabilité exercée contre le tiers complice de la violation de l'obligation contractuelle ne peut prospérer que si la preuve de la mauvaise foi de celui-ci est rapportée (76).

b) La bonne foi irradie toutes les solutions qui organisent l'*opposabilité du titre aux ayants cause*. Lorsque le propriétaire a disposé de son bien au profit de plusieurs personnes, les conflits entre ayants cause peuvent être réglés par l'application du principe d'opposabilité. Chaque ayant cause peut prétendre avoir bénéficié d'un acte qui est la manifestation du pouvoir absolu de disposer du propriétaire mais l'emportera celui qui pourra justifier de l'antériorité de son titre. La règle *prior tempore potior jure* découle de l'application des principes de la propriété. On ne peut pas disposer d'un bien qu'on n'a plus ou sur lequel on a déjà créé un droit incompatible. Mais cette règle est quelque peu rigide, car celui au profit duquel le propriétaire a disposé en second peut avoir été victime des apparences et avoir cru légitimement traiter avec une personne demeurée propriétaire de son bien ou n'ayant pas constitué un droit contraire au sien. Elle est donc adoucie par des considérations tirées de l'état d'esprit de l'ayant cause. Pouvait-il ignorer l'acte accompli par le propriétaire ? Il sera alors fondé à se prévaloir de son ignorance. Ne pouvait-il l'ignorer ? Le principe

d'opposabilité reprendra dans ce cas son empire ⁽⁷⁷⁾. La preuve de la psychologie de l'ayant cause résulte de présomptions essentiellement fondées sur la possession. Si le propriétaire est demeuré en possession, l'ayant cause sera réputé de bonne foi, sauf preuve contraire. Si, au contraire, le tiers au profit duquel le propriétaire a disposé est entré en possession, il ne pourra prétendre ignorer ce fait et le titre qu'il révèle. C'est sur ce raisonnement que repose le dispositif du règlement du conflit entre ayants cause en matière de meubles corporels ⁽⁷⁸⁾.

La possession ne peut être aussi efficace à l'égard des immeubles, car l'apparence qu'elle provoque en ce domaine est moins convaincante. La preuve de la psychologie des ayants cause a été en conséquence pré-constituée par la mise en place d'un régime de publicité des actes de propriété. Pour savoir si une personne a disposé de son immeuble, il suffit de se renseigner auprès d'un service administratif créé à cet effet. Si, ce faisant, on apprend qu'aucun acte n'a été accompli et que l'on publie son propre acte, l'opposabilité de cet acte et sa prévalence sur tout acte non publié ou publié ultérieurement sera assurée, sauf à ce que soit démontrée la mauvaise foi de l'auteur de la publication. L'antériorité de la publication remplacera l'antériorité de l'entrée en possession comme critère de précession.

La possession peut encore moins jouer un rôle à l'égard des droits incorporels. Il est apparu souhaitable, là aussi, de la remplacer par une publicité. Si le droit est immobilier, l'acte sur lui accompli bénéficiera du régime de la publicité foncière. Dans le cas contraire, la publicité résultera de la signification de l'acte au débiteur, opération qui traduit au demeurant autant une entrée en possession de l'ayant cause qu'un mécanisme publicitaire ⁽⁷⁹⁾.

Mots clés :

PROPRIETE * Bien immatériel * Droit romain * Opposabilité de la propriété

(1) « ... le corps entier du code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété, droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent » (Portalis, présentation du titre *De la propriété* devant le Corps législatif, *Fenet*, IX, p. 132). Les deuxième et troisième livres du code civil traitent de la propriété et le premier n'envisage les personnes qu'en tant que sujets potentiellement propriétaires. Selon Locré, « 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 choses 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 les engagements se forment et s'éteignent... » (*Esprit du code Napoléon*, I, p. 66-67).

(2) Cf. J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, De la propriété comme modèle, *Mélanges Colomer*, p. 281.

(3) Cf. C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, 1981 ; C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, 1983 ; P. Crocq, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, 1992.

(4) Projet de loi de févr. 1992 relatif à la fiducie, *JO déb. Ass. nat.* n° 2583.

(5) Cons. const. 16 janv. 1982, *D.* 1983.163, note Hamon, *JCP* 1982.II.19788, note Nguyen Quoc Vinh et Franck ;

Cour EDH, 9 juill. 1986, *Lithgow*, JCP 1987.éd.E. II.14894, note Jeantet.

(6) Certains auteurs soutiennent dès le XVII^e siècle contre la conception féodale de la propriété que la *proprietas* n'est que la qualité de la chose d'être exclusive, le *dominium* étant quant à lui une prérogative attachée à la personne (V. les auteurs cités par Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, traduction Barbeyrac, Bâle, 1771, p. 546). C'est cette vision fidèle au droit romain qu'évoque Toullier dans son traité dans les termes suivants. « Quelques auteurs établissent une différence entre le domaine et la propriété. Ils entendent par la propriété cette qualité que l'on conçoit dans la chose même, en tant qu'on la considère comme appartenant à telle ou telle personne, exclusivement aux autres. Et par le *domaine*, ils entendent le droit de disposer à notre gré de ce qui nous appartient, droit qu'ils regardent comme l'effet de la propriété ; de sorte que selon eux, *le domaine est attaché à la personne* au lieu que la propriété est attachée à la chose même. Ainsi domaine et propriété seraient deux termes corrélatifs : l'un serait le droit actif de disposer, l'autre une qualité passive qui suit toujours la chose, et la soumet toujours 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* » (II, n° 83, p. 34, texte souligné par nous).

(7) V. P. Grossi, Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà, *Quaderni Fiorentini*, 1976-1977, v.-VI, p. 325 et s.

(8) L'opinion dominante des historiens, qui est influencée par les déformations subies par le droit romain au Moyen Age, est que la distinction des *res* en *corporales* et *incorporales* n'est pas une distinction des objets de propriété, mais du droit de propriété et des autres droits. Comme les textes romains ne comportent aucune indication permettant d'assimiler le *dominium* aux choses corporelles, ceux-ci soutiennent que le *dominium* est invisible parce qu'incorporé dans la chose corporelle. Le romaniste italien Bonfante admet au contraire que les *res incorporales* sont tout autant des objets de propriété que les *res corporales* (*Corso di diritto romano*, II, p. 206-207). L'idée a été reprise et développée par Scialoja, qui a inventorié les multiples cas dans lesquels les textes romains évoquent le *dominium* d'un droit (Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Rome, 1928. Cf. également Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà*, I. Milan, 1969, qui dénonce l'exploitation abusive de l'idée que la possession est à l'origine de la propriété dans le sens d'une matérialisation du rapport de propriété). Villey a remis en question la thèse soutenue par son maître Monier selon laquelle le *dominium* serait apparu en même temps que la distinction des choses corporelles et incorporelles et aurait vu de ce fait son assiette limitée aux choses corporelles (M. Villey, L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, *RHD* 1946-1947, p. 223 et 225 ; *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1957, p. 217). Cf. dans le même sens, J.-L. Gardies, La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant, *APD* 1979, p. 142-143.

(9) V. M. Villey, Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne, *Publication de l'institut de droit romain de l'université de Paris*, VI, 1950.187.

(10) V. P. Masson, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age*, thèse, Dijon, 1933.

(11) V. E. Meynial, Notes sur la formation du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes, *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1908, II.409.

(12) Bartole, D.41, 2, 17, n° 4. Bartole reconnaît en dehors de ce commentaire célèbre l'existence de la propriété des droits, notamment dans les termes suivants : « *quicumque habet aliquod jus, dominium illius juris dicitur habere* » (CIII, 33, p. ; C. 4, 19, 4).

(13) Le BGB a été influencé par la doctrine allemande du XIX^e siècle, laquelle a poussé à l'extrême la vision subjectiviste du droit. Le droit subjectif, dans la naissance duquel Bartole semble avoir joué un rôle décisif, est consubstantiel à la corporéité de l'objet des droits (J.-L. Gardies, *op. cit.*). La conception allemande va à contre-courant de l'évolution de la théorie des biens. D'autres codes européens postérieurs à la codification napoléonienne ont au contraire expressément affirmé que la propriété et les droits réels peuvent indifféremment porter sur des choses corporelles ou sur des choses incorporelles (en particulier le nouveau code civil néerlandais, sur lequel V. AS. Hartkamp, La révision du code civil aux Pays-Bas, 1947-1992, *Introduction au droit patrimonial*, centre de recherche en droit privé comparé du Québec).

(14) Elle est sous-jacente à la distinction des immeubles par nature et des immeubles par l'objet (art. 517, 526) et à celle des meubles par nature et des meubles par détermination de la loi (art. 527, 529). Elle est expressément évoquée à l'article 2075.

(15) Cf. A. Piret, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, thèse, Paris, 1937.

(16) *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris, 1772, p. 5, 19, 210, 211, 378, 379, 381, 386.

(17) *Ibid.* p. 28 et s. ; Traité de la prescription, n° 16.

(18) L'école de l'exegèse fut plus nuancée que la doctrine postérieure. Elle admit la propriété des choses incorporelles tout en la marginalisant par l'affirmation de sa nature spécifique ou son absence d'intérêt pratique (V. Vidal, La propriété dans l'école de l'exegèse en France, *Quaderni Fiorentini*, 1978, p. 24 et 26, spéc. notes 76 et 77).

(19) Celle-ci refuse, par exemple, le bénéfice de l'article 2279 du code civil à l'acquéreur d'un fonds de commerce (Civ. 26 janv. 1914, *DP* 1914.1.112).

(20) Sous l'empire de la loi du 23 juin 1857, les marques pouvaient s'acquérir autant par l'usage que par dépôt. L'usage - ce qui trahissait sa nature possessoire - devait être public et non équivoque. La loi du 31 décembre 1964 a écarté ce mode d'acquisition, mais elle le conserve exceptionnellement dans le cas du possesseur d'une marque notoire. Ce

dernier peut demander l'annulation du dépôt par un tiers de sa marque (art. 4 al. 2), ce qui constitue une véritable revendication.

(21) V. Marcadé, II, n° 410 ; Demolombe, IX, n° 572 ; Ripert et Boulanger, I, n° 2490 et s. ; rappr. Weill, *Les biens*, 2^e éd. n° 37-38 ; Levie, *Traité théorique et pratique des constructions sur le sol d'autrui*, 1951.

(22) J.-M. Mousseron, T. Raynaud et T. Revet, *op. cit.* n° 23 ; rappr. J.-M. Mousseron, L'évolution de la propriété industrielle, in *L'évolution contemporaine des biens*, 3^{ème}s Journées René Savatier, 1991, p. 164-165.

(23) L'idée que les co-contractants deviennent propriétaires des droits résultant du contrat n'a pas échappé aux rédacteurs du code civil. « Les hommes ne traitent entre eux, disait Cambacérès, que pour s'assurer des avantages ; ainsi toute obligation se rattache à la propriété, puisqu'elle donne des droits à celui qui en profite » (Discours préliminaire à la présentation du 3^e projet, *Fenet*, I, p. 169). V. aussi réf. citées par Demolombe, XIII, I, n° 2.

(24) C'est le cas en particulier des successions (art. 768 c. civ.).

(25) Il est admis que l'article 2279 s'applique aux droits réels sur la chose d'autrui portant sur un objet corporel, notamment le gage et l'usufruit (cf. Civ. 19 juin 1928, *DH* 1928.448).


(26) Art. 122 L. 25 janv. 1985 (ancien art. 575 c. com.). La jurisprudence confirme que la créance est l'objet même de la revendication en admettant que le revendicateur exerce son action sur la créance du prix de revente au lieu et place de la marchandise, par subrogation réelle (Com. 20 juin 1989, *Bull. civ.* V, n° 197 ; *D.* 1989.431, note Pérochon).

(27) Req. 12 févr. 1947, *JCP* 1947.IV.58 ; *Gaz. Pal.* Tables, 1946-1950, v° *Revendication*.

(28) Art. L. 611-8 c. propr. intell.

(29) Cons. const. 16 janv. 1982, préc. note 6.

(30) Arrêt *Lithgow*, préc. note 6.

(31) Art. 7 L. n° 88-1201 du 23 déc. 1988. Cf. F. Zenati et A. Coeuret, cette *Revue* 1989.162 et 165. Cette loi institue par ailleurs le fonds commun de créance qu'elle définit comme une copropriété de créances (art. 34). Cf. Bonneau, Les fonds communs de créances et le droit civil, cette *Revue* 1991.1 .

(32) Art. 1-1, résultant de la loi interprétative n° 84-46 du 24 janv. 1984.

(33) Crim. 8 janv. 1979, *D.* 1979.509, note Corlay, *IR.* 192, obs. Roujou de Boubée ; Crim. 29 avr. 1986, *D.* 1987.131, note Lucas de Leyssac, *JCP* 1987.II.20788, note Croze.

(34) « *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur* » (D. 41, 2, 17, n° 4).

(35) Scialoja, *Teoria della proprietà*, *op. cit.* p. 262 ; Piccinelli, *Studi e ricerche intorno alla definizione : dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur.*

(36) *La proprietà*, contrairement au *dominium*, n'est pas une prérogative et encore moins un droit (M. Villey, *Critique de la pensée juridique moderne*, 1976, p. 193-194).

(37) Cf. Masson, *Les rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age*, *op. cit.* p. 63 et s. Il est à noter que les glossateurs, plus respectueux des textes romains, avaient à l'inverse pris position contre l'idée d'usufruit causal.

(38) Elle est probablement due à Pothier, selon lequel, les droits sur la chose d'autrui sont « *comme* des démembrements » de la propriété (*Traité du droit de domaine de propriété*, p. 106-107). Ce n'était qu'une allégorie ; la *dismembratio* désignait dans le droit féodal tout autre chose : l'aliénation partielle par le vassal de son fief (Olivier Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, I, Paris, 1922, p. 283-284).

(39) Westrup, Quelques remarques sur la propriété primitive, *RHD* 1933.327.

(40) *Traité du droit de domaine de propriété*, n° 4.

(41) *Ibid.* n° 16-17.

(42) Josserand, *Cours de droit civil*, I, 2^e éd. n° 1471.

(43) Cf. Grandclaude, Cours de doctorat 1933-1934, *Histoire de la propriété foncière*, p. 13 ; Piret, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, thèse Paris, 1937, p. 208 et s.

(44) Toullier, II, n° 85, p. 34 ; cf. Aubry et Rau, II, § 190, p. 248, § 191, p. 256 ; Laurent, IV, n° 102.

(45) V. not. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, thèse, Paris, 1900.

(46) V. art. 578, 585, 590, 591, 592, 593, 603, 605, 607, 609, 611, 612, 614, 618 c. civ.

(47) Vareilles-Sommieres, La définition et la notion juridique de la propriété, cette *Revue* 1905.444.

(48) La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, APD IX, 1964, p. 107. Villey reprend les travaux de Kaser, *Der Romische Eigentumsbegriff*, Deutsche landesreferate, zum VI, Int Kongress für Rechtsverg, 1962, p. 19 et s.

(49) L. Leger, *Théorie générale de la prescription extinctive*, thèse Paris, 1897, spéc. p. 36. Le propriétaire n'est pas exposé à une prescription par non-usage parce que ne pas user c'est autant pour lui exercer son droit, qui est d'essence facultative, qu'user (M. Brandac, *La nature juridique de la prescription extinctive*, 1986, p. 126). Sur le caractère facultatif du droit de propriété, cf. Lecompte, *La notion de faculté*, thèse Paris, 1930, p. 188, 217 et s. Sur les liens entre propriété et liberté ; cf. D. 1, 5, 4 ; Laurent T. 32, n° 227 et s. ; Capitant, Sur la nature des droits réels, *Mélanges Sugyama*, 29 ; Leger, *op. cit.* p. 35.

(50) Req. 5 mai 1879, *D.* 1880.1.45, concl. Robinet de Cléry ; *S.* 1879.1.313, note Beudant. L'hésitation exprimée dans cet arrêt fut dissipée par une décision ultérieure affirmant l'imprescriptibilité du droit de propriété (Req. 12 juill. 1905, *D.* 1907.1.41 ; *S.* 1907.1.273, note Wahl).

(51) Le droit objectif, qui constitue la seule délimitation de l'espace de liberté du propriétaire comporte, outre les textes, des préceptes de morale sociale que celui-ci ne saurait ignorer sous couvert de sa prérogative (comp. Ripert, abus ou relativité des droits, *Rec. crit.* 1929.33 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 293 et s.).

(52) Art. 815 c. civ.

(53) Art. 545 c. civ. ; art. 17 Déclaration des droits de l'homme de 1789.

(54) On s'accorde à penser que les romanistes médiévaux ont puisé leur définition de la propriété dans celle que donne le *Digeste* de la liberté (D. 1, 5, 4).

(55) Une tradition tenace identifie disposition et libre choix dans l'usage d'une chose ou l'exercice d'un droit (Ihering,

L'esprit du droit romain, 3^e éd. trad. Meulenaere, IV, § 70, p. 335-336 ; J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail*, thèse Toulouse, 1951, n° 285 et s. ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, 1952, p. 88 et s.).

(56) Cf. D. Berra, *Le principe de libre disposition des biens*, thèse (dact.) Nancy, 1969, qui envisage cependant la disposition en dehors de la propriété, comme un élément de la capacité.

(57) *Ibid.* p. 136-137.

(58) *Traité élémentaire*, I, n° 1030 et s. Planiol en déduit à partir de la thèse de P. Goldschmidt (*Etude sur l'acte d'administration*, Paris, 1898) que la distinction des actes d'administration et des actes de disposition ne concerne pas, comme on le pensait jusqu'alors, la propriété, mais la capacité (*ibid.* n° 1041).

(59) BA. Wortley, Le trust et ses applications modernes en droit anglais, *Rev. int. dr. comp.* 1962.699.

(60) La fiducie se différencie précisément du trust en ce qu'elle n'opère pas dissociation de la jouissance et de la disposition. Cette différence s'explique par l'abolition en France du régime de propriété divisée.

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

(62) Cf. art. 2114 c. civ. à propos de l'hypothèque.

(63) Cf. J.-P. Rempier, *L'individu et son patrimoine*, thèse Paris, 1910, p. 121, 132 et s.

(64) L. 23 déc. 1985, art. 225 c. civ.

(65) R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, n° 246 et 249.

(66) V. O. Jallu, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse Paris, 1902 ; E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Paris, 1898 ; Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine*, thèse Dijon, 1910.

(67) Depuis Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier*, thèse Bordeaux, 1916 et Bonnacase, La condition juridique du créancier chirographaire, cette *Revue* 1922.103.

(68) Cf. Mestre, Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit, *APD* 1932.169.

(69) On admet depuis la thèse de J. Duclos (*L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984) que l'opposabilité est une notion uniforme pouvant faire l'objet d'une théorie générale.

(70) *Droit réel, propriété et créance*, préc. n° 22 à 34 ; *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, LGDJ, 1963.

(71) *La nature juridique de la propriété*, préc. note 1, n° 506-507 ; *Droit civil, Les biens*, n° 106 et s.

(72) P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, p. 258 et s.

(73) *Gaius*, 2, 12 à 14 ; *Inst.* 2, pr. 1, 2 et 3.

(74) Aubry et Rau, II, § 174.

(75) Art. 1240 c. civ.

(76) V. sur l'ensemble de ces points, Ginossar, *op. cit.*

(77) La connaissance, présumée ou effective, qu'ont les tiers d'une situation juridique semble bien être la clé de voûte de toute théorie de l'opposabilité (V. Duclos, *op. cit.* n° 445).

(78) Art. 1141 c. civ.

(79) Il convient de rappeler que les dispositions régissant la cession de créance sont applicables aux autres droits incorporels aux termes de l'article 1629 du code civil et de l'intitulé du chapitre dans lequel est incluse cette disposition. Les commentateurs du code civil ont cependant pour la plupart résisté à cette évidence et ont été suivis par la jurisprudence. (Req. 16 avr. 1889, *DP* 1890.1.260). Cette dénaturation est regrettable car elle prive une catégorie homogène de biens d'un élément de son régime. L'inconvénient est, il est vrai, pratiquement limité puisque postérieurement au code civil la publicité des droits incorporels immobiliers a été instituée et une extension du bénéfice de l'article 2279 du code civil aux titulaires de droits mobiliers sur la chose d'autrui a été opérée par la jurisprudence.

