




RTD Civ. 2003 p.667


### Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine (1)

Frédéric Zenati, Professeur à l'Université Lyon III


La théorie du patrimoine  (2) est la plus fameuse des théories qui ait jamais été soutenue en droit français, une construction conceptuelle qui incarne l'apogée de la doctrine et porte cet art à un degré de raffinement et de puissance inédit.

Sa réussite est à la mesure de son ambition. En dépit des critiques qui lui ont été adressées et des désaveux que le droit positif lui a infligés, elle a opéré une mutation conceptuelle dans le droit issu de la codification, mutation d'une profondeur telle que les juristes sont incapables de penser sans elle  (3). Non seulement elle a fourni une nouvelle grille de lecture à l'interprète moderne mais, en outre, elle s'est inscrite si profondément dans la manière de concevoir le droit qu'on est incapable de savoir ce qui l'a précédée et quel est son véritable apport, comme si sa force était d'avoir révélé une vérité de toute éternité. Sa puissance a été telle qu'elle est proprement devenue à tous égards transcendante, pas seulement en ce qu'elle est essentielle, mais surtout parce qu'elle a accédé au rang de condition *a priori* de la connaissance juridique  (4).

Renouveler la réflexion sur ce monument de notre tradition doctrinale avec le recul que permet la dimension d'un bicentenaire - Aubry et Rau sont tous deux nés en 1803 - passe par une tentative de conjurer l'aveuglement qui a assuré à la thèse qu'il constitue un enracinement inexpugnable. La meilleure manière de lui rendre hommage en même temps que de mesurer objectivement son originalité, c'est, paradoxalement, de s'en affranchir, de purger l'esprit de tout résidu de sa logique.

Le caractère historique du colloque auquel a donné lieu le bicentenaire de la naissance des auteurs du cours de droit civil français est une référence à cet égard. Il invite à une lecture scientifique et non pas purement dogmatique de l'oeuvre majeure des grands professeurs. Il ne s'agit pas de se livrer à une énième controverse pour ou contre la théorie du patrimoine  (5) mais de tenter d'en livrer les tenants et les aboutissants pour donner aux épigones que nous sommes les moyens d'une émancipation autant que les outils d'une évaluation en vue de l'exploitation et du dépassement de cette théorie. C'est par la mise en perspective de la construction que l'on peut espérer contribuer à la maturité de sa réception et, partant, dégager les perspectives de la conservation du produit de son innovation. Bref, il faut, rendant hommage à l'historicisme qui sourd derrière la pensée d'Aubry et Rau, dépasser la contemplation d'une icône et tenter de produire une diachronie de la théorie du patrimoine. C'est en essayant de savoir vraiment ce qu'il y avait avant que l'on sera en mesure de rechercher ce qu'il peut y avoir après.

### Mise en perspective

La théorie du patrimoine est le produit remarquable d'un fécond métissage, celui de l'art législatif français et de la science juridique allemande. Tout commence avec l'enseignement du code civil français prodigué par ce grand maître de la doctrine allemande que fut Zachariae  (6). La lecture d'outre-Rhin du code inspire une conceptualisation du sujet de droit. Zachariae dégage du droit codifié une perception de la personne juridique à travers la notion de

patrimoine, considérée non pas comme la masse des biens et des droits appartenant à un individu, mais comme une universalité qui les rassemble tout en s'en distinguant intellectuellement. C'est curieusement dans le Code Napoléon que Zachariae a trouvé les éléments d'une telle théorie, alors que ce code n'utilise pas la notion de patrimoine mais celle, bien romaine, des biens <sup>10</sup>(7). C'est que le code français, qui est l'héritier du siècle des Lumières, ce temps fort de la modernité, se prête bien à une conceptualisation du sujet de droit. Loin de mériter le prédicat classique qu'il est d'usage de lui attribuer, la théorie du patrimoine est on ne peut plus moderne. L'inspiration philosophique peut en être trouvée non seulement chez Kant, mais aussi chez Descartes et Leibnitz <sup>11</sup>(8).

Pour autant, les appuis que Zachariae trouve dans le code civil français ne sont pas évidemment modernes. Le patrimoine, qui y est très exceptionnellement évoqué, est une notion aux antipodes de celle du sujet. Elle vient de Rome où elle désigne simplement les biens d'un particulier, donc d'un père de famille (d'où le mot), à l'exclusion de toute référence à des dettes et à l'idée d'universalité. Comment une notion aussi rudimentaire et aussi objective a-t-elle pu être élue pour conceptualiser juridiquement le sujet ?

Il semble que l'inspiration de Zachariae ait sa source dans les dispositions successorales du code <sup>12</sup>(9). Non seulement la personne est devenue dans le code un concept abstrait avec l'homogénéisation des statuts personnels, mais elle y constitue aussi, sous le poids de la tradition coutumière, le fondement même du mécanisme successoral. Dans l'ordre nouveau comme dans l'ordre ancien, les héritiers ne sont pas tant des acquéreurs que des continuateurs de la personne du défunt. Pour les auteurs du cours de droit civil français, la continuation de la personne du défunt va beaucoup plus loin que ce que la postérité en a retenu. Il ne s'agit pas simplement de rendre compte de l'obligation *ultra vires successionis* et du rôle des héritiers dans la liquidation héréditaire, mais d'écarter la notion de transmission successorale au profit d'une idée de transsubstantiation <sup>13</sup>(10) qui ne peut qu'exalter le sujet au détriment de la dimension réelle du mécanisme successoral.

La rencontre entre la vieille technique de la continuation de la personne du défunt et l'idée moderne du sujet s'est faite sous l'égide du nouvel ordre successoral, celui dans lequel on ne distingue plus l'origine ni la nature des biens pour en régler la dévolution <sup>14</sup>(11). Le code a éradiqué la distinction que l'on faisait dans l'ancien droit entre les successions de propres, les successions d'acquêts et les successions de meubles, et a affecté tous les biens, et plus seulement les meubles, au paiement des dettes <sup>15</sup>(12). Autrement dit, il a substitué à une pluralité d'universalités une unicité d'universalité. Comment ne pas voir que cette universalité unique, c'est le patrimoine romain enrichi d'un passif qui le grève dans son entier ?

Zachariae et ses émules français ne se sont pas bornés à faire cette élémentaire constatation. Ils l'ont mise à profit pour réaliser leur projet de conceptualiser le sujet. Dès lors qu'il n'y a qu'une succession, une seule universalité et que la succession se fait à la personne et non pas aux biens, la tentation était grande d'identifier cette universalité à la personne. Le fait que l'on succède à une universalité désormais unique par le truchement du sujet pouvait conduire à voir dans l'universalité le sujet même. Cela était d'autant plus engageant que la théorie des universalités léguée par le droit savant médiéval considérait l'universalité comme une abstraction indépendante de son contenu <sup>16</sup>(13). Ce que recueille donc l'héritier désormais, d'après nos auteurs, ce ne sont pas des biens ; c'est un cadre abstrait d'appropriation inhérent à la personne juridique du défunt. D'où l'idée que le patrimoine dont sont investis les successeurs n'est pas une triviale juxtaposition de biens, ni même une « enveloppe » comme l'enseignera la vulgate postérieure, mais le sujet de droit lui-même <sup>17</sup>(14).

Il restait à déterminer en quoi une universalité, fût-elle de droit, pourrait constituer le cadre de la personnalité juridique. Là encore, tradition et innovation sont conjuguées, dans la pure veine des pandectistes allemands, au

service de la fabrication d'un concept.

Tradition d'abord. Ni Aubry et Rau ni leur inspirateur n'ont la responsabilité de la personnification des masses de biens. Le reproche fréquemment adressé à leur théorie de rendre les juristes infirmes de la capacité de concevoir un patrimoine sans une personne est à la fois trop d'honneur et trop d'indignité. C'est la romanistique médiévale qui a transformé les choses en personnes avec sa théorie des universalités, c'est elle qui a fait des collections de biens (*universitates rerum*) comme des groupement de personnes (*universitates personarum*) des personnes et qui a fondé ce qui devait s'appeler, par la suite, la théorie des personnes civiles <sup>15</sup>. Les professeurs strasbourgeois et leur inspirateur n'ont fait qu'étendre ce schéma aux personnes physiques et lui donner le nom de patrimoine. Il n'y avait donc rien d'hétérodoxe dans le fait de reprendre au 19<sup>e</sup> siècle une idée du droit savant à la faveur de la rénovation du droit civil par la codification, si ce n'est qu'on transformait en principe ce qui avait été considéré par les post-glossateurs comme une simple fiction, qu'on extrapolait ce qui avait été construit pour les seules personnes morales aux personnes physiques dans le cadre d'une théorie de la personnalité juridique.

Innovation, la théorie du patrimoine en constitue une sous un autre rapport. Ses auteurs ne se contentent pas de réaffirmer l'idée que l'universalité induit la personnalité, ils la justifient par celle de volonté. Si les biens de la personne constituent un ensemble intellectuel qui les transcende, c'est parce qu'ils sont soumis à une seule et même volonté. C'est, en quelque sorte, parce qu'elle est volonté que l'universalité baptisée patrimoine est la personnalité.

On aura reconnu ici l'un des thèmes majeurs de l'école de Savigny, qui trahit la filiation de la pensée d'Aubry et Rau à l'égard du pandectisme allemand <sup>16</sup>. La théorie du patrimoine est avant tout un produit du dogme de la volonté, dogme qui explique le droit par la subjectivité. Tout le système construit par Aubry et Rau n'est que le déroulement des conséquences de ce principe : unicité, indivisibilité, nécessité, inaliénabilité <sup>17</sup>.

Ce rapide panorama des origines de la théorie du patrimoine suggère que loin d'être arbitraire, cette théorie est de son temps, et quel temps ! Fidèle à l'héritage du *jus commune*, elle le modernise à la faveur de la codification française au moyen des instruments forgés par l'avant-garde doctrinale allemande à partir des idées du siècle des Lumières.

La nécessité de la fonder sur la loi positive a eu pour conséquence ce résultat curieux de transformer (par l'entremise du droit successoral) en personne une figure qui relève du domaine des choses. C'est son hypothèque principale, qui n'a pas empêché son succès, mais qui a limité ses potentialités, celles d'une véritable théorie de la personnalité juridique.

### Perspectives

La théorie du patrimoine a reçu, à l'approche du bicentenaire des naissances d'Aubry et de Rau, une nouvelle vague d'assauts, encore plus redoutables que ceux qu'elle avait suscités à la fin du premier centenaire <sup>18</sup>. Ce que suggère cette récurrence, voire cette pérennité de la critique, c'est que la théorie du patrimoine, a défaut d'être juste, pose assurément des questions fondamentales. Telle semble devoir être la perspective qu'elle assigne, celle d'un dépassement, certes, mais constructif. Ce qui est à l'ordre du jour, c'est de poser de nouveau les questions de base auxquelles elle s'est courageusement attaquée et celles qu'elle a mises au jour, pour la plupart jetées dans l'oubli par l'ingratitude de la période, mais pourtant d'une brûlante actualité. Les plus importantes sont la personnalité juridique et la patrimonialité, auxquelles on se cantonnera.

### La personnalité juridique

Il y a fondamentalement dans la théorie du patrimoine une entreprise sans précédent et, depuis lors, sans rivale de définir la personnalité juridique<sup>19</sup>. Cette entreprise a fini par tourner court en raison du poids de l'hypothèque qui la grevait : définir la personne par la chose. Le pari était, au plan de la logique, impossible à tenir, même s'il était fondé sur l'autorité de la tradition romaniste<sup>20</sup>. Ce fondement était d'ailleurs fragile, car, en déduisant la personnalité d'une simple masse de biens, les savants du moyen âge n'avaient pas eu, comme Aubry et Rau, la prétention de découvrir la personnalité juridique, mais, plus modestement, celle de personnifier une masse de bien. L'obstacle de la logique a reçu le renfort de l'épreuve du droit positif. Les tenants de la théorie objectiviste du patrimoine<sup>21</sup> n'ont pas eu beaucoup de difficulté à démontrer qu'une personne peut posséder plusieurs universalités sans qu'il soit besoin pour elle de se démultiplier et l'évolution ultérieure du droit n'a fait que renforcer leur objection. Le législateur a montré à plusieurs reprises que la théorie d'Aubry et Rau ne l'arrêterait pas dans ses projets de créer des patrimoines d'affectation<sup>22</sup> et le code civil du Québec est même allé jusqu'à admettre la possibilité d'un patrimoine sans maître en réglementant la fiducie<sup>23</sup>.

Le droit positif a donné raison aux adversaires du volontarisme, cette vision du droit qui irradie la théorie du patrimoine. On ne définit plus, à partir de la fin du 19<sup>e</sup> siècle, le sujet par la volonté, mais par l'intérêt<sup>24</sup>. La volonté n'est qu'un instrument qui permet à l'intérêt qui anime les masses de biens et les groupements d'émerger et, par suite, de prétendre à la personnification. Expliquer la personnalité par le patrimoine parce que le patrimoine traduit une volonté fédératrice est, dans ces conditions, pure perte. Ce qui fait qu'une masse de biens devient une personne, ce n'est pas la volonté dont on la dote mais le but auquel on l'affecte et donc l'intérêt vers lequel elle tend<sup>25</sup>.

Mais la déroute est loin d'être totale. Dès lors qu'on la purge de son paralysisme fondateur, la théorie du patrimoine dévoile toutes ses potentialités. Renoncer au chimérique projet de rechercher la personnalité juridique dans les masses de biens<sup>26</sup>, amputer la théorie de ce vice permet de découvrir les matériaux d'une véritable théorie du sujet, matériaux d'autant plus précieux qu'Aubry et Rau n'ont, depuis lors, pas fait d'émules et qu'on ne sait toujours pas vraiment ce qu'est la personnalité juridique.

Le premier élément de la personnalité n'est pas, comme l'enseigne l'opinion commune, l'aptitude à avoir des droits, mais, comme l'ont bien compris certains interprètes d'Aubry et Rau<sup>27</sup>, l'aptitude à posséder. Aubry et Rau définissent de manière explicite le patrimoine par la propriété<sup>28</sup>, non pas le droit de propriété mais un pouvoir constitutif d'un bien inné<sup>29</sup>, c'est-à-dire un attribut personnel indissociable du sujet, dont ils disent expressément qu'elle est la personnalité juridique même<sup>30</sup>.

Peu d'auteurs ont pris conscience des liens unissant les concepts de propriété et de personnalité au-delà d'une vague perception de ce que la personne morale constitue un mode d'appropriation. Il n'y a guère qu'Hauriou qui reprendra l'idée qu'être une personne, c'est être apte à s'approprier les choses, en expliquant que ce schéma est destiné à l'établissement des relations juridiques<sup>31</sup>. La propriété inhérente au sujet que dépeignent les auteurs de la théorie du patrimoine est presque complète. Elle inclut la capacité d'acquérir, qui achève de la distinguer du droit de propriété ordinaire. Il y a peu à ajouter pour parachever l'ouvrage de ce côté.

L'autre versant, c'est ce qu'Aubry et Rau appellent le « sujet d'obligation »<sup>32</sup>. Nos auteurs ne se bornent pas à enregistrer le fait que l'ordre issu de la codification a généralisé l'assiette du gage des créanciers, ils ajoutent que ce gage est subjectif, c'est-à-dire qu'il grève le sujet à travers le patrimoine qu'ils ont subjectivisé et non pas les biens en eux-mêmes<sup>33</sup>. Ce tour de passe-passe un peu grossier (le droit personnel porte sur la personne ; or c'est le patrimoine qui répond de l'obligation ; donc la personne, c'est le patrimoine) leur permet de justifier la conception éthérée du

patrimoine qu'ils veulent promouvoir. L'apport d'Aubry et Rau au pôle passif de la personnalité juridique est donc bien modeste, mais ce qui n'est pas négligeable, c'est l'invite qu'il comporte à penser l'obligation en terme de personnalité, l'appel à une réflexion sur ce qu'il y a de subjectif dans le droit de gage général. Etre une personne, ce n'est pas seulement être apte à devoir, c'est aussi obliger la valeur de ses biens. La raison en est que la dimension d'engagement de l'obligation (*haftung*, qui s'oppose à *schuld*, devoir) n'est autre qu'un lien de responsabilité <sup>(34)</sup> et que la responsabilité (constituée par la compensation que procure la vente des biens) est inhérente au sujet <sup>(35)</sup>. Il n'y a, dès lors, rien d'étonnant à ce que le droit de gage général lié à la dette soit en relation avec une instance qui lui correspond dans la structure même de la personnalité juridique.

Il y a donc davantage matière à enrichir dans la face passive de cette théorie de la personnalité en herbe qu'est la théorie du patrimoine.

Posséder, répondre de ses dettes, tel est, au fond, l'apport majeur et irréductible de la théorie d'Aubry et Rau qu'il appartient à la postérité d'exploiter. Quant au patrimoine, après sa disgrâce comme traduction de la subjectivité juridique, on peut le ramener à sa destinée initiale de masse active de biens <sup>(36)</sup>, dont les emplois techniques ne font pas défaut, sauf à lui préférer l'hérédité ou une notion plus moderne <sup>(37)</sup>.

Tel ne doit pas être le cas de la patrimonialité, dont la notion doit beaucoup aux auteurs de la théorie du patrimoine et dont la construction doit être poursuivie.

### La patrimonialité

Aubry et Rau ont, par leur théorie, substitué la patrimonialité à la pécuniarité, à laquelle ils ont, ce faisant, donné un début de contenu. Recherchant celui de l'entité dans laquelle ils voient le sujet, ils commencent par affirmer que le patrimoine devrait théoriquement inclure les biens innés, c'est-à-dire les attributs de la personne, parce que, peut-on supposer, il n'y a aucune raison de limiter la personnalité juridique à certains intérêts. Mais, se démarquant de Zachariae, ils écartent ensuite ces éléments du patrimoine, de même que les droits de puissance en se référant à plusieurs articles du code et notamment l'article 2092. Autrement dit, le droit de gage général, qui participe du patrimoine, leur a interdit d'y faire figurer les attributs personnels <sup>(38)</sup>, ce qui les a conduits à définir le patrimoine comme un ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires <sup>(39)</sup>. Depuis lors, la patrimonialité n'a cessé d'être employée pour désigner la pécuniarité et pour s'opposer aux intérêts attachés à la personne. Sont ainsi apparues à la fin du 19<sup>e</sup> et au début du 20<sup>e</sup> la notion des droits patrimoniaux <sup>(40)</sup>, puis, par la suite, celle des droits extra-patrimoniaux <sup>(41)</sup>, laquelle devait finir par être reformulée à travers le concept des droits de la personnalité. La codification du droit bioéthique a consacré la construction en affirmant que le corps humain ne peut pas faire l'objet d'un droit patrimonial ni se voir attribuer une valeur patrimoniale <sup>(42)</sup>.

Bien que devenue centrale, la patrimonialité n'a pas ajouté en clarté à la pécuniarité, outre que sa théorisation fait cruellement défaut <sup>(43)</sup> en des temps où l'on en fait un usage technique renforcé. Les auteurs l'associent souvent à la disponibilité, elle-même confondue avec l'aliénabilité, ce qui confine au contresens, car on peut disposer dans une certaine mesure d'un intérêt non pécuniaire, comme, par exemple, de son nom, de son image ou de son corps. Ils l'associent même à la notion de bien, oubliant que, chez les fondateurs du patrimoine, les intérêts extra-patrimoniaux sont aussi des biens, voire que le patrimoine inclut les attributs personnels <sup>(44)</sup>. L'amalgame de la patrimonialité et de la disponibilité n'est probablement pas sans rapport avec le fait que la théorie du patrimoine s'est proposée de traduire la faculté d'appropriation par le patrimoine, notion (telle qu'elle a été lue chez Zachariae par Aubry et Rau)

qu'elle a simultanément réduite à la pécuniarité. Il était inévitable que la propriété s'en trouvât exclue du monde extra-pécuniaire et que, réciproquement, la propriété finit par s'identifier à la patrimonialité en lui communiquant ses attributs (45).

Au bout du compte, la patrimonialité a apporté plus d'obscurité que de lumière. Elle a crispé l'opposition dogmatique - et donc conventionnelle - de l'ordre patrimonial et de l'ordre extra-patrimonial inaugurée par Aubry et Rau (46), alors que la réalité du droit est loin d'être binaire (47). En suppléant la pécuniarité, elle a oblitéré sa dimension essentiellement monétaire. Cette dimension est pourtant plus que sous-jacente dans la théorie du patrimoine. Aubry et Rau y rappellent le principe romain selon lequel les biens s'entendent déduits des dettes et rattachent, de ce fait, le patrimoine à l'idée de valeur, idée encore plus présente chez leur inspirateur (48). Il faut aller plus loin et rechercher le mécanisme qui, dans le patrimoine, produit ce résultat, car la réponse que donnent nos auteurs à cette question n'est qu'implicite. Le fait qu'Aubry et Rau se réfèrent à la subrogation réelle classique (qui repose sur l'idée de substitution réciproque d'une chose à un prix) et intègrent le droit de gage général dans le patrimoine laisse supposer que c'est la *vente* des biens du débiteur qui leur confère une fongibilité monétaire (49) et constitue la raison d'être de l'universalité. Cette supposition autoriserait à trouver la clé de la patrimonialité et de la pécuniarité non pas dans le concept générique d'aliénation mais principalement dans la vente, opération portant sur la *valeur* des biens et plus généralement dans la vocation à l'échange monétaire (50). Cette approche permettrait de distinguer la patrimonialité du commerce juridique, domaine du disponible mais pas nécessairement du pécuniaire, et de faire cesser une dommageable confusion.

Mais la clé de l'échange monétaire pourrait bien, au-delà de ses vertus techniques, avoir un effet pervers et sonner le glas de l'opposition du patrimonial et de l'extra-patrimonial qu'a induite l'interprétation française de la théorie allemande du patrimoine. Rien, en droit, ne peut prétendre échapper à l'échange monétaire, depuis que la civilisation a, par les compositions pécuniaires, mis de l'argent dans les plateaux de la balance de la justice pour faire cesser la barbarie. La personne humaine, qui est au coeur de l'extra-patrimonialité lorsqu'il est question de disposer, s'ouvre à la pécuniarité lorsqu'il s'agit de sanctionner des atteintes. La pécuniarité est fondamentale pour le droit ; elle ne peut être réduite à l'un de ses domaines. Le légitime endiguement de l'extension des rapports marchands que dicte la morale ne doit pas oblitérer cette dimension essentielle.

Zachariae n'avait pas la conception binaire de la patrimonialité inaugurée par ses interprètes français. Pour lui, le patrimoine n'est pas tant un ensemble de biens qu'un ensemble de valeurs représentatives de tous les intérêts humains, qu'ils soient de l'ordre des choses ou de l'ordre de la personne (51). Et, comme il l'identifie à la personnalité juridique, cette dernière revient, au fond, à une aptitude à la pécuniarité. La meilleure manière de le dépasser tout en tirant profit de son enseignement n'est-elle pas, après avoir abandonné cette assimilation artificielle, de mettre au jour la dimension pécuniaire de la personnalité juridique ? C'est dans la notion de responsabilité (qui repose sur l'idée de compensation), dont le gage général n'est qu'une des manifestations les plus apparentes qu'il semble falloir diriger le furet. Répondre des dettes et répondre de ses faits pourraient bien être tout un.

\*\*\*

La mise en perspective de la théorie du patrimoine révèle que la thèse d'Aubry et Rau n'est pas une création de démiurge mais une oeuvre de son temps. Héritière des constructions savantes du moyen âge et de l'esprit des Lumières, elle est une des rares oeuvres doctrinales à avoir relevé le défi que constituait l'enjeu de la rénovation du droit par la codification. Elle incarne par ailleurs le sursaut créatif des interprètes du droit après la période ingrate de la glose des textes en même temps que l'oeuvre de ses auteurs s'inscrit dans le mouvement de rapprochement de la théorie et de la pratique qui éclôt au milieu du siècle romantique (52). Romantique, l'oeuvre des illustres professeurs

strasbourgeois l'est aussi d'une certaine manière. Par delà l'allergie de l'école historique allemande à la codification, elle s'apparente objectivement à l'historicisme français, orienté vers une recherche de l'esprit du peuple et de la tradition dans le code par la doctrine qui, seule à pouvoir dégager la rationalité du donné, transcende la loi dans l'accomplissement de sa mission éminente d'interpréter le droit. Simultanément, la dimension magistrale et décisive de leur oeuvre suggère qu'Aubry et Rau incarnent le zénith qu'a connu la doctrine au 19<sup>e</sup> siècle, dans une variante atténuée du triomphe que rencontra outre-Rhin à l'époque le droit savant.

Le succès de l'entreprise force l'admiration, car la théorie du patrimoine n'est plus une thèse : elle fait partie du droit. Mieux : sa digestion par la communauté juridique en a fait un élément de notre cosmogonie, un cadre sans lequel on ne pourrait penser le droit. On ne combat plus aujourd'hui la théorie du patrimoine, mais la notion de patrimoine. Il y a probablement dans cette normativisation l'explication de l'étonnante longévité dont jouit la théorie du patrimoine. La thèse d'Aubry et Rau a survécu à la chute de l'école volontariste dont elle fut le produit et à la désaffection que suscitent aujourd'hui les théories juridiques.


Paradoxalement, le déclin de l'esprit de système renforce la pérennité de la théorie du patrimoine. Les constructeurs de cathédrales ne faisant plus guère d'émules, leurs ouvrages ne sont pas menacés de révision par la postérité. Il n'est pas certain que ce soit le meilleur hommage qui puisse leur être rendu. Aubry et Rau ont posé plus de problèmes qu'ils n'ont trouvé de réponses fermes, des problèmes de taille, ils ont davantage ouvert des chantiers que livré des constructions achevées. Leurs successeurs seront-ils à la hauteur de l'héritage ? Poser cette question, c'est se demander si la doctrine a encore un avenir dans des temps de profonde mutation du droit.


#### Mots clés :


**PROPRIETE** \* Patrimoine \* Aubry et Rau \* Zachariae


(1) Cet article a été rédigé à partir d'une conférence donnée à l'Université Robert Schuman de Strasbourg dans le cadre du colloque qui s'est tenu les 4 et 5 avril 2003 en l'honneur du bicentenaire des naissances d'Aubry et de Rau. Je remercie Roland Ickowicz pour l'aide qu'il m'a apportée dans la recherche et la traduction des textes allemands.

(2) La théorie du patrimoine est exposée dans le cours de droit civil français de Zachariae traduit et enrichi par Aubry et Rau. Les références qui suivent renvoient à la 5<sup>e</sup> édition, version la plus achevée de cette théorie. La première édition, très proche de l'ouvrage de Zachariae puisqu'elle en constitue une traduction, sera parfois sollicitée, mais avec la mention expresse de son numéro.

(3) Elle a fini par être expressément consacrée en jurisprudence, en dépit de son caractère fortement théorique. La Cour de cassation a, dans la deuxième moitié du 20<sup>e</sup> siècle, invoqué le principe de l'unité du patrimoine (Civ. 23 avr. 1969, D 1969.341, concl. Blondeau ; Com. 27 nov. 1991, D. 1992.81, note Derrida  ; Com. 23 juin 1993, Bull. civ. IV, n° 264). Elle l'a fait dans des espèces relatives au droit de gage général, sans qu'il fût techniquement nécessaire de mobiliser ce principe.

(4) Cf., dans une approche militante, F. Cohet-Cordey, la valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, RTD civ. 1996.819 . La théorie du patrimoine est tellement forte qu'elle a rejailli sur celle de la propriété, prérogative que l'on ne parvient pas à concevoir autrement que comme un droit patrimonial (M. Fabre-

Magnan, Propriété, patrimoine et lien social, RTD civ. 1997.583 .

(5) Avec une manière de parallélisme des formes, la critique de la théorie du patrimoine est venue d'Allemagne. Dans la mouvance de la réaction objectiviste contre le volontarisme allemand, Brinz a créé la théorie du patrimoine - but et du patrimoine sans maître (Lerbuch des Pandekten, t. III, 2<sup>e</sup> éd. p. 453-586 ; F. Bellivier, Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine, colloque Univ. Strasbourg, La science française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales fac. dr. Strasbourg, nouv. série, n° 1, 1997). Sous l'influence de Saleilles, porte-voix des idées d'outre-Rhin, l'objectivisme est entré en France et a remis en cause l'idée que l'obligation pèse sur la personne et celle d'un lien entre le patrimoine et la personne (E. Gaudemet, Etude sur le transport de dettes à titre particulier, Dijon, 1898 ; O. Jallu, Essai critique sur l'idée de continuation de la personne, th. Paris, 1902 ; G. Plastara, La notion juridique du patrimoine, th. Paris, 1903 ; J. Cazelles, De l'idée de la continuation de la personne, th. Paris, 1905 ; H. Gazin, Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, th. Dijon, 1910). Ce fut la fameuse théorie de patrimoine d'affectation, qui eut pour principale vertu, bien involontaire, par l'hommage de la critique, de donner à la théorie du patrimoine ses lettres de noblesse en faisant d'elle une théorie « classique ». La théorie d'Aubry et Rau est, depuis lors, tellement assimilée, malgré les réserves qui accompagnent son assomption, que font figure de dissidentes les opinions revenant à la notion romaine et napoléonienne de patrimoine, celle d'un ensemble de biens considéré indépendamment du sujet et de ses dettes. (M.-N. Mevorach, Le patrimoine, RTD civ. 1936.811 ; F. Zenati, Les biens, 1988, n° 6 ; A. Sériaux, La notion juridique du patrimoine, RTD civ. 1994.801  ; CL. Witz, Droit de gage général, J.-Cl Civil, art. 2092 à 2094, fasc. 80, n° 15). Sur les critiques récentes de la théorie du patrimoine, V. *infra*, note 17.

(6) K. S. Zachariae, Handbuch des Franzosischen civilrechts, Heidelberg, Mohr éd. L'ouvrage a été édité quatre fois du vivant de son auteur, de 1808 à 1837. Sur cette figure de l'Université d'Heidelberg, V. Ch. Brocher, Zachariae, sa vie et ses oeuvres, Revue de droit français et étranger 1869.561 et s. On sait que le Cours de droit civil français, d'Aubry et Rau était initialement une traduction du manuel de Zachariae. Ce statut marquera profondément l'ouvrage, malgré son émancipation à travers les éditions successives. Sur la querelle relative à l'originalité de l'ouvrage d'Aubry et Rau, V. J. Bonnacase, L'école de l'Exigèse en droit civil, 1924, n° 31 et s. ; Traduction juridique et appropriation par le traducteur. L'affaire Zachariae, Aubry et Rau, colloque international sur la traduction juridique, Les actes, ETI-ASTTI, Genève, Berne, 2000, p. 15 et s. Il ne fait pas de doute que la théorie du patrimoine a été inventée par Zachariae, conformément à la méthode créative des pandectistes allemands du 19<sup>e</sup> siècle, avant d'être enrichie par les deux illustres professeurs strasbourgeois. C'est la dernière édition du manuel de Zachariae, parue en 1837 qu'Aubry et Rau ont traduit de 1839 à 1846, une oeuvre mûrie et ayant capitalisé tous les acquis du volontarisme qui s'épanouit en Allemagne à l'époque et sans lequel la théorie du patrimoine n'aurait jamais existé. En témoigne la quasi-absence de cette théorie dans la première édition du manuel de Zachariae, parue en 1808, où l'on trouve une vision du patrimoine encore objectiviste et très proche de celle du droit romain. Tout au plus y voit-on un frêle linéament : le patrimoine est la notion de tout ce qui appartient à la personne.

(7) Laissons Aubry et Rau s'en expliquer eux-mêmes au seuil de leur démonstration : « les rédacteurs du code n'ont pas réuni dans un même chapitre, les règles relatives au patrimoine en général. Celles qui vont être développées sous cette première division se trouvent éparses çà et là. Il est même à remarquer que le code ne se sert que très rarement du mot *patrimoine*. On ne le trouve employé que dans les dispositions qui ont trait à la séparation des patrimoines. V. art 878, 881 et 2111. Plus ordinairement l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant un tout juridique, y est désigné par les expressions *les biens, droits et actions ; tous les biens* ; ou simplement *les biens*. V art. 724, 2092 et



2093. C'est dans le même sens que le droit romain emploie le terme *bona* » (Aubry et Rau, IX, § 573, p. 333, note 1). Ce passage révèle que nos auteurs ont eu parfaitement conscience de l'innovation que constituait la théorie qu'ils se proposaient d'introduire et de développer en droit français. Le patrimoine était encore moins une notion juridique dans l'ancien droit que dans le code (V. B. Fromion-Hebrard, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, p. 26 et s.).

(8) V. R. Seve, *Déterminations philosophiques d'une théorie juridique ; la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau*, *Archives de philosophie du droit*, 1979, t. 24, p. 247. Aubry a eu une formation de philosophe et de mathématicien avant de devenir juriste. (J. Bonnet, *op. cit.* p. 73). Traduisant Zachariae, Aubry et Rau n'hésitent pas à présenter leur construction comme du « droit philosophique », qu'ils s'attachent à confronter rigoureusement au droit positif (V. par ex. IV, 1<sup>re</sup> éd. p. 108). Ces références, peu crédibles en France, disparaîtront dans les éditions postérieures.

(9) Les développements relatifs à la théorie du patrimoine ne sont pas contenus dans l'introduction du traité mais dans le tome X qui porte sur les successions. Il s'agit d'une étude préliminaire à la matière successorale. Il convient de rappeler qu'Aubry et Rau ont été des adeptes convaincus de l'idée de continuation de la personne, principe qu'ils ont notamment mobilisé dans la controverse sur le fondement de l'obligation aux dettes successorales, avant que leur thèse ne soit rejetée par la Cour de cassation dans le fameux arrêt *Toussaint de Gérard* (Civ. 13 août 1851, DP 1851.1.281 ; S. 1851.1.657).

(10) Zachariae, Aubry et Rau étaient à ce point convaincus de l'originalité du mode de succéder des continuateurs qu'ils l'opposaient à celui des autres successeurs, qu'ils qualifiaient uniformément de successeurs à titre particulier. Pour eux, la qualification de successeur universel « ne convient qu'à ceux qui représentent un individu décédé en continuant sa personne juridique. En effet, *comme le patrimoine d'un individu est la personnalité même de cet individu* considéré dans ses rapports avec l'empire qui lui compète sur les objets du monde extérieur, il en résulte que ceux qui sont simplement appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote des biens composant le patrimoine d'un individu décédé, sans continuer sa personne juridique, ne sont, à vrai dire, que des successeurs particuliers, à cette différence près que leur titre ne porte pas, comme celui de ces derniers, sur des objets individuellement désignés » (1<sup>re</sup> éd. t. IV, § 577, p. 107-108, s. p. n.). Ils poursuivent en expliquant que seuls les héritiers et les légataires universels ont la saisine et que les légataires partiaires de l'ancien droit, baptisés légataires à titre universel par le code, ne succédaient pas, avant que la jurisprudence n'en décidât autrement, aux dettes du défunt. Ce passage est remarquable à maints égards. Il utilise de manière pré-figurative la notion de personne juridique qui était alors inusitée et que la doctrine contemporaine commence à peine à acclimater. Surtout, il révèle que c'est bien dans le droit successoral et dans le principe de continuation de la personne que nos auteurs et leur inspirateur ont trouvé la source de leur théorie.

(11) Ancien art. 732 c. civ. Cet article a été emporté par la loi du 2 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins sans qu'il soit possible d'en donner une explication rationnelle autre que le fait que ladite loi a créé une nouvelle succession anormale. Si l'on considère avec certains interprètes que le législateur aura voulu mettre un terme au principe de l'unicité de succession du fait de la multiplication des successions anormales, il faut voir dans cette initiative une remise en cause de plus - radicale, celle-ci - de la théorie du patrimoine par la loi positive.

(12) Sur l'ancien droit, cons. par ex. J. Gilissen, Introduction historique au droit, Bruxelles, 1979, p. 597 ; A. Lefebvre-Teillard, Introduction historique au droit des personnes et de la famille, PUF, 1996, n° 203.

(13) Le droit romain (D. 15,1,7,2), qui a inventé la notion d'universalité (*universitas*), n'en a pas fourni une théorie. Les *universitates* étaient des groupements de personnes dotés de biens et de dettes (notamment les cités) ou des masses de biens et de dettes - les fondations. Cette technique (plus souvent dénommée *corpora* qu'*universitates*) produisait le même résultat que la personnalité juridique sans recourir à ce concept. Mis à part la personnification, les romanistes médiévaux ont avant tout construit et développé la notion d'*universitas* (cf. Gary, Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit, th. Bordeaux, Sirey, 1932). Ils ont distingué les *universitates personarum* (groupement de personnes) et les *universitates rerum* (collections de biens) et différencié ces deniers en universalités de droit et universalités de fait. Ils ont dégagé leur caractéristique commune d'exister de manière indépendante de leur contenu, peu important l'identité et la variation de leurs composantes. Autrement dit, ils en ont fait un pur concept exprimant l'idée d'ensemble et l'ont appliqué à de multiples hypothèses que le droit romain ne qualifiait pas ainsi, hérédité, troupeau, etc. La dissociation de l'ensemble et du contenu a été conceptualisée de la manière la plus poussée dans les universalités de biens et plus précisément les universalités de droit avec la notion de subrogation réelle qui exprime l'idée que chaque bien qui entre dans la masse se trouve dans la même situation juridique que celui dont il a pris la place à la faveur d'un échange. L'universalité de droit, qui est multiple en droit romain (dot, pécule, hérédité...) et sous l'ancien droit (pluralité de successions), devient unique avec le Code Napoléon. Cela lui vaut à la fois d'être identifiée au sujet et d'être rebaptisée patrimoine par Aubry et Rau.

(14) C'est un aspect plutôt méconnu de la théorie du patrimoine, qui ne transparaît pas dans les exposés réducteurs qu'en donne la doctrine postérieure. Aubry et Rau ne se contentent pas d'affirmer que « l'idée du patrimoine se déduit directement de la personnalité » (§ 573, 1°) ou que le patrimoine est « une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie » (§ 573, 4°), ils relèvent incidemment : « le patrimoine s'identifiant en quelque sorte avec la personnalité... » (§ 582) et écrivent sans détour que le patrimoine est « dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme considéré dans ses rapports avec les objets extérieurs » (§ 573, note 6). La proposition est encore plus nette dans la première édition, réplique française du texte de Zachariae (t. IV) : « Le patrimoine n'est pas un objet extérieur, mais une pure abstraction. C'est la personnalité même de l'homme » (§ 573, p. 100, n° 2, s. p. n.) ; « Le patrimoine n'est, en effet, en dernière analyse, que la personnalité de l'homme... » (§ 575, p. 102) ; « L'homme n'acquiert pas son patrimoine. Tout individu possède, *ipso jure*, et en vertu de sa personnalité, un patrimoine qu'il peut bien augmenter ou diminuer, mais dont il ne saurait être privé qu'en perdant sa personnalité même » (§ 575, p. 104). Réciproquement, nos auteurs affirment l'inaliénabilité du patrimoine et la justifient explicitement par « l'inaliénabilité de la personnalité » (même éd., § 576, p. 106, 3°).

(15) V. Lefebvre-Teillard, *op. cit.* n° 67 et s. Les Romains ignoraient la personnalité juridique et n'utilisaient pas le concept de personne afin d'exprimer le fait pour un pôle d'intérêt d'avoir des biens et des dettes. Les romanistes médiévaux ont opéré cette mutation, au 13<sup>e</sup> siècle, probablement sous l'influence croissante dans la scolastique du nominalisme, philosophie reconnaissant à la volonté le pouvoir de représenter le réel par des signes. Les canonistes furent les premiers. Ils créèrent une fiction de personne à propos des monastères, des fondations charitables, etc. Les romanistes, notamment Bartole, leur emboîtèrent le pas en créant la notion de *persona ficta* pour désigner certaines *universitates*. Ainsi était née la notion de personne morale, qui n'eut aucun succès dans la pratique sous l'ancien droit et qui, après avoir été ignorée par le code civil, ne s'inscrivit vraiment dans le droit positif qu'à la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Le droit savant médiéval, relayé par Savigny, qui a probablement influencé Zachariae (V. note suivante) a créé le

paradigme qui a déterminé l'avènement du patrimoine : l'idée que les masses de biens sont indissociables du concept de personne, qu'il ne peut y avoir des biens et des dettes sans une personne et que la personne n'est autre que le concept désignant cet ensemble comme potentialité.

(16) B. Fromion-Hebrard, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, p. 80 et s.



(17) C'est la raison pour laquelle ce système a été la cible de ceux qui, en Allemagne et en France, ont combattu le volontarisme (V. *supra*, note 4).

(18) V. *supra*, note 4 *in fine* lui reprochant d'être dépourvue d'utilité et de ne correspondre à aucune réalité positive, on a proposé de revenir à la modeste notion de patrimoine, léguée par Rome et conservée par le sens commun, d'un ensemble de biens (B. Fromion-Hebrard, thèse préc.). De manière plus radicale, on a dénoncé la nocivité technique de cette représentation qui rend inapte à concevoir les masses de biens sans personnification et cherché à montrer les avantages que procurerait son abandon (D. Hiez, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. Paris XII, 2000).

(19) Jossierand disait du patrimoine : « Il est une idée abstraite d'un monde intellectuel et métaphysique. Il est, si vous le voulez, l'aptitude d'être le centre des rapports juridiques » (*Droit civil*, I, n° 649).

(20) D'où la conclusion que le patrimoine d'Aubry et Rau ne constitue pas une notion juridique distincte de celle de la personnalité juridique (P. Verschave, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, th. Lille II, 1984).

(21) V. *supra*, note 4.

(22) Il a failli en créer un avec l'EURL et a renoncé à son entreprise non pas devant le principe de l'unicité du patrimoine, mais devant les difficultés pratiques que comportait la formule du patrimoine d'affectation (cf. L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, *RTD com.* 1979,581). Le projet de loi sur la fiducie instituait un patrimoine d'affectation (A. Chapelle et J. de Guillenschmidt, *L'avant-projet de loi sur la fiducie*, exposé général, *Petites affiches* 1990, n° 76, p. 4) et a été abandonnée pour de toutes autres raisons que le poids de la tradition doctrinale. Le législateur est, dans certains cas, allé jusqu'au bout de sa volonté d'augmenter les hypothèses de patrimoines d'affectation reconnus par la loi positive. Il l'a fait pour les fonds communs de placement et les fonds communs de créances (cf. T. Bonneau, *RTD civ.* 1991,25 ) , espèces de copropriétés à responsabilité limitée et récemment, en permettant à l'entrepreneur de préserver sa résidence principale contre les poursuites de ses créanciers professionnels (art. L. 526-1 à L. 526-4 c. com. ; cf. L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *D.* 2003,1898  ; S. Piedelievre, l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *JCP* 2003,I.165).

(23) Art. 1259 et 1260 du code civil du Québec. Le codificateur canadien a, ce faisant, consacré la thèse de Lepaulle

(Traité théorique et pratique des trusts, 1932, p. 31) qui voyait dans le *trust* un patrimoine d'affectation et un patrimoine sans maître. V. P. Charbonneau, Les patrimoines d'affectation : vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine, (1982-83) 85 R du N 491 ; S. Normand et J. Gosselin, la fiducie du code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise (1990) 31 CdD 681.

(24) La théorie de la réalité qui se construit à partir de la fin du 19<sup>e</sup> siècle réagit contre la notion de personne fictive promue par Savigny à partir de la tradition romaniste et donc de l'idée que la constitution d'une masse de biens passe par sa personnification. Elle contredit aussi le volontarisme de Savigny et de ses émules français en trouvant le germe de la personnification non pas dans la volonté mais dans l'intérêt, lequel est constitué en dehors des individus par le but que poursuivent les créateurs de l'organisme personnifié (V. notamment R. Saleilles, De la personnalité juridique, 1910 ; L. Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 1906-1909, qui s'inspirent de la théorie de l'institution d'Hauriou).

(25) On rappellera que la jurisprudence a consacré la thèse de la réalité technique (Civ. 28 janv. 1954, D. 1954.217).

(26) Rapp. P. Verschave, Essai sur le principe de l'unité du patrimoine, th. Lille 2, 1984.

(27) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, Traité théorique et pratique de droit civil, t. III, Les biens, 3<sup>e</sup> éd. 1905, p. 2. Domat l'avait déjà pressenti en définissant l'état des personnes par la capacité de succéder et de s'engager, c'est-à-dire de faire tout ce qui est la matière du droit civil (Les lois civiles dans leur ordre naturel, 1723, p. 10, titre II, Des personnes).

(28) « Le droit de propriété dont toute personne jouit sur son patrimoine se désigne aussi sous le nom de patrimoine » (Cours de droit civil français, t. IX, § 577). Ce dédoublement surprenant du patrimoine s'explique par le fait que nos auteurs ne sont pas parvenus à se défaire du patrimoine romain, qu'ils restituent en contrepoint de leur patrimoine subjectivisé.

(29) Le droit de propriété que la personne exerce sur l'ensemble de ses biens présents et à venir « constitue pour elle un bien inné en ce sens qu'il est inhérent à la personnalité juridique même ..., son existence n'est pas subordonnée à la condition qu'elle possède des biens » (*op. cit.* § 577, 1<sup>o</sup>).

(30) Qu'elle est inhérente à la personnalité (V. note précédente).

(31) Principes de droit public, Sirey, 1910, p. 667 et s. « La personnalité est 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 » (*ibid.* p. 669). Ajoutons Philippe Jestaz, qui, à la lecture de cet article, a justement rappelé que le pécule de l'esclave romain a préparé son affranchissement et donc son accès à la personnalité.

(32) C'est l'intitulé de leurs développements sur le gage général : « du patrimoine envisagé comme sujet d'obligation » (Cours de droit civil français, IX, p. 366).

(33) *Ibid.* n° 579 et s.

(34) A. Von Thur, Partie générale du code fédéral des obligations, vol. 1, trad. de Torrente et Thilo, 2<sup>e</sup> éd. Lausanne, 1933, p. 14, n° 7.

(35) M. Fromion-Hebrard s'efforce, dans un ordre d'idée voisin, de rechercher dans la patrimonialité la corrélation de la charge et de l'émolument, ce qui le conduit à la théoriser en termes de responsabilité (*op. cit.* n° 323 et s.). La notion de responsabilité comprise en termes d'exécution de la dette a une certaine positivité avec celle de responsabilité des dettes sociales incombant aux associés.

(36) V. la doctrine citée supra, note 4 *in fine*.

(37) Cf. D. Hiez, Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, th. Paris XII, 2000, qui propose notamment de réhabiliter la technique de l'universalité.


(38) « En théorie pure, le patrimoine comprend tous les biens indistinctement, et notamment les biens innés et les biens à venir. Le droit français s'est conformé à cette théorie, en ce qui concerne les biens à venir... Mais il s'en est écarté en ce qui concerne les biens innés. Tout en considérant comme des parties intégrantes du patrimoine les actions auxquelles peuvent donner ouverture les lésions causées à de pareils biens, notre droit n'y comprend cependant pas ces biens eux-mêmes, tant qu'ils n'ont pas éprouvé quelque lésion » (Cours de droit civil français, IX, § 573, p. 334-335). une nuance, on va le voir, les sépare sur ce point de Zachariae (cf. *infra*, note 43).

(39) « Le patrimoine ,considéré comme ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires, exprime lui-même en définitive, l'idée d'une pareille valeur » (*ibid.* p. 335, 3<sup>e</sup>).


(40) Beudant, IV, par Voirin, n° 6 ; Capitant, Introduction, p. 89 ; Planiol et Ripert, I, n° 361.

(41) R. Nerson, Les droits extra-patrimoniaux, 1939.

(42) Art. 16-1 et 16-5 c. civ.

(43) ... hormis les travaux d'Alain Seriaux, qui fournissent une conceptualisation de la tendance sous-jacente de la doctrine à identifier la patrimonialité à la disponibilité (La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir, RTD civ. 1994.801 ) et tente une systématisation à partir de cette approche (Rép. civ. Dalloz, v° *Patrimoine*).

(44) L'idée, très conforme à la pensée d'Aubry et Rau, que les attributs de la personne constituent des biens n'a pas disparu de la doctrine. V. A. Seriaux, Rép. civ. Dalloz, v° *Patrimoine*, qui distingue les biens patrimoniaux et les biens extra-patrimoniaux. Zachariae allait beaucoup plus loin que ses héritiers d'outre-Rhin. Il considérait que tous les intérêts, y compris les intérêts personnels et moraux sont représentés dans le patrimoine, ce qui rendait d'autant plus crédible son idée que la personnalité juridique, c'est le patrimoine. Cette thèse du tout patrimonial était soutenable dans la mesure où Zachariae pensait que les biens ne figurent pas en tant que tels dans le patrimoine mais à travers leur valeur, notamment grâce à la technique de la subrogation réelle, et que les attributs personnels n'y sont représentés que sous la forme d'une créance de réparation qui apparaît lorsqu'il y est porté atteinte Zachariae, Handbuch des französischen civilrechts (A. Anschütz), III, Heidelberg, 1853, § 573, p. 441, note 2.

(45) V. dans le sens de cette identification, mais consciemment assumée, M. Fabre-Magnan, Propriété, patrimoine et lien social, RTD civ. 1997.583 .

(46) Contrairement à ce que pourraient suggérer les apparences, ce ne sont pas les Romains qui ont inventé la distinction du patrimonial et de l'extra patrimonial, du moins au sens où nous entendons cette distinction aujourd'hui. Le *patrimonium* ne désigne pas le pécuniaire mais les biens du père de famille, par opposition aux biens qui lui échappent : choses communes, chose publiques, choses des collectivités et choses sans maître (Gaius, Institutes, 2, 1 ; Inst. Justinien, 2, 1, pr.). La distinction des *res in nostro patrimonio* et des *res extra nostrum patrimonium* n'a pas d'autre sens. Le concept monétaire est absent du *patrimonium*, qui ne comporte pas de passif et ignore la notion de gage général. Il est à peine suggéré par la notion des *bona*, qui s'entend d'un actif net (D. 50, 16, 39, 1) et transparaît plus nettement dans la distinction des biens en *pecunia et familia*, qui opposait les biens que l'on peut vendre couramment et ceux, vitaux, que l'on ne peut vendre qu'exceptionnellement.


(47) P. Catala, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, RTD civ. 1966.185, n° 25 et s., qui montre qu'entre le patrimonial et l'extra-patrimonial, il n'y a pas de frontière mais un camaïeu de situations quasi inclassables.

(48) « Le patrimoine, considéré comme ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires, exprime lui-même, en définitive, l'idée d'une pareille valeur » (Cours de droit civil français, § 573, 3°, p. 335). Pour Zachariae, les objets extérieurs qui se trouvent dans le patrimoine n'en font pas partie en tant que tels mais seulement pour autant qu'ils ont une valeur, c'est-à-dire qu'ils peuvent être mesurés en argent (*op. cit.* § 573, p. 442, 3°).

(49) Cette interprétation peut s'autoriser de ce qu'Aubry et Rau relèvent cette fongibilité en la déduisant du fait que le patrimoine constitue une valeur (*op. cit.* § 575, 1°, p. 340).

(50) V. déjà, sur l'idée d'échange, mais non monétaire, A. Sériaux, la notion juridique de patrimoine, préc.

(51) V. *supra*, notes 43 et 47.

(52) V. à ce sujet notre contribution au centenaire de la revue trimestrielle de droit civil (L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique, RTD civ. 2002.691 )

Copyright 2021 - Dalloz – Tous droits réservés